

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

HERMÍNIO HAGGI NETO

***COLLATERAL ESTOPPEL E A COISA JULGADA NO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015***

CURITIBA

2017

HERMÍNIO HAGGI NETO

***COLLATERAL ESTOPPEL E A COISA JULGADA NO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015***

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção de título de Bacharel em Direito, Curso de Bacharelado em Direito - Habilitação em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Tit. Dr. Luiz Guilherme Bittencourt
Marinoni

Coorientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

HERMÍNIO HAGGI NETO

COLLATERAL ESTOPPEL E A COISA JULGADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo Curso de Bacharelado em Direito - Habilitação em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Tit. Dr. Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Curitiba, de de 2017.

RESUMO

O presente trabalho busca apresentar o *collateral estoppel*, teoria da *common law*, desenvolvida como modelo de preclusão de questões debatidas dentro do processo para que sirva de auxílio interpretativo para as disposições do CPC/15. O *collateral estoppel* é uma teoria desenvolvida para dar fim ao litígio uma vez julgado, de forma que as questões debatidas dentro do processo também ficam preclusas. Essa posição busca o uso eficiente dos recursos judiciais e prevenir assédio indevido aos litigantes oriundo da repetição injustificada da mesma questão ser levada a julgamento inúmeras vezes. Um modelo semelhante ao *collateral estoppel* passou a ser permitido pelo CPC/15, que agora admite a expansão dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada sobre questões prejudiciais e para beneficiar terceiros. Mesmo apresentando requisitos que buscam dar segurança jurídica e garantir o devido processo legal na aplicação deste novo modelo, ao observarmos a experiência estadunidense, a expansão da coisa julgada ainda pode causar diversos problemas na aplicação da justiça. Desta forma, o estudo do *collateral estoppel* no sistema dos EUA se mostra fundamental para uma aplicação adequada da coisa julgada sobre questão e a favor de terceiros no Brasil.

Palavras-chave: *Collateral estoppel*. *Issue preclusion*. Coisa julgada sobre questão. Limites da coisa julgada.

ABSTRACTS

The present work seeks to present the *collateral estoppel*, a *common law* doctrine, developed to preclude issues debated within the cause to serve as an interpretative aid to the provisions of CPC/15. The *collateral estoppel* is a theory developed to end the litigation once judged, so that the issues debated within the process are also precluded. This position seeks the efficient use of the courts and prevent harassment of litigants arising from the unjustified repetition of the same issue being tried several times. A model similar to the *collateral estoppel* was allowed by CPC/15, which now admits the expansion of the objective and subjective limits of *res judicata* on issues debated within the cause and to benefit non-parties. Even presenting requirements that seek to provide legal certainty and guarantee due process of law in the application of this new model, observing the US experience, the expansion of the *res judicata* can still cause several problems in the application of justice. In this way, the study of *collateral estoppel* in the US system is fundamental for an adequate application of *res judicata* on issues and to benefit non-parties in Brazil.

Key-words: *Collateral estoppel. Issue preclusion. res judicata* over issues. Limits of *res judicata*.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	O COLLATERAL ESTOPPEL	8
2.1	A CONSTRUÇÃO DA TEORIA.....	8
2.2	ASPECTOS E REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO <i>COLLATERAL ESTOPPEL</i>	17
2.3	A TEORIA DA MUTUALIDADE E SUA SUPERAÇÃO: A QUESTÃO JULGADA EM FAVOR DE TERCEIROS	20
2.4	APLICAÇÕES DO <i>NONMUTUAL COLLATERAL ESTOPPEL</i>	24
2.4.1	<i>Defensive collateral estoppel</i>	25
2.4.2	<i>Offensive collateral estoppel</i>	27
2.5	CONCLUSÕES PARCIAIS	30
3	COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO, UMA APROXIMAÇÃO DO <i>COLLATERAL ESTOPPEL</i>	32
3.1	COISA JULGADA NO NOVO CPC, UM MODELO DINÂMICO	33
3.2	OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA E A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO PREJUDICIAL	38
3.2.1	Questão prejudicial da qual o julgamento principal dependa	43
3.2.2	Contraditório prévio e efetivo.....	44
3.2.3	Competência para julgamento da questão principal e da prejudicial	45
3.2.4	Limitações probatórias.....	45
3.3	OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA E A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO PREJUDICIAL EM FAVOR DE TERCEIROS.....	46
3.4	COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO, CRÍTICAS A RESPEITO DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO.....	48
3.5	CONCLUSÕES PARCIAIS	50
4	CONCLUSÃO	51
	REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil apresentou diversas mudanças no sistema processual, que passa a estar inserido em um modelo pensado a partir da Constituição como meio de efetivação dos princípios e normas fundamentais nela inseridos. Já nos primeiros artigos são apresentados os compromissos fundamentais que o Código deve seguir, como a liberdade, igualdade, tutela tempestiva boa-fé e dever de cooperação. Desta forma, o Código ordena uma tentativa de organizar um processo justo.¹

Inserido nesse novo modelo, houve diversas mudanças no sistema de preclusões e no âmbito de proteção da coisa julgada, que passam a ser pensados a partir de perspectivas dinâmica e cooperativa. A redação dos arts. 503 e 506, tem grande papel nessa nova perspectiva, vez que apresentam novos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. Assim, o que pode ser protegido pela coisa julgada mudou de apenas o objeto da ação para as questões discutidas pelas partes dentro do próprio processo; além de quem pode ser afetado pela coisa julgada, uma vez que terceiros passam a poder se beneficiar dela também.

Esse modelo encontra similaridades ao que ocorre em sistemas de *common law* onde as partes ficam preclusas de relitigar questões já debatidas e julgadas. Nos EUA esse instituto foi bastante estudado e desenvolvido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência e é chamado de *collateral estoppel* ou *issue preclusion*. Nesse instituto estadunidense há, inclusive, a previsão para que terceiro se beneficie de coisa julgada formada em processo do qual não foi parte, o chamado *non-mutual collateral estoppel*.

Desta forma, esse trabalho buscará apresentar o instituto do *collateral estoppel* para que possamos traçar similaridades com o modelo brasileiro e entendermos mais sobre as consequências que a aplicação desse novo modelo pode trazer – tanto os benefícios quanto os riscos à aplicação da justiça.

O tema será abordado em duas etapas. No primeiro capítulo será apresentado o *collateral estoppel* e sua aplicação nos Estados Unidos. Primeiramente, apresentar a construção dessa teoria e como foi aplicada nas cortes estadunidenses, assim como os requisitos desenvolvidos e os rejeitados ao longo desta aplicação. Em seguida, buscará se traçar a evolução da teoria até sua

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.165-167.

expansão ao afetar também terceiros com o *non-mutual collateral estoppel*. No decorrer deste processo, críticas foram desenvolvidas pela doutrina estadunidense, estas serão pontuadas assim como possíveis soluções apresentadas ao longo de sua aplicação, de forma a identificar possíveis problemas que a teoria apresenta à aplicação de justiça.

Em seguida será tratado o tema no Brasil. A aplicação da proteção da coisa julgada foi alterada por essa nova perspectiva colaborativa do novo Código. Assim, será estudado essa mudança para entendermos as razões da ampliação da proteção da coisa julgada. Em seguida, serão analisados os requisitos estipulados pelo Código de 2015 e as leituras que a doutrina vem fazendo a respeito deles. Desta forma, após a leitura do modelo estadunidense será possível ler o modelo brasileiro após a experiência tida em outro sistema, o que permitirá que se entenda alguns riscos e benefícios ao adotarmos certas interpretações do texto brasileiro.

2 O COLLATERAL ESTOPPEL

2.1 A CONSTRUÇÃO DA TEORIA

O *collateral estoppel* faz parte de uma doutrina de preclusões do *common law*: a teoria da *preclusion by prior adjudication*, ou seja, representa as preclusões de rediscutir uma matéria após ser julgada e decidida pelo Judiciário. Isso garante a estabilidade das decisões após o julgamento, impedindo que o mesmo caso seja litigado novamente após julgamento de uma corte competente; surgindo, assim, como um mecanismo de preservação da decisão judicial.

As duas teorias que compõem a *preclusion by prior adjudication* são a *res judicata* e o *collateral estoppel*. No início, a teoria era composta apenas pela *res judicata*, que foi estabelecida pela primeira vez por Lord Coke em 1813 no *Ferrer's Case*², no qual foi estabelecido que caso uma causa fosse levada ao Judiciário e ao invés de dar uma resposta definitiva que desse fim ao litígio, prolongasse a questão por décadas, não beneficiaria as partes e seria uma “desonra ao *common law*”. Allan Vestal, em 1969³, na mesma linha do pensamento de Lord Coke, observou que a *res judicata* tinha quatro objetivos (i) estabelecer e fixar direitos individuais; (ii) evitar o assédio das partes causado por litigância repetitiva; (iii) uso eficiente do Judiciário; e (iv) preservar o prestígio da cortes evitando julgamentos inconsistentes.

Ao barrar o acesso ao Judiciário, a doutrina⁴ aponta que se cria um conflito entre fundamentos do direito processual. De um lado, o Processo se preocupa em permitir às partes o completo desenvolvimento de seus casos, para que se garanta um julgamento justo baseado no mérito completamente apresentado. No outro lado, o processo deve ter um fim com a apresentação de uma resposta através do julgamento do mérito com uma razoável duração.

Essas teorias, portanto, impedem que a parte mostre o que entende por verdade ao Judiciário. Ao limitar o debate, haveria uma limitação à busca da verdade, que ao fim acabaria não sendo o objetivo final do litígio, ao contrário do que muitos podem esperar. Austin Wakeman Scott⁵, ao tratar sobre o tema por meio de uma teoria geral de preclusões, aponta que o interesse para por um fim ao processo não é só do Estado, mas também das partes e, por isso, as questões levadas ao Judiciário devem ter um fim. Assim, para o autor, fica claro que a

² FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.12.

³ FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.12.

⁴ ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. *Collateral estoppel*. **University of Richmond Law Review**, v.16, n.2, p.343, 1982.

⁵ SCOTT, Austin Wakeman. *Collateral estoppel by judgment*. **Harvard Law Review**, v.56, n.1, p.1, 1942.

construção da ideia de preclusões opta pela busca do fim do litígio ao invés de ficar, repetidamente, buscando pela “verdade”. Mesmo que tratadas em campos distintos, as preclusões têm o mesmo propósito: dar fim ao litígio uma vez dada a resposta jurisdicional.⁶ Do ponto de vista político, ambas as doutrinas buscam proteger os indivíduos de litígios vexatórios e promove o uso eficiente dos recursos judiciais.⁷

Ambas as teorias são baseadas na ideia de preclusão após um julgamento final por um juiz competente, que é ancorada por ideias gerais que compõe o modelo da *common law*. Seguindo a ideia apresentada por Justice Cardozo⁸, esse modelo em que o Direito é desenvolvido a partir de casos, deve respeitar os desejos da sociedade. Apesar da afirmação poder ser objeto de debate, ela embasou a ideia da necessidade de preclusão dos atos relacionados ao Judiciário, de forma que a expectativa normal é de que o Judiciário dê uma palavra final no litígio e que a questão só vá à análise judicial uma vez.

Nesta linha, Allan Vestal⁹ propõe três pontos que justificam o interesse da sociedade e dos litigantes no fim do litígio após a decisão judicial. O primeiro, o uso eficiente das cortes, fazendo com que casos sejam discutidos e julgados apenas uma vez, evita-se que os insatisfeitos com a decisão rediscutam a questão infinitamente e inúmeras vezes. Caso isso não ocorresse, o Judiciário acabaria julgando o mesmo caso inúmeras e repetidas vezes, o que além que nada lógico, causaria uma verdadeira estagnação do sistema judicial. Como benefício subsequente do uso eficiente das cortes, os juízes teriam mais tempo para se dedicar a causas recentes sem precisar se preocupar com o que já foi julgado, possibilitando respostas mais céleres aos novos litígios. A segunda justificativa é a manutenção do prestígio das cortes. Em regra, no *common law*, as cortes tendem a respeitar as decisões que foram tomadas em outra corte e mantê-las, a não ser que seja superando o entendimento da primeira decisão – caso em que deverá haver a fundamentação adequada para tal. A terceira característica apresentada pelo autor é a prevenção de assédio indevido dos litigantes. Ao por um fim ao direito de requerer uma demanda ou questão, previne-se que um dos litigantes seja colocado em uma situação em que deverá litigá-los infinitamente sem a segurança de uma palavra final do Judiciário. Desta forma, o autor apresenta o porquê da necessidade das preclusões. Impossibilitar a rediscussão

⁶ ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. Collateral estoppel. **University of Richmond Law Review**, v.16, n.2, p.343, 1982.

⁷ SOLDI, Linda J. Parklane Hoisery: Offensive Use of Nonmutual Collateral Estoppel in Federal Courts. **Catholic University Law Review**, v.29, n.2, p.509, 1980.

⁸ VESTAL, Allan D. Rationale of preclusion. **Saint Louis University Law Journal**, v.9, p.30, 1964.

⁹ VESTAL, Allan D. Rationale of preclusion. **Saint Louis University Law Journal**, v.9, p.30, 1964.

pelo julgamento da causa de pedir quanto de questões discutidas no processo são fundamentais para a segurança dos litigantes e o bom funcionamento do processo e do Judiciário.

Ao aderir a linha proposta por Vestal, a Suprema Corte estadunidense ainda acrescentou três objetivos ao aplicar as preclusões¹⁰: (i) aliviar as partes de custo e assédio de inúmeros processos judiciais; (ii) conservar recursos judiciais; e (iii) prevenir inconsistências em decisões, de forma que incentivem a confiança na segurança dos julgamentos. Desta forma, a aplicação das preclusões deve sempre respeitar as justificativas apresentadas e buscar atingir seus objetivos, mas sempre tendo em mente a necessidade de ter como base um julgamento justo que tenha respeitado o direito de ambas as partes durante o processo de cognição.

Para melhor compreensão do que o *collateral estoppel* alberga em sua atuação preclusiva, devemos compará-lo com o outro efeito da teoria da *preclusion by prior adjudication*, a *res judicata*. Esta é mais ampla e tem seus efeitos preclusivos sobre toda a causa de pedir, de forma que também é chamada de *claim preclusion*. Opera em um campo onde, após a corte competente, ao dar um julgamento de mérito final ao caso, barra que a parte leve a causa novamente para outro julgamento. Aqui o quesito observado é a causa de pedir (*cause of action*), e não os argumentos discutidos no processo, que passam a integrar a decisão de mérito. Pouco importam os debates feitos durante a argumentação do pedido, eles podem vir a aparecer em outra ação, no entanto, a mesma causa de pedir só poderá ser relitigada em casos, excepcionais, de revisão do julgamento.

A doutrina da *res judicata*, ou *claim preclusion*, tem seu foco voltado à causa de pedir, e doutrina estadunidense aponta para diferentes efeitos de um julgamento sobre ela. Caso o autor perca sua demanda para o réu, a causa de pedir é extinta, uma vez que improcedente; no entanto, ainda há uma preclusão, mas esta passará a operar como uma barreira para novo julgamento (ou *barred by the judgment*). Por outro lado, caso o autor tenha sua demanda julgada procedente, a causa de pedir não será extinta, mas passará a integrar o julgamento de forma que é utilizada a analogia de que o pedido se funde (*merge*) ao julgamento.¹¹ Apesar dos diferentes efeitos sobre a causa de pedir, tem-se no caso um julgamento conclusivo entre as partes, o que resultará em uma barreira absoluta a uma nova ação proposta com mesma causa de pedir.

¹⁰ FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.12.

¹¹ ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. *Collateral estoppel*. **University of Richmond Law Review**, v.16, n.2, p.343, 1982.

O *collateral estoppel* não opera sobre a causa de pedir, mas sim sobre a matéria que foi arguida durante o processo, de forma que também é chamada de *issue preclusion*. Não há conceito como a causa de pedir para esta teoria, de forma que é preciso entender o que compõe sua restrição e requisitos para que tenha seu efeito preclusivo sem que cause injustiças e ao mesmo tempo respeite as ideias de segurança jurídica e eficiência do Judiciário. Ao diferenciar o *collateral estoppel* de *res judicata*, Scott¹² aponta que não é o julgamento pelo julgamento que gera a preclusão, mas sim o processo, os pedidos e o veredito, que seriam autenticados pelo julgamento. Assim, não seria a *res judicata* que impediria a nova discussão da questão, mas os registros do julgamento.

O *collateral estoppel*, portanto, é uma construção jurisprudencial¹³ do direito estadunidense que limita a possibilidade de se relitigar uma questão já levada e decidida no Judiciário. Isso significa dizer que após a decisão do Judiciário não será mais possível discuti-la novamente em caso distinto esperando obter resultado diverso do primeiro. Deve-se atentar que como o *collateral estoppel* não incide sobre a causa de pedir ou no julgamento final do pedido, ele é uma preclusão das questões realmente discutidas no processo. As questões não criam vínculo como a causa de pedir, de forma que a preclusão de se rediscutir a matéria também pode ser invocada em outra causa independentemente da causa de pedir ser diferente.¹⁴

E assim, também é definida no *Black's Law Dictionary* como “a teoria que impede uma parte de relitigar uma questão julgada contra ela em ação anterior, mesmo que a segunda ação difira significativamente da primeira em que houve a decisão”.¹⁵

De forma simplificada, está se tratando de efeitos do julgamento sobre o que nele foi arguido.¹⁶ Ao dar fim ao litígio, o julgamento dá uma resposta ao que foi pedido pela parte requerente, seja favorável ou desfavorável. Além de afetar diretamente a causa de pedir, impedindo que nova ação repetida seja proposta independentemente de novos argumentos ou fatos trazidos, o julgamento afeta o que foi debatido entre as partes. Caso venham a relitigar entre si em uma ação baseada em nova causa de pedir, o primeiro julgamento terá efeitos

¹² SCOTT, Austin Wakeman. Collateral estoppel by judgment. *Harvard Law Review*, v.56, n.1, p.4, 1942.

¹³ VESTAL, Allan D. Rationale of preclusion. *Saint Louis University Law Journal*, v.9, p.30, 1964.

¹⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. Lawlor v. National Screen Service. *Supreme Court Reporter*, v.163, 1955 apud ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. Collateral estoppel. *University of Richmond Law Review*, v.16, n.2, p.343, 1982.

¹⁵ Tradução livre de: “A doctrine barring a party from relitigating an issue determined against that party in an earlier action, even if the second action differs significantly from the first one”. (GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 10.ed. Minnesota: Thomson Reuters, 2014. p.318).

¹⁶ SCOTT, Austin Wakeman. Collateral estoppel by judgment. *Harvard Law Review*, v.56, n.1, p.2, 1942.

sobre essas questões já discutidas na outra ação, mesmo que sem aparente vínculo com o pedido final. Assim, opera sobre o que foi debatido entre as partes, que após obterem resposta válida do Judiciário, ficam barradas, ou *estopped*, de discutirem a questão novamente.

Os efeitos da decisão, portanto, não vinculam apenas as partes, em caso de nova controvérsia, o novo julgamento também fica vinculado pelo primeiro, mesmo que a causa de pedir seja outra – demonstrando o respeito pelo julgamento anterior. O novo julgamento com causa de pedir diversa do primeiro será processado normalmente. No entanto, as matérias realmente litigadas e julgadas na primeira ação não podem ser novamente colocadas em debate na segunda. Por essa razão que Austin Wakeman Scott propôs o nome de *collateral estoppel*¹⁷, o efeito é entre as partes e não entre as causas de pedir da ação; o julgamento anterior causa um efeito colateral ao seu efeito direto do julgamento, que é sobre a causa de pedir original. Este efeito, no entanto, recai somente na matéria realmente discutida e decidida no primeiro julgamento.¹⁸ Assim, percebemos claramente que o *collateral estoppel*, diferentemente da *res judicata*, não tem vínculo com a causa de pedir da primeira ação.

Nos Estados Unidos o principal caso em que se discutiu e decidiu sobre a diferença dos efeitos do julgamento sobre uma controvérsia subsequente (*collateral estoppel* e *res judicata*) foi o *Cromwell v. County of Sac*¹⁹ em 1876. O autor pleiteava ser ressarcido de títulos que, segundo o réu, eram fraudulentos além do fato de o autor não ter provado ter realizado o pagamento do título. Após perder a ação, o autor voltou a litigar com o réu, requerendo os valores referentes aos títulos que venceram após primeira decisão. A *Supreme Court* decidiu que a questão de que o autor teria ou não pago pelos títulos não havia sido litigada na primeira ação; no entanto, a responsabilidade do autor sobre os títulos não poderia ser discutida novamente, uma vez que essa questão já foi decidida na primeira ação. Assim, definiu-se que mesmo em um julgamento com outra causa de pedir, o primeiro funcionaria como um *estoppel* apenas para a matéria realmente discutida e julgada, não àquilo que possa ter sido debatido. A definição clássica²⁰ do *collateral estoppel*, segundo Freedman, vem a partir dessa decisão:

¹⁷ SCOTT, Austin Wakeman. Collateral estoppel by judgment. **Harvard Law Review**, v.56, n.1, p.3, 1942.

¹⁸ "It seemed to us, therefore, that it was best to use it in bringing out the distinction between the effect of a judgment on the original cause of action, where it operates by way of merger or bar, and its effect upon other causes of action between the parties, where it is conclusive only as to matters actually litigated and determines by judgment". (SCOTT, Austin Wakeman. Collateral estoppel by judgment. **Harvard Law Review**, v.56, n.1, p.3, 1942).

¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Cromwell v. County of Sac*. **Supreme Court Reporter**, 1876.

²⁰ FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.21.

Quando a segunda ação entre as mesmas partes se basear em uma reivindicação ou demanda diferente, o julgamento na ação anterior opera como um impedimento somente quanto às questões em pauta ou pontos controvertidos, após a determinação de qual a constatação ou veredicto foi processado.²¹

Componente fundamental para que haja a aplicação da *issue preclusion*, portanto é o real julgamento determinado da questão. Ou seja, é preciso que o juiz dê uma palavra final e decisiva a respeito do que foi trazido, e a questão precisa ser claramente individualizada e debatida especificamente. Com esses dois requisitos cumpridos o julgamento anterior pode vincular os seus subsequentes. É nesse entendimento que o *Black's Law Dictionary* apresenta na definição de *collateral estoppel* como: "O efeito vinculante de um julgamento quanto às questões realmente litigadas e julgadas em uma ação sobre controvérsias posteriores envolvendo um pedido diferente daquele em que o julgamento original se baseou".²²

Após a constatação de possibilidade de vínculo das partes em outra ação com o julgamento da primeira, passou a ser necessário definir mais claramente até que ponto o réu precisaria se defender dos argumentos levantados e quais deles seriam precluídos de se realugar em nova ação. Em outras palavras: já que a questão não poderá ser novamente debatida, o réu precisa se defender de todas as possibilidades possíveis no primeiro caso? Segundo Austin Scott²³ era muito comum a defesa de que um julgamento em favor do requerente fosse conclusivo, uma vez que o julgamento é baseado na presunção de que os fatos alegados são verdadeiros. Esse pensamento daria uma resposta positiva a pergunta, no entanto, seria uma regra que causaria grande desigualdade para com o réu. A questão foi debatida pelo Justice Knowton da Suprema Corte de Massachusetts²⁴:

Seria uma regra dura e opressiva que faria que uma pessoa resistisse a uma reivindicação insignificante e se envolva em litígios dispendiosos para evitar a execução de um julgamento que será tido conclusivo contra ele por todo fato material alegado e não negado na declaração, de modo a impedi-lo de mostrar a

²¹ Tradução livre de: "*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*". (FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.21).

²² Tradução livre de: "*The binding effect of a judgement as to matters actually litigated and determined in one action on later controversies between the parties involving a different claim from that on which the original judgment was based*". (GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 10.ed. Minnesota: Thomson Reuters, 2014. p.318).

²³ SCOTT, Austin Wakeman. Collateral estoppel by judgment. **Harvard Law Review**, v.56, n.1, p.6, 1942

²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Judicial Court of Massachusetts. *Watts v. Watts*. *Northeastern Reporter*, v.36, p.479-481 apud SCOTT, Austin Wakeman. Collateral estoppel by judgment. **Harvard Law Review**, v.56, n.1, p.6, 1942.

verdade se surgir outra controvérsia entre as mesmas partes. Podem haver várias razões pelas quais ele preferiria se submeter a uma reclamação em vez de se defender contra ela. Com a finalidade de defender essa ação, ele teria seu dia no tribunal, mas uma vez, e se ele escolher deixar o caso por omissão, ou com um julgamento sobre algumas das defesas que poderiam ser feitas e não sobre outras, ele seria obrigado para sempre a acatar as decisões feitas no momento. Mas um requerente não pode reivindicar que lhe seja dado mais do que ele pede em seu processo. Ele não pode reclamar que o réu não considerou oportuno criar defesas e levantar questões com o objetivo de permitir ajudá-lo a ajustar os fatos para futuras controvérsias possíveis. Nos processos subsequentes que são independentes do processo inicial, o julgamento nesse processo é conclusivo como prova, ou pode ser invocado como preclusão apenas quanto às questões que foram postas em causa e julgadas; mas não é necessário que estes sejam particularmente mencionados nos argumentos se envolvidos na questão comprovada, e se o caso for determinado no julgamento dessa questão.²⁵

Assim, podem existir casos em que a parte ré opte por não litigar um caso com todas suas forças por razões estratégicas. Em processos subsequentes, a parte que perdeu a causa ficará precluída apenas nos pontos em que debateu de forma específica e suficiente. A parte autora, por outro lado, não terá o direito de impor que seu adversário litigue algum ponto de interesse visando futura preclusão.

Fica claro que questões de fato, uma vez debatidas pelas partes de forma específicas, não poderão mais ser levadas ao Judiciário para que a questão seja novamente debatida. No entanto, passou-se a pensar sobre a possibilidade de haver uma preclusão das questões de direito. O caso *United States v. Moser*²⁶ de 1924 foi julgado pela Suprema Corte e se tornou o *leading case* do debate. Este foi o segundo caso em que as partes debateram uma questão de restituição de parcelas pendentes de salário referente à serviço militar. Na primeira ação, o oficial da Marinha estadunidense pleiteou pagamento pelo período em que estava na Academia Naval durante a Guerra Civil, o que teve julgamento favorável. Após vir ao encontro de um estatuto que

²⁵ Tradução livre de: *"It would be a harsh and oppressive rule which should make it necessary for one sued on a trifling claim to resist it, and engage in costly litigation in order to prevent the operation of a judgment which would be held conclusively to have established against him every material fact alleged and not denied in the declaration, so as to preclude him from showing the truth if another controversy should arise between the same parties. There might be various reasons why he would prefer to submit to a claim rather than to defend against it. For the purpose of defending that suit, he would have his day in court but once, and if he chose to let the case go by default, or with a trial upon some of the defences which might be made and not upon others, he would be obliged forever after to hold his peace. But a plaintiff can claim no more than to be given what he asks in his writ. He cannot justly complain that the defendant has not seen fit to set up defences and raise issues for the purpose of enabling him to settle facts for future possible controversies. In subsequent proceedings which are independent of the original suit, the judgment in that suit is conclusive as evidence, or may be pleaded as an estoppel only as to those matters which were put in issue and determined; but it is not necessary that these should be particularly mentioned in the pleadings if they are involved in the issue made up, and if the case is determined upon the trial of that issue".* (SCOTT, Austin Wakeman. Collateral estoppel by judgment. *Harvard Law Review*, v.56, n.1, p.6-7, 1942).

dispunha pela não inclusão no tempo de serviço o período dedicado na Academia Naval, o Governo dos Estados Unidos entrou com outra ação requerendo alteração nas parcelas subsequentes do salário de Moser. O novo pedido não teve êxito e foi barrado pela Suprema Corte. Era pacífico o entendimento de que o mesmo pedido entre as mesmas partes representa uma barreira absoluta, no caso, mesmo o pedido sendo outro, por se tratar de outro período e novos argumentos levantados, a questão já foi decidida entre as partes, como apontou o Ministro da Suprema Corte Sutherland:

Um fato, uma questão ou um direito claramente julgado na ação original não podem ser contestados em uma ação posterior, mesmo que a determinação tenha sido alcançada em uma visão errada ou por uma aplicação errada da lei. Isso seria afirmar o princípio em respeito àquilo que foi julgado, mas, ao mesmo tempo, negar toda a eficácia sustentando um desafio para os fundamentos em que se baseou o julgamento.²⁷

Por outro lado, em contraponto a essa decisão, no caso *United States v. Stone & Downer Co.*²⁸ de 1927, foi decidido pela não preclusão de discutir certas questões de direito. Em ação anterior, a empresa importou um carregamento de lã sem pagar os impostos de importação, pois estariam enquadradas em uma classificação de isenção. O Governo estadunidense questionou a isenção e requereu a cobrança dos impostos, no entanto, a *Court of Customs Appeals* julgou pela isenção, e o recurso cabível, o *writ of certiorari*, não foi interposto. O caso em questão foi subsequente a primeira decisão e questionou a importação de itens similares aos do primeiro caso que tinham sido enquadrados na mesma classificação que os anteriores. A *Court of Customs Appeals* manteve a decisão anterior, mas dessa vez o Governo dos Estados Unidos interpôs recurso que levou a causa à Suprema Corte. Esta decidiu que mesmo que se estivesse discutindo a mesma questão já litigada, o julgamento anterior não operaria como um *estoppel* para a nova ação. Isso porque defender a manutenção de decisão contrária a entendimento legal não pode ser reproduzida, mesmo que a decisão não possa ser

²⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *United States v. Moser*. **Supreme Court Reporter**, Oct. 1924.

²⁷ Tradução livre de: "*But a fact, question or right distinctly adjudged in the original action cannot be disputed in a subsequent action, even though the determination was reached upon an erroneous view or by an erroneous application of the law. That would be to affirm the principle in respect of the thing adjudged but, at the same time, deny it all efficacy by sustaining a challenge to the grounds upon which the judgment was based*". (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *United States v. Moser*. *Supreme Court Reporter*, Oct. 1924 apud SCOTT, Austin Wakeman. Collateral estoppel by judgment. **Harvard Law Review**, v.56, n.1, p.9, 1942).

²⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *United States v. Stone Downer Co.* **Supreme Court Reporter**, 1927.

alterada. Desta forma, o Presidente da Suprema Corte Taft se manifestou: “Tal resultado levaria à desigualdade na administração da lei aduaneira, à discriminação e a grandes injustiças e confusões”.²⁹

Mesmo com a ressalva do caso anterior, a aplicação do *collateral estoppel* para questões de direito continuou sendo aplicada, recorrentemente em questões tributárias para cobrança de impostos ou restituição de cobranças indevidas.³⁰ Para evitar situações de injustiças, a Suprema Corte decidiu que é possível barrar a rediscussão, através do *issue preclusion*, desde que as situações alegadas no segundo caso sejam idênticas em todos os aspectos do que foi decidido na ação anterior.³¹

Interessante fazer uma ressalta ao caso *Montana v. U.S.* onde foi discutido a constitucionalidade de uma imposição em 1979. Neste caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu que a impossibilidade de se relitigar a questão de direito não decorreu de existência de precedente, mas sim de uma decisão anterior onde a questão havia sido decidida.³²

A aplicação do *collateral estoppel*, ou *issue preclusion*, é, portanto, adotada também para questões de direito, no entanto de maneira mais restrita do que em relação à questões de fato.³³ Essas limitações buscam aplicar a teoria de forma mais justa balanceando a segurança jurídica e a estabilidade de uma primeira decisão, desta forma, Austin Scott expõe:

Parece claro, para as autoridades, portanto, que a doutrina do *collateral estoppel* é aplicável a questões de direito, bem como a questões de fato, mas há limitações em sua aplicação a questões de direito que não ocorrem às questões de facto. Parece claro que [o *collateral estoppel*] não é aplicado às questões de direito, a menos que as ações sucessivas não envolvam apenas as mesmas questões de direito, mas também surjam da mesma transação ou envolvem o mesmo assunto. Além disso, a doutrina está sujeita à limitação um tanto vaga que não será aplicada se resultar em injustiça. O julgamento original é válido, embora com base em propriedades errôneas quanto à lei; mas em controvérsias subsequentes entre as mesmas partes com base em outras causas de pedir, o tribunal não é necessariamente obrigado a fazer as mesmas decisões errôneas quanto à lei.³⁴

²⁹ Tradução livre de: “Such a result would lead to inequality in the administration of the customs law, to discrimination and to great injustice and confusion”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *United States v. Stone Downer Co.* *Supreme Court Reporter*, Oct. 1927 apud SCOTT, Austin Wakeman. *Collateral estoppel by judgment.* **Harvard Law Review**, v.56, n.1, p.8, 1942).

³⁰ SCOTT, Austin Wakeman. *Collateral estoppel by judgment.* **Harvard Law Review**, v.56, n.1, p.9, 1942.

³¹ GOLDSTEIN, Gersham. *Res judicata and collateral estoppel.* **American Bar Association Journal**, v.54, n.11, p.1132, 1968.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.28.

³³ SCOTT, Austin Wakeman. *Collateral estoppel by judgment.* **Harvard Law Review**, v.56, n.1, p.10, 1942.

³⁴ Tradução livre de: “It seems clear on the authorities, therefore, that the doctrine of collateral estoppel is applicable to questions of law, as well as to questions of fact, but that there are limitations on its application to questions of law which do not obtain as to questions of fact. It seems clear that it is not applied to

O *collateral estoppel*, portanto, pode ser entendido conforme a metáfora utilizada por Joseph W. Glannon.³⁵ O instituto seria como uma ferramenta que dissecaria a ação em diversas questões, tanto de fato quanto de direito, e remove as que tenham sido devidamente discutidas e decididas, impossibilitando nova análise judicial.

2.2 ASPECTOS E REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO *COLLATERAL ESTOPPEL*

Buscando dar maior segurança à aplicação da teoria do *collateral estoppel*, a jurisprudência estadunidense foi desenvolvendo em suas decisões elementos necessários para que a teoria seja utilizada de maneira responsável e que respeite a segurança jurídica dos jurisdicionados. Na obra que trata especificamente sobre o tema, Warren Freedman³⁶ apresenta 7 aspectos que necessariamente devem ser analisados para que o *collateral estoppel* seja aplicado: (i) necessidade de questões e fatos idênticos; (ii) validade e finalidade do julgamento; (iii) completa e justa oportunidade de ser ouvido; (iv) análise de julgamentos inconsistentes; (v) mudanças circunstanciais e/ou avanços científicos; (vi) natureza processual e não material; (vii) identidade de partes.

O primeiro aspecto, necessidade de questões e fatos idênticos, se faz necessária para garantir a questão precluída seja exatamente a discutida, evitando ampliação para situações análogas. Este aspecto se mostra essencial para garantir aos litigantes segurança ao debaterem o fato no primeiro processo: só será impedido de se relitigar a questão pontual do primeiro caso, nada a mais.

No caso *Borough of Landale v. Federal Power Commission* foi definido que a parte que alega a aplicação do *collateral estoppel* tem o ônus de comprovar que o caso discutido e julgado no primeiro processo é exatamente o mesmo que o discutido no segundo. Como o autor aponta, “não é suficiente introduzir apenas a decisão do tribunal anterior, a menos que um registro adequado identificando exatamente as questões litigadas seja produzido”.³⁷

questions of law unless the successive actions not only involve the same questions of law but also arise out of the same transaction or involve the same subject matter. Moreover the doctrine is subject to the somewhat vague limitation that it will not be applied if injustice would result. The original judgment stands, although based upon erroneous holdings as to the law; but in subsequent controversies between the parties based on other causes of action the court is not necessarily bound to make the same erroneous holdings as to the law". (SCOTT, Austin Wakeman. *Collateral estoppel by judgment*. **Harvard Law Review**, v.56, n.1, p.10, 1942).

³⁵ GLANNON, Joseph W. **Civil Procedure**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013. p.575.

³⁶ FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.21-30.

³⁷ Tradução livre de: "*It is not sufficient to introduce merely the decision of the prior court unless an adequate pinpointing the exact issues litigated is produced*". (FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.25).

Ao falar sobre a validade e finalidade do julgamento, o autor expressa que o objetivo básico do instituto é dar um fim ao processo judicial entre as partes que o disputam. Após ser dada a resposta ao litígio, sua rediscussão não é nem de interesse das partes, da sociedade ou do Judiciário. Ao dar fim a infinitos debates sobre o mesmo tema, é que a preclusão da questão se faz tão importante.

O terceiro aspecto levantado pelo autor como elemento essencial, é a completa e justa oportunidade de ser ouvido. Segundo ele, nenhuma pessoa deve ser vinculada a um julgamento sem ter a oportunidade de ser ouvido e defender seu caso perante a corte.

Esse requisito, no entanto, por ser muito amplo deve ser analisado caso a caso, ficando a discricção do juiz aplicar ou não o *collateral estoppel* conforme entenda se houve ou não adequada defesa e oportunidade da parte se pronunciar no caso anterior. Os inúmeros pontos que podem ser analisados neste requisito apresentam um problema difícil para o julgador da causa resolver, e por isso, deve fazer uma análise casos a caso.

Apesar de ser um critério tão aberto, Freedman apresenta diversos fatores a serem analisados para que então se conclua sobre o requisito, como tamanho da causa, juízo que julgou o primeiro caso, uso da iniciativa, competência e experiência dos julgadores, possibilidade de novas provas, indício de julgamento comprometido, diferente aplicação da lei, previsibilidade dos futuros litígios.

O quarto aspecto do instituto é a análise de julgamentos inconsistentes: caso duas cortes tomem decisões conflitantes, o efeito do *collateral estoppel* é negado. A razão por trás de tal requisito é que por existir entendimentos diversos sobre a questão, supõe-se que ela deve ser suficientemente complexa para que haja confiança em uma das decisões e não na outra.

O autor aponta que a preclusão de se relitigar a questão já julgada é utilizada para garantir a integridade do sistema judicial, que depende de ampla crença de que todas as decisões são confiáveis. No entanto, alerta que apesar do novo julgamento de uma questão já decidida causar situações embaraçosas ao Judiciário, deixar que uma decisão questionável seja mantida negando a uma das partes um julgamento justo, seria ainda mais embaraçoso.

Desta forma, para que se aplique o efeito do *collateral estoppel* na segunda causa, a corte deve procurar garantir que o primeiro caso é suficientemente confiável para vincular o litigante em causas futuras. O autor ainda alerta que um mesmo fato que gere inúmeras causas individuais tem maiores chances de gerar julgamentos inconsistentes, o que faz com que alguns tribunais neguem a aplicação dos efeitos deste instituto por conta desse risco maior.

O quinto requisito a ser analisado são as mudanças circunstanciais ou avanços científicos entre a data do primeiro julgado para o segundo. Caso ocorram mudanças em aspectos fundamentais que basearam a primeira decisão não se pode aplicar o *collateral estoppel*. Essa análise foi feita e esclarecida pela Suprema Corte estadunidense em 1948, quando declarou que:

*O collateral estoppel é utilizado para evitar processos repetitivos em assuntos que já foram decididos e que permaneceram substancialmente estáticos, factualmente e legalmente. Não se destina a criar direitos adquiridos em decisões que ficaram obsoletas ou erradas com o tempo.*³⁸

O sexto aspecto do *collateral estoppel* é sua natureza processual. A importância de se reconhecer tal natureza ao instituto e não a de natureza material esta no fato de que deve respeitar regras objetivas do processo. O instituto já foi visto como uma regra de natureza material, sendo um mandamento de justiça, de forma que sua aplicação era forçada mesmo que contrariasse alguma lei processual, de forma que os direitos das partes e a tranquilidade social eram garantidos, uma vez assegurada a segurança jurídica.

Essa distinção passou a afetar principalmente a regra da mutualidade, ainda aplicada em diversos tribunais, que será analisada em seguida. Tal regra é colocada como uma condição processual para a aplicação do instituto, no entanto, as cortes que o viam como uma regra de natureza material passaram a ignorar o requisito em nome da Justiça. Buscando evitar tais situações, as cortes estadunidenses passaram a entender o *collateral estoppel* como uma regra de natureza processual, tendo um caráter mais objetivo, deixando de ser um direito subjetivo das partes.

O último aspecto a ser analisado é a identidade de partes entre os dois casos em questão. Ao se tratar de casos em que se busca aplicar o *collateral estoppel* quando ambas as partes envolvidas no segundo litígio fizeram parte do primeiro que gerou a decisão a ser aplicada, a aplicação do instituto é clara. Uma vez que ambas tiveram sua chance de influenciar a corte e fazer seu argumento sobre a questão valer, elas passam a ficar vinculadas por tal questão. Caso os demais requisitos e aspectos estejam de acordo com os critérios do instituto, não há

³⁸ Tradução livre de: "*Collateral estoppel is designed to prevent repetitious lawsuits over matters which have once been decided and which have remained substantially static, factually and legally. It is not meant to create vested rights in decisions that have become obsolete or erroneous with time*". (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. Commissioner of Internal Revenue v. Sunnen. *Supreme Court Reporter*, 1948 apud FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.29).

grandes discussões sobre essa aplicação; esse vínculo é chamado de *doctrine of mutuality*, ou teoria da mutualidade.

Existem decisões, no entanto que ignoram essa teoria e aplicam o *collateral estoppel* a apenas uma das partes vinculadas pelo primeiro julgamento mesmo que a outra não tenha participado. Esse entendimento é mais recente, no entanto já é aplicado pela maioria dos estados americanos e, segundo Freedman, menos de um quarto dos estados mantêm a regra da mutualidade como essencial para a aplicação do *collateral estoppel*. Essa superação de entendimento ocorreu de maneira muito debatida e sua aplicação deve ser feita observando alguns detalhes a mais, uma vez que pode trazer inúmeros novos interessados à questão decidida, de forma que deve ser aplicado de forma mais cuidadosa, e por isso, será tratado com mais detalhes no próximo ponto.

2.3 A TEORIA DA MUTUALIDADE E SUA SUPERAÇÃO: A QUESTÃO JULGADA EM FAVOR DE TERCEIROS

No início da teoria esse vínculo só existia entre ambas as partes participantes do processo, de forma que elas estariam ligadas e obrigadas ao julgamento anterior. A justificativa da teoria mutualidade vinha de um princípio aplicado até então: para que uma parte sofra efeitos de uma preclusão, ela deve ter feito parte do julgamento que a afetará.³⁹

Buscando uma ideia de justiça, a teoria da mutualidade era colocada como um requisito da aplicação do *colateral estoppel*. Um terceiro ao julgamento não teria direito de invocar e evitar a rediscussão da questão previamente já julgada, uma vez que ele não teria vínculo a este primeiro julgamento.⁴⁰

Essa teoria era muito rígida, e assim, logo de início uma exceção se desenvolveu nas cortes estadunidenses. Nos casos onde a responsabilidade do réu dependesse da culpa de alguém que já foi exonerado em ação anterior que foi julgada pelos mesmos fatos, a teoria da mutualidade poderia ser afastada em benefício do réu.⁴¹ A exceção se justifica com base na

³⁹ "It is a principle of general elementary law that the estoppel of a judgment must be mutual". (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Bigelow v. Old Dominion Copper Mining & Smelting Co.* *Supreme Court Reporter*, Oct 1912 apud ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. *Collateral estoppel*. **University of Richmond Law Review**, v.16, n.2, p.345, 1982).

⁴⁰ ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. *Collateral estoppel*. **University of Richmond Law Review**, v.16, n.2, p.346, 1982.

⁴¹ ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. *Collateral estoppel*. **University of Richmond Law Review**, v.16, n.2, p.346, 1982.

ideia de que seria intolerável a injustiça que decisões diferentes causariam em uma situação como essa, resultaria em permitir que uma recuperação do requerente por conduta que o réu já foi absolvido. A inconsistência de julgamentos devido a necessidade de vínculo da mutualidade seria inaceitável causando situações intoleravelmente injustas.⁴²

Mesmo com a exceção à teoria da mutualidade, a doutrina continuou a criticar sua aplicação como requisito para o uso do *collateral estoppel*. Já era consolidado o pensamento de que o homem não pode negar as situações para as quais contribuiu com a sua própria conduta.⁴³ Nessa linha, Bentham, se colocou como um dos grandes críticos da teoria da mutualidade, que aos poucos passou a ser mitigada pelas cortes estadunidenses. Segundo a lógica do autor, existe razão em se defender que uma parte não deva perder uma causa por conta de decisão anterior em processo que não foi parte, mas não há razão em permitir que discuta novamente questão já decidida apenas pelo fato de ter outro adversário que não fez parte do primeiro processo. Assim, as partes sempre teriam direito a discutir seu caso no Judiciário, mas não o direito de discuti-lo diversas vezes até atingir o resultado esperado. Podemos observar o pensamento do autor no trecho que foi citado inúmeras vezes em estudos e casos referentes ao tema:

Outra regra curiosa é que, como um julgamento não é evidência contra um estranho, o julgamento contrário não deve ser uma prova para ele. Se a própria regra é curiosa, a razão dada para ela é ainda mais: - “Ninguém pode se beneficiar de um veredito do qual não poderia ter sido prejudicado caso o resultado tivesse sido contrário.” uma máxima de que pode se supor ter sua lógica vinda de uma mesa de jogo para o tribunal. Se uma parte se beneficiar com um lance dos dados, ele irá, se as regras do *fair play* forem observadas, ser prejudicada por outra situação: mas que a consequência deve ser válida quando aplicada à justiça, não é igualmente claro. Esta regra da mutualidade é destituída mesmo dessa aparência de razão, que existe para a regra relativa à *res inter alios acta*. Há razões para dizer que um homem não deve perder sua causa em consequência do veredito dado em um processo anterior ao qual ele não era uma parte; mas não há qualquer razão para dizer que ele não deve perder sua causa em consequência de uma decisão proferida em um processo em que foi parte, simplesmente porque seu adversário não foi.⁴⁴

⁴² ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. *Collateral estoppel*. *University of Richmond Law Review*, v.16, n.2, p.346, 1982.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.26.

⁴⁴ Tradução livre de: "Another curious rule is, that, as a judgment is not evidence against a stranger, the contrary judgment shall not be evidence for him. If the rule itself is a curious one, the reason given for it is still more so: - 'Nobody can take benefit by a verdict, who had not been prejudiced by it, had it gone contrary:' a maxim which one would suppose to have found its way from the gaming-table to the bench. If a party be benefited by one throw of the dice, he will, if the rules of fair play are observed, be prejudiced by another: but that the consequence should hold when applied to justice, is not equally clear. This rule of mutuality is destitute of even that semblance of reason, which there is for the rule concerning *res inter alios acta*. There is reason for saying that a man shall not lose his cause in consequence of the verdict given in a

Atualmente, esse pensamento parece ser o mais aceito nas cortes estadunidenses, uma vez que menos de um quarto dos estados ainda exigem a *mutuality rule*⁴⁵ como requisito de aplicação da preclusão sobre as questões já decididas. A lógica defendida pela maioria das cortes conclui que “desde que a parte contra quem o *collateral estoppel* seja aplicado tenha tido seu dia na corte, equidade, justiça e economia judicial serão bem servidos”.⁴⁶

O caso que se tornou um marco para a mudança de pensamento nas cortes estadunidenses e mitigou a teoria da mutualidade para a aplicação do *collateral estoppel* foi *Bernhard v. Bank of American National Trust & Savings Association*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia.⁴⁷ Este caso foi precedido por uma ação em que Bernhard contestou movimentações bancárias entre James Cook e Clara Sather, uma senhora de quem Bernhard tinha interesse testamentário. A Sra. Sather, nos anos finais de sua vida, passou a morar com a família de James Cook, administrador de seus bens. Para facilitar na administração e cobrir gastos da Sra. Sather, ela possuía uma conta na qual Cook também podia fazer saques. Cook, em seguida, transferiu todo o valor desta primeira conta para outro banco onde abriu uma segunda conta na qual passou a ser titular em conjunto com a Sra. Sathers. Essa transferência em princípio foi feita sem autorização, no entanto em seguida a Sra. Sathers autorizou a movimentação realizada. Pouco antes da morte da Sra. Sathers, Cook sacou toda a quantia desta segunda conta conjunta e depositou em uma conta própria da qual ele e sua mulher eram titulares.

Quando Cook protocolou o pedido de renúncia de seu cargo de administrador, Bernhard e outros beneficiários do testamento da Sra. Sather contestaram a prestação de contas que não apresentava os saques e transferências para a segunda conta. O julgamento da causa decidiu que Cook poderia ficar com o dinheiro, entendendo a transferência como um presente da Sra. Sather uma vez que a operação ocorreu enquanto ela ainda estava viva.

former proceeding to which he was not a party; but there is no reason whatever for saying that he shall not lose his cause in consequence of the verdict in a proceeding to which he was a party, merely because his adversary was not. It is right enough that a verdict obtained by A against B should not bar the claim of a third party C; but that it should not be evidence in favour of C against B, seems the very height of absurdity. The only fragment of a reason which we can find in the books, having the least pretension to rationality, is this, - that C, the party who gives the verdict in evidence, may have been one of the witnesses by means of whose testimony it was obtained. The inconclusiveness of this reason we have already seen". (BENTHAM, Jeremy. *Rationale of judicial evidence*. London: Hunt and Clarke, 1827, p.579 apud CURRIE, Brainerd. *Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernhard Doctrine*. **Stanford Law Review**, v.9, p.284, 1957).

⁴⁵ FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.23.

⁴⁶ Tradução livre de: "*As long as the party against whom collateral estoppel is asserted has had his day in court, fairness, justice and judicial economy are well served*". (ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. *Collateral estoppel*. **University of Richmond Law Review**, v.16, n.2, p.347, 1982).

⁴⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of California. *Bernhard v. Bank of American National Trust & Savings Association*. **Pacific Reporter**, 1942.

Bernhard, que passou a administrar os bens do espólio da Sra. Sather, entrou com uma ação contra o banco pedindo restituição dos valores, uma vez que permitiu a realização do saque de todo o montante da primeira conta sem a autorização prévia da Sra. Sather. Essa segunda ação, que, então, deu origem ao celebre caso que excluiu a necessidade da teoria da mutualidade para a aplicação do *collatera estoppel*. Em sua defesa, o banco alegou que houve sim autorização da Sra. Sather além de que a questão já havia tido resposta jurisdicional, tendo sido formada *res judicata* quanto a questão de que teria sido um presente à Cook.

O primeiro grau deu razão ao banco e em seu recurso, Bernhard alegou não ser possível se alegar a formação de *res judicata* uma vez que o réu desta ação não teria participado da primeira, infringindo a teoria da mutualidade, requisito para a preclusão da discussão da questão. A corte ao se deparar com tal alegação afastou pela primeira vez a teoria da mutualidade, dando razão ao banco. Na justificativa o julgado esclarece que a posição tomada decorre do entendimento de que o *collateral estoppel* tem a função de impedir que uma parte que já tenha tido um julgamento leve questão idêntica à decidida para nova análise judicial. Nessa perspectiva, a corte moldou o que ficou conhecida como *Bernhard doctrine*, ou teoria Bernhard, conforme as seguintes ponderações:

O critério para determinar quem pode fazer valer o fundamento da *res judicata* difere fundamentalmente dos critérios que determinam contra quem um fundamento da *res judicata* pode ser utilizado. Os requisitos do devido processo legal proíbem a afirmação de um fundamento judiciário contra uma parte, a menos que ele esteja vinculada pelo litígio anterior em que a questão foi decidida... Ele está vinculado por esse litígio somente se ele for parte ou atuado com uma das partes... Não há motivo convincente, no entanto, para exigir que a parte que afirma o fundamento de *res judicata* deva ter sido uma parte, ou atuado com uma das partes, do litígio anterior.⁴⁸

Nesta decisão, assim como diversas outras decisões, as cortes misturam os termos da *res judicata* e *collateral estoppel* como se significassem a mesma coisa. A doutrina⁴⁹, no entanto alerta para a diferença dos conceitos, mas que o uso invertido não muda o teor da

⁴⁸ Tradução livre de: "The criteria for determining who may assert a plea of *res judicata* differs fundamentally from the criteria for determining against whom a plea of *res judicata* may be asserted. The requirements of due process of law forbid the assertion of a plea of *res judicata* against a party unless he was bound by the earlier litigation in which the matter was decided... He is bound by that litigation only if he has been a party thereto or in privity with a party thereto ... There is no compelling reason, however, for requiring that the party asserting the plea of *res judicata* must have been a party, or in privity with a party, to the earlier litigation". (ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. *Collateral estoppel*. *University of Richmond Law Review*, v.16, n.2, p.348, 1982).

decisão, devendo ser analisado o objeto de preclusão (causa de pedir ou questão) para identificar o instituto referido.

No caso Bernhard, a corte formulou três critérios a serem respeitados para que se determine a possibilidade de afastamento da regra da mutualidade:⁵⁰ (i) a questão decidida no primeiro julgamento deve ser idêntica com a apresentada na nova ação; (ii) houve um julgamento final de mérito na primeira ação; (iii) a parte contra quem a decisão será afirmada foi parte ou atuou com uma das partes no primeiro julgamento. Como todos os três requisitos estejam presente, permitiu-se que a utilização do julgado anterior por terceiro. Esses requisitos passaram a ser utilizados nos casos futuros.

Na mesma linha do pensamento proposto por Bentham, a corte se baseou na ideia de justiça e equidade, julgando injusto que alguém seja permitido a ter outro dia frente a corte para discutir decisão já dada apenas por trocar de adversários. Tendo em vista tais ideias base do instituto, a teoria da mutualidade só pode ser afastada para que o primeiro julgamento beneficie terceiro; não haveria lógica tentar usar a teoria para prejudicar alguém que não pode discutir no judiciário algo que o prejudicaria – seria uma grande violação de direitos.

Devemos destacar que apesar de grande parte dos estados terem mitigado a teoria da mutualidade após o caso Bernhard, como já dito, uma minoria de estados ainda permanecem rígidos quanto à teoria como requisito do *collateral estoppel*. Isso é justificado pelo entendimento de que o acesso ao Judiciário não pode ser mitigado, ou como colocado pela *Ohio Supreme Court*, “todas as pessoas têm direito de ter o seu dia na corte”.⁵¹ Além disso, outro contraponto à Teoria Bernhard seria o de que o esforço para se garantir os requisitos de devido processo legal sem a mutualidade seriam tão dispendiosos que não trariam benefício algum em termos de economia judicial.⁵²

2.4 APLICAÇÕES DO *NONMUTUAL COLLATERAL ESTOPPEL*

⁴⁹ ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. *Collateral estoppel*. **University of Richmond Law Review**, v.16, n.2, p.348, 1982; FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.9.

⁵⁰ SOLDI, Linda J. Parklane Hoisery: Offensive Use of Nonmutual Collateral Estoppel in Federal Courts. **Catholic University Law Review**, v.29, n.2, p.514, 1980.

⁵¹ Tradução livre de: “*all persons are entitled to their day in court*”. (FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.24).

⁵² FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.24.

A possibilidade de terceiros não integrantes do primeiro processo para impedir que outra parte litigue o que já discutiu no Judiciário foi uma quebra nos princípios tradicionais da preclusão.⁵³ Este passo a mais dado pelas cortes estadunidenses permitiu que as partes passassem a usar julgamentos de seus adversários em benefício próprio. A depender da forma como a parte busca afetar a outra, é dito que usa a decisão como uma forma de defesa ou de atacar a parte que fez parte do primeiro julgamento. Essas modalidades são chamadas de *defensive collateral estoppel* e *offensive collateral estoppel*, cada qual tendo características distintas e, portanto, há a necessidade de se fazer a análise separadamente.⁵⁴

2.4.1 *Defensive collateral estoppel*

A utilização do *collateral estoppel* por terceiros que não participaram do primeiro processo de forma defensiva foi a primeira forma aplicada nas cortes estadunidenses. Essa forma é caracterizada pela defesa do réu, que não participou do primeiro julgamento, ser baseada em julgamento anterior do qual o autor foi parte e perdeu a mesma questão.⁵⁵

Nessa modalidade o réu invoca a preclusão da questão que o autor tentou alegar em um caso anterior e falhou, de forma que não poderia alegar de novo contra esse novo réu. Assim, o terceiro usa a preclusão como um “escudo”⁵⁶ contra o autor assim como foi a aplicada no caso Benhard.

A confirmação na Suprema Corte estadunidense ocorreu no caso *Blonder-Tongue Laboratories, Inc v. University of Illinois Foundation*. Em um caso anterior a *University of Illinois Foundation* havia ajuizado uma ação por violação de patente de equipamento de televisão e rádio. Neste primeiro caso a patente foi declarada inválida e teve a sentença confirmada em sede recursal. Subsequentemente, a fundação da universidade alegou novamente violação da patente, agora por parte da *Blonder-Tongue Laboratories*, que deu origem ao caso em questão. O caso foi para julgamento na *Supreme Court* onde foi impedido que a fundação voltasse a alegar questão que já havia sido decidida por julgamento válido, de forma que afastou pela primeira vez a regra da mutualidade.

⁵³ GLANNON, Joseph W. **Civil Procedure**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013. p.594.

⁵⁴ SOLDI, Linda J. Parklane Hoisery: Offensive Use of Nonmutual Collateral Estoppel in Federal Courts. **Catholic University Law Review**, v.29, n.2, p.520, 1980.

⁵⁵ SOLDI, Linda J. Parklane Hoisery: Offensive Use of Nonmutual Collateral Estoppel in Federal Courts. **Catholic University Law Review**, v.29, n.2, p.516-517, 1980.

⁵⁶ FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.31.

Aqui, devem ser aplicados os requisitos disciplinados no caso *Bernhard* e os aspectos desenvolvidos pelas cortes e ordenados por Warren Freedman, já expostos anteriormente. Isso busca garantir maior grau de justiça e segurança jurídica ao se aplicar um julgamento desfavorável em favor de quem não influenciou o primeiro julgamento. Essa aplicação tende a diminuir a quantidade de casos repetidos, inibindo o autor de requerer a mesma demanda inúmeras vezes apenas por trocar seu adversário.⁵⁷

Ao se afastar a mutualidade, a aplicação do instituto fica baseada nas noções de justiça e equidade, o que por serem termos amplos e de difícil definição causam problemas.⁵⁸ Essa insegurança fez com que no caso *Spettegue v. Mahoney*, o *collateral estoppel* não fosse utilizado pela Corte:

Esta panaceia é a antítese do nosso sistema de justiça... Os conceitos de “justiça” variam de homem para homem e de tempos em tempos e não podemos conceber nada mais pernicioso e vil do que um tribunal de recursos estabelecer a lei em alto e bom som, mas para termos amplos, como o do caso em particular, não pode ser julgada com qualquer grau de certeza até que o tribunal mais alto da hierarquia judicial tenha feito seu pronunciamento sobre o que é “justiça”.⁵⁹

No entanto, o principal argumento em favor do uso defensivo para o *collateral estoppel* é a economia judicial⁶⁰, que pode ser observada em dois efeitos⁶¹ provocados pelo seu uso. O primeiro, é encorajar as partes a consolidarem as questões que compõem o litígio na maior extensão possível. O segundo, sendo um efeito indireto, diminuiria a necessidade de um novo litígio subsequente ao que já se resolveu grande parte das questões no primeiro.

Tais argumentos também possuem seus contrapontos, de forma que o uso do instituto também pode aumentar o número de litígios de duas maneiras. Da mesma forma que pode reduzir o número de litígios, o incentivo em consolidar todos os pontos de uma causa poderia

⁵⁷ FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.35.

⁵⁸ ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. *Collateral estoppel*. **University of Richmond Law Review**, v.16, n.2, p.351, 1982

⁵⁹ Tradução livre de: *"This panacea is the antithesis of our system of justice Concepts of 'justice' vary from man to man and from time to time and we can conceive of no more pernicious an evil than for an appellate court to lay down law in high-sounding language but in such broad terms that its application to the particular case cannot be determined with any degree of certainty until the highest court in the particular judicial hierarchy has made its august pronouncement as to what is 'justice'".* (ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. *Collateral estoppel*. **University of Richmond Law Review**, v.16, n.2, p.352, 1982).

⁶⁰ SOLDI, Linda J. *Parklane Hoisery: Offensive Use of Nonmutual Collateral Estoppel in Federal Courts*. **Catholic University Law Review**, v.29, n.2, p.521, 1980.

⁶¹ ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. *Collateral estoppel*. **University of Richmond Law Review**, v.16, n.2, p.352-353, 1982.

acarretar em processos mais volumosos e complexos do que o necessário. O segundo ponto também diz respeito à complexidade dos casos, vez que para a aplicação do *collateral estoppel*, o juiz deverá analisar esse ponto em específico se trará justiça e economia processual.

2.4.2 *Offensive collateral estoppel*

O *offensive collateral estoppel* constitui na aplicação da preclusão pelo autor para impedir que o réu discuta algo que já discutiu e foi decidido anteriormente. Por ter essa característica de “ataque” do autor contra o réu, a essa modalidade utiliza-se a metáfora de ser uma “espada”.⁶²

Essa aplicação foi decidida na Suprema Corte estadunidense no caso *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, onde foi debatida a questão de falsidade de documentação emitida pelos diretores da empresa. Em uma ação anterior, a veracidade da documentação foi debatida contra um órgão regulador nacional a SEC (*Securities and Exchange Commission*, ou Comissão de Títulos e Câmbio dos Estados Unidos), onde a companhia foi derrotada. Posteriormente, na ação em questão, foi requerido que a empresa não pudesse mais discutir a veracidade dos documentos, uma vez que já haviam tido oportunidade para tal. Por entender que Parklane teve seu dia na corte sobre a questão debatida, ficou impedido de discuti-la novamente, de forma que o autor não parte da primeira questão pode usar a decisão contra o réu que participou do primeiro debate.

Esse uso deve ser feito de forma mais cautelosa do que o defensivo. Brainerd Currie⁶³ alerta para o fato de que a parte contra quem se pretende aplicar o *collateral estoppel* geralmente é o réu do primeiro caso e não pode escolher o foro no qual a ação foi ajuizada ou contra quem faria a demanda, podendo ser argumentado que não teve escolha para entrar em ação com as melhores chances possíveis para ganhar. O contrário do que ocorreria no *defensive collateral estoppel*, onde o efeito preclusivo será contra o autor da primeira demanda – quem teve oportunidade de escolher os fatores previamente ao ajuizamento da demanda.⁶⁴

Currie⁶⁵ também expressou sua preocupação ao que ficou conhecido como “*multiple claimant anomaly*”, ou anomalia dos diversos requerentes. O professor se utilizou de um

⁶² FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.31.

⁶³ CURRIE, Brainerd. Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernhard Doctrine. **Stanford Law Review**, v.9, p.288, 1957.

⁶⁴ GLANNON, Joseph W. **Civil Procedure**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013. p.598.

⁶⁵ CURRIE, Brainerd. Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernhard Doctrine. **Stanford Law Review**, v.9, p.286-289, 1957.

exemplo de um acidente de trem em que cinquenta passageiros foram feridos e todos entram separadamente com uma ação reparatória de danos contra a empresa responsável pela ferrovia. Caso os vinte e cinco primeiros falhem em estabelecer a negligência da empresa, mas o vigésimo sexto consiga, teremos um caso entre uma maioria contrária, o que o autor chama de decisão anômala. No entanto, o problema seria que os casos restantes poderiam se aproveitar da decisão anômala e aplicar o *offensive collateral estoppel* para impedir que a empresa volte a se defender da acusação de negligência. Isso para o autor constituiria em um julgamento possivelmente equivocado (por ser único entre uma maioria contrária) que poderia ser perpetuado pelo *collateral estoppel*. Assim, adverte que “as cortes devem estar alertas ao perigo que a expansão dessa teoria pelo mero processo lógico de manipulação pode produzir resultados abomináveis ao senso de justiça e à ordem da lei”.⁶⁶

Anos após a primeira crítica, Currie acabou por apoiar o uso do *offensive collateral estoppel*.⁶⁷ Contrapôs o próprio argumento de que o réu não teria como iniciativa sobre o foro ou contra quem seria o primeiro caso, afirmando que apesar disso, ele teria tido oportunidade de litigar por completo a questão além de que teria todos os motivos para fazer uma defesa vigorosa e efetiva. No entanto fez a ressalva de que a corte deveria fazer uma investigação a fim de determinar se seria justo o terceiro se utilizar do primeiro julgamento; de forma que a análise deve ser feita caso a caso. Por fim, o autor declarou que o uso ofensivo do *collateral estoppel* é “um poderoso instrumento para rapidez e economia judicial ao lidar com litígios de massa resultantes de grandes desastres e transações que afetam um grande número de pessoas”.⁶⁸

Ao decidir o caso *Parklane*, a Suprema Corte também fez quatro ressalvas que devem ser avaliadas para que a aplicação do instituto seja justa. Primeiro, é possível que o requerente tome uma posição de “*wait and see*” frente a demandas que poderia fazer parte. Assim, possíveis autores esperam o resultado de uma ação ao invés de ingressá-la de imediato como interessado; caso a parte que defende o seu posicionamento perca, eles não serão afetados pela negativa, uma vez que não tiveram seu dia na corte. Caso contrário, e o seu posicionamento saia vitorioso,

⁶⁶ Tradução livre de: “[...] courts must be alert to the danger that its extension by merely logical process of manipulation may produce results which are abhorrent to the sense of justice and to orderly law administration”. (CURRIE, Brainerd. *Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernhard Doctrine*. *Stanford Law Review*, v.9, p.289, 1957).

⁶⁷ CURRIE, Brainerd. *Civil Procedure: The Tempest Brews*. *California Law Review*, v.53, p.29 e 37, March 1965 apud SOLDI, Linda J. *Parklane Hoisery: Offensive Use of Nonmutual Collateral Estoppel in Federal Courts*. *Catholic University Law Review*, v.29, n.2, p.517-518, 1980.

⁶⁸ CURRIE, Brainerd. *Civil Procedure: The Tempest Brews*. *California Law Review*, v.53, p.36, March 1965 apud SOLDI, Linda J. *Parklane Hoisery: Offensive Use of Nonmutual Collateral Estoppel in Federal Courts*. *Catholic University Law Review*, v.29, n.2, p.518, 1980.

seria possível que a decisão seja usada para precluir a parte contrária sem desgaste de ter que argumentar o caso e sem o risco de perder.

A segunda ressalva diz respeito a quem a preclusão será utilizada contra. É possível que no primeiro caso pouco esteja em risco ou o juízo seja inconveniente para alguma alegação. Nesses casos, caso a questão não tenha sido litigada em toda extensão possível, a preclusão não será aplicada. Terceiro, deve ser feita uma análise de regras processuais que podem diferir entre os estados e se elas, de alguma forma restringiram o debate. Por fim, a existência de julgamentos inconsistentes sugere que seria injusto dar efeito conclusivo a qualquer um deles. Desta forma, mais uma vez, é feita a ressalva de que a aplicação deve considerar cada caso separadamente e decidir pela viabilidade ou não da aplicação do *collateral estoppel*.

Uma maneira encontrada para evitar algumas das injustiças possivelmente causadas pela aplicação do *offensive collateral estoppel* é a *joinder rule*. *Joinder* representa um procedimento de unificar ações com diferentes partes em uma só ação. Em alguns casos, para que a preclusão da questão seja justa a unificação torna-se obrigatória, caso contrário a parte que não litigou o primeiro caso deverá o fazer desde o início; por isso passa a ser uma regra.

A *joinder rule* – que pode ser vista como uma espécie de litisconsórcio obrigatório aos olhos do Direito brasileiro – consiste na obrigatoriedade daquele que poderia facilmente ingressar na primeira ação o fazer, caso contrário, não poderá se beneficiar do resultado deste primeiro julgamento. Tal regra é bem simples, no entanto previne injustiças que podem resultar de injustiças do afastamento da mutualidade em duas formas diferentes.⁶⁹

A primeira possível injustiça se verificaria em uma situação onde uma das partes tema um julgamento desfavorável que poderia beneficiar um grande número de interessados. Temendo que a preclusão seja mais prejudicial ainda, a parte poderia se ver obrigada a fazer um acordo insatisfatório. Com a presente regra, esses interessados que poderiam facilmente ter entrado em conjunto com a ação, não serão beneficiados pela decisão, não havendo, portanto o que temer e incentive um acordo como o mencionado.

A segunda situação, previne eventual conluio entre requerentes que busquem arranjar a ordem do julgamento de diversas causas para que a primeira seja a mais grave e que desperte maior simpatia para um julgamento favorável, facilitando as demais demandas subsequentes. Com a aplicação da *joinder rule*, as partes que litigariam em seguida não poderiam se utilizar do primeiro julgamento.

⁶⁹ FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.24.

A regra se justifica⁷⁰ pelo fato de que nenhum requerente deveria ser permitido ignorar o interesse público de reduzir o volume de litígios. Assim, caso um requerente opte por não ingressar em uma ação já existente na qual não haveria empecilho algum em fazer parte, não faria sentido que se beneficiasse a ponto de se encontrar em uma situação que só teria a ganhar: ou se beneficiaria do julgamento vitorioso ou poderia voltar a litigar a mesma questão caso seu possível lado perdesse.

2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Nesse ponto da discussão é importante que sejam feitos alguns apontamentos sobre o que já foi exposto a respeito do instituto do *collateral estoppel*, alertando que ainda será fundada na visão estadunidense – a leitura feita sob a ótica do direito brasileiro será feita a seguir.

Primeiramente, devemos lembrar que a doutrina das preclusões foi construída no direito estadunidense como uma forma de dar fim ao litígio. Do ponto de vista político, a opção por dar esse ponto final ao invés de ficar buscando pela “verdade” indefinidamente protege as partes de uma litigância indefinida e vexatória, além de promover o uso eficiente dos recursos judiciais.

O *collateral estoppel* é uma modalidade de preclusão oriunda do julgamento final do mérito, onde o objeto são as questões debatidas dentro do processo, não apenas a causa de pedir, de forma que também é chamado de *issue preclusion*.

Para que a preclusão seja aplicada e a questão não possa ser debatida novamente, alguns requisitos sobre o primeiro julgamento devem ser analisados. Caso verificado que entre os dois casos em análise (i) tratam de questões idênticas, (ii) que a parte que será impedida de discutir a questão já teve completa e justa oportunidade de ser ouvido sobre a questão, (iii) que não há julgamentos diferentes entre diversos juízos que julgaram a causa entre as partes, (iv) que não houveram avanços científicos que afetariam diretamente o resultado da causa, (v) houve um julgamento final de mérito e (vi) que as partes são as mesmas, o *collateral estoppel* será aplicado.

A princípio, o instituto só era aplicado em questões que tivessem sido debatidas em ação anterior que tivesse a participação das mesmas partes da segunda, o que ficou conhecida como *mutuality rule*. Essa regra foi mitigada em nome da equidade, justiça e economia processual, uma vez que não seria justo que uma parte já teve seu dia na corte tivesse diversas novas

⁷⁰ FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988. p.24.

chances frente ao juiz para tentar ganhar a mesma questão somente porque mudou a parte contra quem esta litigando.

Caso as partes não sejam as mesmas, é possível que terceiro alegue o instituto e regra da mutualidade seja afastada de duas maneiras distintas: a forma ofensiva e a defensiva. Na defensiva a parte autora que busca discutir a questão já tentou e falhou em ação anterior; aqui o novo réu se defende da questão que o autor já perdeu uma vez impedindo-o de discutir novamente. Na ofensiva, terceiro estranho ao primeiro processo, entra com uma demanda contra um dos litigantes do primeiro que perdeu a causa, impedindo que o réu se defenda novamente da questão que já discutiu.

Ao se afastar a regra da mutualidade é preciso maior atenção do julgador. Essas modalidades da aplicação do instituto podem incentivar atitudes como a chamada posição “*wait and see*” de possíveis litigantes ou até mesmo reprodução de decisões injustas como na “*multiple claimant anomaly*”. Buscando solucionar as possíveis situações de injustiça foram encontradas algumas soluções como a *joinder rule* além do papel do juiz da segunda ação que deverá fazer uma análise caso a caso sobre o cabimento do *collateral estoppel* e se a aplicação não causará injustiças e se promoverá economia processual.

Com o analisado, a respeito do *collateral estoppel* podemos fazer a primeira análise de que ele opera similarmente a dois institutos do Direito processual brasileiro, a preclusão e a coisa julgada. Desta forma o ponto seguinte será dedicado a uma análise de cada um desses institutos para que seja identificado em qual deles o *collateral estoppel* mais se aproxima e pode ser aplicado analogamente.

3 COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO, UMA APROXIMAÇÃO DO *COLLATERAL ESTOPPEL*

Antes de discorrer sobre a importância da análise do *collateral estoppel* para o direito brasileiro devemos tentar entender o que seria um instituto similar nos termos do nosso ordenamento.

Em primeira análise, devemos lembrar que o *collateral estoppel* também é chamado de *issue preclusion*, ou seja preclusão da questão. É assim chamado, pois a parte perde o direito de levantar a questão julgada novamente frente ao Judiciário. Em um primeiro momento pode-se pensar que seria, então uma preclusão, de forma que se deve, brevemente, fazer uma análise da preclusão no Direito brasileiro.

A palavra preclusão, em sua etimologia, vem do verbo latino *praecludere*⁷¹ que significa fechar, proibir, vedar. O conceito do instituto segue o pensamento de Giuseppe Chiovenda⁷², que o define como “a perda de uma faculdade processual, gerando a impossibilidade de praticar o ato processual no mesmo processo (com eficácia endoprocessual limitada pela litispendência)”⁷³. Ou seja, por conta de uma ação (que o autor divide em temporal, consumativa e lógica), a parte perde o direito de se manifestar sobre algo. No entanto, devemos destacar que essa perda ocorre no mesmo processo que a preclusão ocorreu.

O *collateral estoppel*, como já visto, produz efeitos preclusivos em outros processos em que a questão não foi discutida, de forma que não pode ser vista como uma preclusão como a apresentada. Outro ponto a se destacar do instituto estadunidense é a necessidade de um julgamento de mérito. Desta forma, o instituto estadunidense se aproxima mais da ideia que temos de coisa julgada, que passamos a analisar.

No Direito brasileiro, as decisões são acobertadas pela coisa julgada, que produz efeitos preclusivos tanto dentro do processo quando fora do processo. A dita coisa julgada formal tem efeito endoprocessual e pode ser entendida como uma simples preclusão temporal⁷⁴, no entanto a última do processo, que impede a rediscussão da sentença proferida, de forma que, para

⁷¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2017. p.475.

⁷² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2017. p.475.

⁷³ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.121.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p.669.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁷⁵, não deve ser confundida com o regime da verdadeira coisa julgada. Para os autores, esse regime seria o da chamada coisa julgada material, que produz efeitos extraprocessuais, onde os efeitos preclusivos da coisa julgada afetam outros processos.

Assim, o instituto da coisa julgada e suas mudanças com o Código de Processo Civil de 2015 deve ser analisado de forma a entender como ele pode operar de maneira similar ao instituto do *collateral estoppel*.

3.1 COISA JULGADA NO NOVO CPC, UM MODELO DINÂMICO

A coisa julgada passou por mudanças de como é vista no ordenamento jurídico brasileiro com o CPC/15. De uma visão privatista e estática defendida no modelo clássico para uma visão dinâmica. Essa proposta havia sido defendida antes da promulgação do novo Código por Antonio do Passo Cabral em sua obra “Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas” de 2012. Ao desenvolver sua tese o autor propõe uma mudança no modo que a coisa julgada e as preclusões são aplicadas no direito brasileiro defendendo uma expansão das estabilidades processuais.

Na posição clássica, a autoridade da coisa julgada era submetida e limitada ao pedido e ao julgado, deixando de lado o valor da relação jurídica afirmada em juízo; a evolução do debate era indiferente para a elaboração do dispositivo que seria estabilizado ao final da ação. O comando sentencial devia ser restrito ao pedido das partes, as questões prejudiciais enfrentadas na motivação da sentença não faziam parte da coisa julgada⁷⁶, nas palavras de Talamini: “A coisa julgada põe-se objetivamente nos limites do mesmo pedido e mesma causa de pedir da ‘ação’ julgada pela sentença”.⁷⁷ Além disso, a proteção da coisa julgada era limitada exclusivamente às partes que litigaram na ação.⁷⁸ Isso significava que terceiro que não fez parte do processo poderia ser atingido pelos efeitos da sentença, não entando, não pela coisa julgada. Liebman⁷⁹ chamou isso de “eficácia natural” da sentença como ato do Estado, onde a proteção conferida pela coisa julgada a respeito de tema decidido pelo Judiciário não afetava terceiro, nem o

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p.669.

⁷⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria do processo e processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v.1. p.653.

⁷⁷ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.68.

⁷⁸ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.68.

⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.121-122.

prejudicando nem beneficiando. Isso se justificava pelo fato de que só as partes puderam se fazer ouvir e valer suas razões no processo.⁸⁰

Nesse modelo tradicional, as descobertas que pudessem vir à tona durante a cognição, mesmo que extensamente debatidas e essenciais para a formação do convencimento do juiz não seriam albergadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, por isso a concepção da formação deste instituto era de forma estática.⁸¹

A abordagem também era privatista, uma vez que a autoridade do julgado era submetida apenas ao que as partes manifestassem expressamente nos pedidos, ignorando eventuais elementos que evoluam no debate ao decorrer do processo. No entanto, a existência da Ação Declaratória Incidental era uma afirmação da insuficiência da formação da coisa julgada limitada ao pedido, uma vez que era um instrumento que possibilitava que a parte requeresse a estabilização de uma questão debatida que não fizesse parte do objeto da ação.

Deve ser feito o destaque de que a Ação Declaratória Incidental confirmava o privatismo. Mesmo viabilizando que questões debatidas incidentalmente no processo pudessem vir a ser protegidas pela coisa julgada, a parte era a responsável por suscitar os pontos debatidos na ação sobre os quais pretende albergar com a coisa julgada – mais uma vez não dando ao juiz autonomia para decidir se uma questão foi suficientemente enfrentada para que seja estabilizada. Nas palavras de Antonio do Passo Cabral, “quem determina o âmbito de incidência da estabilidade normativa da sentença de mérito são exclusivamente os particulares”.⁸²

Colocar a determinação de toda a formação da coisa julgada nas mãos dos particulares conforme vinha sendo feito até então, não parece ser a maneira mais adequada. O sistema de estabilidades existe para garantir segurança jurídica, eficácia do sistema e paz social; todos interesses públicos. Parece estranho que o Estado não possa intervir nesta determinação. A coisa julgada é de direito público⁸³, não podendo estar totalmente submetida às vontades das partes. Os elementos do julgado não são compostos apenas da vontade das partes, mas também pelo conjunto de interações que o procedimento estatal proporciona.⁸⁴

⁸⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.56.

⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.155.

⁸² CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.155.

⁸³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.57.

⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.156.

Nesta linha de pensamento, Passo Cabral conclui não parecer completamente estranho se pensar em um modelo de coisa julgada e preclusões desatrelado do objeto do processo. Essa limitação da coisa julgada ao objeto do processo, “não consegue adquirir o dinamismo exigido pelas interações do processo contemporâneo”⁸⁵; acordos de procedimento e contratos processuais permitem exercício de posições dinâmicas que não funcionam bem dentro de um sistema estático.

O autor ainda destaca a contradição do modelo clássico estático e privatista com a própria eficácia preclusiva da coisa julgada. Esta é uma preclusão que “projeta a vinculatividade da coisa julgada para além do pedido e para outros processos”.⁸⁶ Após a formação da coisa julgada, as partes ficam proibidas de discutir conteúdos que não constaram no processo anterior. Isso reduz a força das vontades das partes na determinação da estabilidade, mas ainda esta fora da limitação objetiva do pedido, uma vez que “ao impedir o uso das alegações e defesas incompatíveis com a coisa julgada anterior, a eficácia preclusiva exige uma análise não apenas do *decisium*, mas também dos motivos da decisão”.⁸⁷ Desta forma, a eficácia preclusiva da coisa julgada não seria compatível com o modelo em que as partes são as responsáveis por delimitar a área da eficácia da coisa julgada.

O sistema clássico já apresentava institutos que visavam evitar a colisão de julgamentos e inconsistências, dentre eles a conexão, litispendência, suspensões do processo quando pendentes de decisão de outro. A esses institutos a coisa julgada e as preclusões também fazem parte. No entanto, essas limitações não foram suficientes para dar a eficiência necessária de forma a diminuir o custo da litigância por conta da economia processual e duração razoável do processo.⁸⁸

Pelo apresentado, buscando um sistema com menos inconsistências e mais adequado às relações cada vez mais dinâmicas em nosso direito, Passo Cabral defende uma ampliação das estabilidades processuais, contrário ao pensamento clássico.

Chiovenda, por exemplo, era contra a vinculação dos fatos no processo, vez que a limitação objetiva da coisa julgada importava para que o bem reconhecido no primeiro processo ficasse intacto. Caso a coisa julgada albergasse elementos do contraditório e da cognição,

⁸⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.157.

⁸⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.163.

⁸⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.161-162.

⁸⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.418.

haveria uma “coisa julgada polvo” “repleta de braços e tentáculos”.⁸⁹ Além disso, outros autores também alegam que a vinculação das razões à coisa julgada criaria uma vincularia outros juízos, enquanto, na realidade, deveria valer apenas dentro de um só processo.⁹⁰

Outro argumento contra a ampliação dos efeitos preclusivos, seria que ao entender efeitos da coisa julgada aos motivos da decisão que não faziam parte do objeto do processo, haveria uma violação da ampla defesa e do princípio dispositivo. Essas violações ocorreriam já que as partes não teriam oportunidade de se defender adequadamente de todos os pontos, além de o objeto do processo ser estendido para além do que havia sido definido pelas partes.

Se o raciocínio judicial é baseado numa lógica de subsunção, e se determinados fatos e argumentos não podem ser conhecidos pelo juízo por não terem sido voluntariamente trazidos pelas partes, então tais questões não participam do raciocínio judicial e não poderiam ser atingidas pela coisa julgada.⁹¹

Diferente do nosso modelo de estabilidades, o modelo anglo-americano, baseado em ideias como boa-fé, participação e concentração das alegações, entende que a vinculatividade das razões é mais adequada. No *civil law*, Antonio do Passo Cabral aponta que “as exigências éticas de adaptação das decisões e coerência no tráfego seriam menores porque fruto de outra concepção social”.⁹² Outra diferença entre os dois sistemas é que no *civil law*, a restrição da coisa julgada ao dispositivo derivou da ideia de que só a vontade do Estado é que deveria adquirir estabilidade, dando ênfase ao elemento de autoridade do processo.⁹³ Curioso pensar que no mesmo sistema onde a coisa julgada esta mais sujeita à vontade das partes, tem como objeto final de maior importância a atuação estatal.

Devido as inúmeras inconsistências do pensamento privatista da formação da coisa julgada e a insuficiência em “dar conta” do dinamismo contemporâneo, Passo Cabral defende não apenas incorporar ao exame de estabilidades a norma pronta prolatada ao final da sentença para o caso individual, mas sim, possibilitar a estabilização dos fatos que condicionaram a

⁸⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.410.

⁹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.410.

⁹¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.411.

⁹² CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.411.

⁹³ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.412.

decisão final.⁹⁴ O autor segue a ideia proposta pelo alemão Winfried Kralik que defende cadeias de questões prejudiciais onde cada questão relevante do debate não pode ser autonomamente considerada, mas tomada na relação lógica para o condicionamento das questões seguintes.⁹⁵

De nossa parte, já defendemos que a boa-fé, a cooperação, e também o sistema de preclusões lógicas devem todos afetar a contradição do comportamentos processuais, não apenas no *common law*, mas também nos ordenamentos de tradição europeia-continental.

Se, por um lado, a ampla defesa assegura às partes uma gama de poderes processuais para lutarem por seus direitos, não é possível pensar que a ampla defesa permite tudo. A própria concepção publicista do processo, como instrumento do Estado à serviço das partes, não só justifica os poderes do juiz na condução do procedimento, mas também implica restrições às faculdades dos sujeitos privados, estampadas nas normas de boa-fé processual.⁹⁶

Nesse sentido o autor⁹⁷ defende que a boa-fé processual, composta pelos princípios da máxima cooperação proteção da confiança (além dos de direito civil como o *venire contra factum proprium*) são voltados à construção de um ambiente de colaboração. Atos processuais não são apenas “atos para si”, mas “para o outro”, de forma que as condutas implicam em uma autorresponsabilização. Condutas voluntariamente tomadas no processo podem ser valoradas como possível fonte geradora de estabilidades. Pensar na sentença como norma pronta e destacável do procedimento é uma visão ultrapassada e isolacionista do juiz, como se ele pudesse produzir norma sem a participação das partes. Se o processo deve ser visto como um ambiente participativo em que todos os atos são influenciados pelas partes, elas ficam vinculadas aos seus atos de forma que seja natural pensar que estabilidades decorram deles.

Aos que pensam que a ampliação das estabilidades para além do pedido das partes prejudique o contraditório, Antonio do Passo Cabral apresenta a ideia de “contraditório – influência”.⁹⁸ O juiz deve evitar vinculação surpresa e caso entenda que um ponto deve ser debatido, é necessário que seja dado espaço para que elas o debatam adequadamente.

⁹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.413.

⁹⁵ KRALIK, Winfried. *Die Vorfrage im Verfahrensrecht*. Wien: Manz, 1953, p.6, 177 ss. apud CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.414.

⁹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.415.

⁹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.415-417.

⁹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.416.

Nessa perspectiva proposta por Passo Cabral, o CPC/15 permite a passagem do sistema de estabilidades do quadro estático e privatista para o dinâmico defendido pelo autor. As mudanças trazidas nas disposições sobre coisa julgada mostram que há maior preocupação em se adequar às necessidades modernas de um julgamento que também se preocupe em atender as necessidades da evolução do debate⁹⁹, mais adequado ao quadro dinâmico dos litígios modernos. Desta forma, verifica-se um alargamento nos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada com o novo Código.

3.2 OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA E A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO PREJUDICIAL

Ao disciplinar a coisa julgada, o novo Código trouxe diversas mudanças se comparado com o diploma anterior. O art. 503 do CPC/15¹⁰⁰ se mostrou um dos principais dispositivos que representam essa mudança ao viabilizar a formação de coisa julgada sobre questões prejudiciais debatidas ao longo do processo, inclusive de ofício pelo próprio juiz. Essa ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, na linha da mudança proposta por Antônio do Passo Cabral, que passa a permitir que “a questão prejudicial evidenciada no debate processual adquira, independentemente de prévio pedido das partes, força de coisa julgada”.¹⁰¹ A possibilidade de que questão prejudicial forme coisa julgada independentemente do pedido das partes, mostra maior preocupação em servir o interesse da boa administração da justiça, não deixando a formação da coisa julgada exclusivamente à vontade das partes.

Nesta linha, Marinoni, Arenhart e Mitidiero concluem que a teorização da coisa julgada é deslocada do pedido para o debate, de forma que o objeto da ação passa a ser aquilo que foi

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p.670.

¹⁰⁰ Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1.º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

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

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p.671.

debatido e firmado em juízo. Fica claro, portanto, que “o debate, as decisões e suas respectivas justificações passam a ter uma importância que não tinham diante do direito anterior”.¹⁰²

A questão prejudicial se caracteriza por ser aquela que influi diretamente no conteúdo da questão principal colocada a julgamento.¹⁰³ Diferente de outras questões debatidas ao longo do processo, a questão prejudicial afeta diretamente o julgamento final de mérito, como explica Barbosa Moreira, “resolvida a questão prejudicial, resolvida está, virtualmente, a outra, bastando que o juiz tire as consequências lógicas de rigor”.¹⁰⁴

Esse seria o caso, por exemplo, de uma ação de execução onde se discute a validade do contrato; é fundamental que para a decisão sobre o pedido que se julgue a questão que versa sobre a validade. Após a resolução desta questão prejudicial, entendemos o sentido do proposto por Barbosa Moreira: caso o contrato seja válido poderá ser executado, caso contrário, não. Outros exemplos de questões prejudiciais seriam a definição de filiação em demanda por alimentos e inconstitucionalidade da lei em demanda que se pretenda a repetição de indébito tributário.

A opção por também estabilizar outras decisões que deram origem a decisão principal mostra como um dos objetivos do Código vigente o de evitar incoerências das decisões judiciais, conferindo-lhes maior segurança jurídica e previsibilidade.¹⁰⁵ Além disso, mostra a opção legislativa de estabilizar a discussão que tenha sido debatida em contraditório efetivo.¹⁰⁶

Pelo modelo anterior, a questão prejudicial debatida não era estabilizada a não ser que as partes requeressem a expansão da coisa julgada as questões julgadas por meio de ação declaratória incidental. Isso retirava a segurança jurídica de uma decisão apenas pelo fato das partes estarem interessadas na solução de outra controvérsia. Marinoni sustenta que se a questão é debatida pelas partes sem qualquer restrição, não haveria motivos para não se atribuir força de coisa julgada a decisão do referido tema.¹⁰⁷ Desta forma, situações que eram aceitáveis no

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p.671.

¹⁰³ MINAMI, M. Y.; PEIXOTO, Ravi. Da questão prejudicial incidental constitucional no STF e o novo regime de coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, v.42, n.263, p.81, 2017.

¹⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões preliminares e questões prejudiciais*: direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p.86 apud MINAMI, M. Y.; PEIXOTO, Ravi. Da questão prejudicial incidental constitucional no STF e o novo regime de coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, v.42, n.263, p.81, 2017.

¹⁰⁵ COELHO NETO, Mário Rodrigues. **Coisa julgada das questões prejudiciais no projeto do novo código de processo civil**: o rompimento de dogma vigente. p.12. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/3132/2255>. Acesso em: 16 out. 2017.

¹⁰⁶ DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Civil Procedure Review**, v.6, n.1, p.85, 2015.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.259, p.98, 2016.

sistema anterior, passariam a não mais ser possíveis no atual. Antes, caso duas partes discutissem em uma ação a validade de um contrato como questão incidental, poderia ocorrer que em futuro litígio o mesmo contrato fosse lido de forma distinta do primeiro julgamento. Isso poderia causar situações em que o contrato seria válido em uma delas e inválido na outra; ou até mesmo válido para uma parte e inválido para outra. Ao exemplificar com uma ação de alimentos onde se discutiu prejudicialmente a paternidade, Marinoni apresenta a insegurança que a não estabilização da questão poderia causar.

É absurdo permitir que as partes voltem a discutir a questão de paternidade, já resolvida na ação de alimentos, apenas porque um dia alguém afirmou em sede doutrinária que a coisa julgada recai apenas sobre o objeto do processo ou sobre o pedido do autor.¹⁰⁸

No modelo anterior, portanto, podemos imaginar que seria viável e aceitável ao sistema que uma decisão que determinasse o pagamento de alimento pelo fato de reconhecer a paternidade em questão prejudicial ao mesmo tempo em que em outro processo o sujeito não fosse considerado pai da mesma pessoa para quem paga alimentos. Ou seja, ao mesmo tempo alguém deveria pagar alimento por ser pai de alguém, não seria considerado pai em outra situação, por exemplo em caso de sucessão. Além da incoerência, o Judiciário teria o encargo de julgar a mesma situação duas ou até mais vezes. A cada novo litígio versando sobre os mesmos temas que já foram decididos uma vez se apresentariam como um gasto desnecessário ao Poder Público.

Além disso, desafia a autoridade da prestação jurisdicional voltar a decidir questão já decidida, especialmente uma questão que já foi decidida entre as mesmas partes. Na verdade, permitir a rediscussão de questão já decidida para as partes, apenas por estarem a litigar num outro processo, significa reduzir a autoridade da prestação jurisdicional ao dispositivo, como se a solução da questão da que depende a resolução do mérito não representasse afirmação do poder estatal. Ora, não há motivo para fingir não ver que a possibilidade de voltar a discutir e decidir a questão já decidida representa a admissão de que o juiz só exerce poder – ou realmente decide – quando julga o pedido. Isso obviamente não tem racionalidade. Fora tudo isso, dar às partes oportunidade para relitigar questões já discutida e decidida certamente dobra o gasto de tempo e de dinheiro das partes e da administração da justiça, consistindo um atentado contra a racionalidade da prestação jurisdicional.¹⁰⁹

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.259, p.98, 2016.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.259, p.98-99, 2016.

Ao incorporar as questões prejudiciais ao que pode ser protegido pela coisa julgada o Legislador expandiu os limites objetivos da coisa julgada. Como visto no capítulo anterior, a imutabilidade de questões discutidas dentro do processo já é aplicada a muito em países da tradição do *common law*, no entanto, assim como o Brasil fez a partir do CPC/15, outros países de tradição do *civil law* também vem acatando a ideia de ampliar a eficácia preclusiva da coisa julgada às questões prejudiciais debatidos no processo.

Segundo Bruno Lopes¹¹⁰, a Itália e a França, países de *civil law* que tradicionalmente tinham limites da coisa julgada restritos ao pedido das partes, tiveram decisões nos últimos anos onde passou a abranger os motivos necessários da decisão no dispositivo. Segundo o autor, a proteção pela coisa julgada às questões prejudiciais também vem sendo defendida na doutrina italiana, como por exemplo por Michele Taruffo e Diego Volpino, que fazem referência expressa ao *collateral estoppel*, e defendiam como requisitos para a ampliação da preclusão à questão prejudicial: (i) competência do juiz para apreciar tanto a questão principal quanto a questão prejudicial; (ii) legitimidade das partes para discutir a questão prejudicial; e (iii) explícito enfrentamento da questão na sentença, com a profundidade adequada a uma decisão judicial definitiva.

Caso os três requisitos fossem seguidos, o devido processo legal seria respeitado, podendo haver coisa julgada sobre a questão julgada. Ainda, os autores destacam que o princípio dispositivo seria respeitado, vez que as partes seriam quem instaurariam o processo, apenas não teriam poder absoluto sobre a delimitação da abrangência da coisa julgada.¹¹¹

É nesta linha que o art. 503 do CPC amplia os limites objetivos da coisa julgada. Com a redação do artigo, questões prejudiciais fundamentais à decisão passarão a ser protegidas pela coisa julgada. No entanto, esse alargamento tem uma limitação bem clara no art. 504 do CPC/15 que dispõe que não faz coisa julgada “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva”, e “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”. Fica claro, portanto que a coisa julgada atinge apenas a parte dispositiva da sentença, de forma que o alargamento do objeto da coisa julgada se deu ao permitir que o dispositivo da sentença albergue mais temas do que o objeto da ação.

¹¹⁰ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.40-41.

¹¹¹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.41.

Com o disposto no art. 503 do CPC/15 esses novos limites objetivos da coisa julgada permitem que seja abordado na parte dispositiva da sentença as questões tratadas dentro do processo e que não faziam parte do pedido inicial. Ao analisarmos o texto do artigo, percebemos que as questões debatidas entre as partes que forem expressamente decididas ficarão acobertadas pela coisa julgada. Claramente, o pedido, que obrigatoriamente deve ser julgado, fará parte da sentença; no entanto, conforme a redação do parágrafo primeiro do mesmo artigo, questão prejudicial decidida na mesma ação também pode fazer parte do dispositivo, e, portanto, também será protegida pela coisa julgada.

O Código, condiciona as questões que podem vir a formar coisa julgada nos incisos do art. 503, de forma que a questão pode ser protegida pela coisa julgada se “I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”. Ainda, para que ocorra a proteção sobre a questão prejudicial, as partes devem ter tido adequada oportunidade para litigar a questão, uma vez que o parágrafo segundo do mesmo artigo veda que a preclusão em situações de limitação probatória ou de outra sorte que limite a cognição da questão. Essas limitações são cumulativas e devem estar todas presentes para que seja formada coisa julgada sobre as questões prejudiciais.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, uma vez que a coisa julgada pode ser formada sobre a questão prejudicial, inclusive por provocação de ofício do juiz, não houve mais necessidade para que a existência da Ação Declaratória Incidental, razão pela qual foi excluída do Código. Nesta extinta ação, era dado às partes a iniciativa de requerer que uma questão incidental fosse coberta pela coisa julgada. Ao incluir o juiz na formação da coisa julgada o Código afirma uma posição cooperativa a ser tomada entre ambas as partes e o juiz, que deve ser pensado a partir de um contexto argumentativo dinâmico.¹¹² Desta forma, caso o juiz identifique a existência da questão prejudicial e entenda ser conveniente que ela seja solucionada definitivamente, ele deve indicar às partes para que possam debater tal questão previamente, sendo cabível, inclusive a produção de provas.¹¹³

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.516.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p.683.

3.2.1 Questão prejudicial da qual o julgamento principal dependa

O inciso primeiro delimita que a questão prejudicial só será protegida pela coisa julgada caso o julgamento de mérito tenha dependido de sua resolução prévia. Desta forma questões prejudiciais resolvidas como *obter dictum* ou de conteúdo processual, como a discussão a respeito de justiça gratuita, não se tornam indiscutíveis.¹¹⁴ A esse respeito, Bruno Lopes¹¹⁵ ainda acrescenta que não podem ser qualificadas como necessárias as questões decididas desfavoravelmente ao vencedor, uma vez que a questão não seria essencial para a conclusão pela procedência ou improcedência da demanda, já que não haveria garantia de cognição exauriente.

Existe também a discussão a respeito de qual questão resolvida no processo poderia ser considerada prejudicial¹¹⁶ e, portanto, apta a ser protegida pela coisa julgada. Uma corrente defende que apenas a questão que deu causa a decisão seria a estabilizada. Assim, em uma ação de pedido de herança por filho ilegítimo onde é decidido que o autor é realmente filho do *de cujus*, mas a causa é julgada improcedente devido não haver bens a serem herdados, a decisão a respeito da filiação não seria questão prejudicial e não formaria coisa julgada, vez que não foi o que deu causa a decisão. Isso acarretaria no problema de que só no final do processo se descobriria se a questão prejudicial ficaria ou não protegida pela coisa julgada.

A outra corrente, que parece refletir mais os resultados pretendidos pelo sistema do novo Código¹¹⁷, defende que a questão pode ser protegida pela coisa julgada caso se mostre relevante ao cabimento do pedido. No exemplo dado, a questão da filiação seria protegida pela coisa julgada, uma vez que é relevante para a resolução da causa de herança.

¹¹⁴ DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.6, n.1, p.88, 2015.

¹¹⁵ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.69.

¹¹⁶ TALAMINI, Eduardo. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.109, 2016. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 16 out. 2017.

¹¹⁷ TALAMINI, Eduardo. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.109, 2016. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 16 out. 2017.

3.2.2 Contraditório prévio e efetivo

A necessidade de haver contraditório prévio e efetivo do inciso dois, mostra a preocupação em garantir o a participação no processo e o poder de influência das partes.¹¹⁸ Isso decorre do fato de ninguém poder ser prejudicado por decisão oriunda de processo onde não pode participar em adequado contraditório. Nas palavras de Marinoni: “Trata-se de princípio basilar e ancestral que legitima o exercício do poder estatal no processo. A legitimidade do exercício do poder pelo juiz depende da efetiva possibilidade de participação daqueles que serão afetados pela decisão judicial”.¹¹⁹

Aqui cabe a discussão a respeito do que seria considerado contraditório efetivo. Primeiramente, deve-se deixar claro ser pacífico o entendimento de que em caso de revelia não há coisa julgada, vez que a questão não se torna controvertida. O debate aparece quanto a necessidade de haver ou não contestação da questão. Parte da doutrina¹²⁰ entende que caso a parte decida não contestar a questão prejudicial, não haveria problemas em precluir o debate a respeito da questão, uma vez que a parte teria aceitado a condição e a autocomposição não é obstáculo para a formação da coisa julgada. Por outro lado, há quem defenda a necessidade da contestação¹²¹, uma vez que sem ela, a questão não se tornaria controvertida de fato.

Cabe lembrar que, como vimos, o direito estadunidense se preocupa em respeitar a estratégia processual das partes, de modo que não preclui uma delas de rediscutir questão que deixou assar em processo por talvez não ter achado interessante discuti-la no momento; ela não pode ser penalizada por não antever possíveis decorrência de sua atitude. Desta forma, a segunda posição parece ser a mais correta e que onera menos as partes, que não ficam obrigadas a discutir todos os pontos levantados exaustivamente com medo de decorrências futuras.

Deve-se destacar que apenas a contestação não caracteriza a discussão de modo pleno e adequado. Caso uma das partes não tenha requerido uma prova pericial, por exemplo, poderá pleiteá-la em processo futuro.

¹¹⁸ DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Civil Procedure Review**, v.6, n.1, p.88, 2015.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.259, p.100, 2016.

¹²⁰ MINAMI, M. Y.; PEIXOTO, Ravi. Da questão prejudicial incidental constitucional no STF e o novo regime de coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, v.42, n.263, p.83, 2017.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.259, p.108, 2016.

3.2.3 Competência para julgamento da questão principal e da prejudicial

A questão incidental só será protegida pela coisa julgada caso o juiz que a decidir seja competente para resolvê-la como se fosse a questão principal. Caso o juiz não seja competente para julgá-la como se principal fossem, deverá resolver a questão, no entanto, ela não ficará protegida pela coisa julgada.¹²²

Esse seria o caso, por exemplo, de uma questão previdenciária que tramita na Justiça Federal mas possui uma questão prejudicial atinente a uma relação jurídica de família. O juiz federal resolverá a questão de família para resolver a questão principal, no entanto a coisa julgada só protegerá a causa previdenciária.

3.2.4 Limitações probatórias

O parágrafo segundo do art. 503 do CPC/15 enuncia que a coisa julgada não se estende à questão prejudicial caso “houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”. Em uma leitura inicial pode-se pensar que qualquer restrição se torna um impeditivo para a formação da coisa julgada; no entanto, Marinoni¹²³ adverte que existe a possibilidade sim.

Segundo o autor, a restrição da prova pode resultar de duas técnicas de cognição: a sumária e a exauriente *secundum eventum probationis*. Na cognição sumária, o juiz deve decidir mediante juízo de probabilidade, dispensando provas cujo tempo de produção é incompatível com a urgência da tutela do direito. Desta forma, neste procedimento, não há como ter coisa julgada sobre questão.

Por outro lado, a cognição exauriente *secundum eventum probationis*, que restringe a prova, mas não permite que o juiz julgue caso a prova não seja suficiente para elucidar o mérito, pode formar coisa julgada sobre questão. Esse é o caso, por exemplo, do mandado de segurança, onde a prova é restringida à documental, e caso não seja necessária outra prova para comprovar a questão, o juiz decidirá o mérito. Assim, o juiz tem a prova adequada e necessária para declarar a existência ou a inexistência do direito afirmado.

¹²² DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Civil Procedure Review**, v.6, n.1, p.90, 2015.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.259, p.100-102, 2016.

Deve-se lembrar que caso as partes discutam entre si questão de direito, não haverá necessidade de produção probatória. Aqui, não há que se falar em restrição probatória ou limitação à cognição uma vez que as provas não são necessárias para o pronunciamento do juiz.

Se uma questão de direito é discutida e decidida, não há motivo para que possa novamente ser discutida e decidida em processo entre as mesmas partes, tão somente em razão da a nova ação conter outro pedido ou causa de pedir mais abrangente. Não pode haver diferença, quando se pensa em coisa julgada sobre questão, entre questão que reclama produção de prova e questão que não a exige.¹²⁴

Mesmo versando sobre questão de direito, não se pode confundir coisa julgada sobre questão com precedentes. A coisa julgada sobre questão é limitada às partes que a debateram e só não pode ser decidida de forma diferente entre essas mesmas partes. Precedente por outro lado, vincula todos os juízes e jurisdicionados mesmo que não tenham participado do processo.¹²⁵

3.3 OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA E A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO PREJUDICIAL EM FAVOR DE TERCEIROS

A coisa julgada atinge declaração que existe na sentença de mérito estabelecendo lei ao caso concreto capaz de reger a situação debatida em juízo.¹²⁶ Certamente as partes que fizeram parte da demanda serão as afetadas pela imutabilidade, no entanto, todas as outras partes que foram prejudicadas pela decisão não ficarão impedidas de discutir a questão novamente no Judiciário, vez que ainda não tiveram oportunidade para tal.

O assunto é tratado pelo art. 506 do CPC/15: “*a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros*”. A princípio, portanto, o Código dispõe que apenas as partes ficam acobertadas pela coisa julgada. Essa é uma conclusão lógica: uma vez que as partes tiveram oportunidade de influenciar o a decisão judicial, devem se sujeitar a resposta jurisdicional oferecida.¹²⁷ Ficam também vinculados à coisa julgada por razão de

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.259, p.103, 2016.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.259, p.103, 2016.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p.677.

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p.677.

expressa previsão legal o substituído processual, o sucessor a título universal e o sucessor na coisa litigiosa, ressalvado o adquirente em boa-fé (arts. 18, 108 e 109 do CPC/15).

Devemos no atentar ao fato de que a redação do art. 506 do CPC/15 apesar de similar a redação de seu correspondente no Código revogado traz uma diferença significativa. O antigo art. 472 do CPC/73 dispunha:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, **não beneficiando, nem prejudicando terceiros**. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

O novo Código fez uma clara exclusão da cláusula “não beneficiando”, mostrando a intenção do legislador que a coisa julgada beneficie terceiros.¹²⁸ No entanto para que isso ocorra, a questão deve ser idêntica a que já foi julgada. Portanto, da leitura dos arts. 503 e 506 do CPC/15 extrai-se que a coisa julgada sobre questão pode beneficiar terceiro.¹²⁹

Como exemplo, podemos pensar em um acidente de ônibus com vários passageiros. Caso um grupo desses passageiros entre com uma ação e nela seja julgada a procedência do pedido de indenização com base em uma questão incidental que julgou pela culpa do causador do acidente, que discutiu a questão adequadamente. Desta forma, outros acidentados poderão usar a primeira causa para impedir que o causador do acidente volte a se defender da culpa que foi julgada no primeiro.

Essa colocação, apesar de contradizer a tradição do direito processual civil de *civil law*, tem sustentação na lógica que deve presidir a prestação jurisdicional, na otimização do serviço judiciário, na autoridade das decisões judiciais, na coerência do direito, na segurança jurídica e nos direitos fundamentais processuais. Enfim, não há argumento razoável que possa a ela se opor.¹³⁰

Desta forma, a coisa julgada em favor de terceiros mostra-se um relevante instituto a ser usado em ações de massa, como em atos praticados que causam inúmeros fatos danosos e

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.259, p.105, 2016.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.259, p.105, 2016.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.259, p.105, 2016.

situações tributárias, por exemplo.¹³¹ Ela permite que o Judiciário mantenha um posicionamento coerente e lógico nas diversas situações discutidas oriundas de fatos idênticos, impedindo possíveis injustiças onde uns são indenizados pelos danos que sofreram e outros não por não terem condições de pagar um advogado que discuta adequadamente a questão. Além disso, o Judiciário julgara a causa uma vez adequadamente, ao invés de inúmeras vezes sem dar tanta atenção ao caso.

Destaca-se que a coisa julgada não pode prejudicar terceiro que não participou do processo, uma vez que todos têm direito de tentar influenciar a decisão que o afetará. Assim, caso uma ação de danos materiais por conta de acidente, por exemplo, o responsável seja eximido de culpa, a coisa julgada não impedirá que outro afetado alegue culpa do responsável em sua ação.

3.4 COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO, CRÍTICAS A RESPEITO DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO

Mesmo com posicionamentos contrários à coisa julgada sobre questão antes da promulgação do Código, ela foi adotada a partir de 2015. Essa vertente apontava que o instituto seria uma ofensa ao princípio dispositivo além de gerar grande complexidade aos casos, que seriam incompatíveis com a realidade judiciária brasileira.

A primeira crítica se baseava na ideia de que as partes que seriam as responsáveis por levar suas questões ao Judiciário, caso contrário e fossem julgadas questões além de seus pedidos, elas poderiam estar despreparadas para debater adequadamente o ponto novo.¹³² Esse pensamento advinha da concepção liberal de processo onde as partes eram as responsáveis por reger o encaminhamento do processo por meio de uma valoração do princípio dispositivo.¹³³ No entanto, como defende Thereza Arruda Alvim¹³⁴, o princípio dispositivo, assim como os demais princípios,

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.259, p.107, 2016.

¹³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, v.16, p.226-227, 1967 apud PRATES, Marília Zanella. **A coisa julgada no direito comparado**: Brasil e Estados Unidos. Salvador: Jus Podivm, 2013. p.197.

¹³³ PRATES, Marília Zanella. **A coisa julgada no direito comparado**: Brasil e Estados Unidos. Salvador: Jus Podivm, 2013. p.198.

¹³⁴ ALVIM, Thereza Arruda. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977 apud GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norteamericana. **Revista de Processo**, v.36, n.194, p.130, 2011.

não devem ser levados em conta de forma absoluta, mas deve ser analisado em contexto. No caso da extensão dos limites da coisa julgada para proteção de questão prejudicial, seria aceitável que o princípio dispositivo fosse mitigado em nome da segurança jurídica.

A outra crítica levantada diz respeito à complexidade que os processos tomariam, ao se discutir todas as questões em uma única oportunidade tornariam as causas incompatíveis com a realidade brasileira.¹³⁵ Ao possibilitar que questões prejudiciais sejam protegidas pela coisa julgada, as partes passariam a debater extensivamente todos os pontos levantados dentro do processo, com medo de futuros problemas que a imutabilidade da questão poderia gerar.¹³⁶ Isso, além da análise de diversos novos pontos pelo julgador, traria ao sistema brasileiro um instituto que tornaria os processos judiciais ainda mais demorados e complexos.¹³⁷

Nesse momento cabe lembrar o modelo de aplicação do *collateral estoppel* para percebemos que a proteção das questões prejudiciais pela coisa julgada não causaria os efeitos apontados. Ao se delimitar a proteção às questões realmente controvertidas, e essas sendo aquelas que a parte contestou, mantém o objeto do processo sob certo controle das partes e de suas estratégias processuais. Assim, elas podem optar por não debater uma questão que não seja interessante no momento evitando que fiquem preclusas para caso posterior. Isso também evitaria o caso em que todos os pontos seriam debatidos exaustivamente em um só processos, vez que só haveria efeito preclusivo sobre os pontos realmente controvertidos.

Além disso, como vimos pela tese de Antonio Passo Cabral e defendido por Marinoni, Arenhart e Mitidiero, em um sistema cooperativo como o adotado pelo Código, parece inadmissível se pensar que as partes detenham completo e total controle sobre o que será protegido pela coisa julgada e o juiz não. Desde que respeitado o contraditório e evitada a decisão surpresa, não há impedimento para que uma questão seja protegida após discutida adequadamente. Ainda, Marinoni aponta que:

¹³⁵ GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. **Revista de Processo**, v.36, n.194, p.129, 2011.

¹³⁶ PRATES, Marília Zanella. **A coisa julgada no direito comparado**: Brasil e Estados Unidos. Salvador: Jus Podivm, 2013. p.207.

¹³⁷ PRATES, Marília Zanella. **A coisa julgada no direito comparado**: Brasil e Estados Unidos. Salvador: Jus Podivm, 2013. p.207.

Restringir a coisa julgada em virtude do princípio dispositivo ou da liberdade de partes obviamente não tem sentido. Afinal, são as próprias partes que controvertem a questão em juízo, tornando-a capaz de ser decidida com força de coisa julgada. Também são as partes que terão definitivamente resolvida uma questão importante para acomodação do seu conflito social, bem como para a estabilidade de suas vidas.¹³⁸

3.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

O ordenamento jurídico brasileiro passou por mudanças em seu sistema de preclusões adotando um modelo dinâmico e publicista, deixando para trás o antigo que era baseado em um modelo estático e privatista. Essas novas diretrizes podem ser observadas na ampliação dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada; ou seja, “o que” e “quem” pode ser afetado pela estabilização de um julgado.

A coisa julgada, antes limitada apenas à causa de pedir podia abranger questões prejudiciais caso uma das partes manifestasse vontade para tanto pela Ação Declaratória Incidental. Com a redação do art. 503 do CPC/15 a coisa julgada passa a proteger também as questões debatidas dentro do processo sem a necessidade de manifestação das partes. Para que a coisa julgada também acoberte as questões debatidas elas devem ser (i) relevantes para a solução do pedido, (ii) ter passado por contraditório prévio e efetivo, (iii) ser julgada por um juiz competente, (iv) não ter restrição probatória em sua discussão, e (v) não ter ocorrido revelia no processo.

A leitura conjugada do art. 503 com o 506 do CPC/15 mostra outra mudança no sistema das preclusões disposto no ordenamento – a possibilidade de a coisa julgada sobre questão beneficiar terceiros que não integraram o primeiro processo. Essa mudança em relação ao Código revogado mostra uma intenção de se manter uma maior coerência das decisões além de buscar maior celeridade processual, principalmente em situações que originem processos de massa.

Há quem defenda que a coisa julgada sobre questão afronte o princípio dispositivo e acarrearia em causas extremamente complexas, incompatíveis com a situação judiciária brasileira. Com a proposta de um sistema cooperativo, não se pode pensar em um processo exclusivamente nas mãos das partes; no entanto, com uma aplicação adequada do instituto, a preclusão apenas da matéria realmente controvertida que foi contestada garantiria que as partes mantenham boa parte de controle sobre o objeto da coisa julgada e os processos não se estendam a ponto de ficarem insustentáveis.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.259, p.98, 2016.

4 CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe mudanças para o sistema de estabilidades ordenamento brasileiro de forma que passou a dar maior valor ao debate desenvolvido pelas partes. Os litígios levados ao Judiciário não ficam mais engessados com a causa de pedir que as partes apresentam no início da controvérsia; conforme o decorrer do processo, diferentes questões podem ser levantadas e discutidas para que o juiz possa tomar uma decisão adequada. Dentre as diversas questões que podem ser levantadas, o Código passa a priorizar as questões prejudiciais, essenciais para a resolução do pedido principal.

Essas questões prejudiciais, podem ser protegidas pela coisa julgada e se tornarem imutáveis, de forma que o Código busca evitar inconsistências de decisões dando maior segurança jurídica ao jurisdicionado. Ao precluir questões “de dentro do processo”, há uma aproximação com o instituto da *common law* – o *collateral estoppel*. Ao estudarmos esse instituto percebemos que ele é o responsável por impedir que as partes voltem a discutir eventual questão suscitada ao longo do processo e julgada pelo juiz competente; da mesma forma que seria a coisa julgada sobre questão aqui no Brasil.

Para garantir que essa imutabilidade não gerará injustiças e respeitará o contraditório, o Código delimita os seguintes requisitos obrigatórios para que a preclusão se aplique: (i) a questão deve ser relevante para a solução do pedido; (ii) ter ocorrido contraditório prévio e efetivo; (iii) julgamento por um juiz competente, (iv) não ter restrição probatória na discussão da questão; e (v) não ter ocorrido revelia no processo.

As preocupações na aplicação do instituto da *common law* também se mostram na busca de justiça na aplicação dessa preclusão impondo os seguintes requisitos: (i) necessidade de questões e fatos idênticos; (ii) validade e finalidade do julgamento; (iii) completa e justa oportunidade de ser ouvido; (iv) análise de julgamentos inconsistentes; (v) mudanças circunstanciais e/ou avanços científicos; (vi) identidade de partes. A possibilidade de expandir a preclusão para além do processo onde a causa foi discutida também mostra algumas preocupações para que seja feita de forma controlada e restrita para que não impeça o acesso à Justiça de nenhuma das partes.

Tanto no ordenamento brasileiro, quanto no estadunidense percebemos que entre os requisitos estão um julgamento final e válido onde as partes tiveram oportunidade de ser

ouvidas. Isso mostra uma busca pelo respeito ao devido processo legal vez que buscam assegurar postulados como juiz natural, contraditório e procedimento regular.¹³⁹

Ao expandir a proteção da coisa julgada para questões debatidas dentro do processo, percebemos uma busca por uniformidade às decisões do Judiciário, de forma que o número de decisões contraditórias diminua – dando valor à segurança jurídica. No entanto, com a leitura do art. 506 do CPC/15, a coisa julgada pode afetar terceiro desde que não o prejudique. Isso mostra mais uma vez a preocupação com princípios processuais, desta vez com a igualdade. Além da coerência das decisões para a mesma parte, busca-se a coerência frente decisões referente à terceiros, de forma que passa a dar ainda mais significado ao art. 5º *caput* e I da Constituição que estabelece que todos são iguais perante a lei; o que antes era significado apenas pelo tratamento idêntico pelo juiz.¹⁴⁰ Desta forma vemos que essa mudança dos limites da coisa julgada alinha-se com diversos princípios constitucionais, mostrando ser uma forma de efetivação dos direitos individuais, dando ao processo uma conformação às garantias de “justiça processual” contidas na Constituição.¹⁴¹

A coisa julgada sobre questão para a parte ou para terceiros faz com que a questão seja julgada apenas uma vez, acarretando em economia processual. Além de prevenir que a parte fique sujeita a ter que debater inúmeras vezes o mesmo caso mesmo que contra alguém que já foi vitorioso em debate completo onde ambos tiveram ampla defesa em contraditório. Além disso, os recursos do Judiciário serão utilizados com certa economia, uma vez que julgara uma questão apenas uma vez. Desta forma, em nova ação em que a questão já julgada seja considerada novamente relevante, ela não deverá ser julgada mais uma vez, a primeira decisão será aproveitada e o será focado no que ainda não teve julgamento de mérito. Isso mostra uma preocupação com a economia processual e celeridade da causa.

Ao dar às partes liberdade para escolher o que entendem melhor debater no processo o princípio dispositivo é respeitado, vez que as partes ainda detêm certo controle sobre o que é alegado em juízo. O processo se torna mais complexo, ao acrescentar um ponto a mais para ser analisado, no entanto não a ponto de fazer com que todos os pontos sejam analisados

¹³⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.106.

¹⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.128.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.80-82.

exaustivamente; nesse sistema cooperativo, as partes e o juiz escolheriam os pontos a serem debatidos e que queiram dar mais atenção para que sejam protegidos pela coisa julgada.

Apesar de buscar sanar todos os eventuais problemas causados pela coisa julgada sobre questão ao buscar garantir a segurança jurídica e o devido processo legal, o art. 503 do CPC/15 não extingue todas as situações que as partes podem se aproveitar do dispositivo. Ao estudarmos o *collateral estoppel* nos EUA, percebemos que a doutrina e jurisprudência tiveram que enfrentar diversas situações para garantir que o instituto seja aplicado de forma justa. Como um exemplo, a *multiple claimant anomaly* e as possíveis posturas de *wait and see* causam grande desequilíbrio ao processo e não há previsão para evitá-las.

Daí a importância de estudarmos o *collateral estoppel*. Esse novo instituto ao Direito brasileiro já foi amplamente debatido e julgado nos EUA, de forma que as possíveis dificuldades para uma aplicação adequada já foram debatidas e enfrentadas tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Desta forma, para buscarmos uma melhor aplicação do instituto, é muito importante que nos espelhemos no direito estadunidense para não repetir as mesmas falhas por eles já superadas.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Rose M.; RUBIN, Ofie T.; VAUGHN, Anita G.; WINGO, Carol L. Collateral estoppel. **University of Richmond Law Review**, v.16, n.2, p.341- 390, 1982.
- BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> . Acesso em: 16 out. 2017
- CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2014.
- COELHO NETO, Mário Rodrigues. **Coisa julgada das questões prejudiciais no projeto do novo código de processo civil**: o rompimento de dogma vigente. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/3132/2255>. Acesso em: 16 out. 2017.
- CURRIE, Brainerd. Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernhard Doctrine. **Stanford Law Review**, v.9, p.341- 390, 1957.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Civil Procedure Review**, v.6, n.1, p.81-93, 2015.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. Cromwell v. County of Sac. **Supreme Court Reporter**, 1876.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. United States v. Moser. **Supreme Court Reporter**, Oct. 1924.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. United States v. Stone Downer Co. **Supreme Court Reporter**, 1927.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of California. Bernhard v. Bank of American National Trust & Savings Association. **Pacific Reporter**, 1942.
- FREEDMAN, Warren. **Res Judicata and Collateral Estoppel**. Westport: Quorum, 1988.
- GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 10.ed. Minnessota: Thomson Reuters, 2014.
- GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. **Revista de Processo**, v.36, n.194, p.101-138, 2011.
- GLANNON, Joseph W. **Civil Procedure**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.
- GOLDSTEIN, Gersham. Res judicata and collateral estoppel. **American Bar Association Journal**, v.54, n.11, p.1131-1134, 1968.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.259, p.97-116, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2.

MINAMI, M. Y.; PEIXOTO, Ravi. Da questão prejudicial incidental constitucional no STF e o novo regime de coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, v.42, n.263, p.77-104, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PRATES, Marília Zanella. **A coisa julgada no direito comparado**: Brasil e Estados Unidos. Salvador: Jus Podivm, 2013.

SCOTT, Austin Wakeman. Collateral estoppel by judgment. **Harvard Law Review**, v.56, n.1, p.1-29, 1942.

SOLDO, Linda J. Parklane Hoisery: Offensive Use of Nonmutual Collateral Estoppel in Federal Courts. **Catholic University Law Review**, v.29, n.2, p.509-527, 1980.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Questões prejudiciais e coisa julgada. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n.109, 2016. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 16 out. 2017.

VESTAL, Allan D. Rationale of preclusion. **Saint Louis University Law Journal**, v.9, p.29-55, 1964.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria do processo e processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v.1.