

ERICK VIZOLLI

***A ISSUE PRECLUSION* E OS EFEITOS PRECLUSIVOS DA SENTENÇA NO
PROCESSO CIVIL NORTE-AMERICANO**

CURITIBA

2011

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

***A ISSUE PRECLUSION E OS EFEITOS PRECLUSIVOS DA SENTENÇA NO
PROCESSO CIVIL NORTE-AMERICANO***

Monografia apresentada pelo acadêmico Erick Vizolli ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni
Co-orientador: Prof. Dr. Sergio Cruz Arenhart

**CURITIBA
2011**

TERMO DE APROVAÇÃO

Erick Vizolli

A ISSUE PRECLUSION E OS EFEITOS PRECLUSIVOS DA SENTENÇA NO PROCESSO CIVIL NORTE-AMERICANO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do grau de Bacharel em Direito, e aprovada pela seguinte Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

Orientador

Prof. Dr. Sergio Cruz Arenhart

Co-orientador

Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão

Primeiro membro

Prof. Dr. Roberto Benghi Del Claro

Segundo membro

CURITIBA

2011

RESUMO

A monografia destina-se a analisar os efeitos preclusivos produzidos pela sentença no processo civil norte-americano, em especial o instituto da *issue preclusion*, que não possui equivalente direto no ordenamento jurídico dos países de *civil law*. Para tanto, é fornecido em primeiro lugar um panorama geral a respeito da segurança jurídica no sistema jurídico norte-americano, apresentando-se os institutos a ela relacionados: *stare decisis*, *law of the case*, *equitable estoppel*, *judicial estoppel* e *double jeopardy*. Após, investiga-se o significado das noções de *claim preclusion* e *issue preclusion*, bem como suas formas de manifestação e seus requisitos genéricos de aplicação – *finality* e *validity*. Por fim, após uma introdução histórica específica a respeito da *issue preclusion*, são apresentadas as características peculiares desse instituto jurídico – mais especificamente seus pressupostos, as exceções à sua aplicação e suas condições subjetivas de aplicabilidade.

Palavras-chave: *res judicata*, *claim preclusion*, *issue preclusion*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
Capítulo 1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS	9
Capítulo 2 – A SEGURANÇA JURÍDICA NO SISTEMA NORTE-AMERICANO	12
2.1 – <i>Stare decisis</i>	12
2.2 – <i>Law of the case</i>	14
2.3 – <i>Equitable estoppel</i>	15
2.4 – <i>Judicial estoppel</i>	16
2.5 – <i>Double jeopardy</i>	17
Capítulo 3 – RES JUDICATA	18
3.1 – <i>Claim preclusion</i> e <i>issue preclusion</i> : conceitos.....	18
3.2 – <i>A claim preclusion</i>	20
3.3 – <i>Issue preclusion</i> : noções gerais.....	21
3.4 – Os requisitos comuns de formação da <i>claim preclusion</i> e da <i>issue preclusion</i>	21
3.4.1 – <i>A validade do julgamento</i>	23
3.4.2 – <i>A noção de finality</i>	24
Capítulo 4 – ISSUE PRECLUSION	27
4.1 – Perfil histórico	27
4.2 – Requisitos para aplicação	31
4.2.1 – <i>Identidade das questões</i>	32
4.2.2 – <i>Controvérsia e decisão efetivas</i>	33
4.2.3 – <i>Essencialidade para o julgamento</i>	33
4.3 – Exceções à aplicação	35
4.4 – "Limites subjetivos"	36
4.4.1 – <i>Parties e privies</i>	36
4.4.2 – <i>A rule of mutuality e sua mitigação</i>	38
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

INTRODUÇÃO

Os tempos recentes têm contemplado uma aproximação cada vez maior entre as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*, de modo que as fronteiras entre elas existentes não mais podem ser consideradas tão nítidas como em épocas anteriores.

Um sinal evidente dessa constatação é a atenção cada vez maior dedicada pela doutrina brasileira a institutos como o *stare decisis* e às construções teóricas a ele relacionadas – em uma tentativa, espera-se que frutífera, de se alcançar os tão almejados ideais de *segurança jurídica* e *previsibilidade do direito*, essenciais a qualquer sociedade que se pretenda considerar minimamente democrática.

O presente estudo procura acompanhar essa tendência de aproximação entre tradições jurídicas diversas, mas com um enfoque diverso. Embora seu objeto também se relacione com a segurança jurídica, analisa-se aqui outro instituto vital para o atingimento desse fim – qual seja, a *coisa julgada*.

O tema escolhido, em nossa opinião, apenas recentemente tem recebido a atenção devida por parte da doutrina.

Com efeito, até pouco tempo atrás não eram comuns trabalhos doutrinários em países de *civil law* destinados a analisar o funcionamento da coisa julgada no contexto da *common law*. Excetuam-se, principalmente, o clássico verbete “*Giudicato civile*” de Giovanni PUGLIESE na *Enciclopedia del Diritto*,¹ – que, no entanto, analisa a questão de maneira relativamente superficial –, e dois artigos de Michele TARUFFO na *Rivista de Diritto Processuale*.²

A doutrina brasileira, por sua vez, por muito tempo ignorou completamente o tema. Tome-se, a título de exemplo, a clássica obra de Celso NEVES “Coisa julgada civil”,³ na qual o autor realiza exaustivo estudo comparativo a respeito do instituto em sistemas díspares como o italiano, o alemão e até mesmo o japonês. Apesar da profundidade da análise de direito comparado realizada pelo autor, note-se que a obra não dedica uma linha sequer ao estudo da coisa julgada no ordenamento

¹ PUGLIESE, G. Giudicato civile (diritto vigente). **Enciclopedia del diritto**, vol. XVIII, p. 797-800.

² São eles os textos: “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni, I (**Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano XXVI, n. 4, p. 651-687, out-dez. 1971) e “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni, II (**Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano XXVII, n. 2, p. 272-300, abr-jun. 1972).

³ NEVES, C. **Coisa julgada civil**. São Paulo, RT, 1971.

jurídico dos Estados Unidos – país que, àquela época (1971), já ocupava uma situação de proeminência no cenário geopolítico mundial.

Essa falta de comunicação entre as tradições jurídicas, contudo, vem sofrendo transformações nos últimos tempos, tanto sob o aspecto *doutrinário* como no âmbito *legal*.

No primeiro caso, tem-se verificado a publicação de vários estudos destinados a preencher essa lacuna no conhecimento jurídico. Talvez o melhor exemplo recente dessa tendência seja a obra de Diego VOLPINO “*L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*”,⁴ trabalho de fôlego no qual o discípulo de TARUFFO prossegue, com incrível profundidade, a traçar as linhas outrora esboçadas por seu mestre.

Já no que se refere ao aspecto legal, vários ordenamentos jurídicos de *civil law* veem-se diante de propostas de mudanças no regime jurídico da coisa julgada que, *prima facie*, remetem à disciplina que esse instituto jurídico recebe nos Estados Unidos. É possível mencionar, a título de exemplo, o art. 33 do projeto de reformas à *Ley General del Ambiente* argentina⁵ e o art. 490 do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro – que institui a “coisa julgada sobre questões prejudiciais”, instituto de linhas muito semelhantes à *issue preclusion* norte-americana.⁶

Dito isso, o presente estudo se destina a uma análise *dogmática* dos contornos dados à coisa julgada – ou melhor, à *res judicata* – no sistema norte-americano, com ênfase na *issue preclusion*, instituto próprio dos países de *common law* e sem (ao menos por enquanto) nenhum equivalente direto nos ordenamentos jurídicos da Europa continental e da América Latina.

O que se propõe, aqui, é a análise das linhas gerais de funcionamento daquele instituto no ordenamento dos Estados Unidos, sem se preocupar – excetuando-se fins didáticos – com comparações entre esse sistema e o brasileiro, que transcenderiam os limites formais permitidos à sua realização.

⁴ VOLPINO, D. **L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana**. Padova: CEDAM, 2007.

⁵ VERBIC, F. La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente de la Republica Argentina. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 167, p. 187-229, jan. 2009, p. 219-229.

⁶ GIDI, A.; TESHEINER, J. M. R.; PRATES, M. Z. Limites objetivos da coisa julgada no Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 194, p. 101-138, abr. 2011, p. 128-136.

Para se alcançar tal intento, analisa-se sobretudo a doutrina produzida naquele país – em especial os manuais de Robert CASAD e Kevin CLERMONT⁷ e de David SHAPIRO,⁸ as duas mais recentes obras doutrinárias abrangentes a respeito do tema. Também se procurou apontar, quando conveniente, a abordagem jurisprudencial existente sobre o assunto.

O primeiro capítulo de destina a uma abordagem introdutória a respeito da *res judicata* norte-americana, abordando, em uma escala macro, as principais diferenças existentes entre esse instituto e a “coisa julgada” dos países da *civil law*.

Sucedese (capítulo 2) uma visão panorâmica a respeito da segurança jurídica no sistema norte-americano, contextualizando-se a *res judicata* em meio a outros institutos que também possuem por escopo a realização desse intento.

O capítulo 3, por sua vez, se destina à análise dos aspectos gerais da *res judicata* norte-americana, expondo a dicotomia existente entre suas duas modalidades (*issue preclusion* e *claim preclusion*) e os requisitos de formação comuns a ambas.

Por fim, o capítulo 4 se volta aos aspectos históricos e dogmáticos da *issue preclusion*, expondo seu surgimento, suas hipóteses de aplicação, as exceções à sua aplicação e seus limites subjetivos.

⁷ CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. **Res judicata**: a handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001.

⁸ SHAPIRO, D. **Civil procedure**: preclusion in civil actions. New York: Foundation Press, 2001.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

As discrepâncias existentes entre as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law* se refletem também nas abordagens realizadas por esses sistemas a respeito da *segurança jurídica* e da *estabilidade* das decisões judiciais.

Especificamente no que tange ao objeto do presente trabalho, são incontáveis as diferenças existentes entre o instituto conhecido no ordenamento norte-americano como *res judicata* (e suas duas manifestações, a *claim preclusion* e a *issue preclusion*) e as ideias tradicionalmente associadas à “coisa julgada” nos países do *civil law*. Uma análise comparativa entre os dois institutos, com efeito, revela que a assonância etimológica que os une esconde mais diferenças do que semelhanças.⁹

Essas diferenças serão abordadas em seu momento oportuno ao longo do desenvolvimento deste trabalho. Três delas, no entanto, por sua importância e generalidade, serão apontadas de forma preliminar e introdutória ao estudo que se desenvolverá nos capítulos subsequentes.

Em primeiro lugar, é essencial para a compreensão da *res judicata* norte-americana a percepção de que noções como *coisa julgada material* ou *autoridade da coisa julgada*, tão caras aos juristas de *civil law* que se dedicam ao estudo do tema, não possuem equivalente explícito no contexto da tradição jurídica anglo-americana.¹⁰ Os conceitos a elas submetidos, embora não sejam desconhecidos aos *common lawyers*, tão-somente “assumem sentido e relevância na medida em que servem para evitar o desenvolvimento de um segundo processo e a pronúncia de uma decisão ulterior sobre matérias que já usufruíram de um julgamento apropriado”.¹¹ Os efeitos produzidos por uma decisão judicial definitiva são, na

⁹ “L’osservatore che volesse indagare la questione mediante un’analisi meno superficiale non avrebbe difficoltà ad accorgersi di come ... l’assonanza terminologica che indubbiamente lega la ‘cosa giudicata’ alla ‘res judicata’ celi, a ben vedere, più differenze che somiglianze” (VOLPINO, D. **L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana**. Padova: CEDAM, 2007, p. 47).

¹⁰ “Nozioni come quelle di giudicato ‘sostanziale’ oppure di ‘autorità’ della cosa giudicata non hanno alcun esplicito equivalente nel contesto della tradizione giuridica anglo-americana” (ibidem, p. 1).

¹¹ No original: “essi assumono senso e rilevanza nella misura in cui valgono ad evitare lo svolgimento di un secondo processo e la pronuncia di un’ulteriore decisione su materie che hanno già beneficiato di un apposito giudizio” (idem). Já Michele Taruffo aponta que, no direito norte-americano, “i problemi attinenti al giudicato vengono affrontati essenzialmente mediante l’analisi del modo in cui la sentenza spiega i suoi effetti in un giudizio successivo”. (TARUFFO, M. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni, Il. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano XXVII, n. 2, p. 272-300, abr-jun. 1972, p. 272.)

verdade, concebidos e descritos como uma espécie de *preclusão*, consubstanciando um fenômeno de índole *processual e negativa*.¹²

Em segundo lugar, note-se que não há no direito norte-americano *regras legislativas específicas* a respeito da coisa julgada: nem o *United States Code*¹³ nem as *Federal Rules of Civil Procedure*¹⁴ contêm disposições concernentes ao tema. A abordagem vigente sobre o assunto foi elaborada quase inteiramente pela jurisprudência, e consolidada no *Restatement (Second) of Judgements* – obra doutrinária que procura expor sistematicamente soluções práticas para a aplicação do *common law* nos Estados Unidos.¹⁵

Situação oposta ocorre nos países de *civil law*, onde a disciplina da coisa julgada é normalmente regulamentada por lei. Nesse sentido podem ser mencionados, a título de exemplo, os artigos 467 a 474 do Código de Processo Civil brasileiro, 324 do *Codice di Procedura Civile* e 2.909 do *Codice Civile* italianos e 207 e 222 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola.

O terceiro aspecto é consequência do segundo: dada a ausência de lei a regulamentar o tema, bem como fatores históricos a serem abordados no momento oportuno, não existem *conceitos unívocos* que reflitam o fenômeno da coisa julgada naquele país.¹⁶ Como adverte Francisco VERBIC, “en el sistema procesal civil norteamericano las normas jurídicas resultan aplicadas con especial consideración a

¹² VOLPINO, D. **L’oggetto...**, cit., p. 2.

¹³ De acordo com Toni M. FINE, “o *United States Code (USC)* é uma compilação sistemática de leis federais efetivas. Está dividido em cinquenta títulos, cada um subdividido em seções seqüenciais numeradas. Novas leis federais são incorporadas ao código já existente” (FINE, T. M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 60). O *United States Code* está disponível para consulta em <<http://uscode.house.gov/>>. Acesso em 08/09/2011.

¹⁴ “O processo civil, nas cortes federais, é determinado por grande e variado número de regras. As regras federais de processo civil e as regras federais em matéria probatória são as mais importantes. Estas e outras regras da corte federal são promulgadas pela Suprema Corte, com aconselhamento da Conferência Judicial dos Estados Unidos, que é o corpo político do judiciário federal. As regras têm efeito após revisão congressual e possuem a mesma força que as leis aprovadas no Congresso” (idem, p. 92). As *Federal Rules of Civil Procedure* estão disponíveis para consulta *online* em <<http://www.utd.uscourts.gov/forms/civil2009.pdf>>. Acesso em 08/09/2011.

¹⁵ PRATES, M. Z. **O instituto da coisa julgada**: cotejo dos ordenamentos brasileiro e norte-americano. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 10-12.

¹⁶ CRESCI SOBRINHO, E. de. Coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 65, p. 235-252, jan.-mar. 1992, p. 245.

las circunstancias particulares del caso concreto”.¹⁷ Já Artur da Fonseca ALVIM, em um dos poucos estudos publicados no Brasil a respeito do assunto, lembra que

o conceito de coisa julgada assume diferentes contornos no sistema americano. Embora se verifique o uso de inúmeros princípios para a busca de uma definição genérica, a jurisprudência ainda remanesce como fonte primária de análise. Com efeito, o juiz sempre observará caso a caso, analisando o que já foi decidido em situações similares ou idênticas.¹⁸

Da mesma forma, Michele TARUFFO esclarece que a determinação dos limites e condições concretas de aplicação da coisa julgada norte-americana “não é realizada por deduções a partir de um quadro de definições abstratas e apriorísticas, mas através de confronto e da conciliação entre as exigências diversas e contrastantes que convergem no problema do julgado”.¹⁹

A forma como se dá essa construção será abordada no decorrer deste trabalho. Antes disso, contudo, parte-se a uma contextualização genérica da *res judicata* no sistema jurídico norte-americano, cotejando-a com outros institutos que, naquele ordenamento, se destinam a concretizar a necessidade universal de *segurança jurídica*.

¹⁷ VERBIC, F. La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente de la Republica Argentina. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 167, p. 187-229, jan. 2009, p. 193.

¹⁸ ALVIM, A. F. Coisa julgada nos Estados Unidos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 132, p. 75-81, fev. 2006. p. 76.

¹⁹ No original: “non viene compiuta per via di deduzione da un quadro di definizioni astratte e aprioristiche, ma attraverso la via del confronto e del contemperamento delle esigenze diverse e contrastanti che convergono nel problema del giudicato”. (TARUFFO, M. “Collateral estoppel”... (II), cit., p. 272).

2. A SEGURANÇA JURÍDICA NO SISTEMA NORTE-AMERICANO.

Ao introduzir a noção de *segurança jurídica*, o constitucionalista português José Joaquim Gomes CANOTILHO lembra que “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida”. “Por isso”, prossegue o autor, “desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de Direito”.²⁰

Essas ideias também estão presentes no sistema jurídico norte-americano, onde vários institutos possuem a função específica de tutelar a segurança jurídica dos atos jurisdicionais. Alguns deles apresentam características similares à *res judicata*, o que pode levar a dificuldades de identificação e a confusões terminológicas. Não por outra razão, vários autores de países de *civil law* que se dedicam ao estudo da *res judicata* procuram, antes de apresentar seu *modus operandi*, compará-la a esses institutos. Podemos citar, como exemplo dessa abordagem, as obras de Diego VOLPINO²¹ e Marília Zanella PRATES.²²

Dadas essas considerações, os itens subsequentes se destinam a análise de cinco desses institutos: o *stare decisis*, a *law of the case*, o *equitable estoppel*, o *judicial estoppel* e o *double jeopardy*.

2.1. *Stare decisis*.

O *stare decisis* é definido pelo *Black's Law Dictionary* como “a doutrina do precedente, sob a qual se faz necessário a uma corte seguir decisões judiciais prévias quando a mesma questão surgir novamente em outro litígio”.²³ Destina-se, em brevíssima síntese, a assegurar o respeito de uma corte (e daquelas a ela subordinadas) às suas decisões prévias, de modo a uniformizar o entendimento jurisprudencial e manter a coerência da ordem jurídica.

²⁰ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

²¹ VOLPINO, D. **L'oggetto...**, cit., p. 2.

²² PRATES, M. Z. **O instituto...**, cit., p. 13-16.

²³ No original: “the doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation”. (GARNER, B. A. (coord.). **Black's Law Dictionary**. 7. ed. St. Paul: West Group, 1999, p. 1414).

Sua denominação se origina da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*. De acordo com Fleming JAMES JR., Geoffrey HAZARD JR. e John LEUBSDORF, a doutrina se refere a “um comando mediante o qual as cortes devem dar o devido peso ao precedente. Ela afirma que uma questão de direito já estabelecida deveria ser seguida sem reconsideração, desde que a decisão anterior fosse impositiva”.²⁴

O *stare decisis* está intimamente ligado ao conceito de *Rule of Law*. Como já afirmou a Suprema Corte norte-americana (em decisão citada por Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO), tal ligação existe “porque ela assegura que o direito não se altere de forma errática e permite que a sociedade presuma que os princípios fundamentais estão fundados no direito ao invés de nas inclinações dos indivíduos”.²⁵⁻²⁶

Além das finalidades já mencionadas, a doutrina assinala que o *stare decisis* traz consigo as vantagens de conferir previsibilidade e estabilidade ao jurisdicionado no que concerne ao planejamento de sua vida privada, consubstanciar o princípio da igualdade, viabilizar um maior controle da imparcialidade do órgão julgador, concretizar a segurança jurídica, desestimular a litigância e, finalmente, favorecer a celebração de acordos.²⁷

Embora seja característica marcante do moderno *common law*, o *stare decisis* com ele não se confunde, constituindo, na realidade, apenas um de seus elementos.²⁸ A inexistência de identidade entre os conceitos permite que um sistema precedentalista (bem como as vantagens a ele inerentes) seja adotado também nas jurisdições de *civil law*, como é o caso do Brasil.²⁹

²⁴ Apud MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 23.

²⁵ Idem. A decisão mencionada está disponível na íntegra em <<http://supreme.justia.com/us/474/254/>>. Acesso em 21/10/2011.

²⁶ A noção de *Rule of Law* é assim exposta por CANOTILHO: “*The rule of law* significa, em primeiro lugar, na seqüência da *Magna Charta* de 1215, a obrigatoriedade da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os de sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, *rule of law* significa a proeminência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, *Rule of Law* aponta para a sujeição de todos os actos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, *Rule of Law* terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim destes aí defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses (*Common Law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes públicos)” (CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional...**, cit., p. 93-94).

²⁷ MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 120-190.

²⁸ Ibidem, p. 33-35.

²⁹ Ibidem, p. 457-521.

A doutrina assinala que três características peculiares do *stare decisis* o diferenciam da *res judicata*, a saber: i) versa apenas sobre questões de direito; ii) tem aplicação mais flexível (há a possibilidade de *overruling*) e iii) aplica-se a demandas que tenham partes totalmente diversas.³⁰

2.2. *Law of the case.*

De acordo com a doutrina da *law of the case*, a decisão de questões já discutidas no decorrer de um processo não pode ser alterada pelo juiz que a tenha prolatado ou por outro no mesmo grau de jurisdição.³¹ Ao apresentar esse instituto, Allan VESTAL relata que, no direito norte-americano,

há um sentimento de que as várias fases de um processo devem ser consistentes uma com a outra, de que a mesma matéria não deve ser assunto de repetitivas e desgastantes audiências; de que a fé pública deve ser preservada no sistema judicial respeitando-se uma decisão já tomada.³²

A *law of the case* foi concebida para se atender a uma ampla gama de interesses. Entre os principais, podemos apontar a necessidade de *coerência* (*consistency*) das afirmações efetuadas no curso do processo, o respeito às *expectativas processuais* das partes em litígio e o ideal de *economia processual*.³³

Pode-se afirmar que o instituto encontra seu equivalente no direito brasileiro na *preclusão consumativa para o juiz*, definida no art. 471 do CPC – o qual, na opinião da melhor doutrina, “impõe a impossibilidade de, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença, o juiz, no mesmo processo, evidentemente, decidir ‘novamente as questões já decididas’”.³⁴ No mesmo sentido, mas referindo-se à atividade processual das *partes*, o art. 473 do mesmo diploma.

Dentre as principais diferenças existentes entre a doutrina da *law of the case* e a *res judicata*, podemos afirmar, com Robert CASAD e Kevin CLERMONT, que a

³⁰ “Contrasted with *res judicata*, *stare decisis* (1) applies only to decided issues of law, (2) permits courts to handle precedent much more flexibly, and (3) governs even in cases involving wholly new parties”. (CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. **Res judicata**: a handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 15).

³¹ VOLPINO, D. **L’oggetto...**, cit., p. 17.

³² VESTAL, A. *Law of the case: single-suit preclusion*. **Utah Law Review**, Salt Lake City, n. 2, p. 1-31, mar. 1967, p. 1.

³³ VOLPINO, D., op. cit., p. 22-24.

³⁴ FERREIRA FILHO, M. C. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 83.

primeira é aplicável: i) tradicionalmente (mas não exclusivamente) às questões de direito; ii) de maneira bastante flexível; iii) apenas no próprio processo, normalmente antes de a *res judicata* entrar em cena.³⁵

Chama a atenção o segundo aspecto, que evidencia o pragmatismo que costuma nortear a aplicação dos institutos mencionados ao longo deste capítulo. Em estudo a respeito do tema, Allan VESTAL explicita que a flexibilização da *law of the case* é decorrência do fato de os litigantes, por vezes, enfrentarem a “frustrante experiência de ter uma corte lhes dizendo que estão certos, mas que serão derrotados porque uma corte em um momento anterior cometeu um erro”.³⁶ Isto é: como o emprego indiscriminado do instituto poderia constituir a fonte de decisões judiciais evidentemente incorretas ou injustas, sua aplicação deve ser vista *cum grano salis*, à luz do caso concreto.

Interessante notar que a Suprema Corte norte-americana aplica essas premissas desde o início do século passado, quando afirmou, em *Messenger v. Anderson*, que “a expressão *law of the case* ... apenas exprime a prática das cortes de geralmente se recusar a reabrir o que já foi decidido, e não uma limitação do seu poder”.³⁷ Há, também, Estados americanos cujo ordenamento ignora a aplicação do instituto: VESTAL menciona, a título de exemplo, o caso do Alabama, onde a abolição da *law of the case* foi resultado de intervenção legislativa expressa.³⁸

2.3. *Equitable estoppel*.

O termo *estoppel* pode ser definido como “um obstáculo que impede alguém de afirmar um pedido ou direito que contradiga o que disse ou fez anteriormente, ou o que foi legalmente estabelecido como verdadeiro”.³⁹ Designa um princípio de origem antiquíssima que, em suas origens, se consubstanciava na obrigação de um

³⁵ “Contrasted with *res judicata*, *law of the case* (1) applies traditionally but not exclusively to issues of law, (2) applies very flexibly, and (3) applies only on the one case at hand, usually before *res judicata* kicks in”. (CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. **Res judicata...**, cit., p. 17).

³⁶ VESTAL, A. *Law of the case...*, cit., p. 1.

³⁷ “The phrase ‘*law of the case*’, as applied to the effect of previous order on the later action of the court rendering them in the same case, merely expresses the practice of courts generally to refuse to open what has been decided -- not a limit to their power”. *Messenger v. Anderson*, 225 U.S. 436 (1912). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/225/436/>>. Acesso em 08/09/2011.

³⁸ VESTAL, A., op. cit., p. 3.

³⁹ No original: “a bar that prevents one from asserting a claim or right that contradicts what one has said or done before or what has been legally established as true”. (GARNER, B. A. (coord.). **Black’s Law Dictionary**, cit., p. 570).

sujeito respeitar as situações jurídicas por ele mesmo criadas ou a cujo aperfeiçoamento tivesse contribuído.⁴⁰

A evolução histórica do *estoppel* levou a sua “ramificação” em diversas variantes, dentre as quais quatro se referem à segurança jurídica no âmbito do processo civil – interessando, portanto, ao presente trabalho. São elas o *equitable estoppel*, o *judicial estoppel*, o *direct estoppel* e o *collateral estoppel*. Os dois primeiros serão analisados neste capítulo. Os últimos nada mais são do que elementos da *issue preclusion*, objeto específico desta monografia, e sua evolução será abordada no momento devido.

O *equitable estoppel* (também conhecido como *estoppel by conduct* ou *estoppel by pais*) procura assegurar a coerência entre as condutas da parte, evitando que ela alegue, no decorrer de um processo, circunstâncias de fato incompatíveis com seu comportamento pregresso, mesmo que este se dê fora do âmbito judicial.⁴¹ Para sua aplicação exige-se, dentre outros requisitos, que uma das partes tenha feito uma alegação falsa, que a falsidade fosse de seu conhecimento e que haja possibilidade de prejuízo para seu adversário.⁴²

Pode-se apontar como equivalente dessa figura no direito brasileiro a exigência de *lealdade e boa-fé processual* exposta no art. 14, II do CPC – o qual, de acordo com Helena Najjar ABDO, “está fundado na existência de *limites* de ordem ética e legal impostos à conduta dos litigantes, os quais, por sua vez, encontram apoio na existência de outras garantias e liberdades a preservar”.⁴³

2.4. *Judicial estoppel.*

Assim como o *equitable estoppel*, o *judicial estoppel* tem por objetivo evitar a contradição entre condutas da parte. Sua aplicação, no entanto, diz respeito apenas a afirmações realizadas sob juramento (*under oath*)⁴⁴ no curso de um processo judicial. Sua principal diferença em relação a *res judicata*, de acordo com CASAD e CLERMONT, é a desnecessidade de existência de uma decisão judicial prévia.⁴⁵

⁴⁰ VOLPINO, D. *L’oggetto...*, cit., p. 28-29.

⁴¹ *Ibidem*, p. 29.

⁴² GARNER, B. A. (coord.). *Black’s Law Dictionary*, cit., p. 571.

⁴³ ABDO, H. J. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007, p. 130.

⁴⁴ CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. *Res judicata...*, cit., p. 18-19.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 19.

2.5. *Double jeopardy.*

A Quinta Emenda à Constituição norte-americana, promulgada em 1791, traz em seu texto a cláusula do *double jeopardy*, segundo a qual “ninguém poderá ser ameaçado duas vezes pelo mesmo crime”.⁴⁶

Trata-se de instituto análogo à *res judicata*, mas no âmbito criminal. Por meio de sua aplicação, impede-se não apenas que uma pessoa seja julgada duas vezes pelo cometimento de um mesmo crime, mas também que *questões de fato* decididas em um julgamento criminal válido sejam rediscutidas em um segundo processo com objeto diverso (*Ashe v. Swenson*).⁴⁷

Embora o *Bill of Rights* tenha por função proteger o cidadão norte-americano contra atos impróprios do governo federal,⁴⁸ a Suprema Corte possui entendimento que estende a aplicação do *double jeopardy* também aos estados (*Benton v. Maryland*).⁴⁹ A regra, no entanto, é válida apenas dentro da mesma unidade federativa: caso o mesmo crime viole leis de dois estados diferentes, a cláusula constitucional não proíbe julgamentos sucessivos (*Heath v. Alabama*).⁵⁰ Analogamente, decidiu-se em caso recente de grande repercussão que o *double jeopardy* não incide sobre julgamento realizado por tribo indígena com soberania reconhecida, caso o mesmo ato constitua crime também no ordenamento estatal (*United States v. Lara*).⁵¹

⁴⁶ No original: “nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb”. A tradução é de Eduardo Saldanha, e pode ser encontrada em FINE, T. M. **Introdução...**, cit., p. 146.

⁴⁷ “Since, on the record in this case, the jury in the first trial had determined by its verdict that petitioner was not one of the robbers, the State, under the doctrine of collateral estoppel, was constitutionally foreclosed from relitigating that issue in another trial”. *Ashe v. Swenson*, 397 U.S. 436 (1970). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/397/436/case.html>>. Acesso em 08/09/2011.

⁴⁸ FINE, T. M., op. cit., p. 20.

⁴⁹ “The double jeopardy prohibition of the Fifth Amendment, a fundamental ideal in our constitutional heritage, is enforceable against the States through the Fourteenth Amendment. *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319, overruled”. *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/395/784/case.html>>. Acesso em 08/09/2011.

⁵⁰ “Under the dual sovereignty doctrine, successive prosecutions by two States for the same conduct are not barred by the Double Jeopardy Clause of the Fifth Amendment, and, hence, Alabama was not barred from trying petitioner”. *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (1985). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/474/82/case.html>>. Acesso em 08/09/2011.

⁵¹ “Because the Tribe acted in its capacity as a sovereign authority, the Double Jeopardy Clause does not prohibit the Federal Government from proceeding with the present prosecution for a discrete federal offense”. *United States v. Lara*, 541 U.S. 193 (2004). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/541/193/case.html>>. Acesso em 08/09/2011.

3. RES JUDICATA.

3.1. *Claim preclusion* e *issue preclusion*: conceitos.

Como já afirmado no Capítulo 1, não há no direito processual norte-americano conceitos unívocos a refletir os fenômenos da *res judicata* ou das doutrinas a ela relacionadas. O estudo desse instituto jurídico, portanto, deve ser desenvolvido sobretudo a partir de seus aspectos pragmáticos.

Para fins de aproximação, consideraremos a *res judicata* como o *efeito preclusivo* que uma decisão judicial produz sobre processos futuros. A designação é, ao menos em parte, coerente com as definições trazidas pelos autores norte-americanos a respeito do tema, que em geral consideram a *res judicata* como um “efeito” (*effect*) da sentença.⁵² Note-se, no entanto, que o uso do termo “efeito” procedido pela doutrina norte-americana é completamente atécnico, não devendo ser compreendido nos mesmos termos utilizados pela doutrina brasileira ou dos países da Europa continental.

De acordo com Geoffrey HAZARD JR. e Michele TARUFFO, a ideia básica a nortear a aplicação da *res judicata* no direito processual norte-americano é relativamente simples: “las pretensiones efectivamente ejercitadas por el actor y las excepciones efectivamente interpuestas por el demandado quedan excluidas de un eventual proceso posterior”.⁵³

A *res judicata* se subdivide em duas doutrinas, conhecidas por *claim preclusion* e *issue preclusion*. A primeira delas impede, ao mesmo tempo, o autor de demandar novamente a respeito de uma mesma *claim*⁵⁴ e o réu de apresentar qualquer defesa que já pudesse ter apresentado em um processo anterior. A *issue preclusion*, por sua vez, faz precluir a oportunidade de discussão de qualquer questão (*issue*) discutida e efetivamente decidida em juízo, independentemente de qual seja a *claim* na qual se baseie a segunda demanda.⁵⁵

Uma comparação sintética entre esses institutos e a coisa julgada no direito brasileiro é apresentada por Marília Zanella PRATES, que lembra que “a *claim*

⁵² Nesse sentido, a análise efetuada por PRATES, M. Z. **O instituto...**, cit., p. 49-51.

⁵³ HAZARD JR., G. C.; TARUFFO, M. **La justicia civil en los Estados Unidos**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006, p. 213.

⁵⁴ Para o conceito de *claim* no direito norte-americano, ver o tópico 3.2.

⁵⁵ VERBIC, F. *La cosa juzgada ...*, cit., p. 191.

preclusion corresponde, em geral, no Brasil, à coisa julgada material. A *issue preclusion*, que se pode explicar como preclusão de uma questão com eficácia em outro processo, não tem paralelo no sistema brasileiro atual”.⁵⁶

Vale notar que a denominação aqui exposta é relativamente recente, tendo sido adotada apenas com a publicação do *Restatement (Second) of Judgments* em 1982. Até então, o termo *res judicata* era utilizado em sentido estrito, como sinônimo de *claim preclusion*. A *issue preclusion*, por sua vez, recebia a denominação de *collateral estoppel* – o qual, como se verá logo adiante, constitui a principal forma de manifestação desse fenômeno.

Robert CASAD e Kevin CLERMONT relatam que a mudança na denominação se deveu principalmente ao trabalho do professor Allan VESTAL, e teve por objetivo a busca por maior clareza e precisão terminológica.⁵⁷ A nova nomenclatura, embora ainda não seja unânime,⁵⁸ é adotada pela Suprema Corte norte-americana.⁵⁹

Feitas essas considerações iniciais, frise-se que o presente capítulo tem por objetivo apenas uma aproximação perfunctória a respeito da *claim preclusion* e da *issue preclusion*. Com relação ao primeiro instituto, que não constitui objeto específico do presente estudo, serão apresentados tão-somente alguns aspectos gerais (tópico 3.2). A *issue preclusion*, por sua vez, merecerá aqui apenas uma análise introdutória (a ser realizada no tópico 3.3), tendo suas características melhor explanadas no capítulo seguinte.

⁵⁶ PRATES, M. Z. **O instituto...**, cit., p. 13.

⁵⁷ CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. **Res judicata...**, cit., p. 9.

⁵⁸ SHAPIRO, D. **Civil procedure: preclusion in civil actions**. New York: Foundation Press, 2001, p. 9-10.

⁵⁹ CASAD e CLERMONT (loc. cit.) citam como exemplo da aplicação da nova nomenclatura o caso *Baker v. General Motors* (86 F.3d 811), de 1998, cuja decisão pode ser consultada na íntegra em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/96-653.ZC.html>> (acesso em 01/11/11). Mas seu uso pela Suprema Corte é certamente anterior: no julgamento de *Migra v. Warren City Sch. Dist. Bd.* (465 U. S. 75), de 1984, o Justice BLACKMUN afirmou que “*res judicata is often analyzed further to consist of two preclusion concepts: ‘issue preclusion’ and ‘claim preclusion.’ Issue preclusion refers to the effect of a judgment in foreclosing relitigation of a matter that has been litigated and decided. ... This effect also is referred to as direct or collateral estoppel. Claim preclusion refers to the effect of a judgment in foreclosing litigation of a matter that never has been litigated, because of a determination that it should have been advanced in an earlier suit*”. A decisão está disponível em <<http://supreme.justia.com/us/465/75/case.html#T1>> (acesso em 01/11/11).

3.2. *A claim preclusion.*

A ideia básica a nortear o funcionamento do instituto da *claim preclusion* pode ser resumida na seguinte constatação: no direito norte-americano, uma parte não pode rediscutir uma *claim* já decidida em um processo anterior, sempre que o julgamento atender aos requisitos da *validity* e da *finality*.

Denota-se, dessa definição, que uma compreensão adequada da abrangência da *claim preclusion* envolve a exata compreensão do que signifique o termo *claim* – que, adiante-se, não possui equivalente exato no ordenamento jurídico brasileiro. Tal abrangência é regulamentada pelo § 24(1) do *Restatement (Second) of Judgments*, onde se define que

quando um julgamento válido e final prolatado em uma ação extingue a *claim* do autor..., a *claim* extinta inclui todos os direitos do autor a ações contra o réu relativos a toda e qualquer parte da transação [*transaction*], ou da série de transações conexas, da qual derivou a ação.⁶⁰

O termo “*transaction*” pode ser definido para fins de aplicação da *claim preclusion* como qualquer atividade que envolva duas ou mais pessoas⁶¹ - designando, na prática, “os fatos ou o fato com relevância jurídica que geram para o autor uma ou mais pretensões”.⁶² Dessa forma, no direito norte-americano, “todas as pretensões advindas de um fato ou de um conjunto de fatos ligados entre si ficam acobertadas pelos efeitos da *claim preclusion*, mesmo que não tenham sido objeto dos pedidos do autor”.⁶³

A definição da abrangência da *transaction* nem sempre é simples, podendo ser afetada pela tradição, por regras negociais ou até mesmo pelo direito material relacionado ao caso.⁶⁴ John J. WAGNER JR. estabelece que tal determinação deve obedecer aos seguintes requisitos: a) deve haver conexão espaço-temporal entre os fatos da ação; b) os fatos devem advir da mesma conduta, ou de condutas

⁶⁰ “When a valid and final judgment rendered in an action extinguishes the plaintiff's claim pursuant to the rules of merger or bar ..., the claim extinguished includes all rights of the plaintiff to remedies against the defendant with respect to all or any part of the transaction, or series of connected transactions, out of which the action arose” (apud PRATES, M. Z. **O instituto...**, cit., p. 59).

⁶¹ GARNER, B. A. (coord.). **Black's Law Dictionary**, cit., p. 1503.

⁶² PRATES, M. Z. **O instituto...**, cit., p. 60.

⁶³ Idem.

⁶⁴ SHAPIRO, D. **Civil procedure...**, cit., p. 38.

correlacionadas; c) a aplicação da *claim preclusion* deve fomentar a *trial convenience* (economia processual).⁶⁵

Sobre o assunto, ainda, se faz interessante notar a explicação trazida por Antônio GIDI para a abrangência da *claim preclusion*:

Em linhas gerais, e muito sucintamente, tudo aquilo que poderia ter sido objeto de pedido em um determinado processo anteriormente julgado, e não o foi, não poderá voltar a ser levado a juízo jamais. Parafraseando o princípio do deduzido e do dedutível previsto no art. 474 do CPC brasileiro (que tem um diferente alcance apenas na exata medida da diferença entre as noções de causa de pedir), é possível dizer que, "passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidos e repelidos todos os pedidos que a parte autora poderia fazer e não fez".⁶⁶

A *claim preclusion* pode se manifestar sob duas formas diversas, conhecidas por *merger* ("fusão") e *bar* ("impedimento", "proibição").

O *merger* se caracteriza quando o julgamento da primeira ação tiver sido favorável ao autor (*plaintiff*), o qual não poderá propor uma segunda demanda pretendendo resultado mais favorável do que o obtido na anterior. Da mesma forma, o *merger* obsta ao réu, quando da execução da sentença, a alegação de argumentos de defesa que poderiam ter sido suscitados anteriormente.⁶⁷

O *bar*, por sua vez, tem lugar quando o julgamento da primeira ação tiver beneficiado o réu (*defendant*) – caso no qual se impede o autor de trazer a juízo nova ação baseada na mesma *claim*.

Em regra, a *claim preclusion* produz efeitos apenas em relação às partes (*parties*) em litígio, bem como a seus *privies*. A abrangência dessas noções será explanada mais adiante, no tópico 4.4..

3.3. *Issue preclusion*: noções gerais.

Fundamentada na premissa de que todas as Cortes norte-americanas são igualmente capazes de decidir questões em litígio,⁶⁸ a *issue preclusion* torna imutáveis e indiscutíveis, em um segundo processo, "questões" (*issues*) já decididas anteriormente.

⁶⁵ WAGNER JR., J. F. Proper test to determine identity of claims for purposes of claim preclusion by res judicata under federal law. **American Law Reports, Federal**, n. 82, p. 829-837, 1987, p. 836-837.

⁶⁶ GIDI, A. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 230.

⁶⁷ CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. **Res judicata...**, cit., p. 83.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 113.

Por constituir o objeto específico desta monografia, seus pressupostos de aplicação, características, abrangência e exceções serão abordadas conjuntamente, no capítulo posterior. Antes, porém, duas observações de ordem genérica se impõem.

A primeira dessas observações é a de que, enquanto a *claim preclusion* é similar (mas não idêntica) à coisa julgada material do sistema jurídico brasileiro, a *issue preclusion* não tem qualquer paralelo no ordenamento pátrio,⁶⁹ nem no de quaisquer países da tradição jurídica do *civil law*. As razões para tal são históricas, e serão abordadas adiante.

Além disso, deve-se notar preliminarmente que, assim como a *claim preclusion* se divide em *merger* e *bar*, também a *issue preclusion* apresenta uma distinção. Quando a decisão invocada como impedimento tiver sido prolatada em um processo baseado na mesma *claim* (mas onde, por algum motivo, a *claim preclusion* não puder ser aplicada), produz-se o efeito denominado *direct estoppel*; provindo a decisão de um processo baseado em *claim* diversa, caracteriza-se o *collateral estoppel*.⁷⁰

3.4. Os requisitos comuns de formação da *claim preclusion* e da *issue preclusion*.

Como já esclarecido, o objeto da presente monografia é a *issue preclusion*, instituto peculiar ao ordenamento jurídico norte-americano e que, nesse sistema, possui características e requisitos de aplicação próprios.

Dois desses requisitos, no entanto, são compartilhados com a *claim preclusion* – constituindo, na realidade, pressupostos de operabilidade de toda a doutrina norte-americana da *res judicata*. São eles a “validade” (*validity*) e a “finalidade” (*finality*) do julgamento. Em razão da aplicabilidade comum às duas espécies de manifestações da *res judicata*, preferiu-se abordá-los neste capítulo, postergando-se a análise dos pressupostos próprios à *issue preclusion* ao capítulo seguinte, destinado ao estudo específico desse instituto.

⁶⁹ Excetuando-se a peculiar hipótese, apontada por Antônio GIDI, do art. 1.525 do Código Civil de 1916, correspondente ao atual art. 935 (**Coisa julgada e litispendência...**, cit., p. 233).

⁷⁰ VERBIC, F. La cosa juzgada ..., cit., p. 192.

3.4.1. A validade do julgamento.

O primeiro requisito exigido no sistema norte-americano para que uma decisão possa produzir efeitos de *res judicata* é a sua validade (*validity*), verificável a partir do preenchimento de três pressupostos: citação adequada (*adequate notice*), jurisdição territorial (*territorial jurisdiction*) e competência material (*subject matter jurisdiction*).

O requisito da *adequate notice* deriva diretamente da cláusula do devido processo legal (*Due Process Clause*), trazida pela Quinta e pela Décima Quarta Emendas à Constituição norte-americana. Os parâmetros para sua averiguação foram estabelecidos pela Suprema Corte norte-americana em 1950, no caso *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*⁷¹

Dito isso, note-se que não há grandes diferenças entre os sistemas norte-americano e brasileiro no que se refere à essencialidade da citação para a produção de coisa julgada. A título de exemplo dessa afirmação, confira-se a lição de Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART a respeito do assunto:

Segundo preceitua o Código de Processo Civil, a citação do réu é essencial para a validade do processo (art. 214). Porém, tão significativa é a função da citação que boa parte da doutrina a considera como requisito de existência da relação processual, defendendo a idéia de que, inexistindo a citação, não há processo, inviabilizando a atuação da função jurisdicional e, conseqüentemente, negando a autoridade de coisa julgada à decisão eventualmente proferida.⁷²

A *territorial jurisdiction*, por sua vez, corresponde à competência jurisdicional de cada Estado-membro da Federação norte-americana, delimitada em leis estaduais e na *Rule 4 (k)* das *Federal Rules of Civil Procedure*. Trata-se, de acordo com a *Rule 12 (b)* e *(h)*, de matéria que deve ser arguida pelo réu na primeira

⁷¹ “The statutory notice by publication is sufficient as to any beneficiaries whose interests or addresses are unknown to the trustee, since there are no other means of giving them notice which are both practicable and more effective. ... Such notice by publication is not sufficient under the Fourteenth Amendment as a basis for adjudication depriving of substantial property rights known persons whose whereabouts are also known, since it is not impracticable to make serious efforts to notify them at least by ordinary mail to their addresses on record with the trust company.” *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306 (1950). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=339&page=306>>. Acesso em 08/11/2011.

⁷² MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 106.

oportunidade que tiver para se defender no processo⁷³ – algo que, no direito processual civil brasileiro, seria considerado uma “nulidade relativa”.

Já a *subject matter jurisdiction* equivale à “competência material” do direito brasileiro, podendo ser fixada pela Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais, por leis infraconstitucionais e pela jurisprudência.⁷⁴ Diferentemente da *territorial jurisdiction*, a matéria pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição – podendo, inclusive, ser conhecida de ofício.⁷⁵ Também nesse ponto, as disposições contidas nos ordenamentos norte-americano e brasileiro (ex: CPC, arts. 111, 113 e 485, II) são similares.

3.4.2. A noção de finality.

Além da exigência de cumprimento ao pressuposto da validade, um julgamento norte-americano pode produzir os efeitos da *res judicata* apenas quando puder ser considerado *final* – isto é, quando constituir a última palavra de determinada Corte a respeito da *claim* ou *issue* em questão.⁷⁶ Tal regra é conhecida por *finality*. Sua aplicação, no entanto, não é uniforme, assumindo diferentes significados conforme se esteja tratando de *claim* ou de *issue preclusion*.

No primeiro caso, “um julgamento se torna *final* quando a *trial court* tiver concluído todo o procedimento regular a respeito da lide, excetuando-se o pagamento de custas e a execução do julgado”.⁷⁷ No caso da *issue preclusion*, contudo, é possível que uma decisão seja tratada como “*final*” mesmo antes da resolução de todas as questões de mérito atinentes ao processo. Nesse sentido, afirma o §13 do *Restatement (Second) of Judgments* que, para fins de aplicação da *issue preclusion*, a expressão *final judgment* inclui qualquer decisão anterior de uma questão que possa ser considerada suficientemente “firme” (*firm*).⁷⁸ A regra nada mais é do que a consagração de um entendimento adotado cerca de vinte anos antes pela Suprema Corte norte-americana, no julgamento do caso *Lummus Co. v. Commonwealth Oil Refining Co.*⁷⁹

⁷³ SHAPIRO, D. **Civil procedure...**, p. 24.

⁷⁴ PRATES, M. Z. **O instituto...**, cit., p. 20.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁷⁶ CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. **Res judicata...**, cit., p. 50.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 51.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 53.

⁷⁹ VOLPINO, D. **L’oggetto...**, cit., p. 97.

Note-se, contudo, que as posições doutrinárias a respeito da conveniência da aplicação do entendimento exposto no *Restatement* são dissonantes. Como exemplos, trazemos as posições de Robert C. CASAD e Kevin M. CLERMONT, de David L. SHAPIRO e de Seth NESIN.

CASAD e CLERMONT discordam do entendimento trazido pelo *Restatement*, sustentando que a aplicação da regra da *finality* não deveria apresentar diferenças entre a *issue preclusion* e a *claim preclusion*. Os autores reconheçam que a atenuação dessa noção no âmbito da *issue preclusion* seria algo desejável, dada a tendência do moderno processo civil norte-americano em contemplar litígios cada vez mais complexos e multifacetados.⁸⁰ Contudo, esse argumento não lhes parece suficiente para justificar a posição do *Restatement*: como desvantagens desse entendimento, os autores mencionam a possibilidade de reforma da decisão por uma instância superior, de mudança de posicionamento a respeito da questão pela mesma corte ou de que esta, ao final do processo, se revele não-essencial para o julgamento do mérito.⁸¹⁻⁸²

Já David SHAPIRO, embora não traga uma posição definitiva a respeito da adequação do entendimento exposto no *Restatement*, acredita que distinção seja discutível, por não se basear em critérios objetivos.⁸³

Seth NESIN, por sua vez, possui estudo específico a respeito do tema, no qual conclui que a aplicação da *issue preclusion* aos *interlocutory judgments* produz impactos positivos na economia processual e na integridade dos julgamentos – devendo, por isso, ser adotada.⁸⁴

⁸⁰ “The relaxation of the traditional notion of finality in the context of issue preclusion would seem especially desirable in view of the tendency of modern civil procedure to foster complex and multifaceted lawsuits, huge sprawling lawsuits involving numerous issues and lasting for years”. (CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. **Res judicata...**, cit., p. 53).

⁸¹ CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M., op. cit., p. 54.

⁸² Sobre a “essencialidade” da questão como requisito para aplicação da *issue preclusion*, ver o tópico 4.2.3.

⁸³ “If a particular issue has been resolved in a manner that seems to settle that issue for purposes of the litigation – at least as far as the rendering court is concerned – there is authority (including RSJ §13) to regard the determination as final for purposes of issue preclusion in another action. The soundness of this distinction is debatable, since the question of when an issue has been sufficiently resolved in an ongoing litigation is not always an easy one, and since an across-the-board, brighter line might be more valuable to litigants than one that is less distinct and more context-sensitive”. (SHAPIRO, D. **Civil procedure...**, cit., p. 31).

⁸⁴ “Applying issue preclusion to interlocutory judgments in cases that settle would have desirable effects on judicial economy and judicial integrity. Any potential for unfairness to individual litigants resulting from such application of issue preclusion must be weighted against these attractive outcomes”. (NESIN, S. The benefits of applying issue preclusion to interlocutory judgments in cases that settle. **New York University Law Review**, New York, n. 76, p. 874-905, jun. 2001, p. 904-905).

Note-se, por fim, que Robert C. CASAD e Kevin M. CLERMONT mencionam que alguns Estados norte-americanos “estabeleceram que a pendência de apelação [*appeal*] ou de outra medida para reverter um julgamento o torna ‘não-final’ para os fins da *res judicata*”.⁸⁵ Os autores, no entanto, não mencionam quais seriam os Estados a adotar esse entendimento – que, no mais, não tem lugar no sistema judiciário federal norte-americano, onde a pendência de recurso é irrelevante para a produção de *res judicata*.⁸⁶

⁸⁵ CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. **Res judicata...**, cit., p. 50.

⁸⁶ PRATES, M. Z. **O instituto...**, cit., p. 29.

4. **ISSUE PRECLUSION.**

Como visto,⁸⁷ a *issue preclusion* pode ser definida como o efeito preclusivo que a sentença, no ordenamento norte-americano, produz em um segundo processo, tornando imutáveis e indiscutíveis questões decididas em um momento anterior.

A doutrina norte-americana apresenta várias finalidades para o instituto – relacionadas, em geral, aos ideais de segurança jurídica e economia processual.⁸⁸ Procurando sintetizar as opiniões existentes a respeito da finalidade do instituto, Eli J. RICHARDSON apresenta como “objetivo geral” de sua aplicação a redução da litigância.⁸⁹

O presente capítulo visa a apresentar o *modus operandi* desse peculiar instituto processual, abordando, em primeiro lugar, sua origem e desenvolvimento histórico (tópico 4.1). Serão analisados, após, os requisitos concretos para sua aplicação (tópico 4.2), ao que se seguirá uma menção às exceções trazidas pelo *Restatement (Second) of Judgments* a tais regras (tópico 4.3). Passa-se finalmente, no tópico 4.4, à investigação dos “limites subjetivos” da aplicação da *issue preclusion* – expressão que, na realidade, não é utilizada pela doutrina norte-americana, constituindo apenas uma aproximação sob o olhar jurídico dos sistemas de *civil law*.

4.1. Perfil histórico.

A compreensão da *issue preclusion* não pode prescindir de uma análise histórica a respeito do nascimento do instituto e de seu desenvolvimento.

Essa constatação não escapou à doutrina norte-americana. Robert MILLAR, por exemplo, elaborou um estudo comparativo entre a “coisa julgada” dos ordenamentos continentais e a *res judicata* do direito anglo-americano, no qual

⁸⁷ Tópico 3.3.

⁸⁸ NESIN, S. The benefits..., cit. p. 914.

⁸⁹ “The established common-law doctrine of collateral estoppel serves several purposes. Specifically, collateral estoppel is intended to accomplish the following: conserve judicial resources, preserve the ‘integrity of the court’ by preventing inconsistent resolution of issues, promote ‘finality of judgments’, protect defendants from repetitive litigation, ensure that a winning ‘party should not have to fight anew a battle it has already won’, and promote ‘conclusive resolution of disputes’. Although articulated differently, these objectives often overlap one another and have much in common. Each constitutes either a consequence or a cause of reduced litigation, which may be considered the general objective of collateral estoppel.”(RICHARDSON, E. J. Taking issue with issue preclusion: reinventing collateral estoppel. *Mississippi Law Journal*, n. 35, p. 41-98, 1995, p. 46).

destaca que a produção de efeitos preclusivos pelas premissas do julgamento é tratada pelos ordenamentos de *common law* com dificuldade muito maior do que nos sistemas continentais. Entre as causas desse problema, o autor aponta o problema histórico da existência do *estoppel by record* e a incapacidade da doutrina em abordar as relações existentes entre esse instituto e o princípio romano da *res judicata*.⁹⁰

Note-se, também, que uma análise histórica é essencial para uma compreensão adequada das diferenças existentes entre a *claim preclusion* e a *issue preclusion*. De fato, enquanto a primeira é baseada no conceito romano de *res judicata* – guardando, dentro de certos limites, semelhanças com a “coisa julgada” dos países do *civil law* –, as regras que disciplinam a *issue preclusion* encontram sua origem histórica no instituto do *estoppel* – o qual, por sua vez, baseia-se em ideias do antigo direito germânico.⁹¹

O *estoppel* atribuía a cada indivíduo a obrigação de respeitar as situações jurídicas por ele mesmo criadas, ou para cujo nascimento tivesse contribuído.⁹² Trata-se, como já dito, de um princípio genérico a partir do qual os juristas ingleses derivariam vários institutos de natureza diversa. Especificamente no que se refere ao processo judicial, o *estoppel* se consubstanciou em uma regra segundo a qual as partes em juízo não poderiam contradizer ou afirmar desconhecer as alegações efetuadas por elas próprias no curso do processo – para Michele TARUFFO, algo semelhante à preclusão.⁹³

A utilização do *estoppel* ganharia força no sistema judicial inglês após a invasão normanda (Batalha de Hastings, 1066), com a introdução do sistema de prova por *record* – no qual os membros da *Curia Regis*,⁹⁴ com o intuito de impedir imprecisões ou esquecimentos, anotavam os principais pontos dos julgamentos e

⁹⁰ MILLAR, R. W. The premises of the judgment as *res judicata* in continental and anglo-american law, II. **Michigan Law Review**, n. 39, p. 238-266, nov. 1940, p. 238.

⁹¹ TARUFFO, M. “Collateral estoppel”.. (II), cit., p. 276; VOLPINO, D. **L’oggetto...**, cit., p. 289; VERBIC, F. La cosa juzgada ..., cit., p. 202.

⁹² MILLAR, R. W. The historical relation of estoppel by record to *res judicata*. **Illinois Law Review**, n. 35, p. 41-83, 1940, p. 41; MILLAR, R. W. The premises..., cit., p. 238.

⁹³ TARUFFO, M. “Collateral estoppel”.. (II), cit., p. 276; VOLPINO, D. **L’oggetto...**, cit., p. 290.

⁹⁴ De acordo com Leonardo BIANCHI, a *Curia Regis* foi uma “instituição criada após a conquista normanda, cujas atribuições, muito variáveis, compreendiam notadamente a administração da justiça e a promulgação ou autenticação de atos ou transações públicas ou privadas”. (BIANCHI, L. Da cláusula de estoppel e sua dinâmica na esfera dos negócios jurídicos privados. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, v. 6, n. 24, p. 54-78, out.-dez. 2005, p. 57)

dos procedimentos dos quais participavam.⁹⁵ Nesse sistema, todas as atividades processuais das partes eram transcritas (*recorded*) em documentos chamados *rolls*.

Os *rolls* eram revestidos pelo timbre real e, por isso, adquiriam característica oficial de autenticidade. Disso derivava que seus conteúdos eram considerados como meio *absoluto* de prova: as alegações neles registradas estavam sujeitas a uma presunção de veracidade, que impedia as partes de contradizerem-nas em momentos posteriores. Essa presunção recebeu o nome de *estoppel by record*.⁹⁶

Esse sistema perduraria até o século XIII, época na qual o direito inglês contemplou, sobretudo pelo trabalho de juristas como BRACTON, uma tímida recepção de institutos de índole romana. Dentre esses institutos, encontrava-se a *res judicata*.

Note-se todavia que, mesmo possuindo função similar à exercida pelo *estoppel by record*, a *res judicata* não foi capaz de superar essa antiga tradição. Os dois institutos, na realidade, passaram a coexistir, cada um com uma função diversa: enquanto a *res judicata* era justificada a partir da necessidade de respeito ao princípio do *ne bis in idem*, o *estoppel by record* fundamentava-se na exigência de se presumirem verdadeiras as circunstâncias de fato deduzidas e apuradas no processo – tendo sido-lhe atribuída, portanto, função eminentemente probatória.⁹⁷

Essa nova concepção da doutrina do *estoppel* levou a novos rumos em sua evolução – a qual, até o final do século XVI, traria três importantes inovações. Em primeiro lugar, desenvolveu-se a noção de *estoppel by judgment*: de maneira análoga à *res judicata*, o *estoppel* poderia produzir seus efeitos apenas quando tivesse sido proferida a decisão final do processo.⁹⁸ Além disso, consolidou-se a tendência a qualificá-lo como instituto eminentemente probatório⁹⁹ – classificação que, de acordo com Diego VOLPINO, assegurou a sobrevivência do instituto mesmo face à penetração na Inglaterra das concepções romanísticas sobre a coisa julgada.¹⁰⁰ E, mais importante: o próprio âmbito de atuação do instituto se alterou.

⁹⁵ BIANCHI, L. Da cláusula..., cit., p. 57

⁹⁶ TARUFFO, M. "Collateral estoppel".. (II), cit., p. 276-277; VOLPINO, D. **L'oggetto...**, cit., p. 290.

⁹⁷ De acordo com Diego VOLPINO, "la principale caratteristica del neonato *estoppel by record* era dunque quella di atteggiarsi alla stregua di una regola di prova, consistente nel divieto, gravante sulle parti del processo, di affermare e dimostrare il contrario di quanto da loro stesse dedotto ed allegato in una precedente controversia" (loc. cit.). No mesmo sentido: MILLAR, R. W. The premises..., cit., p. 239.

⁹⁸ VOLPINO, D., loc. cit.

⁹⁹ TARUFFO, M. "Collateral estoppel".. (II), cit., p. 277; VOLPINO, D., op. cit., p. 292.

¹⁰⁰ VOLPINO, D., op. cit., p. 290-1.

De fato, o *estoppel by record* progressivamente abandonaria o caráter de “preclusão” relacionada às declarações das partes que outrora lhe podia ser atribuído, passando a proteger a “sacralidade” das questões decididas no curso do processo que constituíssem premissas lógicas necessárias à conclusão exteriorizada na sentença.¹⁰¹

As semelhanças existentes entre essa nova concepção do *estoppel* e a *res judicata* levariam à abordagem desse último “em uma posição fundamentalmente ancilar em relação aos vínculos derivados do *Merger* e do *Bar*, dos quais se sustentava que constituísse somente uma particular exteriorização”.¹⁰² Ou seja: mitigou-se a distinção conceitual entre os dois institutos, de modo que o termo *res judicata* passou a ser frequentemente empregado para indicar todas as espécies de vínculos que poderiam decorrer do julgamento de um determinado caso.¹⁰³

Essa configuração se manteve até o século XVIII, quando a jurisprudência dos países de *common law* passou a relegar as questões conceituais relativas ao *estoppel* a um segundo plano. A partir desse momento, os juristas passaram a se preocupar principalmente em definir seus limites e condições de aplicabilidade – o que, como lembra Diego VOLPINO, contribuiu, “ao menos em parte, a emancipar esse instituto da *res judicata* propriamente dita”.¹⁰⁴

A autonomia conceitual do *estoppel* viria a ser recuperada no direito norteamericano ao fim do século XIX, com o julgamento, pela Suprema Corte, do célebre caso *Cromwell v. County of Sacramento*.¹⁰⁵⁻¹⁰⁶ As considerações então efetuadas iniciaram uma longa série de reflexões sobre o instituto, que desembocaram em uma

¹⁰¹ TARUFFO, M. “Collateral estoppel”... (II), cit., p. 277; VOLPINO, D. **L’oggetto...**, cit., p. 291-292; VERBIC, F. La cosa juzgada ..., cit., p. 202; MILLAR, R. W. The historical..., cit., p. 41.

¹⁰² VOLPINO, D., op. cit., p. 293.

¹⁰³ TARUFFO, M., op. cit., p. 278.

¹⁰⁴ VOLPINO, D., op. cit., p. 294.

¹⁰⁵ TARUFFO, M. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni, I. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano XXVI, n. 4, p. 651-687, out-dez. 1971, p. 654-655; VOLPINO, D., op. cit., p. 294-295.

¹⁰⁶ “The difference between the effect of a judgment as a bar or estoppel against the prosecution of a second action upon the same claim or demand and its effect as an estoppel in another action between the same parties upon a different claim or cause of action, stated. In the former case, the judgment, if rendered upon the merits, constitutes an absolute bar to a subsequent action. It is a finality as to the claim or demand in controversy, concluding parties and those in privity with them, not only as to every matter which was offered and received to sustain or defeat the claim or demand, but as to any other admissible matter which might have been offered for that purpose. But where the second action between the same parties is upon a different claim or demand, the judgment in the prior action operates as an estoppel only as to those matters in issue or points controverted, upon the determination of which the finding or verdict was rendered.” *Cromwell v. County of Sacramento*, 94 U.S. 351 (1876). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/94/351/>>. Acesso em 07/11/2011.

regulamentação considerada, pela doutrina, muito mais “amadurecida” do que aquela encontrada no direito inglês.¹⁰⁷

Os contornos atuais do instituto (dentre os quais a maior parte das regras a serem explanadas nos itens subsequentes) emergiram com a publicação do *Restatement (Second) of Judgements*, em 1982 – o qual, como já mencionado, consolidou também a nomenclatura “*issue preclusion*”. Conforme relatam CASAD e CLERMONT, as premissas sobre as quais se basearam as disposições do *Restatement* a respeito do tema foram delineadas por autores como Allan VESTAL – que, em 1952 e 1969, publicou dois importantes trabalhos sobre a doutrina da *res judicata*¹⁰⁸ – e consolidadas, posteriormente, pela jurisprudência norte-americana.

4.2. Requisitos para aplicação.

A aplicação da *issue preclusion* exige a configuração de diversos elementos, cuja presença deve ser verificada pelo julgador no caso concreto. Dada a inexistência de lei a regulamentar o tema, não há unanimidade jurisprudencial em sua classificação.¹⁰⁹

As diferentes concepções existentes, no entanto, têm seu denominador comum definido pelo § 27 do *Restatement (Second) of Judgements*,¹¹⁰ e são resumidas por Robert C. CASAD e Kevin M. CLERMONT em uma regra básica: “uma parte não pode rediscutir a *mesma questão* que já tenha sido *efetivamente controvertida e decidida* e que tenha sido *essencial* para o julgamento prolatado”.¹¹¹

Com base nessa constatação, esses autores sistematizam o § 27 do *Restatement (Second) of Judgements* em três pré-requisitos, a serem detalhados nos subitens seguintes. São eles: i) a *identidade das questões* discutidas; ii) a existência de *efetiva controvérsia e decisão* anteriores a respeito da questão sobre a qual se

¹⁰⁷ TARUFFO, M. “Collateral estoppel”... (I), cit., p. 652; VOLPINO, D. **L’oggetto...**, cit., p. 296.

¹⁰⁸ São eles, respectivamente, os artigos denominados *Developments in the law – res judicata* e *Res judicata/Preclusion* (CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. **Res judicata...**, cit., p. 6).

¹⁰⁹ RICHARDSON, E. J. Taking issue..., cit., p. 49.

¹¹⁰ “When an issue of fact or law is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, the determination is conclusive in a subsequent action between the parties, whether on the same or a different claim” (apud SHAPIRO, D. **Civil procedure...**, cit., p. 46).

¹¹¹ “A party may not relitigate the *same issue* that was *actually litigated and determined* and was *essential to the judgment rendered*”. (CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. **Res judicata...**, cit., p. 114).

pretende aplicar a *issue preclusion*; e iii) a sua *essencialidade* para o julgamento anterior.

4.2.1. *Identidade das questões.*

O primeiro requisito exigido para que a *issue preclusion* possa ser aplicada é a existência de *identidade* entre uma *questão* surgida em determinada demanda judicial e outra, já decidida em um julgamento final e válido.

O primeiro problema que se coloca diante dessa afirmação é a própria definição de “questão” (*issue*). Com efeito, sustentou-se por longo tempo que o *estoppel* poderia produzir efeitos apenas em relação às questões de fato (*issues of fact*) apresentadas em um segundo processo entre as mesmas partes. A origem desse entendimento remonta ao antigo sistema dos *rolls*: se o *estoppel* incidia apenas sobre os assuntos discutidos pelas partes, e a decisão sobre as *issues of law* cabia unicamente ao juiz, outra conclusão não era possível senão a de que não poderia existir qualquer efeito preclusivo sobre essas últimas.¹¹²

Outros argumentos, de ordem pragmática, também sustentavam essa conclusão: como exemplos podemos citar a existência da regra do *stare decisis*¹¹³ e a constatação de que, estando o juiz vinculado na interpretação da lei, a evolução do direito seria prejudicada.¹¹⁴

Gradativamente, porém, esse posicionamento foi sendo superado – e, atualmente, “apesar de na maioria dos casos a *issue preclusion* ser invocada em relação a questões de fato, admite-se a incidência de tal regra sobre questões de direito”¹¹⁵ – com algumas ressalvas, a serem apontadas adiante.

A determinação da *identidade* entre duas questões não é tarefa simples, envolvendo a análise de diversos fatores, arrolados no *Restatement (Second) of Judgments* e assim resumidos por Antonio GIDI, José Maria TESHEINER e Marília Zanella PRATES:

Para determinar a identidade de duas questões, o magistrado norte-americano deve adotar uma postura pragmática. Assim, ele deve analisar se as duas questões poderiam ser comprovadas com as mesmas provas, bem

¹¹² MILLAR, R. W. The historical..., cit., p. 51-53.

¹¹³ TARUFFO, M. “Collateral estoppel”.. (II), cit., p. 662.

¹¹⁴ VOLPINO, D. **L’oggetto...**, cit., p. 303.

¹¹⁵ PRATES, M. Z. **O instituto...**, cit., p. 105.

como o grau de semelhança entre o objeto do primeiro e do segundo processo (*claim*). A relação de tempo e espaço entre os eventos envolvidos nas duas questões também é considerada relevante.¹¹⁶

4.2.2. *Controvérsia e decisão efetivas.*

O segundo requisito exigido para a aplicação da *issue preclusion* é a existência de efetiva controvérsia (*actual litigation*) e decisão (*determination*) a respeito da questão em um processo anterior.¹¹⁷ Tais exigências se justificam através da constatação de que a função da *issue preclusion* não é a de prevenir a discussão de questões que poderiam ter sido arguidas em um processo anterior (como ocorre com a *claim preclusion*), mas sim a de evitar a própria rediscussão de matérias já trazidas a juízo.¹¹⁸

Por “efetiva controvérsia”, deve-se entender que a questão deve ter sido argüida por uma das partes e rebatida por seu adversário – não há a necessidade de pedido estrito de declaração, como ocorre com a “ação declaratória incidental” do direito brasileiro. Diante desse requisito – que pode ser provado por meio de cópias dos autos da ação anterior ou de prova testemunhal –,¹¹⁹ sustenta-se que a *issue preclusion* não produz efeitos em casos de revelia (*judgment by default*), confissão ou de acordo entre as partes – ressalvados, aí, os casos em que se estipule que a solução da questão poderá produzir o efeito preclusivo em processos futuros.¹²⁰

Já a “efetiva decisão” assume relevância, por exemplo, quando forem apresentados fundamentos jurídicos diversos para uma mesma pretensão: havendo decisão a respeito de apenas um deles, não haverá efeito de *issue preclusion* sobre o outro.¹²¹

4.2.3. *Essencialidade para o julgamento.*

Por fim, exige-se para a aplicação da *issue preclusion* que a questão tenha sido essencial para a decisão do feito, constituindo passo necessário (*necessary*

¹¹⁶ GIDI, A.; TESHEINER, J. M. R.; PRATES, M. Z. Limites objetivos da coisa julgada no Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 194, p. 101-138, abr. 2011, p. 114.

¹¹⁷ CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. **Res judicata...**, cit., p. 123.

¹¹⁸ SHAPIRO, D. **Civil procedure...**, p. 48.

¹¹⁹ GIDI, A.; TESHEINER, J. M. R.; PRATES, M. Z., op. cit., p. 115.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ PRATES, M. Z. **O instituto...**, cit., p. 106.

step) para o resultado obtido no processo anterior. A regra é explicada pelo fato de que uma questão que não possa ser qualificada como necessária (ou material) provavelmente não terá o nível de certeza e correção suficientes para ser considerada “definitiva” entre as partes. Isso porque os litigantes não teriam medido esforços sobre ela na mesma intensidade conferida às questões principais; a Corte igualmente teria conferido-lhe menor grau de atenção e, por fim, porque com frequência tais questões não seriam objeto de recurso (por impossibilidade ou mesmo por carência de interesse).¹²²

A definição do que seja uma questão essencial envolve uma análise muito mais pragmática do que a busca de uma definição lógica *a priori*, de modo que são levados em conta como parâmetros os critérios acima mencionados. Ainda assim, é possível se cogitar de uma hipótese em que se admite apreciação lógico-abstrata do tema: não haverá *issue preclusion* quando a questão for contrária aos interesses da parte que tenha vencido no julgamento final, pois esta obviamente não terá sido “necessária” ao resultado.¹²³

O requisito da essencialidade também aparece quando se analisa as ações que são encerradas mediante acordo, em que as questões decididas antes do acordo (*pre-settlement*), em regra, não são essenciais para o resultado final – não admitindo efeito de *issue preclusion*, salvo se as partes assim convencionarem. Há precedentes admitindo entendimento contrário – os quais, de acordo com Robert CASAD e Kevin CLERMONT, “desencorajariam acordos – apesar de partes sagazes poderem pactuar sobre a ocorrência do efeito de *issue preclusion*”.¹²⁴

Diverge desse posicionamento Seth NESIN, para quem tais precedentes possuiriam justamente o efeito oposto: as partes, ao saber que as decisões interlocutórias poderiam ter efeito preclusivo antes mesmo de que o processo terminasse em acordo, ficariam encorajadas a conciliar em um momento anterior à prolação de qualquer decisão interlocutória – evitariam, assim, que a mesma conclusão fosse alcançada em processos futuros. Isso seria verdadeiro principalmente em casos envolvendo litigantes habituais, mas desde que estes

¹²² CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. **Res judicata...**, cit., p. 123.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ “These cases discourage settlement – although smart parties can contract out of (or into) issue preclusion effect by the terms of their settlement” (*ibidem*, p. 129).

revelassem um temor genuíno de ficarem vinculados a julgamentos adversos a seus interesses.¹²⁵

4.3. Exceções à aplicação.

Além de exigir o respeito aos requisitos acima enumerados, a jurisprudência norte-americana delineou inúmeras exceções à *issue preclusion*. Tratam-se de casos nos quais, mesmo configurados os pressupostos de aplicação da regra, considera-se haver motivo relevante para afastar sua incidência – consubstanciado na possibilidade de produção de resultados iníquos, irracionais ou vexatórios a uma das partes.¹²⁶

Algumas dessas exceções encontram-se enumeradas no § 28 do *Restatement (Second) of Judgments*. Segundo a orientação nele consolidada (item 2(a)), por exemplo, a *issue preclusion* não pode ser invocada com relação a questões de direito, a não ser quando o segundo processo for baseado na mesma *claim*¹²⁷ (caso em que será aplicada, portanto, a regra do *direct estoppel*). Da mesma forma, não se aplica a *issue preclusion* quando o procedimento no qual a questão tenha sido decidida seja mais célere ou informal do que aquele atinente ao processo no qual a exceção seja alegada (item 3).¹²⁸ A regra também é afastada, de acordo com o item (5)(a) do mesmo dispositivo, quando puder causar prejuízo “ao interesse público ou aos interesses de pessoas que não tenham sido partes na primeira ação”.¹²⁹

Como se não bastassem as exceções apontadas pelo *Restatement*, a doutrina norte-americana considera que o exercício da discricionariedade do juiz possa afastar a aplicação da *issue preclusion*, mesmo quando todos os requisitos para sua aplicação tenham se configurado in concreto e não seja o caso de aplicação de nenhuma das hipóteses arroladas no § 28 da obra doutrinária.¹³⁰

¹²⁵ NESIN, S. The benefits... cit., p. 893.

¹²⁶ VOLPINO, D. *L'oggetto...*, cit., p. 371.

¹²⁷ RICHARDSON, E. J. Taking issue..., cit., p. 50.

¹²⁸ RICHARDSON, E. J., op. cit., p. 51.

¹²⁹ De acordo com o Restatement, “there is a clear need convincing need for a new determination of the issue because of the potential adverse impact of the determination on the public interest or the interests of persons not themselves parties in the initial action” (idem).

¹³⁰ Idem.

4.4. “Limites subjetivos”.

4.4.1. Parties e privies.

A regra geral a nortear a eficácia subjetiva da *res judicata*, válida tanto para a *claim preclusion* quanto para a *issue preclusion*, é a de que a parte que já tenha tido a oportunidade de pleitear em juízo um direito (ou seja, seu *day in court*) não pode fazê-lo novamente.

A definição de “parte” (*party*) no sistema norte-americano não apresenta grandes dificuldades, a ponto de David SHAPIRO considerá-la “quase autoevidente”.¹³¹ O *Barron’s Law Dictionary*, por exemplo, relaciona a condição de *party* à possibilidade de atuação processual – possibilidade de apresentação de pedidos e defesas, produção de provas, interposição de recursos etc.¹³² O *Black’s Law Dictionary*, por sua vez, traz um conceito ainda mais simples – em tradução livre, “alguém que (ou contra quem se) propõe uma demanda”.¹³³⁻¹³⁴

Os juristas norte-americanos, no entanto, consideram que não apenas a própria parte pode exercer o seu *day in court*: em determinadas hipóteses, é possível se considerar que um terceiro a ela relacionado tenha defendido seus interesses em juízo de forma adequada, vinculando-a ao julgamento então proferido. Não se considera haver, nesses casos, violação à cláusula do devido processo legal: como explicam CASAD e CLERMONT, essa garantia deve ser entendida como o direito a ser ouvido em juízo por conta própria ou através de um representante, sob pena de se converter em uma “propaganda enganosa” (“*misleading slogan*”).¹³⁵

¹³¹ SHAPIRO, D. **Civil procedure...**, p. 68.

¹³² “Party: In a judicial proceeding, a litigant (plaintiff or defendant); a person directly interested in the subject matter of a case; one who would assert a claim, make a defense, control proceedings, examine witnesses, or appeal from the judgment”. (GIFIS, S. H. **Barron’s Law Dictionary**. 6. ed. New York: Barron’s, 2010, p. 386).

¹³³ No original: “one by or against whom a lawsuit is brought” (GARNER, B. A. (coord.). **Black’s Law Dictionary**. 7. ed. St. Paul: West Group, 1999, p. 1144).

¹³⁴ É possível (de forma vaga) correlacionar esses conceitos, respectivamente, às clássicas definições de “parte” de LIEBMAN (segundo a qual partes seriam “os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz”) e de CHIOVENDA (para quem “parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação de uma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”). Os conceitos são apontados por MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Processo de conhecimento**, cit., p. 163-164.

¹³⁵ “In fact, all that due process guarantees is a full and fair day in court enjoyed in person or through a representative. Without that qualification, the right to a ‘day in court’ is but a misleading slogan”. (CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. **Res judicata...**, cit., p. 150).

Essa possibilidade é conhecida como *privity*.¹³⁶ O termo não é utilizado pelo *Restatement (Second) of Judgments* (que preferiu arrolar hipóteses específicas nas quais uma *non-party* pode ser atingida, em maior ou menor grau, pelos efeitos da *res judicata*),¹³⁷ mas encontra ampla aceitação na prática forense e na doutrina, que o utiliza para fins didáticos. É comum que se resumam os limites subjetivos da *res judicata* na afirmação de que “somente as partes e seus *privies* podem ser vinculados ou se beneficiar de um julgamento”.¹³⁸

A doutrina norte-americana classifica a *privity* em *substantive privity* e *procedural privity*. De acordo com CASAD e CLERMONT, a primeira categoria “inclui pessoas que têm ou tiveram uma dentre uma ampla variedade de relações materiais com uma parte”,¹³⁹ enquanto a segunda “inclui pessoas que foram de fato representadas no litígio por uma parte”.¹⁴⁰

A mais importante hipótese de *substantive privity*, contida nos §§ 43 e 44 do *Restatement (Second) of Judgments*, se refere ao adquirente de coisa cuja propriedade já tenha sido determinada em ação anterior – algo similar à previsão do art. 42, §3º do Código de Processo Civil brasileiro. Outras espécies de relação que ensejam a aplicação da *substantive privity* incluem herdeiros (§§ 45 e 46), coproprietários (§ 54) e sócios (§ 60).¹⁴¹

A *procedural privity*, por sua vez, pode se caracterizar em casos de representação processual (*ex: class actions*), nas hipóteses em que outra pessoa controla a atuação de determinada parte (*ex: seguradoras*) ou quando assim for

¹³⁶ “In the law of judgments, the doctrine of *res judicata* is said to apply not only to one who was a party at litigation, but also to those ‘in *privity*’ with him, since their mutual or subsequently acquired interests can be considered so related to the interest of the actual party litigant that is proper to hold them bound by the judgment as well” (GIFIS, S. H. **Barron’s Law Dictionary**, cit., p. 418).

¹³⁷ CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. **Res judicata...**, cit., p. 152. Uma relação dessas hipóteses pode ser encontrada em SHAPIRO, D. **Civil procedure...**, p. 78-81.

¹³⁸ A síntese (no original: “only parties and their *privies* may be bound or take advantage of the judgment”) pode ser encontrada em GIDI, A; **Coisa julgada e litispendência...**, cit., p. 230. No mesmo sentido, CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M., loc. cit. e PIELEMEIER, J. R. Due process limitations on the application of collateral estoppel against nonparties to prior litigation. **B. U. Law Review**, n. 63, p. 383-440, 1983, p. 386. David SHAPIRO (op. cit.), por sua vez, evita a utilização do termo “*privity*”.

¹³⁹ “*Privies* include persons who have or had any one of a wide variety of substantive legal relationships with a party, when that relationship in a sense created a representative role” (CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. op. cit., p. 153).

¹⁴⁰ “*Privies* also include persons who were actually represented in the litigation by a party” (ibidem, p. 159).

¹⁴¹ CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M., op. cit, p. 153-158; SHAPIRO, D., op. cit., p. 79-80.

estabelecido por meio de acordo entre a *non-party* e seu *privy*, conforme previsto no § 40 do *Restatement (Second) of Judgments*.¹⁴²

4.4.2. A rule of mutuality e sua mitigação.

O entendimento aqui exposto, válido tanto para a *claim preclusion* quanto para a *issue preclusion*, desemboca na chamada *rule of mutuality*, de acordo com a qual “uma parte não pode se utilizar de um julgamento anterior como *estoppel* em relação à outra a não ser que ambas tenham sido vinculadas pelo julgamento”.¹⁴³ Ou, nas palavras de Francisco VERBIC: “a menos que ambas as partes se encontraran ligadas al resultado de la primera decisión, ninguna lo estaba”.¹⁴⁴

A Suprema Corte norte-americana aplicou a *rule of mutuality* em termos absolutos até 1971, data do julgamento de *Blonder-Tongue Laboratories, Inc. v. University of Illinois Foundation*. No caso, o laboratório autor (*Blonder-Tongue*) havia proposto ação contra outro réu alegando a quebra de determinada patente, mas o pedido fora julgado improcedente em razão da invalidade no registro do documento. Posteriormente, intentou ação contra a *University of Illinois*, baseando-se nos mesmos fundamentos fáticos rechaçados na demanda anterior. À época, a *rule of mutuality* estava tão impregnada na mentalidade dos juristas norte-americanos que, de acordo com John Bernard CORR, a *University of Illinois* sequer chegou a arguir a ocorrência de *collateral estoppel*: a discussão da matéria foi ensejada pelos próprios ministros da Suprema Corte.¹⁴⁵

A decisão tomada pela Suprema Corte mitigou a aplicação da *mutuality* no caso. Porém, conscientes de que a matéria necessitava de discussão mais ampla e da força de precedente a ser gerada pela decisão, a Corte procurou limitar a sua aplicação expressamente a litígios envolvendo patentes, e nos quais o *collateral estoppel* fosse arguido como matéria de defesa (*defensive collateral estoppel*).¹⁴⁶

A Suprema Corte não voltaria a julgar o assunto até 1978, em *Parklane Hosiery Co. v. Shore*. Duas questões emergiram durante esse julgamento: i) se a *holding* de *Blonder-Tongue v. University of Illinois* se estenderia a litígios não-

¹⁴² CASAD, R. C.; CLERMONT, K. M. *Res judicata...*, cit., p. 159-163.

¹⁴³ CORR, J. B. Supreme Court doctrine in the trenches: the case of collateral estoppel. *William and Mary Law Review*, n. 35, p. 35-89, 1985, p. 36.

¹⁴⁴ VERBIC, F. La cosa juzgada ..., cit., p. 212.

¹⁴⁵ CORR, J. B., op. cit., p. 38.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 38-39.

patentários; ii) se a regra então estabelecida poderia ser estendida ao *offensive collateral estoppel* (arguição dessa espécie de defesa pelo autor da ação). A resposta da Corte foi afirmativa em ambos os casos.¹⁴⁷

O *Restatement (Second) of Judgments* consolidou esse entendimento em seu § 29 – condicionando a aplicação do *nonmutual collateral estoppel*,¹⁴⁸ no entanto, à oportunidade de manifestação da parte prejudicada a respeito da questão no processo original. O mesmo dispositivo estabelece condições a serem levadas em conta pelo julgador para a mitigação do requisito da *mutuality*: uma pessoa que tenha exercido o *right to opt out* em uma *class action*, por exemplo, não poderá utilizar em seu favor uma questão nela decidida, na eventualidade de propor ação individual contra o mesmo réu.

¹⁴⁷ CORR, J. B., op. cit., p. 38.

¹⁴⁸ Note-se que há sentido em se falar na mitigação da *rule of mutuality* apenas no que diz respeito ao *collateral estoppel*, eis que a aplicação do *direct estoppel*, como já visto, envolve a presença em juízo das mesmas partes que tenham litigado a ação originária.

CONCLUSÃO

Tanto o tema escolhido para a presente monografia quanto a estrutura eminentemente descritiva que se propôs para o trabalho se caracterizam por uma índole prevalentemente dogmática. E, como as principais linhas de funcionamento da *issue preclusion* já foram expostas ao longo do desenvolvimento deste estudo, faz-se desnecessária uma síntese geral – como, via de regra, se costuma apresentar em tópicos conclusivos de trabalhos acadêmicos.

Ao invés disso, o que se propõe é uma breve reflexão a respeito dos rumos da “coisa julgada” no direito brasileiro, quando comparada com um instituto de natureza similar atinente a um sistema jurídico alienígena.

Através da pesquisa realizada, pôde-se constatar a influência que o *pragmatismo* exerce sobre o modo de ser dos institutos jurídicos norte-americanos. No caso específico da *res judicata* e das doutrinas dela derivadas, tal postura se revela sobretudo pela ausência de conceitos estritos e de um “engessamento” legal – características que permitem ao jurista norte-americano moldar a aplicação do instituto de acordo com as exigências daquilo que, no caso concreto, pareça mais “justo” e adequado aos princípios legais e constitucionais aplicáveis. Exemplo cristalino desse posicionamento pode ser percebido na decisão do caso *Blonder-Tongue Laboratories, Inc. v. University of Illinois Foundation*, abordada no tópico 4.4.2.

Situação completamente oposta ocorre no ordenamento brasileiro, que se insere em uma tradição jurídica onde o fenômeno da coisa julgada está atrelado a definições legais e a conceitos doutrinários estritos. Não se pretende, aqui, criticar esse sistema – fruto de uma longa evolução histórica que remonta à época romana e de pressupostos filosóficos completamente distintos aos dos *common lawyers*. Contudo, é impossível não notar as desvantagens práticas trazidas pelo conceitualismo e pelo legalismo que regem o tema em nosso ordenamento.

A impressão que se tem é a de que os operadores jurídicos brasileiros desconheçam não apenas o conceito (*rectius*: “os conceitos”, visto que não há unanimidade doutrinária a respeito do assunto) e os pressupostos de operabilidade da coisa julgada, como também a própria finalidade constitucional do instituto: com efeito, outra não pode ser a explicação para o surgimento de doutrinas como, apenas a título de exemplo, a “relativização da coisa julgada”.

Não se está dizendo que tais problemas inexistam no ordenamento jurídico norte-americano. Uma conclusão desse porte, ainda que fosse verdadeira (no que não se acredita), poderia ser alcançada apenas a partir de uma abordagem de amplitude incompatível com as dimensões exigidas para o presente trabalho monográfico. O que se afirma é que, em um sistema como o norte-americano, desprovido de conceituações formais e norteado sobretudo pela pragmática, há um maior espaço para a evolução do direito – algo, no mínimo, essencial para uma sociedade em constante transformação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: RT, 2007.

ALVIM, Artur da Fonseca. Coisa julgada nos Estados Unidos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 132, p. 75-81, fev. 2006.

BIANCHI, Leonardo. Da cláusula de estoppel e sua dinâmica na esfera dos negócios jurídicos privados. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, v. 6, n. 24, p. 54-78, out.-dez. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin. M. **Res judicata**: a handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001.

CORR, John Bernard. Supreme Court doctrine in the trenches: the case of collateral estoppel. **William and Mary Law Review**, n. 35, p. 35-89, 1985.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. Coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 65, p. 235-252, jan.-mar. 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GARNER, Bryan A. (coord.). **Black's Law Dictionary**. 7. ed. St. Paul: West Group, 1999.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 194, p. 101-138, abr. 2011.

GIFIS, Steven H. **Barron's Law Dictionary**. 6. ed. New York: Barron's, 2010.

HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **La justicia civil en los Estados Unidos**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, 2007

_____; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

MILLAR, Robert Wyness. The premises of the judgment as res judicata in continental and anglo-american law, II. **Michigan Law Review**, n. 39, p. 238-266, nov. 1940.

_____. The historical relation of estoppel by record to res judicata. **Illinois Law Review**, n. 35, p. 41-83, 1940.

NESIN, Seth. The benefits of applying issue preclusion to interlocutory judgments in cases that settle. **New York University Law Review**, New York, n. 76, p. 874-905, jun. 2001.

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo, RT, 1971.

PIELEMIEER, James R. Due process limitations on the application of collateral estoppel against nonparties to prior litigation. **B. U. Law Review**, n. 63, p. 383-440, 1983.

PRATES, Marília Zanella. **O instituto da coisa julgada**: cotejo dos ordenamentos brasileiro e norte-americano. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civile (diritto vigente). **Enciclopedia del diritto**, vol. XVIII, p. 785-893.

RICHARDSON, Eli J. Taking issue with issue preclusion: reinventing collateral estoppel. **Mississippi Law Journal**, n. 35, p. 41-98, 1995.

SHAPIRO, David. **Civil procedure**: preclusion in civil actions. New York: Foundation Press, 2001.

TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni, I. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano XXVI, n. 4, p. 651-687, out-dez. 1971

_____. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni, II. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano XXVII, n. 2, p. 272-300, abr-jun. 1972.

VERBIC, Francisco. La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente de la Republica Argentina. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 167, p. 187-229, jan. 2009.

VESTAL, Allan. Law of the case: single-suit preclusion. **Utah Law Review**, Salt Lake City, n. 2, p. 1-31, mar. 1967.

VOLPINO, Diego. **L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana**. Padova: CEDAM, 2007.

WAGNER JR., John F. Proper test to determine identity of claims for purposes of claim preclusion by res judicata under federal law. **American Law Reports, Federal**, n. 82, p. 829-837, 1987.