

mandamental e atinge os efeitos futuros da sentença a partir da ocorrência do ato modificativo.

A necessidade de ajuizamento da ação de modificação está prevista no nosso ordenamento jurídico e se justifica em função de um órgão judicial já emitido um pronunciamento sobre uma questão, isto é, ter certificado a existência de determinada situação jurídica. Dessa forma, qualquer modificação do estado de fato ou de direito que norteou a decisão anterior deve ser atestada pelo órgão jurisdicional que prolatou a primeira decisão, emitindo-se uma contra-ordem para que aquela sentença não produza eficácia futura.

CAPÍTULO 12

Ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no NCCP e o fantasma da simplificação desintegradora

Daniel Guimarães Zveijlii

SUMÁRIO: 1. REFORMAS PROCESSUAIS E O TEXTO DO NCCP EM MATÉRIA DE LIMITES DA COISA JULGADA: DE 1939 A 2015; 2. QUESTÕES PREJUDICIAIS E INCIDÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL NO NCCP: MERITOS E LIMITAÇÕES; 3. LIMITAÇÕES DO INSTITUTO QUE DEVEM SER RESPEITADOS: O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO COMO PRESTAÇÃO DE UM SERVIÇO PÚBLICO; 4. BIBLIOGRAFIA.

1. REFORMAS PROCESSUAIS E O TEXTO DO NCCP EM MATÉRIA DE LIMITES DA COISA JULGADA: DE 1939 A 2015.

As reformas implementadas ao longo da vigência do CPC de 1973, segundo Cândido Dinamarco, tiveram como objetivo central a aceleração da tutela jurisdicional e, como postura metodológica predominante, a disposição de liberar-se de poderosos dogmas plantados na cultura processualística ocidental ao longo de séculos¹. Sob o influxo desse ideário, a exposição de motivos contida no projeto do novo CPC recentemente aprovado deixa claro que a notável Comissão de Juristas visou: “resgatar a crença no Judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere.”

Perseguindo esse nobre propósito, com respeito à coisa julgada a exposição de motivos afirma, no item “04”, que “o novo sistema permite que cada processo tenha o maior rendimento possível. Assim, e por isso, estendeu-se a

1. Doutorando e mestre em Direito Processual pela USP, defensor público do Estado de São Paulo, membro do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

2. DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2003, cap. 1 (Relendo princípios e renunciando a dogmas), p. 01.

autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais.⁷³ Concretizou-se tal expectativa minudenciando-se os pressupostos para que incidia coisa julgada material sobre questão prejudicial no art. 503 do novo CPC, indo muito além do quanto prescreve o art. 468⁷⁴ do CPC de 1973. Ademais, diferentemente do atual CPC de 1973, cujo art. 469⁷⁵ faz um drástico corte excluindo, expressamente, a possibilidade de incidir a coisa julgada material sobre questões prejudiciais, o NCCPC deixa de excluir expressamente a extensão da coisa julgada material à questão prejudicial apreciada e decidida (art. 504)⁷⁶ – indo ao exato encontro do art. 503, que exige certos pressupostos para que tal efeito jurídico sobrevenha. E, de fato, a lei final, diferentemente do CPC de 1973⁷⁷, o texto do novo CPC não prevê a ação declaratória incidental, exceto a arguição de falsidade (art. 430 e seguintes).

Mas, passado esse breve cotejo, é importante retornarmos brevemente ao CPC de 1939 para que fique clara a evolução do direito positivo.

Quanto aos limites objetivos da coisa julgada, o texto do CPC de 1939 almejava uma das maiores polêmicas de nossa história processual. Porque a redação de seu art. 287, mal copiado do art. 290 do Projeto Mortara de 1939, suprimiu parte desse mesmo Projeto: “A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites [supressão: da lide e] das questões decididas”. Então, como a redação final passava a impressão de que regulava a força de lei da sentença – i.e., coisa julgada – nos limites das questões decididas, muitos aderiram à tese de que as questões prejudiciais transitavam em julgado materialmente⁷⁸. Importante registrar, ainda que de passagem, que o trânsito em jul-

gado material das questões prejudiciais foi sustentada pelos juristas brasileiros sob o influxo da obra de Savigny⁷⁹.

Fato é que sobreveio o CPC de 1973 e, como dito, seu texto – especialmente o do art. 469⁸⁰ – operou drástico corte deixando inexistente a possibilidade das questões prejudiciais transitarem materialmente em julgado, exceto quando as partes fizessem uso da ação declaratória incidental⁸¹; esta que, por sinal, não estava prevista expressamente no CPC de 1939 a não ser pela arguição de falsidade.

O novo CPC, portanto, no justo empenho de tentar obter do processo “o maior rendimento possível” promete flexibilizar o extremo rigor da legislação processual de 1973, ao permitir que, em maior número de casos, a questão prejudicial seja atingida pelo manto da coisa julgada.

fixado o terreno das alterações atuais, cabe-nos a empresa de analisar criticamente a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no NCCPC.

Antes, porém, é importante destacarmos que a matéria ressuscitada pelo novo CPC envolve discussão bastante antiga, e é Barbosa Moreira, apoiado em Friedrich Carl von Savigny, que aponta as várias correntes processuais que já foram registradas a respeito do tema: “Até o segundo quartel do século XIX, era extremamente confusa a posição da doutrina sobre a força dos motivos em que se baseia a decisão do juiz. Diversas correntes degradavam-se, propondo soluções as mais das vezes inspiradas em critérios empíricos e arbitrários. A enorme variedade de matizes dificultava a classificação de opiniões; que, aliás, não raro apenas em pontos secundários e accidentais se diferenciavam entre si. Em todo o caso, é possível distinguir: (a) a tese que negava radicalmente aos motivos, quaisquer que fossem, a auctoritas rei iudicatae; (b) a que só lhes reconhecia essa autoridade quando fosse indispensável levá-los em consideração para esclarecer o dispositivo jurídico; (c) a que entendia fazerem coisa julgada os motivos quando inseridos na parte decisória da sentença; (d) a que lhes reconhecia, sempre, a autoridade da coisa julgada, vendo neles a ‘anima et quase nervus’ da decisão.”⁸² Ainda a título histórico, vale mencionar que em pleno século XIX o ilustrado lente da Escola de Direito de Recife, Francisco de Paula Baptista, em meio a essa diversidade de correntes, posicionava-se em favor da tese do renomado jurista alemão, recusando, no contexto da época, a coisa julgada de todos os motivos enunciados

73. Entre outros sites digitais, está disponível no seguinte endereço: <http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?file=91d0f0b0c09a4a72a0c18c2ca194b3>, grifado.

74. NCCPC, art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

75. 1º o disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juiz tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

76. 2º a hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

77. CPC/1973, art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

78. CPC/1973, art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

79. NCCPC, art. 504. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

80. CPC/1973, art. 5º, 325 e 470, além da arguição de falsidade.

81. V. amplamente nas seguintes referências: ALVIM, Theresza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977, cap. XI; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Estudos sobre o novo CPC*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 61 e seguintes; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, Título VII, LOPES.

82. Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, cap. I, item “99”, p. 29.

83. V. nota 52.

84. CPC/1973, art. 5º, 325 e 470, além da arguição de falsidade.

85. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, item “32”, p. 80.

na decisão: "A autoridade da coisa julgada é restrita à parte dispositiva do julgado e aos pontos ori decisorios, e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos, e não abrange o que é simplesmente indicado em forma de enunciação."

Não podemos, portanto, julgarmo-nos pensando que tudo isso é novo demais e afirmarmos para todos os lados, quando o mais importante é que o sistema processual seja limpo e suficiente para permitir que o exercício da jurisdição possa se realizar em duração razoável e com segurança jurídica para as partes.

2. QUESTÕES PREJUDICIAIS E INCIDÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL NO NCP-C: MÉRITOS E LIMITAÇÕES

a. Procedência do argumento da "economia processual".

Após listar argumentos comumente utilizados para justificar a restrição da coisa julgada material ao dispositivo da sentença, Bruno Carrilho Lopes argumenta que há fundadas razões de interesse público para a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais. "A solução encontra amparo no princípio da economia processual, valor tradicionalmente referido como um mero princípio formativo do processo e que a atual ordem constitucional incorpora um verdadeiro princípio político (cf. art. 5º, LXXVIII). Conforme realça Bedaque, 'entre os aspectos inerentes a esse princípio aponta-se o externo ou ultraprocessual, destinado a evitar a necessidade de novos processos, mediante o máximo aproveitamento do já existente.'"

A nosso ver, realmente constitui dever constitucional a busca pelo maior rendimento possível do processo, e Carrilho Lopes oferece linha de raciocínio bastante sustentável e apta a abrir caminho para que a incidência de coisa julgada material sobre questões prejudiciais passe a integrar ao ordenamento jurídico brasileiro. Sem contar que seu estudo revela ser tendência atual de Espanha e França o alcance da coisa julgada material às questões prejudiciais, e ainda que o debate tem crescido fortemente na Itália, além de ser prática consagrada nos Estados Unidos da América do Norte.¹⁴

14. BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Theoria e Prática do Processo Civil comparado com o Compendio para uso das faculdades de Direito do Império*. Quarta edição. Rio de Janeiro: Garnier, 1890. § 185, p. 290/251, grifado no original. O Professor da Escola de Recife não cita expressamente Savigny, mas detém o mesmo posicionamento por esclarecer que os motivos objetivos estão abrangidos pela coisa julgada material, e é Barbosa Moreira quem esclarece que "a pedra angular da famosa doutrina [de Savigny] é a distinção entre motivos objetivos e subjetivos da decisão (...)" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais*, ... cit., item "52", p. 80/81).

15. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites*, ... cit., p. 66/67.

16. *Ibidem*, p. 19/42.

b. Princípio da economia processual vs. simplificações desintegradoras: cautela necessária.

Todavia, considerando que o princípio da economia processual manda que o processo seja, nas palavras de Botelho de Mesquita, "sem complicações desnecessárias, nem simplificações desintegradoras", fica claro que tal princípio não se confunde com os princípios de informalidade, celeridade e simplificação, porquanto determinado procedimento formal, lento e de alta complexidade pode estar respeitando plenamente o ideal econômico: apenas não é informal, rápido, e simples dado o fim a que se propõe.

Essa perspectiva revela, assim, a extrema cautela que se deve ter em torno da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo CPC, porque o texto aprovado poderia ser muito apertado ao não refletir - por exemplo - a profundidade dos estudos de Carrilho Lopes, não obstante a significativa melhoria implementada no art. 503 do novo CPC (art. 514 da última versão do projeto em tramitação). A exagerada brevidade da regulamentação legal ensejaria muitas dúvidas em sua aplicação, na medida em que temos cultura processual absolutamente consagrada e cristalizada no drástico corte realizado pelo CPC de 1973 quanto à impossibilidade da coisa julgada material albergar questões prejudiciais - exceto quando as partes fizeram uso da ação declaratória incidental. Apenas para exemplificar o valor irrefutável da clareza decorrente desse corte drástico, quando Barbosa Moreira faz ponderações a respeito do art. 469 do CPC vigente de 1973 em comparação ao sistema de 1939, o insigne processualista abonou a modificação não só por entender que o melhor sistema fosse o de limitar a qualidade da coisa julgada ao dispositivo da sentença, porém, chama a atenção os advérbios utilizados por ele: "Em boa hora, a meu ver, o novo Código, decididamente, categoricamente [grifamos], opta pela tese mais correta, isto é, pela limitação da autoridade da coisa julgada exclusivamente à última conclusão do juiz." Decididamente, em vernáculo, significa "de modo decidido", firme, "com firmeza" ou "com resolução"; categoricamente significa "de modo categórico", claro, definido, indiscutível; essas qualidades não faltaram à redação de nosso Código vigente o que, não podemos negar, evitou incertezas e recursos judiciais nos Tribunais; vale o expandido por Bruno Carrilho Lopes: "A controvérsia [baseada no CPC de 1939] motivou um tratamento extremamente pomposo para interpretar as coisas julgadas no CPC de 1973, que não deixava margens para interpretações ampliativas de tais limites para além da decisão contida no dispositivo da sentença."¹⁵

17. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Apresentação da edição de 1988 da obra "Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial" de Francisco de Paula Baptista. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2005, p. 312.

18. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites*, ... cit., p. 30.

Já a redação do CPC de 1939, segundo Barbosa Moreira, "está longe de ser um primor de clareza, e perfeitamente se compreende a matéria tenha suscitado tormentosas controvérsias."¹⁹

Evidentemente, não é por isso que nos enclausuraremos; não podemos nos apegar ao passado sem justos motivos. Todavia, por outro lado, temos de admitir que uma modificação tão severa de pelo menos 40 anos de tradição - contando somente o Código de 1973 - exige explicações mais claras e minuciosas no texto legal. Vale lembrar, por sinal, socorrendo-nos novamente de Barbosa Moreira, que na vida real "não há dois órgãos judiciais que processem de modo rigorosamente idêntico, em todos os pormenores, ainda as causas cujas características guardem entre si a mais perfeita analogia, e por maior que seja o empenho dos juizes em observar estrita fidelidade à disciplina legal aplicável".²⁰ Essa tendência sentida por todos nós que atuamos no foro é multiplicada por insondáveis vezes, sempre que sobrevém matéria processual nova, fundada em cultura jurídica diversa, e o texto processual não explica exatamente o modo de se proceder dentro dessa outra cultura.

Por essa perspectiva, as palavras do Professor Dinamarco constituem farrul nessa situação tão delicada em que se visa o progresso da legislação processual: "Usar sem o acodamento de quem quer afrontar, inovar sem desprezar os grandes pilares do sistema."²¹

De nossa parte, nutrimos o desejo sincero de que a extensão objetiva da coisa julgada material possa, de fato, aperfeiçoar o sistema processual; mas para que isso aconteça, é necessário debatermos o texto do NCCP mais a fundo para que os pilares do sistema não sejam torpedeados em nome do "máximo rendimento processual".

Lembramos, por sinal, lição do Professor Botelho de Mesquita a respeito da interpretação do direito; uma lição, a princípio, desprezível pela simplicidade metafórica de seu conteúdo e transmitida pela palavra oral, mas que guarda uma profunda verdade a respeito do direito - especialmente para o direito comparado. Dizia ele que se qualquer um de nós cozinhasse seguindo receita qualquer, nós nos depararíamos com algumas dessas expressões típicas: "pitada de sal"; "mexer bem"; "misturar lentamente"; "colocar uma camada"; etc. O que é, afinal, "pitada de sal"? ou "mexer bem"? ou "misturar lentamente"? ou "uma camada"? São expressões indeterminadas, e quem nunca cozinhou

encontrará dificuldades insuperáveis para concretizar o significado dessas expressões, a não ser que assista previamente a realização das receitas; assistindo prestando atenção ajudará seguramente, mas não substituirá os meandros complicados da vivência.

É exatamente a dificuldade com a qual nos deparamos por essa inovação processual, influenciada pela prática estadunidense do *collateral estoppel*.

portanto, o maior desafio que assumimos aqui é enfrentarmos essa "simulação desintegradora" do texto que regulamenta a ampliação dos limites de coisa julgada no NCCP. E para tanto, visitaremos brevemente a cultura jurídica estadunidense quanto ao *collateral estoppel* (ou *issue preclusion*).

c. **Princípio da economia processual vs. simplificações desintegradoras: pequena apresentação da evolução norte-americana quanto ao *collateral estoppel* (ou *issue preclusion*).**

Nos Estados Unidos, a doutrina do *collateral estoppel* consagrou-se pelo *leading case* *Cromwell v. County of Sac* em 1876²², e a simples leitura dos votos manifestados nesse caso revela que o debate é antigo, já ocorrido no seio de outras Cortes estadunidenses. Ou seja, a Suprema Corte dos Estados Unidos não criou o *collateral estoppel* pura e simplesmente numa discussão repentina, em 1876, impondo ao resto do país tal doutrina. A cultura jurídica estadunidense já conhecia a discussão há tempos, tanto que não faltava conhecimento de causa aos advogados que, usando terminologias próprias da época, debatiam-na no século XIX.

Mais do que isso: nos Estados Unidos, a *American Law Institute*²³ elaborou a primeira consolidação da *res judicata* - que contém as subdoutrinas *direct estoppel* e *collateral estoppel*, atualmente reunidas debaixo da terminologia *issue preclusion* -; consolidação que hoje é conhecida como *First Restatement of Judgments*, publicada em 1942. Posteriormente, em 1982, após decisivas contribuições do Prof. Allan Vestal (que estimulou e difundiu a terminologia *claim preclusion* e *issue preclusion*, dando nomes diversos a efeitos jurídicos diversos no regime da *res judicata*²⁴) bem como de precedentes que enriqueceram a prática da *res judicata*, emergiu a *Second Restatement of Judgments*, aperfeiçoando o importante trabalho da *First Restatement*. Um dos méritos das *Restatements* é justamente a proposta de uniformização de terminologia dos institutos pertencentes à *res judicata* estadunidense, dando maior trato científico especialmente

19. SCOTT, Austin Wakeman. *Collateral estoppel by judgement*. *Harvard Law Review*, LVII, n. 01, September, 1942, p. 09/04.

20. Confira: <http://www.all.org/>.

21. WRIGHT, Charles Alan; HANE, Mary Kay. *Law of Federal Courts*. Sixth edition. Saint Paul: West Group, 2002, § 100A, p. 726.

19. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Estudos...*, cit., p. 63.

20. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. In: *Temas de Direito Processual*, Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 13.

21. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Novo era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, cap. 1 (Relembro pilares e renunciando a dogmas), p. 21.

no que diz respeito a dois efeitos jurídicos que claramente não se confundem: o efeito jurídico da *claim preclusion* e o efeito jurídico da *issue preclusion* – hoje, até mesmo a Suprema Corte dos Estados Unidos adota a terminologia *adoption*, *da*²⁵.

Atualmente, vale ressaltar, ademais, a *Second Restatement* reflete o pensamento moderno de coisa julgada nos Estados Unidos, e embora não tenha formalmente força vinculante própria de lei, pode-se dizer que os Estados Unidos usufruem de regime semicodificado a respeito de grande parte do instituto das *res judicata*, embora a uniformização não seja oficial porque espontaneamente aceita e aplicada pelos Tribunais (e não por força de lei)²⁶.

Ora, no Brasil, sem qualquer conhecimento difundido quanto a essa delimitada prática estadunidense da *issue preclusion* – construída há no mínimo dos mínimos por 150 anos nos Estados Unidos –, de quem dependerá a extensão da coisa julgada material às questões prejudiciais?

d. Princípios dispositivo vs. inquisitivo²⁷: ruptura entre 1973 e 2013?

A indagação pela qual concluímos o item antecedente é justa quando analisamos o nosso sistema processual brasileiro, porque pelo Código de 1973 vigora, quase em absoluto, o princípio dispositivo em matéria de ampliação da extensão objetiva da coisa julgada: ora, o efeito jurídico extensivo da coisa julgada material às questões prejudiciais depende exclusivamente das partes²⁸ – salvo raríssimas exceções pontuadas por Carrilho Vasconcelos²⁹.

Se o sistema processual do NCP, porém, exclui a previsão da ação declaratória incidental, significaria, deste modo, que depende exclusivamente do juiz a extensão objetiva da coisa julgada?

Num primeiro olhar a exclusão da ação declaratória incidental pode até passar a ilusória impressão de que nosso sistema processual dará giro de 180°: do sistema quase absolutamente dispositivo de 1973 para sistema, no mínimo, muito mais inquisitivo. Isso, apenas em princípio, porque não existe razão

lógica para não se extrair a ação declaratória incidental das dobras do próprio sistema – ainda mais de sistema que permitirá a ocorrência de coisa julgada de questão prejudicial se preenchidos os pressupostos do art. 503 e, em tese, sem pedido expresso das partes que poderiam trabalhar de modo complementar. pedido expresso Buzaid sustentava que essa poderia ser uma interpretação do por sinal, Alfredo Buzaid sustentava que essa poderia ser uma interpretação do por sinal, que expressamente não previa ação declaratória incidental exceto CPC de 1939, que expressamente não previa ação declaratória incidental exceto para o incidente de falsidade³⁰.

para o incidente de falsidade? Então como o juiz respeitará o pilar por esse prisma, é justa a indagação: então como o juiz respeitará o pilar do contraditório? E até que ponto o juiz pode forçar o debate para o trânsito do contraditório alcançar questões prejudiciais a evitarem, em tese, futuros processos? São dois pilares cruciais entabulados na Constituição Federal – contraditório e inércia jurisdicional – e que podem ser atingidos pela suposta inversão do sistema processual quanto a esse tema, se na prática se observar veementemente o princípio dispositivo para o inquisitivo.

A nosso ver, ilustres processualistas do CEAPRO tocaram no ponto com as seguintes indagações: “quando condicionamos a inclusão da prejudicial no campo de questões estáveis a partir do trânsito em julgado ao ‘contraditório prévio e efetivo’ [nos termos do art. 503, § 1.º, II, do NCP], estamos exigindo que a parte interessada atravessasse uma petição nos autos, ainda que isso seja feito no curso do processo? Essa expressão traz implícita a necessidade de assinalação de prazo para resposta específica, com advertência quanto aos potenciais efeitos do silêncio, como é de regra com a citação?” Ora, acaso se entenda que tais formalidades sejam necessárias, não se estaria, de certo modo, admitindo implicitamente a ação declaratória incidental? Pela razão contrária, se prescindíveis tais formalidades – dependendo exclusivamente do juiz, portanto, a extensão da coisa julgada material às prejudiciais – torna-se para as partes algo absolutamente impensável, e sempre, qual a extensão objetiva que alcançará a coisa julgada – pois dependerá da opinião subjetiva de cada intérprete³¹.

Será que em nome do interesse público travestido de “máximo rendimento processual” pode-se chegar ao ponto de tornar totalmente imprevisível o alcance objetivo da coisa julgada? Não alberga, também, o interesse público, que o jurisdicionado possa compreender – assessorado por alguém profissionalmente habilitado – os possíveis riscos concretos da demanda em matéria de coisa julgada?

BUZAI, Alfredo. Da ação declaratória no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1943. In *fine*, quando faz considerações sobre a ação declaratória incidental.

CAS, André Luis; CORREA, Fábio Peixinho Gomes; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; FONSECA, João Francisco Hayes da; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; OLIVEIRA, Marco Antonio Perez; THAMMY, Reman Faria Krüger Proposta de melhoria da coisa julgada e questão prejudicial no novo CPC. *Revista Consultor Jurídico*, 13 de outubro de 2014, disponível eletronicamente em: <http://www.conjur.com.br/2014-out-13/proposta-coisa-julgada-questao-prejudicial-cpc>.

25. CASAO, Robert; CLEBOMI, Kevin M. *Res judicata: a handbook on its theory, doctrine, and practice*. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 99.

26. *Ibidem*, p. 95/97.

27. Barbosa Moreira esclarece bem a amplitude e oposição dos princípios dispositivo e inquisitivo: “A respeito ‘princípio dispositivo’, encontrada na doutrina brasileira, é algo equívoco: costuma ser empregada acerca dos problemas diversos, como o da incidência da instauração do processo, o da delimitação da matéria a ser julgada, o da prova dos fatos relevantes. Em termos gerais” conclui, “pode-se dizer que ali dentro o domínio da vontade das partes e uma correlata inibição do juiz. O ‘princípio inquisitivo’ reflete a tendência oposta” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro: uma apresentação. In: *Temas de direito processual*, 5.ª série. São Paulo: Saraiva, 1994, item “I” (Alguns princípios fundamentais), p. 04 e 05; *CPC/1973*, art. 5.º, 3.º e 4.º, além da arguição de falsidade).

29. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites...*, cit., p. 69/81.

e. Princípios dispositivo vs. inquisitivo: o fator contraditório prévio e efeito em favor do primeiro princípio.

A esses questionamentos é importante ponderarmos o fato de que o novo CPC, inspirado na doutrina *collateral estoppel* (ou *issue preclusion*), exige que a questão tenha sido *contraditório prévio e efetivo*³², o que vale dizer, tenha havido a questão debate sobre a questão prejudicial. Ora, dizemos *efetivo* porque a questão prévia e efetiva prejudicial porque o princípio do contraditório, como sabido, sobre a questão prejudicial porque o princípio do contraditório, como sabido, é composto por dois elementos: *informação e reação*³³; portanto, se o NCPC fala em *contraditório efetivo* abrange seus dois elementos: mesmo nos casos em que a reação seja indisponível e não tenha sido efetivada, é óbvio que a extensão da coisa julgada seria heresia. Esse aspecto, por si só, esclarece que o NCPC, mesmo tendo eventualmente deixado tal efeito, não conseguirá dar uma guinada de 180º do princípio dispositivo ao inquisitivo – a menos que a jurisprudência para uma interpretação desfoçada do sistema processual, pensando exclusivamente na administração do acervo processual –, porque do ponto de vista prático não depende do juiz tornar a matéria *efetivamente decidida*: no máximo ele pode abrir *ensancha para tal* ao determinar que as partes se manifestem. O debate *efetivo*, em si, depende das partes.

Essa interpretação, aliás, atende não só ao princípio do contraditório previsto na Constituição brasileira, como observa com impressionante fidelidade o que acontece nos Estados Unidos da América, onde as alegações do autor que não tenham sido contestadas não podem ser consideradas *issues* para efeito da *issue preclusion*: “*The plaintiff’s pleading must be allege, in some form the facts upon which recovery depends. As just explained*” – explicam Casad e Clement – “*these facts are not in issue unless the defendant chooses to deny them. Those undenied facts have no issue preclusion effect even though they are necessary elements of the plaintiff’s claim and even though the plaintiff won judgement.*”³⁴ Hartzard e Taruffo, ademais, acrescem nesse exato sentido a seguinte ponderação: “*En consecuencia, una sentencia dictada en rebeldía o una conciliación judicial no impiden que la misma cuestión se plantee de nuevo en un proceso posterior. De este modo*” – esclarecem sobre estratégias advocatícias baseadas nesse regime jurídico – “*un demandado que ha de enfrentarse a diversos posibles demandantes puede decidir llegar a todos los acuerdos que pueda con ellos, para no correr el riesgo de que se dicte una sentencia desfavorable, que le vincularía respecto de todos los demandantes posteriores. Se trata, pues, de un factor importante en la*

estrategia defensiva, en los casos en que varios actores pueden dirigirse contra el mismo demandado.³⁵

Essa configuração, por sinal, mais uma vez demonstra claramente que se estamos importando o instituto do *collateral estoppel* (ou *issue preclusion*), se impossível excluirmos totalmente de nosso país o princípio dispositivo em matéria de extensão de limites objetivos da coisa julgada às prejudiciais.

Nos Estados Unidos, ademais – para evitarmos importações jurídicas exageradamente desfiguradas (porque é inevitável o desfiguramento até certa medida, em razão da diferença de culturas jurídicas) –, é importante frisarmos que a doutrina do *collateral estoppel* serve para ampliar os objetivos da coisa julgada para além do efeito jurídico da *claim preclusion*³⁶, tanto que só é aplicável quando inaplicável a *claim preclusion*³⁷. Ademais, além de diversa incidência de cada um dos institutos, a lógica da *claim preclusion* é inversa à da *issue preclusion*: utilizando a linguagem processual brasileira, naquela se incluem sob o manto da coisa julgada material não só o que tradicionalmente incluíamos de efeito *preclusivo da coisa julgada*, mas também as causas de pedir que poderiam ter sido propostas ao tempo de propositura da ação, num efeito expansivo muito significativo (e distinto do sistema processual brasileiro de 1973, bem como do de 2015); enquanto a *issue preclusion* abrange tão e somente questões de fato (e às vezes de direito) que sejam efetivamente debatidas, decididas, e necessárias para um julgamento de mérito válido, não se permitindo interpretações elásticas fundadas em “*juízos implícitos*”, mas podem acontecer variações de extensão desse instituto decorrentes de dúvidas que surjam nos debates forenses do próprio conteúdo do que seja, no caso concreto debatido, *issue of fact or law actually litigated and determined by a valid and final judgement*³⁸.

Como se pode notar, embora a intenção do NCPC pareça ser elevar substancialmente o caráter inquisitivo do processo em matéria de limites objetivos da coisa julgada, o sistema que importamos dos Estados Unidos possui um

32. NCPC, art. 503, § 1.º, II.

33. Por todos, v. por todos: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DIMAMBARCO, Cândido Rangel; GRIMONER, Ad Pellegri; Isonia Gerali, cit., item “30”, p. 57.

34. CASAD, Robert; CLERMONT, Kevin M. Res. Judiciala..., cit., p. 125.

35. TARUFFO, Michele; HAZZARD, Geoffrey C. La Justicia Civil en los Estados Unidos. Tradução: Fernando Gastón Inchausti. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 216.

36. CASAD, Robert; CLERMONT, Kevin M. Res. Judiciala..., cit., p. 11/12; SHREVE, Gene R.; HANSEN, Peter Raven. Understanding Civil Procedure. Third edition. Washington DC: LexisNexis, 2002, § 15.06, p. 506; TARUFFO, Michele; HAZZARD, Geoffrey C. La Justicia Civil..., cit., p. 214/215.

37. CASAD, Robert; CLERMONT, Kevin M. Res. Judiciala..., cit., cap. 07, p. 112.

38. WRIGHT, Charles Alan; KANE, Mary Key. Law of Federal..., cit., § 300A, p. 727/728: “The principal distinction between claim preclusion and issue preclusion is, as noted, earlier, that the former forecloses litigation of matters that never have been litigated. This makes it important to know the dimensions of the ‘claim’ that is foreclosed by bringing the first action, but unfortunately no precise definition is possible. (...) The general rule of issue preclusion is that if no issue fact or law actually litigated and determined by a valid final judgement, the determination is conclusive in a subsequent action between the parties, whether on the same or a different claim.”

cabedal jurídico sólido sobre o collateral estoppel (ou issue preclusion), a despeito de polémicas que, no fundo, são inerentes a qualquer instituto jurídico, e este cabedal bastante delineado e sólido deixa claro que a parte possui papel fundamental na formação da coisa julgada às questões prejudiciais.

f. **O papel fundamental que o despacho saneador pode exercer na ampliação dos limites objetivos da coisa julgada; competência para reconhecimento da coisa julgada em questão prejudicial.**

Para demonstrarmos, mais uma vez, que o desconhecimento de nossa cultura jurídica quanto os meandros da doutrina dou collateral estoppel (ou issue preclusion) exige clareza e minudência legislativa mais apurada por parte do novo CPC, passamos a debater a sugestão dos estudiosos do CEAPRO àquelas dúvidas que levantaram linhas acima (sobre ação declaratória incidental).

Sugerem os eminentes processualistas que "seria muito desejável que se exigisse a indicação expressa da questão prejudicial como ponto controverso, no saneamento ou em momento posterior (devido ficar assegurado, nesse último caso, o direito à prova), para que o contraditório a respeito realmente tenha condições de ser exercido em sua plenitude."³⁹ Com efeito, a delimitação da questão prejudicial apontada no despacho saneador teria o efeito de previsibilidade dos sujeitos do processo quanto à questão prejudicial que possivelmente poderia transitar materialmente em julgamento produzindo o efeito positivo da coisa julgada. À luz de nosso sistema processual – muitíssimo acostumado com a herança portuguesa do despacho saneador, e sem conhecer a "plata de sal" segundo os padrões da issue preclusion – é solução a ser considerada com muita atenção.

Como se sabe, competirá ao juiz do segundo processo (ou do processo posterior) reconhecer se existe, ou não, coisa julgada material cobrindo determinada questão prejudicial, para decidir se considerará em seu próprio processo o elemento prejudicial como questão (podendo, portanto, decidir) ou ponto prejudicial (estando vinculado ao julgamento precedente pelo efeito positivo da coisa julgada)⁴⁰. Fato é que não temos vivência da tecnologia jurídica para reconhecimento dessa questão prejudicial transitada materialmente em julgamento, pois cada requisito do art. 503, §§ 1.º e 2.º do novo CPC, nos Estados Unidos, possui exigências e alguns tests que os juristas de lá realizam e a maioria de nós sequer imagina. Só para se ter uma pequena ideia do que dizemos, o §

27 da Second Restatement of Judgment impõe os seguintes testes a serem realizados pelo juiz do processo posterior para se aferir se a questão prejudicial do processo anterior é a mesma do processo posterior⁴¹:

1. Há substancial coincidência de questões nos aspectos probatórios e argumentativos?
2. A nova prova ou argumento envolve aplicação da mesma regra de direito que a utilizada no julgamento precedente?
3. Com relação à questão decidida na ação primeira (original, primeira), poderia a fase pretrial preparation ou discovery gerar expectativa da questão se tornar issue?
4. Quais próximos são as reivindicações envolvidas nos dois procedimentos?

Este é um pequeno exemplo da simplificação desintegradora do novo CPC que não apresenta roteiro mais trabalhado para aplicação do art. 503, §§ 1.º e 2.º, no propósito de se evitar injustiças graves e permitindo que o procedimento flua com segurança para partes e em duração razoável; é a confusão entre economia processual e simplificação desintegradora do processo.

Seja como for, como pudemos notar, existindo nos Estados Unidos cabedal normativo cujo cerne é bastante claro para fins de reconhecimento da questão prejudicial apta a ser coberta pela coisa julgada material (isto é, ser ou não reconhecida como issue na linguagem estadunidense) – novamente deixando de lado polémicas ali discutidas em torno de detalhes do instituto –, os tribunais estadunidenses costumam seguir, em termos gerais, os mesmos padrões e inspirados na Second Restatement, que é detalhada em cada requisito do collateral estoppel. Tanto que, conforme exemplo supratranscrito de Taruffo e Hazard, os advogados dos Estados Unidos traçam estratégias em cima desse corpo normativo. Portanto, no Brasil, o despacho saneador poderia constituir baliza importantíssima para não nos perdermos totalmente, servindo de farol: primeiro para as partes, seja no processo anterior permitindo que entrevejam eventuais questões que possam transitar materialmente em julgamento, seja no processo posterior para enxergarem as questões com potencial de serem reconhecidas como transitadas materialmente em julgamento; e em segundo lugar, na mesma linha, tanto para o juiz anterior como para o juiz posterior.

g. **Os riscos advindos da abertura total de matérias a suportarem a ampliação objetiva da coisa julgada: necessidade de planejamento.**

39. CMS, André Luis; CORREA, Fábio Peixinho Gomes; PEREIRA, Guilherme Seropiqui J.; FONSECA, João Francisco

Names da: DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi; OLIVEIRA, Marco Antonio Perez; THALIMY, Renan Faria Krüger

Proposta de melhoria da coisa julgada... citado.

40. ALVIM, Theresza. *Questões pré-litigadas...*, cit., cap. VI, p. 28. "Já, se o prejudicial de uma questão tiver sido anteriormente ao processo, decidida com força de coisa julgada material, teremos ponto prejudicial (...)"

41. CASO, Robert; CLEMMONT, Kevin M. *Res judicata...*, cit., cap. 97, p. 116/117.

Quatro ponto altamente crítico advindo da exagerada simplicidade do rito do NCPC diz respeito à falta de detalhamento quanto às matérias sujeitas à extensão dos limites objetivos da coisa, o que é de vital importância para uma cultura jurídica alheia aos meandros do *collateral estoppel* (issue preclusion). Se cada juiz entender num determinado sentido não saberemos, por um bom tempo (sabe-se lá quanto...), sobre o âmbito de incidência do instituto. Sem falar na possível enurrada de recursos que daí pode advir. Nesse sentido, é muito interessante o testemunho do Professor Austin Wakeman Scott que, em 1942, já alertava para os casos mais comuns de aplicação do instituto do *collateral estoppel* na prática estadunidense: "The commonest types of situation where these are successive actions based on different causes of action but involving the same questions or issues are to recover successive installments of interest on notes or other obligations; actions to enforce separate notes or other obligations given in the same transaction; actions to recover installments of rent; actions to recover recurring taxes; successive actions between spouses for separation or divorce; actions for successive torts; actions for tort brought by two parties against each other, arising out of the same transaction."⁴²

Não bastasse a comprovação da limitada utilidade do *collateral estoppel* para determinadas matérias, devemos recordar a advertência de Barbosa Moreira quando escreveu sobre os mitos da Justiça: "Estou convencido de que a ânsia de modificar incessantemente a lei – tão sensível, nos últimos anos, no campo processual – cresce na razão inversa de nossa disposição para pesquisar a realidade com critérios técnicos. (...) Antes de reformar a lei processual (recluius, qualquer lei), mandam a lógica e o bom senso que se proceda ao diagnóstico, tão exato quanto possível, dos males que se quer combater e das causas que os geram ou alimentam. Nenhum médico digno desse nome prescreve remédios e tratamentos sem inteirar-se de que mal padece o doente, e por quê. (...) Depois de reformar a lei, impende acompanhar de perto, com lentes adequadas, a repercussão da reforma no dia-a-dia forense. Não há outra maneira de descobrir o que realmente mudou, em que sentido e com que alcance."⁴³

Como não se apurou previamente o problema que se pretendia resolver com a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, até porque a doutrina processual não se queixa do sistema de 1973 quanto aos limites objetivos da coisa julgada, o texto do NCPC sequer se preocupou em limitar as matérias sobre as quais incidiria a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. Deste modo, teria sido louvável se a nova lei processual apresentasse lista de

matérias para servir de guia inicial, diminuindo entendimentos tão dispares em nosso sistema processual; até porque ele pode ser aperfeiçoado por pequenas reformas legais posteriores. Essa metodologia nos permitiria enxergar com mais vagar, o impacto do instituto de modo racional, com números inclusive, sem falar que se tem algo de que não podemos duvidar é da imaginação e competência de advogados de grandes conglomerados econômicos, que se enxergarem uma oportunidade nessa modificação processual não abrirão mão de utilizar o instituto tentando impor a força econômica (capacidade de litigância organizacional) de seus clientes. Acresça-se a isso que não se conhece qualquer estudo brasileiro, mesmo que especulativo, a respeito do possível impacto desse instituto sobre prestadores de serviços públicos em geral: telefone, água, esgoto, energia elétrica, concessionárias em geral (rodovias, aeroportos, etc.), justamente serviços vitais para a sociedade, e que aparentemente possuem o perfil adequado para o *collateral estoppel* por envolverem relações jurídicas de continuidade.

h. Aplicação do novel instituto e o princípio hedonista.

Outro ponto de grave preocupação quanto à aplicação desse instituto em razão de sua regulação exageradamente genérica, é prevenirmos como será seu funcionamento à luz da racionalidade hedonista. Calha lembrar, por sinal, advertência de Calamandrei no sentido de que "los artículos de los Códigos son necesariamente mudos: el legislador inocente no ha calculado a qué sutiles virtuosismos pueda prestarse en cada caso, en la táctica de los litigantes, el empleo indirecto de ciertos institutos, ni ha sospechado siquiera que puedan ellos ser utilizados como medios de estímulo o de freno, orientados a fines que van mucho más allá de los queridos o previstos por la ley."⁴⁴ Por tal motivo, antes já havia advertido no mesmo estudo "El proceso como juego", que "el legislador debe conocer, antes que la técnica jurídica, la psicología y la economía de su pueblo: y sobre todo no puede limitarse a ser un jurista puro el abogado que en todo instante tiene que recordar que todo hombre es una persona, es decir, un mundo moral único y original, que frente a las leyes se comporta según sus aficiones y sus intereses, de manera imprevisible y a menudo desconcertante."⁴⁵

Segundo o conselho de Calamandrei - de prestar atenção no ser humano, em seu aspecto psicológico, para refletir sobre a lei jurídica -, é válida a pergunta: como essa racionalidade hedonista agiria em nossos juízes com relação ao novo instituto processual que estenderá a coisa julgada material às questões prejudiciais? Para respondermos - ou pelo menos especularmos - sobre a

42. SCOTT, Austin Wakeman. *Collateral estoppel*... cit., p. 04.

43. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de Direito Processual*, 8.ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10/11.

44. CALAMANDREI, Piero. El proceso como juego. In: *Derecho Procesal Civil*, Vol. 3 (Estudios sobre el proceso civil), Buenos Aires: EIEA, 1973, p. 259/261, p. 270/271.

45. *Ibidem*, p. 260/261.

resposta a esta indagação, temos que pelo menos ter uma ideia do que seja *hedonismo*. Em filosofia, *hedonismo* é a doutrina em que o prazer é um bem (ou benefício) inerente a todas as ações humanas, constituindo objetivo próprio delas. Na psicologia, o *hedonismo* diz respeito a qualquer teoria que sugira ser o único ou principal motivador do comportamento a busca pelo prazer e o evitamento da dor⁴⁶.

Para termos uma ideia sobre a aplicação prática do *hedonismo*, em economia a racionalidade *hedonista* é utilizada para explicar certos fenômenos como, por exemplo, a falha de mercado conhecida por falha de incentivo (ou falha de incentivo), que é incompatível no caso de suprimento de bens coletivos. Neste sentido, em economia se costuma explicar que num regime de mercado os agentes econômicos preferem bens individualizáveis aos bens coletivos, porque nos coletivos acaba-se investindo e os benefícios, porém, extravasam para outros destinatários; ou em outras palavras, o agente econômico não pode excluir outros beneficiários do investimento⁴⁷. Portanto, o princípio *hedonista*, "se aplicado coerentemente pelos agentes econômicos, levá-los-á, invariavelmente, a esconder sua preferência pelos bens coletivos, justamente pelo fato de não poderem ser excluídos de sua utilização, caso tais bens venham a ser produzidos."⁴⁸ Sendo assim, uma economia fundada apenas no mercado (isto é, com pouca ou nenhuma intervenção do Estado) tenderá a discriminar fortemente os bens coletivos e a exagerar na produção de bens exclusivos. "Terá, assim" – exemplifica Fábio Nusdeo – "muitos carros, mas poucas linhas de metrô ou um deficiente transporte coletivo; terá muitas fábricas, mas poucos aparelhos antipoluentes – o ar puro é um bem coletivo: maior pureza para uns, não significa menor pureza para outros; terá médicos particulares mas uma deficiente higiene pública e assim por diante."⁴⁹

Imaginemos, agora, juiz titular numa cidade como São Paulo, em que só na região central há por volta de 40 varas cíveis. Imaginemos, também, por outro lado, juiz titular numa cidade com vara distrital (vara única), ou que não seja

46. VANDERBOS, Gary R. (editor). *American Psychological Association (APA). Dictionary of Psychology*. Washington DC: APA, 2007. verbeite *hedonism*, p. 434.

47. É o que explica Fábio Nusdeo, doutor em Economia e livre-docente em Direito econômico pela USP. Professor Titular da mesma Universidade na Faculdade de Direito: "Os bens coletivos são aqueles que o atendimento simultâneo das necessidades de um grupo ou coletividade para os quais não vigora o princípio da exclusão no ato de seu uso ou do seu consumo. Contrariamente, no caso dos bens exclusivos, o fato de alguém deles se utilizar exclui, ipso facto, dessa mesma utilização outro ou outros consumidores, o exemplo mais absoluto de um bem coletivo, como já apontado, é a defesa nacional. Com efeito, a proteção que elicitam os cidadãos é exatamente igual àquela proporcionada a qualquer outro membro da coletividade. Da mesma maneira, vários motoristas podem se servir simultaneamente de uma estrada, sem que qualquer deles excluda os demais." (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 4.ª edição. São Paulo: RT, 2005, cap. 7, item "7.6", p. 163).

48. *Ibidem*, cap. 7, item "7.6", p. 163/164.

49. *Ibidem*, loc. cit.

distrital: mas que ele seja o único juiz cível da cidade. Lembremos agora das condições de trabalho dos juizes que, em geral, são bastante precárias: em regra, faltam recursos humanos e materiais (qualitativa e quantitativamente falando). E por fim, consideremos que a doutrina *collateral estoppel* (ou *issue preclusion*) é totalmente desconhecida de nossa cultura jurídica, e que a regulação no NCPC é genérica apesar das melhorias no atual art. 503 e §§ 1.º e 2.º. Com tudo isso, perguntemos: sob este ponto de vista, quem tenderá, segundo o princípio *hedonista*, a tentar aplicar de modo máximo o novo instituto?

pela lógica da racionalidade *hedonista*, deixando de lado fatores pessoais o juiz da megalópole tenderá a não respeitar o instituto, porque a questão prejudicial, exigindo contraditório efetivo, evidentemente tornará o processo mais demorado e mais trabalhoso, porque a área de cognição pode aumentar bastante significativamente além do campo probatório, e necessariamente esse juiz não será diretamente beneficiado; necessariamente, ele não será o juiz possessor. No mesmo sentido, em varas judiciais nas quais atuem somente juizes substitutos não haverá qualquer incentivo para a prática do *collateral estoppel*, a não ser o comprometimento puro e simples do próprio juiz somados à preocupação da confirmação na carreira estando ele, diga-se de passagem, sob a pressão de enorme quantidade de trabalho em condições muito precárias. E a regulação genérica do NCPC permitirá que o juiz não aplique como deveria o instituto.

Como podemos notar, no ambiente de cidades em que haja muitos juizes competentes em abstrato para a mesma matéria, a tendência será de inefetividade total do instituto pela racionalidade *hedonista*.

Por outro lado, na cidade em que o juiz seja titular e único competente para a matéria, o equívoco será oposto: o juiz terá maior incentivo para aplicar o *collateral estoppel* (ou *issue preclusion*) de modo maximizado, porque estando o juiz mergulhado numa estrutura administrativa precária, com poucos recursos humanos e materiais, e fixado ele na vara provavelmente até o final de sua vida, além do desconhecimento total da cultura jurídica que precede o novo instituto jurídico, ele enxergará o *collateral estoppel* como um investimento em seu trabalho futuro. E o perigo reside exatamente aqui: como será que o juiz interessado no *collateral estoppel* agirá? Inspirado pela máxima inquisitorialidade, ou temperando o instituto com a percepção de que a parte precisa querer discutir a questão? Nada disso está regulamentado expressamente e detalhadamente no novo CPC, e não faltará juiz concluindo no sentido de que "contraditório efetivo poderia se limitar ao conhecimento, excluída a reação": e o prejudicado é o jurisdicionado, pois torna muito imprevisível a aplicação do instituto e os efeitos que decorrerão dessa aplicação.

O raciocínio que aqui aplicamos dirigidos a juizes pode também ser aplicado a promotores de justiça, defensores públicos, e a outras funções essenciais à justiça que trabalham no serviço público, sob a pressão da imensa quantidade de trabalho e dispondo de condições precárias de trabalho, além do pouco ou nenhum conhecimento sobre a cultura jurídica que viceja por detrás do instituto de origem norte-americana.

Sem dúvida, nossas considerações são especulativas. Todavia, ainda a título exemplificativo de como a racionalidade hedonista funciona no sistema de justiça e em reforço à nossa especulação, não podemos ignorar – e essa informação é pública e notória – que a forte tendência de vinculação dos preceitos em nosso país se deve, em boa parte, como política de administração de acervo de processos – e não a preocupação real com o princípio da igualdade. Se a causa dessa mudança significativa na postura metodológica de prestação do serviço público judicial fosse a preocupação com a igualdade, o instituto da uniformização de jurisprudência não seria puro efeito ao longo de quase 40 anos. Hoje, a discussão dos precedentes pelo viés da igualdade constitucional ganhou força em nosso país, mas não foi assim desde o começo: e as reformas atinentes a esse assunto sempre foram principalmente motivadas pelo excesso de trabalho, a ser combatido com o maior efeito vinculante no plano dos precedentes judiciais.

Como podemos notar, aplicando rudimentos da ciência psicológica ao NRC no ponto em que se prevê a coisa julgada material aplicada às questões prejudiciais, podemos notar que a falta de clareza quanto ao cabimento do novo instituto poderá criar práticas judiciais absolutamente disparates em nossas varas, até que o trabalho lento da jurisprudência coloque as coisas em seu lugar – isso se os Tribunais suportarem o tanto de recursos que podem ser gerados pelas diferentes interpretações do instituto.

1. Dependência da resolução da questão prejudicial para o julgamento de mérito.

Notemos outro exemplo de insuficiência do texto: como bem explica Carliho Lopes em seu importante trabalho, quando o *collateral estoppel* impõe que a questão prejudicial seja premissa necessária e determinante do resultado do julgamento, o instituto exclui questões decididas desfavoravelmente ao vencedor⁵⁰, o que está absolutamente correto. E o texto do novo CPC, em seu art. 503, § 2º, inciso I, assim se manifesta: “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 2º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa-

incidentalmente no processo, se: I – dessa resolução depender [grifamos] o julgamento do mérito; (...)”. É verdade que se a questão prejudicial é resolvida desfavoravelmente ao vencedor, então o julgamento de mérito não dependerá dela; a nosso ver parece bastante tranquila essa compreensão.

Mas, haverá quem diga – sobretudo se não conhecer a cultura jurídica que subjaz o *collateral estoppel* (ou *issue preclusion*) – que a questão prejudicial, embora julgada desfavoravelmente ao vencedor, pode ter influenciado outra questão julgada favoravelmente e da qual dependeu diretamente o mérito, por exemplo. Para evitarmos essas polêmicas, seria de bom tom que o NCCP prescrevesse expressamente, de forma didática, que a questão prejudicial julgada desfavoravelmente ao vencedor está excluída do trânsito em julgado material – o que não aconteceu.

De qualquer modo, parece-nos que a melhor interpretação esposada é a de Carliho Lopes, não só porque inspirada na cultura jurídica que deu origem ao *collateral estoppel* – bastante preocupada com o exaurimento do debate em torno da questão a ser imunizada –, mas porque é a única capaz de impedir enxurrada de recursos dirigida contra questões prejudiciais, recursos esses com a finalidade imediata dos recorrentes se acautelarem contra futuras demandas e não para resolução de conflitos existentes. Por sinal, Carliho Lopes apresenta importante fato histórico a esse respeito: “Nos trabalhos de elaboração da ZPO alemã suscitou-se a possibilidade de ser criada hipótese de declaração incidental *ex lege* com referência à relação jurídica prejudicial, caso sua existência ou validade fosse questionada no processo. Dentre os argumentos para rejeição da proposta, foi citada a experiência do Reino da Saxônia, em que a teoria de Savigny encontrou aplicação na prática judiciária. A aplicação dos limites objetivos da coisa julgada teve por imediato reflexo o surgimento de relevante quantidade de recursos interpostos contra a sentença de primeiro grau pelo vencedor, dada a insatisfação quanto ao decidido na motivação. A limitação da coisa julgada aos argumentos decididos favoravelmente ao vencedor evita essa indesejável proliferação de recursos” – conclui Lopes – “pois a inexistência de coisa julgada quanto aos motivos que lhe são desfavoráveis exclui o interesse do vencedor em recorrer.”⁵¹

1. Como Interpretarmos o § 2.º do art. 503 do novo CPC?

Para interpretarmos o § 2.º do art. 503 do CPC, a nosso ver é importante nos socorrermos da doutrina estadunidense; porque ela aponta bons motivos que atestam a aplicação da doutrina do *collateral estoppel* quando tal aplicação ameaçar a justiça.

Segundo conceituada doutrina norte-americana, “some tribunals may not actually be as adequate as a court of general jurisdiction to deal with the issues.

50. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *Limites...*, cit., p. 68/70.

51. *Ibidem*, p. 70.

Also, the discovery and trial of evidence is often expensive and inconvenient, and so if the amount involved in the first action was not enough to warrant an all-out effort to prove the parties' positions, it might be unfair to hold the losing party forever bound by determinations made in case. Sometimes all the implications of a particular issue are not known or even foreseeable at the time of the first action, and litigant should not be bound by a determination of an issue unless they was a fair and fair opportunity, and incentive, to put forth an effective case on that issue at the first action. For these and other reasons" – concluem os autores – "absolute prohibition of re-litigation of all issues in all situations is not justified. The interest in avoiding repetitious litigation of the same issues must be weighed against contrary considerations of fairness and efficiency."⁵²

Essa curta explicação é um resumo do resumo do resumo (repetitiva, muitas vezes) que justifica relevantes limitações à aplicação da doutrina do *collateral estoppel* (ou *issue preclusion*), e é o que explica a redação do § 2.º do art. 503 do CPC, não obstante – destaque-se – ficar extremamente evidente a correspondência traça entre o que está efetivamente escrito de modo muito lacônico no § 2.º, e o caminho de significado que esse dispositivo representa a partir da cultura jurídica norte-americana. De modo que, lendo-se esse dispositivo – "hipótese do § 1.º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial" – é previsível que os juízes brasileiros, em regra sem absolutamente nada conhecerem de *collateral estoppel*, não compreendendo "a pilada de sal" do instituto estadunidense, jamais farão análise de viabilidade econômica da prova ou da justiça do custo da prova com o caso discutido, ou mesmo de eficiência da prestação do serviço público jurisdicional. Sabemos que na cultura brasileira, normalmente os juízes deixam mais a cargo das partes decidirem a esse respeito raciocinando pura e simplesmente em cima da lógica do *onus probatório*.

De qualquer modo, ainda que esse §2.º do art. 503 do NCP, seja insuflante em sua redação, trasladando pouco do espírito zeloso e cauteloso por detrás do instituto norte-americano que irá ser implantado, devemos reconhecer que já é alguma coisa a existência desse dispositivo para se tentar baixar melhor o campo de atuação do juiz, servindo de freio ao exercício jurisdicional e sobretudo ao juiz posterior (o competente para avaliar a existência de coisa julgada). Numa palavra, o § 2.º do art. 503 do NCP representa política pública que visa neutralizar injustiças quando aplicada a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada.

52. CASAD, Robert; CLEMMONT, Kevin M. *Res Judicata*, cit., p. 114.

3. LIMITAÇÕES DO INSTITUTO QUE DEVEM SER RESPEITADAS; O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO COMO PRESTAÇÃO DE UM SERVIÇO PÚBLICO.

Em suma, o instituto do *collateral estoppel* (ou *issue preclusion*, sua terminologia moderna) é complexo e vasto, em nosso estudo existe pouco mais do que o nada analisando o instituto. De qualquer modo, são importantes as palavras do Professor Austin Wakeman Scott, da Harvard Law School, quando em 1942 declarou: "A doutrina do *collateral estoppel*, que se aplica quando o juiz de pedir posterior é distinta da anterior, tem aplicação reduzida. E sua limitação aplica-se em sensata política pública, o fim de não causar injustiça."⁵³

sim, porque em nome da pura eficiência ou administração que vise redução do acervo de processos, graves injustiças podem ser perpetradas na equivocada aplicação do *collateral estoppel*. E definitivamente, verdade seja dita, em matéria de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada o NCP não oferece norte claro para os sujeitos do processo, numa simplificação que ameaça a qualidade do serviço público de prestação jurisdicional. Essa simplificação exagerada, desconsiderando que cada ser humano, cada juiz, cada parte, representa um mundo moral único e original com reações diferentes frente à novel legislação processual, corremos o risco de nos perdermos em recursos processuais e abrimos sancha até mesmo para a má-fé processual – pois, como se viu, o *collateral estoppel* possui o potencial de ampliar o trabalho de cognição e produção probatória no processo precedente.⁵⁴

Faz-se mister, portanto, que refletimos antes de mais nada sobre a verdadeira utilidade desse novo instituto em nosso sistema processual, de modo que ele permita maior rendimento processual a casos escolhidos cuidadosamente, o que vale dizer, casos que por sua natureza acomodam realmente a aplicação do novo instituto contribuindo para a prevenção de novos conflitos entre as mesmas partes. E o único modo de não se incidir no rematado erro de tribunais se apropriarem do novo instituto para simplesmente tentarem baixar acervo processual (longe da finalidade do instituto), é a compreensão: primeiro, de que "a junção da economia no processo transcende, assim, a mera precupação

53. SCOTT, Austin Wakeman. *Collateral estoppel*, cit., p. 94, no original: "The doctrine of collateral estoppel, which applies where the cause of action [is] different, has much more limited application. In its limited application it is based upon a sound public policy. Care must be exercised in its application to see that it works no injustice."

54. A respeito do tema *collateral estoppel*, por sinal, é interessante notarmos que os Professores Wright e Kane correlacionam a ampliação do objeto do processo, permitindo às partes completa discussão sobre os fatos e direitos a serem decididos, com a consequência de estreitamento das situações em que uma segunda oportunidade de litigar possa ser dada (WRIGHT, Charles Alan; KANE, Mary Kay. *Law of Federal*, cit., § 700A, p. 725). Nota-se, mais uma vez, que é impossível analisar o *collateral estoppel* se não ponderarmos aspectos administrativos, econômicos, políticos, psicológicos, como, aliás, em todos os institutos jurídicos.

individualista de poupar trabalho a juizes e partes, de frear gastos excessivos de respeitar o dogmatismo dos prazos. Não visa à comodidade dos agentes de atividade processual, mas à ansia de perfeição da justiça humana - reconhecer e proclamar o direito, com o menor gravame possível⁵⁵, em segundo lugar, à compreensão de que o exercício da jurisdição, em última análise, trata-se de prestação de um serviço público.

A respeito desse último aspecto, somente esse programa de pensamento permitirá que façamos leitura republicana da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, exatamente na perspectiva projetada por Mauro Cappelletti de que "direito e Estado devem, finalmente, ser vistos por aquilo que são: como simples instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas necessidades, e não vice-versa."⁵⁶

4. BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Thereza. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1977.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Estudos sobre o novo CPC**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.
- _____. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Temas de Direito Processual**. 8.^a série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. O processo civil brasileiro: uma apresentação. In: **Temas de Direito Processual**. 5.^a série. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.
- _____. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. In: **Temas de Direito Processual**. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de Theoria a Pratica do Processo Civil comparado com o Commercial para uso das Faculdades de Direito do Imperio**. Quarta edição. Rio de Janeiro: Garnier, 1890.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Apresentação da edição de 1988 da obra *Theoria e Prática do Processo Civil e Commercial* de Francisco de Paula Baptista. In: **Teses, Estudos e Parceres de Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2005.
- DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi; LOMBARDI, Mariana Capela; AMADEO, Rodrigo da Costa Manso Real; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. **Questões de ordem pública: revisíveis ad infinitum?**. In: ASSIS, Araken de; ALVIM, Thereza. **Temas de Direito Processual**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2005.

- EDUARDO ARRUDA: ALVIM, Thereza; JUNIOR, Nelson Nery; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Prof. Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ARRUDA, Alfredo. **Da ação declaratória no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1943.
- BULZARD, Alfredo; CORREA, Fábio Peixinho Gomes; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; FONSECA, CÉS, André Luis; NAVES DA; DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi; OLIVEIRA, Marco Antonio Perez; THAUNAY, Rennan Faria Krüger. Proposta de melhoria da coisa julgada e questão prejudicial no novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**, 13 de outubro de 2014, disponível eletronicamente em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-13/proposta-coisa-julgada-questao-prejudicial-cpc>>.
- GUAMANDREI, Piero. El proceso como juego. In: **Derecho Procesal Civil**. Vol. 3 (Estudios sobre el proceso civil). Buenos Aires: EJEA, 1973.
- CAPPELLETI, Mauro. Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento. In: **Processo e ideologia**. Vol. 1. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2008.
- CASAD, Robert; CLEMONT, Kevin M. **Res judicata: a handbook on its theory, doctrine, and practice**. Durham: Carolina Academic Press, 2001.
- CINTRÁ, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 20.^a edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HANSEN, Peter Raven. **Understanding Civil Procedure**. Third edition. Washington DC: LexisNexis, 2002.
- LACERDA, Galeno. **Do despacho saneador**. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- LEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2004.
- LUPES, Bruno Vasconcelos Cartilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico**. 4.^a edição. São Paulo: RT, 2005.
- SCOTT, Austin Wakeman. *Collateral estoppel by judgement*. **Harvard Law Review**, LVII, n. 01, September, 1942, p. 01/26.
- TNUFFO, Michele; HAZZARD, Geoffrey C. **La Justicia Civil en los Estados Unidos**. Tradução: Fernando Gascón Inchausti. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.
- WUNDERBOS, Gary R. (editor). **American Psychological Association (APA). Dictionary of Psychology**. Washington DC: APA, 2007.
- WRIGHT, Charles Alan; KANE, Mary Kay. **Law of Federal Courts**. Sixth edition. Saint Paul: West Group, 2002. \$ 100A.

55. LACERDA, Galeno. Do despatcho saneador. Porto Alegre: Fabris, 1985. CAP. I, item "1". P. 6.

56. CAPPELLETI, Mauro. Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento. In: *Processo e ideologia*. Vol. 1. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2008. p. 393.