

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOÃO ANTONIO TSCHÁ FACHINELLO

**OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO CPC/2015: ANÁLISE
COMPARATIVA A PARTIR DA DOCTRINA DO COLLATERAL ESTOPPEL**

CURITIBA

2018

JOÃO ANTONIO TSCHÁ FACHINELLO

**OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO CPC/2015: ANÁLISE
COMPARATIVA A PARTIR DA DOCTRINA DO *COLLATERAL ESTOPPEL***

Monografia apresentada à Faculdade de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

JOÃO ANTONIO TSCHÁ FACHINELLO

OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO CPC/2015: ANÁLISE COMPARATIVA A PARTIR DA DOCTRINA DO *COLLATERAL ESTOPPEL*

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Professor Doutor Sérgio Cruz Arenhart
Departamento de Direito Processual Civil
Universidade Federal do Paraná

Membros:

Professora Doutora Thaís Amoroso Paschoal Lunardi
Universidade Positivo

Professor Doutor Clayton de Albuquerque Maranhão
Departamento de Direito Processual Civil
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 21 de novembro de 2018.

AGRADECIMENTOS

A esta Universidade e à Faculdade de Direito, seu corpo docente, direção e administração que viabilizaram essa trajetória de conhecimento.

Aos meus pais e à família sempre presente, que foram a base desde muito antes do ingresso na academia.

Aos amigos que aqui fiz, nomeadamente, Amanda Szlichta, Anne Dias, Bruno Neis, Camila Rodrigues, Fernanda Brito, Giovana Saliba, Kesller Almeida, Roberta Requião e Yasmine Hajar, o famigerado “Fachiclã”, pela paciência e companheirismo por todo o percurso e pelas alegrias vividas durante os finais de semana.

À Máriam Joaquim, por traçar esse mesmo caminho ao meu lado.

Ao Fernando Passarini, em especial, pela forte amizade e pelo auxílio direto na formatação deste trabalho.

Ao Victor Hugo, pelos cafés compartilhados e por tudo de extraordinário e singular que representa.

Aos demais amigos, que, mesmo não nomeados, sabem que estas páginas também lhe são dedicadas.

Aos mestres, Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Guilherme Marinoni, Clayton de Albuquerque Maranhão e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, pelas oportunidades acadêmicas, que enriqueceram minha experiência nesta Faculdade mais do que qualquer outra coisa.

Aos futuros companheiros de profissão, membros do Núcleo de Estudos de Processo Civil Comparado, pelas entusiasmadas discussões sobre o Processo Civil e por acolherem o calouro na mesa dos mestres.

“[...] rights are practically meaningless in today's setting unless accompanied by the social rights necessary to make them effective and really accessible to all.”

(Mauro CAPPELLETTI)

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata dos novos limites da coisa julgada, em seu aspecto objetivo, a partir da disciplina do instituto no Código de Processo Civil de 2015. Parte-se da análise do trato das estabilidades no sistema italiano, de tradição romanística, observando as repercussões desta doutrina nos regramentos processuais brasileiros de 1939 e 1973, sobretudo no que diz respeito à limitação da autoridade da coisa julgada à parte dispositiva da sentença, deixando as questões prejudiciais sujeitas à livre rediscussão. A respeito do tema, o modelo norte-americano do *collateral estoppel*, legado da longínqua tradição do *common law*, se mostra alternativa capaz de promover maior segurança jurídica e coerência entre as decisões, através da extensão das preclusões e estabilidades extraprocessuais às premissas do julgamento. A partir da comparação entre os sistemas e de um exame do sistema norte-americano pautado na eficiência e segurança jurídica, pretende-se extrair da experiência estrangeira resultados proveitosos e capazes de auxiliar, com a devida prudência, na interpretação do regramento da coisa julgada elaborado pelo Código de Processo Civil de 2015, dirimindo, desde logo, as questões polêmicas colocadas pela doutrina.

Palavras-chave: coisa julgada; questão prejudicial; limites objetivos; *collateral estoppel*; *issue preclusion*.

ABSTRACT

The present work approaches the new limits of *res judicata*, in its objective aspect, from the discipline brought by the new Code of Civil Procedure/2015. It starts from the analysis of the treatment of stabilities in the Italian system, of romanistic tradition, observing the repercussions of this doctrine on the Brazilian procedural rules of 1939 and 1973, especially regarding the limitation of the authority of *res judicata* to the “claim” aspect of the sentence, leaving the issues subject to further discussion. In this respect, the american doctrine of collateral estoppel, a legacy of the long-standing tradition of common law, is believed to be an alternative capable of promoting greater legal certainty and coherence amongst decisions, through the greater range of preclusions and stabilities, reaching likewise the premises of the judgment. By comparing the systems and examining the american doctrine from the outlook of efficiency and legal certainty, it is intended to extract useful results from the foreign experience, capable of assisting, with due caution, in the interpretation of the new rules of *res judicata* introduced by the Code of Civil Procedure/2015.

Keywords: *res judicata*; objective limits; collateral estoppel; issue preclusion.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NA TRADIÇÃO DO CIVIL LAW	12
2.1	UMA PREMISSE NECESSÁRIA: O CONCEITO DE PREJUDICIALIDADE	12
2.2	OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA DE ROMA À EUROPA-CONTINENTAL: NOTAS ACERCA DO DIREITO ITALIANO	16
2.2.1	DA COISA JULGADA NO DIREITO ROMANO E AS PRIMEIRAS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO COMUM EUROPEU	16
2.2.2	E CONTÍNUA: A SUPERVALORIZAÇÃO DO ELEMENTO LÓGICO DO PROCESSO E A TESE DA FICÇÃO DA VERDADE	20
2.2.3	A CONSOLIDAÇÃO DA TESE RESTRITIVA DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NA ITÁLIA	24
2.2.4	<i>L'ACCERTAMENTO INCIDENTAL</i> : A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO PREJUDICIAL NO ORDENAMENTO ITALIANO	25
2.2.5	A OPINIÃO DISSIDENTE: A AMPLIAÇÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA E A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ITALIANOS	28
2.3	O REFLEXO DA DOUTRINA EUROPEIA-CONTINENTAL NO DIREITO BRASILEIRO	34
2.3.1	OS LIMITES OBJETIVOS NO CPC DE 1939 E 1973	34
2.3.2	COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO PREJUDICIAL VIA AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL	39
3	O COLLATERAL ESTOPPEL E A ISSUE PRECLUSION DO DIREITO NORTE AMERICANO	42
3.1	BREVE HISTÓRICO: DO <i>ESTOPPEL BY RECORD</i> À <i>ISSUE PRECLUSION</i> DO DIREITO NORTE-AMERICANO	42
3.2	A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO PREJUDICIAL NO DIREITO NORTE-AMERICANO: <i>ISSUE PRECLUSION</i>	47
3.3	DOS REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA <i>ISSUE PRECLUSION</i>	52
3.3.1	QUESTÕES IDÊNTICAS	53
3.3.2	QUESTÕES DISCUTIDAS E DECIDIDAS	55
3.3.3	QUESTÕES ESSENCIAIS	56
4	OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO NOVO CPC	59
4.1	O REGIME ESPECIAL E OS REQUISITOS DE APLICAÇÃO	62
4.1.1	RESOLUÇÃO DE QUE DEPENDA O JULGAMENTO DE MÉRITO	62
4.1.2	CONTRADITÓRIO PRÉVIO E EFETIVO E VEDAÇÃO À APLICAÇÃO EM CASO DE REVELIA	65
4.1.3	COMPETÊNCIA DO JUÍZO	70
4.1.4	RESTRICÇÕES PROBATÓRIAS E LIMITAÇÕES À COGNIÇÃO	70
4.2	QUESTÕES CONTROVERSAS	73
4.2.1	PRINCÍPIO DA DEMANDA, AUTONOMIA DAS PARTES E A EXTENSÃO DOS LIMITES DA COISA JULGADA	73
4.2.2	IDENTIFICAÇÃO DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS ABRANGIDAS PELA COISA JULGADA	75
4.2.3	DA (DES)NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO	78
4.2.4	SUBSISTÊNCIA DA AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL	80

4.2.5 A REVISÃO DO CONCEITO DE QUESTÃO PREJUDICIAL E A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO DE FATO	82
5 CONCLUSÃO.....	89
REFERÊNCIAS.....	91

1 INTRODUÇÃO

O tema da coisa julgada é, sem dúvida, altamente controverso. Ao longo da história do processo civil brasileiro o consenso acerca da definição e da atuação do instituto foi, por certo, bastante raro. A edição do Novo Código de Processo Civil, no entanto, delineou novo regime à coisa julgada, desafiando a interpretação tradicional da doutrina processual brasileira, sobretudo no que diz respeito aos seus limites.

Diante disso, é fundamental revisitar o instituto, atualizando-o ao novo regramento processual, não só textualmente considerado, mas também inserido na busca pela concretização de uma tutela efetiva, alinhando o estudo e a performance da coisa julgada aos seus novos objetivos.

Para tanto, a primeira parte do estudo tem como objeto de análise a coisa julgada e seus limites no direito romano e italiano clássico, sobretudo a partir da singularização do conceito de prejudicialidade e das contribuições da doutrina de Giuseppe Chiovenda, bem como a influência desta vetusta doutrina nas formulações da processualística brasileira, mormente nas legislações processuais de 1939 e 1973.

Após, a título comparativo, pretende-se uma exposição geral acerca da doutrina da *issue preclusion* norte-americana, a partir da sua origem no *collateral estoppel* do direito comum inglês. Presta-se a analisar a transformação do instituto desde sua gênese, identificando sua trajetória desde princípio atrelado à boa-fé processual até a sua convergência com a doutrina da coisa julgada e, em solo norte-americano, das estabilidades e preclusões processuais.

A partir dessa premissa, a intenção é de analisar as transformações que ocorreram no direito brasileiro, desde o regramento e desempenho da coisa julgada nos sistemas processuais já superados até o conteúdo normativo elaborado pelo Código de Processo Civil de 2015, estabelecendo paralelos entre o nosso cenário e a experiência norte-americana.

Passados mais de dois anos da vigência da lei processual, pretende-se extrair contribuições da doutrina comparada, a fim de bem interpretar as novas propostas do Código quanto ao polêmico tema da coisa julgada, sob o viés da sua máxima efetividade. Ademais, a redação das disposições legais que versam sobre o

assunto trouxe à doutrina brasileira grandes divergências, as quais se pretende, se não superar, ao menos precisar esclarecimentos.

A pesquisa ora desenvolvida tem por base a análise dos limites objetivos do instituto, a partir do regramento da coisa julgada sobre questões prejudiciais trazido pelo art. 503 do CPC.

A proposta deste trabalho, portanto, é fornecer um estudo amplo sobre um tema específico e de especial importância para a tutela das estabilidades no direito brasileiro e, sob um viés comparativo, tecer conclusões acerca do novo regime da coisa julgada aparelhado no Código de Processo Civil de 2015.

2 OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NA TRADIÇÃO DO CIVIL LAW

Perguntado se o juiz que houvesse julgado de forma ruim poderia decidir outra vez, foi respondido que não¹. O brocardo vertido do Digesto romano nos parece, naturalmente, muito próximo daquilo que, traduzido na imutabilidade e autoridade do julgado, se fez presente ao longo dos séculos na generalidade dos sistemas de *civil law* sob o nome de “coisa julgada”.

Não são raros na doutrina os escritos que recorram à metodologia histórica para explicar fenômenos que se fazem presentes na atualidade. A despeito da quase reprovação dos termos “continuidade” ou “evolução” no campo de estudo do Direito, há de se reconhecer que, pelo menos no tema da coisa julgada, mostra-se essencial a compreensão da doutrina romana, bem como de suas transformações verificadas ao longo dos séculos. Como revela GIOVANNI PUGLIESE, é possível identificar, se não uma absoluta linearidade, ao menos a sobrevivência de alguns dos conceitos e princípios formados em torno do *giudicato* daquele período na aplicação do direito moderno derivado de tal codificação.²

Destaca-se, no entanto, que as aproximações entre a *res judicata* do direito romano e a coisa julgada no estado atual do conhecimento, ou, em um caminho ainda mais curto, no direito medieval ou clássico italiano, devem levar em conta os diferentes contextos nos quais se inserem tais institutos, de modo que as conclusões que eventualmente resultem de tal acareação estejam rigidamente abalizadas.³

Parte-se, portanto, com a cautela devida, à análise da coisa julgada na tradição romana e no direito comum europeu, sobretudo na doutrina clássica italiana.

2.1 UMA PREMISSE NECESSÁRIA: O CONCEITO DE PREJUDICIALIDADE

¹ D. XLII, tít. I, 62: “*Quum quaerebatur, iudex, si perperam iudicasset, an posset eodem die iterum iudicare, respondit, non posse*”.

² PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato civile (Diritto Vigente)*. In: MORTATI, Constantino; PUGLIATTTI, Salvatore (Dir.). **Enciclopedia del diritto**. v. XVIII. Varese: Giuffrè, 1969, p. 727.

³ SILVA, Ricardo Alexandre. **Limites Objetivos da Coisa Julgada e Questões Prejudiciais**. tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Curitiba: Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2016, p. 138.

Antes, contudo, a fim de melhor compreender o tema dos limites objetivos da coisa julgada, abrem-se parênteses para abordar de maneira breve o fenômeno da prejudicialidade nos ordenamentos do *civil law*, o que influenciará diretamente na percepção dos novos limites da coisa julgada no atual regramento processual brasileiro.

É certo que o objeto litigioso do processo na tradição do direito brasileiro é tido como o *thema decidendum*, como o objeto sobre o qual deve o juiz decidir de forma principal, e não como todo o objeto de cognição que lhe é submetido.⁴ Mas é certo também que para que se pronuncie sobre o pedido, sobre o objeto litigioso e, portanto, sobre as questões principais postas à resolução, o juiz precisa muitas vezes enfrentar, ao longo do *iter* lógico em direção ao provimento final, uma série de questões de fato e de direito capazes de condicionar, em seu modo de ser, o resultado do processo.⁵ A tais questões a doutrina do *civil law*, em geral, atribuiu o nome de prejudiciais.

Relevante para o estudo do tema a distinção, presente no Brasil na lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, entre questões prejudiciais e questões preliminares. As questões prejudiciais se distinguem das preliminares quanto ao tipo de influência exercida sobre a resolução da questão principal, apesar de ambas terem sua análise feita previamente àquela: a preliminar pode impedir ou não o exame de certa questão, enquanto que a prejudicial pré-determina o sentido em que a questão subordinada será resolvida. Em outras palavras, as questões preliminares determinam o “ser” das questões que lhes são subordinadas, enquanto que as prejudiciais determinam o seu “modo de ser”⁶.

Na metáfora explicativa de FREDIE DIDIER JR., “a questão prejudicial funciona como uma espécie de placa de trânsito, que determina para onde o motorista deve seguir”⁷, não sendo apta a interromper o curso do processo, tal como ocorre no caso da preliminar.

⁴ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. n.p.

⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Ed. Borsoi, 1967, p. 43

⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Ed. Borsoi, 1967, p. 29-30.

⁷ DIDIER JR., Fredie. Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 95.

O exemplo mais recorrente na doutrina é o caso da questão da paternidade como prejudicial à obrigação de prover alimentos. Na hipótese, o julgamento da primeira questão favoravelmente ao demandante, reconhecendo-se a paternidade, afeta o exame daquela concernente à verba alimentar, enquanto que o julgamento contrário, na maior das vezes, leva o juiz a negar o pedido principal.

Essa subordinação atinente à questão prejudicial se materializa no plano lógico, e não somente no cronológico ou temporal. Daí extraiu a doutrina o primeiro dos requisitos da prejudicialidade, como sendo a antecedência lógica da questão subordinante.⁸

O segundo requisito apontado pela tradicional doutrina é o da necessidade da superação da questão prejudicial para a resolução da principal. É evidente que, em sendo um antecedente lógico para a solução da questão subordinada, não há como negar que o julgamento da questão prévia é, com efeito, indispensável para que se possa examinar a questão prejudicada.⁹

O terceiro e último requisito, de grande importância para o presente estudo, é o da prejudicialidade em sentido jurídico. Propôs a doutrina a limitação do campo da prejudicialidade jurídica aos casos em que a resolução da questão exigisse atividade mental de subsunção do fato à norma, como se questão principal fosse. Diferencia-se, por isso, da mera prejudicialidade lógica, conceito que abrange uma infinidade de questões que, embora constituam antecedentes necessários para a resolução da questão principal, nem sempre se apresentam como prejudiciais do ponto de vista jurídico.

A lição veio, dentre outros, de FRANCESCO MENESTRINA, referência na doutrina italiana acerca do tema da prejudicialidade. Segundo o autor, a dependência lógica presente na resolução de questões não é, ainda, a relação de prejudicialidade relevante para o Direito, mas apenas um de seus pressupostos. A prejudicialidade jurídica surtiria da união de um novo elemento à prejudicialidade lógica, qual seja, a igual natureza do julgamento de uma questão prejudicial ao de uma questão principal.¹⁰

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Ed. Borsoi, 1967, p. 43-44

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Ed. Borsoi, 1967, p. 54

¹⁰ MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiciale nel processo civile**. Vienna: Ditta editrice di corte e d'università Manz, 1904, p. 89-92. Segundo o autor, isso faz com que toda questão juridicamente prejudicial seja também logicamente prejudicial, mas não o contrário.

No mesmo sentido, segundo a doutrina pátria majoritária, seria necessário que a questão prejudicial pudesse ser objeto de uma demanda autônoma, ou seja, que houvesse interesse de agir no pleito de sua declaração em juízo.¹¹ O requisito no Brasil em muito se identifica com aquele posto pela doutrina italiana, uma vez que a questão que pode ser objeto de demanda autônoma no direito brasileiro é necessariamente questão sobre a qual o juiz pode exercer a atividade de aplicação da norma ao caso concreto.

Questões atinentes à verificação de fatos, via de regra, não seriam consideradas prejudiciais, embora estivessem em relação de antecedência lógica com as questões que lhes fossem posteriores. Por esse motivo, caso suscitada no processo, a questão fática subordinante não poderia ser objeto de ação declaratória incidental e, conseqüentemente, não lhe seria estendida a autoridade da coisa julgada¹², manifestando-se a proibição contida no inciso II do art. 469 do CPC de 1973¹³.

No mesmo sentido também já preconizava a doutrina de MENESTRINA, segundo a qual a questão prejudicial não poderia se limitar à simples verdade dos fatos, porquanto o processo deixaria de ser um instrumento de tutela do direito privado quando passasse a servir à constatação de fatos ocorridos na vida cotidiana.¹⁴

Desse modo, vê-se que tanto no Brasil quanto na Itália, o conceito de questão prejudicial foi tradicionalmente restrito às questões ditas autônomas ou, em outras palavras, às questões prejudiciais em sentido jurídico. A noção instruiu a

¹¹“(…) questões prejudiciais, em sentido jurídico, são aquelas cuja resolução, implicando valoração jurídica de fato, subordina a de outra questão, dita “principal” ou subordinada, de modo a predeterminar-lhe, no todo ou em parte, o conteúdo, sendo, por outro lado, apta virtualmente a constituir objeto principal de outro processo.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ação declaratória incidental**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50-51). Em síntese, expõe Antonio Scarance Fernandes que “São três, portanto, os requisitos essenciais para a conceituação da prejudicialidade: 1o) anterioridade lógica; 2o) necessariedade; 3o) autonomia. Os dois primeiros referem-se à relação de subordinação lógica e necessária entre a questão prejudicial e a prejudicada. O último é voltado para a questão prejudicial exigindo que tenha aptidão para ser objeto de processo autônomo”. (FERNANDES, Antonio Scarance. **Prejudicialidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 47).

¹² SILVA, Ricardo Alexandre. **Limites Objetivos da Coisa Julgada e Questões Prejudiciais**. tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Curitiba: Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2016, p. 128.

¹³ Art. 469, CPC 1973: Não fazem coisa julgada: II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

¹⁴ MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiciale nel processo civile**. Vienna: Ditta editrice di corte e d'università Manz, 1904. p. 97. Nesse mesmo sentido, na Alemanha, dispunha Adolf Wach que: “El fin del proceso es la finalidad de protección del derecho, no la finalidad de prueba, ni la finalidad de declaración de hechos.” (WACH, Adolf. **La pretension de declaracion**. trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962, p. 94-95).

aplicação da chamada ação declaratória incidental no regime do CPC de 1973, e parece continuar a disciplinar o regime da coisa julgada sobre questão prejudicial no Código de Processo Civil atual, como se verá adiante.

2.2 OS LIMITES OBEJTIVOS DA COISA JULGADA DE ROMA À EUROPA-CONTINENTAL: NOTAS ACERCA DO DIREITO ITALIANO

Superado o conceito de prejudicialidade e, desde já, identificada certa conformidade entre essa noção no Brasil e na Itália, adentra-se à análise histórica da coisa julgada e de seus limites objetivos em território italiano, desde a tradição romana, sobretudo no que diz respeito ao tratamento das questões prejudiciais.

2.2.1 DA COISA JULGADA NO DIREITO ROMANO E AS PRIMEIRAS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO COMUM EUROPEU

Reservando o efeito de incontestabilidade ao bem da vida reconhecido em juízo, os romanos atribuíam à sentença, ao ato que acolhe ou rejeita a demanda, toda a dimensão e importância da *res judicata*.¹⁵

Era sobre o comando final do julgado, de procedência ou improcedência, que recaía o selo de autoridade conferido por algo que hoje pode se comparar à

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 258. Acerca do tema, para maior aprofundamento, expõe Celso Neves: “O novo conceito de sentença – que passa para a codificação de Justiniano – nascido com as *cognitiones* do período clássico (processo formular) e consolidado no processo da *extraordinaria cognitio*, imprime nova orientação ao sistema processual romano, interferindo no conceito de coisa julgada (...) A *res iudicata* liga-se, assim, na concepção romana, à autoridade estatal, de início vinculada à *litis contestatio* enquanto fecho do procedimento *in iure*; depois à *sententia*, primeiro como ato pelo qual se soluciona a controvérsia, subjetiva e objetivamente fixada na fórmula e, por último, como via de entrega da prestação jurisdicional, quando subordinada ao monopólio do Estado, num caminhar que vai das *legis actiones* à *extraordinaria cognitio*, até dar na condificação de Justiniano”. (NEVES, Celso. **Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971, p. 27-45).

coisa julgada material.¹⁶ Esta não alcançava a motivação ou fundamentação do juiz, muito menos os atos procedimentais que conduziam o processo.¹⁷

A coisa julgada tampouco tinha capacidade de abarcar as decisões sobre questões resolvidas ao longo do curso do procedimento: estas eram decididas pelo juiz como antecedentes necessários para a solução de uma causa principal, com o fim único de realizar a tutela do bem da vida pretendido pela parte autora. Portanto, não se cogitava outorgar a tais decisões efeitos equiparados à imutabilidade da *res iudicata*, ou, de modo geral, qualquer eficácia extraprocessual.¹⁸

À vista disso, identificava-se a coisa julgada com os exatos limites do comando sentencial. Em verdade, como ensina a doutrina de GIUSEPPE CHIOVENDA, o efeito próprio da *sententia definitiva* ou *sententia iudicis* era justamente a formação *res iudicata*.¹⁹

E a *sententia* romana, aquela que encerra a lide e se torna íntegra pela autoridade do julgado, em muito diferia dos pronunciamentos interlocutórios²⁰. Nesse sentido, tanto no direito romano clássico como no justiniano, não era qualquer provimento judicial, mas somente o ato final do *iudicium*, definidor do litígio (que acolhia ou rejeitava a demanda), que poderia ser classificado como *sententia*. As questões resolvidas ao longo do curso do processo, por sua vez, diziam respeito ao

¹⁶ Nesse sentido: “O resultado da atividade lógica, pela qual o *iudex* chega a uma determinada convicção, nada mais é do que uma *sententia* na acepção normal e comum da palavra, que significa opinião. Mas o *iussus* do magistrado não determina ao juiz de simplesmente formar uma opinião, todavia, impõe-lhe um comportamento (condenação ou absolvição) subordinado à formação da *sententia* num ou noutro sentido”, sobre o que recai a denominada *res iudicata*. (CRUZ E TUCCI, José Rogério e; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 127-128).

¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla cosa giudicata. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. II, Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 401.

¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Le questioni pregiudiziali. L'accertamento incidentale. In: **Intituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, vol. I, 1957, p. 332. Neste sentido, complementa o autor italiano: “Si è veduto nelle osservazioni storiche che i Romani, riservando il nome e il concetto di *res iudicata* al bene de la vita riconosciuto o disconosciuto dal giudice, non vi compresero nè vi poterono comprendere la semplice decisione delle questioni pregiudiziali: queste erano bensì decise dal giudice della causa principale, per suo naturale ufficio, ma con effetti limitati al fine di accogliere o respingere la domanda, senza efficacia di giudicato per i processi futuri.”

¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 240

²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla cosa giudicata. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. II, Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 403; CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 240. Explica o autor: “(...) ciò è appunto perché i Romani hanno nettamente distinto anche nel nome il provvedimento che contiene il riconoscimento o la negazione di un bene della vita (ciò che di solito *vel condemnatione vel absolute contingit*) dal provvedimento emanato nel corso della lite, sia pure per risolvere questioni incidentali.”

âmbito das decisões interlocutórias – *interlocutiones*, sobre as quais a imutabilidade não operava.²¹

O fundamento para tal distinção se encontra na constatação romana de que a sentença é, por excelência, o ato verdadeiramente decisório do juiz, sendo que o conteúdo nele exprimido é o único dotado de definitividade. Considerando que o processo romano é fundado no livre convencimento do magistrado²², as decisões interlocutórias, que examinam matéria de prova, têm caráter meramente ordinatório e não geram qualquer tipo de vinculação sobre o julgador quando da prolação da sentença.²³ A valoração da prova e a externalização dos critérios decisórios do juiz, próprios do *iudicium*, se dão quando da prolação da sentença e não se confundem, portanto, com a mera *cognitio*, cujo caráter é prevalentemente lógico²⁴.

O mesmo fenômeno não pôde ser observado na tradição germânica do processo e, portanto, a tentativa de qualquer conclusão no mesmo sentido é falha. O elemento diferenciador em destaque é a diversa função da prova identificada em cada um dos sistemas, da qual decorre, por conseguinte, o profundo contraste entre a decisão interlocutória romana e a chamada sentença probatória do processo germânico.²⁵

Ao contrário do processo romano, na prova germânica, diante de seu caráter estritamente formal, faltava a livre apreciação do juiz sobre a valoração dos fatos²⁶. A decisão em matéria de prova se limitava à sua admissão: uma vez autorizado o meio instrutório, caberia ao juiz, além de conduzir a instrução, a mera constatação do resultado da prova mesma nos autos. Não havia, portanto, uma atividade valorativa do magistrado acerca dos fatos conhecidos, de modo que a procedência

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 239.

²² Acerca do convencimento do juiz no direito romano clássico, ensina Kazuo Watanabe: “a essência do cognoscere do juiz consistia, além de escutar os argumentos das partes (ou de seus advogados), em receber e avaliar as provas; nessa atribuição (...) o juiz era verdadeiramente livre de vínculos, qualquer que fosse o teor da fórmula, uma vez que nenhuma norma prescrevia quais provas considerar nem como avaliá-las”. (WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. n.p.)

²³ CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 248.

²⁴ Kazuo Watanabe comenta o ensinamento de Chiovenda acerca da atividade cognitiva do juiz, que se difere da atividade decisória: “antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta de lei, de que se cogita.” (WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. n.p.)

²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 248.

²⁶ SALVIOLI, **Storia della procedura civile e criminale**, I, Milano, Hoepli, 1925, p. 323.

ou não da demanda não era senão a consequência automática da constatação do resultado da prova, que vinculava a declaração final do processo.²⁷

Costuma-se dizer, portanto, que o processo germânico contava com dois tipos de sentença: a sentença probatória (*beweisurteil*) e a sentença final, de procedência ou improcedência da demanda. Com efeito, cumpre reforçar que tais atos não se assemelhavam apenas no nome e na forma da decisão, mas, ainda mais importante, no sentido de que a decisão sobre a tutela final já se fazia presente, ainda que potencialmente, nas decisões contidas na sentença probatória, por conta de sua definitividade.²⁸

Disso se extrai que o pronunciamento que resolvesse qualquer questão sobre prova ou fato, no curso do procedimento, poderia ser classificado como sentença, como um ato decisório dotado de vinculatividade.

E essa prática germânica teve grande influência sobre o direito comum do medievo. É o que expressa a tão reproduzida afirmação de CHIOVENDA no sentido de que “a doutrina da coisa julgada, como vem se formando no direito italiano medieval, não tem de romano nada se não o nome ou um pouco mais”.²⁹ Apesar de mantida a essência dos institutos romanos, não demorou muito para que, por influência do direito estrangeiro, sobretudo o germânico, as decisões interlocutórias na Itália medieval passassem a levar o nome de “*sentenza interlocutoriae*”³⁰.

A semelhança entre a *sentenza interlocutoriae* e a *definitivae* não se limitou somente à nomenclatura ou à classificação. Com a prática, o princípio da apelabilidade das interlocutórias logo adentrou à legislação do processo comunal, equiparando também os tipos de sentença quanto ao seu meio de impugnação³¹. Também pôde ser verificada a equiparação quanto à atividade desenvolvida pelo juiz: deixando em segundo plano a *cognitio*, passou-se a falar em *iudicium*

²⁷ Nesse sentido: “Questa sentenza probatoria aveva da fissare alcuni punti importanti, i soli, si puo dire, che presentasse il processo germanico. In primo luogo doveva pronunziare sul genere di prova da darsi. In secondo luogo doveva stabilire a qual parte incombesse la prova.” (CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 248-249).

²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 250.

²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla cosa giudicata. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. II, Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993. p. 402. Na redação original do autor: “Ma la dottrina della cosa giudicata, come si venne formando nel diritto italiano medievale, non ha di romano se non il nome o poco più”;

³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 239.

³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 248.

indistintamente, seja para a pronúncia sobre a prova, seja para a pronúncia final sobre o resultado do processo.³²

E, ainda mais importante, a decisão que se manifestava sobre a prova também passou a ganhar força vinculante.³³ Equiparando-se o provimento interlocutório com a sentença que pronuncia o resultado da demanda, é fácil compreender o distanciamento da *res iudicata* de sua concepção romana: o campo da coisa julgada passou a ser radicalmente ampliado, abarcando então mais do que apenas o comando final, mas também as questões decididas no curso do processo, relativas aos fatos e à valoração da prova.

2.2.2 E CONTINUA: A SUPERVALORIZAÇÃO DO ELEMENTO LÓGICO DO PROCESSO E A TESE DA FICÇÃO DA VERDADE

O fenômeno observado não seria possível sem o que a doutrina italiana clássica costuma denominar, de maneira quase que depreciativa, a “supervalorização do elemento lógico no processo”, em sentido contrário à tão simples tutela do bem da vida e à atuação da vontade concreta da lei.³⁴

Sobre o tema, pertinente a lição de MENESTRINA quando afirma que todo processo contém dois elementos principais e necessários: um de argumentação lógica, que consiste em uma série de observações e investigações e, sobretudo, resolução de questões, e outro de comando, de natureza definitiva, o qual CHIOVENDA identifica como a atuação da vontade da lei no caso concreto.³⁵

³² “Questa decisione sulla prova si chiamo, come la decisione finale, sententia o placitum: e si parló di iudicium e di iudicare o di decernere o di decernere iudiciu, indifferenzamente, sia per la pronunzia sulla prova come per la pronunzia finale.” (CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 250)

³³ CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 250.

³⁴ “Ma questa deformazione dell’idea romana non avrebbe potuto avvenire né radicarsi così profondamente nello spirito dei giuristi e dei pratici, senza il concorso d’altre cause d’ordine più general e conducenti a quella che vorrei definire, in sintesi, la supervalutazione dell’elemento logico nel processo.” (CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 256).

³⁵ MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiziale nel processo civile**. Vienna: Ditta editrice di corte e d’università Manz, 1904. p. 27. Nesse sentido, explica Chiovenda: “Ogni processo, in ogni tempo e in ogni luogo, contiene necessariamente due elementi, un elemento logico di natura preparatoria, che consiste in una serie di osservazioni, di ragionamenti e di accertamenti, e un atto di volontà, di natura finale, che e la volontà stessa della legge nel caso concreto.” (CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 256-257).

Com efeito, são muitas as questões de fato e de direito a serem conhecidas e resolvidas antes de se chegar à decisão final acerca do pedido, e o juiz deve pronunciar-se sobre tais questões por meio de decisões proferidas no curso do processo, manifestando-se nesses casos o elemento lógico.³⁶ No entanto, a doutrina italiana, que pouca importância conferia ao raciocínio lógico do magistrado, costumava afirmar que “o primeiro elemento (cognição) serviria simplesmente para apoiar e sustentar o segundo (julgamento), atenuando sua dureza”³⁷, de modo que, sobre tais questões resolvidas, não recairia a autoridade da coisa julgada.

Enquanto no direito romano, como já apontado, prevalecia o ato de vontade, como o fim último para o qual toda atividade lógica estava direcionada, no processo comum do continente europeu, ainda vigente na primeira metade do século XIX, percebe-se o fenômeno oposto, de preponderância do elemento lógico. “Os autores, apaixonados pela estrutura silogística do julgamento, atribuíram toda a importância ao elemento lógico no processo.”³⁸

Além da valorização do elemento lógico, destaca-se uma tendência à busca incessante pela certeza jurídica, não simplesmente por meio da definição do bem da vida, mas também pela solução, com caráter de definitividade, de questões postas à apreciação do juiz ao longo do procedimento.³⁹ Em torno dessa orientação, nasce a teoria da *Fiktion der Wahrheit* ou ficção da verdade, segundo a qual o juiz deveria ter em mente uma espécie de “realidade virtual” – a qual deveria sempre respeitar –,

³⁶ CALAMANDREI, Piero. La génesis lógica de la sentencia civil. **Estudios sobre el proceso civil**, 1945, p. 416. No mesmo sentido, TUCCI, Rogério Lauria. **Curso de direito processual civil: processo de conhecimento**. Saraiva, 1989, p. 18-21; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ação declaratória incidental**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

³⁷ MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiziale nel processo civile**. Vienna: Ditta editrice di corte e d'università Manz, 1904, p. 27. E continua o autor: “La funzione prima dell'elemento logico è di fornire un oggetto su cui l'imperium possa stendere le sua ali; il giudice non deve volere se non ciò che nel caso concreto ha trovato di poter volere; traendo dalla subsunzione del fatto special ala norma astrutta una conclusione (...) L'esistenza di questi due elementi della decisione è oggi comunemente ammessa, per quanto la teoria, con una di quelle preferente capricciose che indicano la giovinezza della nostra scienza, converge finora quasi tutta la sua attenzione su un solo di essi, sull'elemento della volontà.”

³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla cosa giudicata. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. II, Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 402.

³⁹ “Di modo che il campo della cosa giudicata si estende smisuratamente; e per dare a questa estensione una giustificazione razionale, si paria di un bisogno di « certezza giuridica » non piu nel senso di « certezza di godere senza ulteriore contestazione un diritto cioe un bene », ma nel senso di « certezza della soluzione da dare a una questione”; (CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 256); “La dottrina che la cosa giudicata si estenda ai motivi della sentenza, cioè alle questioni, pregiudiziali decide, doutrina così profundamente evolua da Savigny, era infarto lá rigorosa consequenza lógica deles principio dela finzione dela verità.” (CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla cosa giudicata. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. II, Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 405).

que correspondia ao que o juiz anterior apresentou como realidade autêntica na apreciação de um pedido diverso⁴⁰. Desse modo, as questões resolvidas como premissa do julgamento de determinada lide restariam canceladas pela coisa julgada, também em face dos demais juízos, em razão de uma suposta eficácia vinculante inerente a todo e qualquer pronunciamento judicial.

Foi em meio a este arranjo teórico que FRIEDRICH VON SAVIGNY encontrou sustentáculo para sua teoria da extensão dos limites da coisa julgada aos motivos da decisão.⁴¹ Segundo o autor alemão, a autoridade da coisa julgada que se refere à sentença é inseparável das relações jurídicas afirmadas ou negadas pelo juiz. Em verdade, o comando final da sentença, de procedência ou improcedência, não é mais do que a consequência dessas relações de direito. Segundo o autor, a expressão abstrata do julgamento, por si só, não nos revela qual o pensamento do juiz, e sem conhecê-lo é absolutamente ineficaz a tentativa de aplicar a processo ulterior a autoridade da coisa julgada.⁴²

A tese de SAVIGNY parte do pressuposto de que os motivos que determinam a decisão do juiz podem ser divididos entre aqueles de caráter objetivo, classe à qual pertencem as relações de direito afirmadas ou negadas pelo juiz, a qual o autor atribuiu o nome de “elementos” da sentença; e aqueles de caráter subjetivo, ou seja,

⁴⁰ NIEVA-FENOLL, Jordi. A coisa julgada: o fim de um mito. **Revista Eletrônica de Direito Processual-Procudural Law Electronic Review**, v. 10, n. 10, 2016.,p. 242.

⁴¹ “A teoria (de Savigny) pode ser vista, em termos genéricos, como o natural corolário da tendência a sobrepor, na sentença, o elemento lógico, intelectual, representado pelo itinerário mental que o juiz percorre ao desenvolver seu raciocínio, sobre o comando concreto a que dá corpo o dispositivo; e, no caso particular de que vimos tratando, como o fruto das idéias savignyanas sobre a *res iudicata*, em que se quis ver uma “ficção de verdade”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Ed. Borsoi, 1967, p. 88).

⁴² Acerca do tema, comenta Barbosa Moreira: “Para justificar tal extensão, afirmou-se que sem ela não seria eficaz, na prática, a tutela dispensada à coisa julgada. Quando o juiz rejeita uma demanda, pode fazê-lo porque haja reconhecido ou a inexistência de qualquer dos elementos constitutivos do direito do autor, ou a consistência de qualquer dos obstáculos erguidos pelo réu à eficácia da pretensão ajuizada (exceções em sentido material). Ademais, ainda quando acolhida a demanda, a rejeição das exceções acaso opostas pode haver resultado de diferentes considerações (v. g., a compensação pode ter sido negada porque inexistente o suposto contracrédito do réu, ou porque simplesmente ilíquido). Se nos limitássemos à “expressão abstrata do julgamento”, sem lhe penetrarmos o sentido, que só o conhecimento do raciocínio do juiz é capaz de aclarar, tomar-se-ia “absolutamente impossível” a invocação da *auctoritas rei iudicatae* em processo ulterior.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Ed. Borsoi, 1967, p. 81). Sobre o tema também, a lição de Savigny: “El juez tiene por mision fijar la relacion de derecho litigiosa tan pronto como se lo permita la instruccion del negocio y assegurar la eficacia de su decision. Pero el derecho raconocido por la sentencia no debe ser protegido solamente contra la violacion actual, debe estar tambien garantizado contra todo ataque ulterior por la autoridade de la cosa juzgada (...) Asi, el juez que se contentara con satisfacer la necesidad actual sin garantizar el porvenir, no llenaría todos sus deberes. Esta garantia se consigue fijando los elementos de su decision, por cuyo médio la autoridadae de la cosa juzgada protege esta decision contra todo ulterior ataque. (VON SAVIGNY, Friedrich Karl. **Sistema del derecho romano actual**. F. Góngora y Compañía, 1879, p. 227-228.)

o ânimo que influenciou o espírito do juiz a afirmar ou negar a existência desses elementos. Os motivos objetivos ou “elementos”, segundo o autor alemão, seriam aqueles que comporiam a autoridade da coisa julgada, estendendo, portanto, o aspecto da imutabilidade a todas as relações jurídicas negadas ou afirmadas em juízo.⁴³

A teoria, que, de fato, produziu forte entusiasmo em parte da doutrina dos ordenamentos da Europa-continental que seguiram, logo passou a ser rechaçada pela própria processualística alemã, sendo posteriormente repelida na legislação, diante da consagração da tendência restritiva quanto ao campo de atuação da coisa julgada quando da edição do art. § 322 da ZPO.⁴⁴ A mesma reação pôde ser observada na Áustria, França e Itália, sobretudo a partir do início do século XX, com a consagração da tese restritiva de que as questões são resolvidas pelo juiz *incidenter tantum*, como objeto de mera *cognitio* mas não de *iudicium*, e portanto mediante pronunciamentos inidôneos a adquirir a autoridade da coisa julgada.⁴⁵

⁴³ VON SAVIGNY, Friedrich Karl. **Sistema del derecho romano actual**. F. Góngora y Compañía, 1879, p. 229.

⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Ed. Borsoi, 1967, p. 81; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)**. Rio de Janeiro: Aide, 1999, p. 249. Nesse sentido, ensina Michele Taruffo: “Rimane immune da tale influenza (presunzione assoluta di verità) la codificazione tedesca, che, respingendo la collocazione del giudicato sul piano probatorio, ne delinea gli effetti sul piano sostanziale, intendendo l'efficacia del giudicato materiale nel senso della creazione di una nuova situazione giuridica e non come fissazione della verità di ciò che il giudice ha accertato. Da questo punto di vista muove poi il Chiovenda, e con lui la nostra prevalente dottrina, per combattere - malgrado il chiaro diverso orientamento del cod. civ. del 1865 - la teoria del giudicato come presunzione di verità, e per affermare l'esclusiva validità della concezione del giudicato come carattere della sentenza quae facit ius.” (TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni. Il **Rivista di Diritto Processuale**, anno XXVII, n. 2, 1972, p. 275). No mesmo sentido, leciona Giuseppe Chiovenda: “Furono da prima reazioni incerte: si cercava di correggere la formula finzione della verterà; si tentava di combattere l'estensione della cosa giudicata ai motivi, pur rimanendo in un ordine d'idee non lontano dal comune. Si disse che non è la questione giuridica, che vien coperta dall'autorità della cosa giudicata, ne quindi le premesse di fatto e di diritto della sentenza, ma solo l'affermazione o l'esclusione dell'obbligo giuridico, il contenuto del diritto. Questa opinione trionfò nella preparazione del regolamento processuale germanico, ed un paragrafo di questa legge stabilì espressamente che “le sentenze producono la cosa giudicata solo in quanto decidono sulla pretesa fatta valere colla domanda”. (CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla cosa giudicata. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. II, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 405)

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Ed. Borsoi, 1967, p. 81. Ainda que compartilhando de opinião contrária, Taruffo identifica a razão pela qual a tese ampliativa não logrou êxito na Itália: “Poiché il processo romano non conosceva il giudicato sulle questioni, si negò in radice la possibilità di riconoscere tale fenomeno nel nostro ordinamento. La via per giungere a questa conclusione fu quella di qualificare la soluzione delle questioni come “lavoro logico”, deducendone l'inidoneità di tale soluzione a dar luogo al giudicato”. (TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni. Il **Rivista di Diritto Processuale**, anno XXVII, n. 2, 1972, p. 281). Também no direito italiano, Menestrina proclamava a predominância da doutrina restritiva, que ele, aliás, subscrevia (MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiciale nel processo civile**. Vienna: Ditta editrice di corte e d'università Manz, 1904, p. 127) Nada obstante, como se demonstrará mais a frente, o grande precursor da tese restritiva foi Giuseppe Chiovenda.

2.2.3 A CONSOLIDAÇÃO DA TESE RESTRITIVA DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NA ITÁLIA

A partir do séc. XVIII, houve uma renovação das doutrinas processuais, com a retomada dos estudos do Direito Romano em grande parte da Europa continental, prevalecendo novamente a noção de que o juiz não é um mero estudioso teórico de questões, mas um órgão do Estado, dotado de poder de *imperium*. A autoridade da sua decisão, portanto, residiria somente em seu conteúdo imperativo.⁴⁶

A doutrina italiana era enfática em afirmar que a sentença, como ato de vontade do Estado que individua em particular a vontade da lei declarada em abstrato⁴⁷, serviria unicamente a tutelar o bem da vida, enquanto que a autoridade da coisa julgada deveria convir a proteger referido bem. A força do julgado impediria que qualquer outro juiz pudesse julgar em sentido diverso daquele anterior, de forma a salvaguardar o bem reconhecido em juízo.⁴⁸ Enfim, como ilustra CHIOVENDA, a coisa julgada nada mais era do que a *res in iudicium deducta* depois de *iudicata*: em outras palavras, era o bem da vida perseguido em juízo, depois que o juiz o reconheceu ou negou, e assim tornou-se incontestável.⁴⁹

Nota-se que referida doutrina não nega a existência ou a importância de um elemento lógico, integrante da atividade de cognição exercida pelo juízo em momento anterior à sentença.⁵⁰ No entanto, “o raciocínio do magistrado e todos os

⁴⁶ PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civile (Diritto Vigente). In: MORTATI, Constantino; PUGLIATTTI, Salvatore (Dir.). **Enciclopedia del diritto**. v. XVIII. Varese: Giuffrè, 1969, p. 867.

⁴⁷ Sobre o tema, pertinente a lição de Piero Calamandrei, que ilustra a aplicação da lei ao caso concreto: “Cuando se dice que en la sentencia se contiene un mandato, un acto de voluntad, el cual da un carácter de proclamación oficial a la decisión del juez y la diversifica de la simple conclusión lógica de un razonamiento jurídico que cualquier particular puede llevar a cabo, se quiere decir no ya que el juez tenga un poder de mandato autónomo, sino que el juez puede, en su sentencia, formular, caso por caso, cuál es el imperativo concreto que ha nacido, en virtud de haberse verificado el hecho específico controvertido, del imperativo abstracto contenido en la ley”. (CALAMANDREI, Pietro. **La casación civil, II**. Buenos Aires, 1945, p. 54).

⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla cosa giudicata. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. II, Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 407.

⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 235.

⁵⁰ Quanto à importância da fundamentação nas decisões, pode-se destacar o ilustre trabalho de Michele Taruffo, que dá uma dimensão social à motivação dos provimentos jurisdicionais: “Es intuitivo que no se trata de un mero control del grado de lógica o validez formal del razonamiento del juez, sino principalmente de una verificación de la congruencia de las elecciones del juez con los valores de la sociedad, o sea, de un control esencialmente político sobre el fundamento de justicia de la decisión.” (TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. tr. Lorenzo Córdova, 2006, P. 360).

vestígios de seus possíveis erros desaparecem aos olhos da lei”⁵¹, não integrando a coisa julgada. Com efeito, a resolução das questões com que se depara o juiz ao longo do processo, sejam aquelas contidas em decisões interlocutórias ou até mesmo na sentença final, relativas à matéria processual ou atinentes ao mérito, de fato ou de direito, precisamente porque se difere da atividade de julgamento do pedido inicial, não teria a eficácia que o ordenamento confere à decisão de procedência ou improcedência da demanda. A resolução de questões teria eficácia limitada, consistente na mera exclusão da faculdade de renovar a discussão da mesma questão no mesmo processo, diante da necessidade de promoção da marcha natural do procedimento (preclusão consumativa e temporal).⁵²

Como se vê, prevalecendo a doutrina até os dias de hoje, a coisa julgada na Itália se põe como eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, enquanto a preclusão se liga às questões decididas ao longo do processo, impedindo sua rediscussão nos mesmos autos, o que não exclui a possibilidade de que essas questões sejam renovadas em processo posterior.

2.2.4 L'ACCERTAMENTO INCIDENTAL: A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO PREJUDICIAL NO ORDENAMENTO ITALIANO

Já foi dito que as questões incidentais, porque não compõem objeto do pedido e porque são decididas de maneira lateral, podem ser amplamente rediscutidas pelas partes em outros casos submetidos à apreciação do poder jurisdicional. No entanto, a máxima do direito italiano comporta algumas exceções pontuais. Em certos casos, a discussão e o pronunciamento acerca de uma questão dita prejudicial são elevados ao grau de *accertamento incidentale*, caso em que o juiz outorga uma solução igual em seus efeitos e condições àquela que daria caso a questão fosse objeto principal de um processo autônomo.⁵³

⁵¹ “Raggiunto col divenire definitiva della sentenza l'accertamento della volontà della legge, l'ordinamento giuridico spezza e dimentica l'apparato logico che servi a raggiungerlo, come l'artista spezza ed oblia la creta di cui prima si servi per la rappresentazione della sua idea. Scompare agli occhi del diritto il ragionamento ed ogni traccia dei suoi possibili errori.” (CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla cosa giudicata. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. II, Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 406).

⁵² CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 267.

⁵³ CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993, p. 268.; PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civile (Diritto Vigente). In: MORTATI, Constantino; PUGLIATTTI, Salvatore (Dir.). **Enciclopedia del diritto**. v. XVIII. Varese:

Explica-se: nos casos previstos no art. 34 do Código do Processo Civil italiano vigente⁵⁴, a coisa julgada passa a acobertar também as questões classificadas como prejudiciais resolvidas de forma incidental, de modo que a sua discussão resta vedada em processos ulteriores. E o referido artigo expõe duas situações em que o *accertamento incidentale* poderá ser observado, ampliando-se os limites objetivos da coisa julgada: (a) por disposição especial de lei ou (b) pela expressa manifestação de vontade de uma das partes.

A lei, sobretudo por questões de economia processual, pode reputar conveniente que, no âmbito de uma causa principal, uma questão prejudicial seja resolvida com um traço de imutabilidade que transcenda a lide em julgamento.⁵⁵ É o que ocorre, no direito italiano, no caso da compensação de dívidas ou nas situações jurídicas sobre o *status* das pessoas, tal como a filiação.⁵⁶

Em outros casos, considerando que a autoridade da coisa julgada usualmente não se estende às questões prejudiciais por força da delimitação do pedido pelas partes, invocando-se também na Itália o princípio da demanda e o da correlação entre o pedido e a sentença⁵⁷, permite-se que estas ampliem o âmbito das questões decididas com força de coisa julgada, por meio de pedido expresso.⁵⁸ Fica, portanto, a critério do interesse privado das partes conferir ou não imutabilidade ao produto da cognição judicial.

Nessa medida, quando surge discussão ao longo do processo sobre um

Giuffrè, 1969, p. 866 CHIOVENDA, Giuseppe. Le questioni pregiudiziali. L'accertamento incidentale. In: **Instituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, vol. I, 1957, p. 341

⁵⁴ Art. 34, Codice do Procedura Civile: "Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui".

⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Le questioni pregiudiziali. L'accertamento incidentale. In: **Instituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, vol. I, 1957, p. 341.

⁵⁶ LOCATELLI, Francesca, **L'accertamento incidentale ex lege**: profili. Milano: Giuffrè, 2008. p. 86.

⁵⁷ Barbosa Moreira comenta as razões pelas quais a doutrina restritiva prevaleceu na Itália, destacando os princípios da demanda e correlação entre o pedido e a sentença: "O mais importante deles, em nosso entender, é o que decorre do tradicional princípio da correlação necessária entre o pedido e a decisão. *Sententia debet esse conformis libello*, afirma velha parêmia, cujo prestígio até hoje não se põe em dúvida, e que as modernas elaborações doutrinárias sôbre o tema do "objeto do juízo" só vieram reforçar. (...) A respeito, poderiam as citações multiplicar-se *ad infinitum*, sendo aliás, a rigor, supérfluas, já que tôda a doutrina é substancialmente concorde na afirmação do princípio." E continua: "Com efeito, cabe a quem quer obter a prestação jurisdicional fixar os limites do pedido e correlativamente, os da decisão. Tirante casos excepcionais, preocupam-se as leis, de maneira tôda especial, em impedir o alargamento, *invito actore*, do *thema decidendum*, proibindo o juiz de julgar fora ou além do pedido." (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Ed. Borsoi, 1967, p. 89).

⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Le questioni pregiudiziali. L'accertamento incidentale. In: **Instituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, vol. I, 1957, p. 341.

ponto que se revela como prejudicial à tutela principal, seja relativo a uma relação jurídica ou a um *status* pessoal, uma das partes, autor ou réu, pode pleitear a resolução da controvérsia por meio de uma decisão com efeitos próprios da coisa julgada. Se verifica, nessa hipótese – análoga à ação declaratória incidental no Brasil –, uma verdadeira pretensão de declaração, como em uma demanda autônoma, sendo que o bem da vida perseguido neste caso é propriamente a certeza jurídica acerca da questão prejudicial, com a imutabilidade que é particular à coisa julgada.⁵⁹

Contudo, é certo que para que se dê o acerto incidental, devem estar presentes certas condições, dentre as quais: (a) o objeto da demanda incidental deve poder caracterizar-se como objeto de uma demanda autônoma; (b) a resolução da demanda principal deve depender necessariamente da resolução da questão prejudicial; (c) o ponto deve ser controverso entre as partes e, portanto, caracterizar-se como uma questão; (d) o juiz deve ser competente para apreciar a questão como se principal fosse.⁶⁰

Destaca-se, dentre os requisitos, além da noção de anterioridade e dependência do objeto da lide em relação à questão prejudicial resolvida, a exigência de que a declaração acerca da prejudicial pudesse ser objeto de um processo autônomo, de modo que simples fatos considerados em juízo só poderiam ser acobertados pela coisa julgada por expressa previsão de lei.⁶¹

A distinção entre fatos-direito e meros fatos é bem delineada por ANDREA PROTO PISANI. Segundo o autor, meros fatos são aqueles que se revelam como constitutivos, modificativos e extintivos do direito pleiteado em juízo, tais como a culpa na responsabilidade extracontratual, a mora e o adimplemento. Por fatos-direito entendem-se aqueles que, além de se apresentarem como constitutivos, modificativos ou extintivos do direito buscado, podem, por si só, ser objeto de uma pretensão declaratória em juízo, de forma a constituir um pedido autônomo. Nesse categoria, tem-se a qualidade de proprietário do bem para fins de imissão, a filiação para o fim de obtenção ao direito a alimentos, o contra-crédito na ação de

⁵⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993. p.268. Para maior aprofundamento acerca da pretensão sobre a declaração, recomenda-se a obra de Adolf Wach (WACH, Adolf. **La pretensión de declaracion**. trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJEJA, 1962).

⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Le questioni pregiudiziali. L'accertamento incidentale. In: **Instituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, vol. I, 1957, p. 345-346.

⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Le questioni pregiudiziali. L'accertamento incidentale. In: **Instituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, vol. I, 1957, p. 345-346.

compensação, a qualidade de herdeiro para o fim de buscar o direito de crédito do *de cuius*, entre outros.⁶²

Somente estes últimos, na visão da doutrina clássica italiana, poderiam ser objeto de um *accertamento incidentale*, ou seja, de uma declaração incidental com força de coisa julgada.⁶³

A única hipótese de mero fato apta a ensejar a formação de coisa julgada no direito italiano, porque expressamente prevista em lei, é a do falso documental. Como bem destaca CHIOVENDA, o caso é excepcionalíssimo: diante da gravidade da falsidade documental e da sua conexão com a esfera criminal, a lei não deseja que a questão seja objeto de mera cognição, restrita aos próprios autos, mas de julgamento cujo resultado fique assegurado pelo manto da coisa julgada.⁶⁴

2.2.5 A OPINIÃO DISSIDENTE: A AMPLIAÇÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA E A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ITALIANOS

A despeito da clareza redacional do art. 34 do Código de Processo Civil italiano, há quem sustente a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada e, portanto, a extensão de sua autoridade às questões decididas ao longo do processo, independente de pedido declaratório.⁶⁵

Em verdade, parte dos estudiosos pretenderam evidenciar que a questão em torno da coisa julgada sobre temas prejudiciais não se resolvia a partir da aplicação da tese defendida por CHIOVENDA. A doutrina passou a questionar tais restrições à coisa julgada, indagando sobre as razões pelas quais a noção ampliativa nunca

⁶² PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 2002, p. 58

⁶³ CHIOVENDA, Giuseppe. Le questioni pregiudiziali. L'accertamento incidentale. In: **Instituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, vol. I, 1957, p. 345. "Anzitutto che l'oggetto della domanda sia tale che avrebbe potuto formare oggetto d'una azione autonoma d'accertamento; i semplici fatti giuridici pertanto solo in virtù d'una norma espressa di legge."

⁶⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Le questioni pregiudiziali. L'accertamento incidentale. In: **Instituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, vol. I, 1957, p. 348

⁶⁵ Sobre a controvérsia, comenta Giuseppe Chiovenda: "Ma il principio in Italia è controverso. Qui si manifestano, come si è già osservato, due diverse tendenze, di cui conosciamo la formazione storica: la tendenza a restringere la cosa giudicata alla pronuncia di accoglimento o rigetto, e la tendenza ad estenderla a ogni pronuncia del giudice che risolva a una questione." (CHIOVENDA, Giuseppe. Le questioni pregiudiziali. L'accertamento incidentale. In: **Instituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, vol. I, 1957, p. 339). No mesmo sentido, BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 195.

prevaleceu entre os estudiosos do processo italiano.⁶⁶

A esse respeito, VITTORIO DENTI já indicava a possibilidade de se recorrer a um *tertium genus* entre a preclusão e a coisa julgada, isto é, um tipo intermediário de eficácia entre aquela endoprocessual, própria da simples preclusão, e aquela da coisa julgada material, tradicionalmente vinculada ao dispositivo. De outro lado, o autor expõe que a própria concepção chiovendiana, ao apontar a eficácia meramente preclusiva das decisões interlocutórias sobre questões, não descartava a possibilidade do princípio encontrar exceções mediante expressa disposição legal, por razões de oportunidade prática e conveniência.⁶⁷

Aliás, como bem observa DENTI, a possibilidade da lei excepcionar os rígidos limites da coisa julgada não é fenômeno peculiar do direito italiano. Por razões de política legislativa, é comum que os ordenamentos flexibilizem a regra dos limites objetivos: assim como ocorre no caso da falsidade documental na Itália, na jurisdição norte-americana, a lei possibilita uma ampla extensão da preclusão extraprocessual às questões de fato ou de direito discutidas nos autos das quais dependa o julgamento do pedido, desde que amplamente discutidas entre as partes.⁶⁸

Nesse sentido, as contribuições de GIOVANNI PUGLIESE ao direito italiano são pioneiras. Após fazer referência ao ordenamento norte-americano, em que vigora o instituto do *collateral estoppel*, assevera o autor que a regra da limitação da coisa julgada ao dispositivo, contida no art. 34 do CPC, restaria excepcionada quando o juiz tivesse competência para decidir a causa prejudicial, as partes tivessem legitimação para discutir o tema e a questão tivesse sido enfrentada com profundidade adequada pelo juiz.⁶⁹ Nota-se que o autor sequer faz uso de qualquer

⁶⁶ “Coloro che negando l’efficacia extraprocessuale della decisione di questioni preliminari di merito dovrebbero farsi carico di chiarire perché questa efficacia spetti, invece, alla decisione delle medesime questioni, se cotenuta nella sentenza che pronuncia sulla domanda.” (DENTI, Vittorio. **Dall’azione al giudicato**. Cedam, 1983, p. 418)

⁶⁷ “il Chioventa stesso, come ho ricordato, ammetteva la possibilità, anche se eccezionale, utilizzazione, al di fuori del processo, dei materiali preparatori della decisione di merito.” “una espressa disposizione di legge, per ragioni di opportunità pratica” (DENTI, Vittorio. **Dall’azione al giudicato**. Cedam, 1983, p. 419)

⁶⁸ DENTI, Vittorio. **Dall’azione al giudicato**. Cedam, 1983, p. 418.

⁶⁹ Sobre a possibilidade de coisa julgada estendida às questões prejudiciais no direito italiano, ensina Giovanni Pugliese: “Se il giudice era incompetente a decidere autonomamente la questione pregiudiziale e non ha rimesso la causa al giudice per essa competente, la sua decisione è valida ai fini della causa principale, ma non è coperta da giudicato. Analogamente, se le parti o una di esse non erano legittimate. Se invece il giudice era competente e le parti legittimate, bisognerà distinguere, considerando gli elementi e le caratteristiche dei singoli casi, se egli ha deciso la questione pregiudiziale incidenter tantum (e quindi sommariamente) o se ne ha avuto piena conoscenza. Per

distinção entre prejudicialidade lógica, técnica ou jurídica, de modo que a extensão da imutabilidade da coisa julgada alcançaria quaisquer questões das quais o julgamento do pedido dependesse, inclusive aquelas precipuamente de fato.

MICHELE TARUFFO, adotando proposta semelhante e profundamente inspirado pela noção de preclusão sobre questão do ordenamento norte-americano, adverte, com razão, que o êxito dessa teoria na Itália dependeria de uma releitura acerca do fenômeno clássico da prejudicialidade.⁷⁰

Segundo o autor, mais adequado é o entendimento de que prejudicial é a questão potencialmente idônea a definir o resultado do julgado, além de ser resolvida de forma anterior à controvérsia principal. Exige-se apenas que a solução da questão seja através de *giudizio pieno*, ou seja, cognição exauriente e com ampla discussão em juízo, e que a questão prejudicial tenha aptidão para definir os rumos do julgado, sendo desnecessária a exigência de que constitua potencial objeto autônomo de uma pretensão declaratória.⁷¹

Logo, nota-se que o campo de questões que poderiam ser caracterizadas como prejudiciais é muito mais amplo do que antes se pretendia e, por conseguinte,

escludere una decisione incidenter tantum (...) basta che dal contegno processuale delle parti, dal modo in cui esse hanno prospettato e analizzato la questione, dallo sviluppo dato alla sua trattazione, dall'eventuale assunzione di prove, nonché dal tenore della sentenza risulti che la questione è stata dibattuta e risolta con la serietà e il ragionevole approfondimento delle normali decisioni giurisdizionali, e non in modo sommario e marginale". (PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civile (Diritto Vigente). In: MORTATI, Constantino; PUGLIATTTI, Salvatore (Dir.). **Enciclopedia del diritto**. v. XVIII. Varese: Giuffrè, 1969, § 25); Também na mesma linha de raciocínio. ver: DENTI, Vittorio, Questioni pregiudiziali, in **Novissimo Digesto Italiano**, vol. XIV, Torino: Utet, 1967, p. 657 e ss.

⁷⁰ "Secondo l'opinione tradizionale, il carattere di pregiudizialità della questione sarebbe dato, oltre che dall'essere la questione stessa idonea a costituire oggetto di un processo autonomo (...) dal fatto che la sua soluzione avrebbe - di regola, e fatta eccezione solo per i casi previsti dall'art. 34 cod. proc. civ. - naturamemente logica, consistendo, per usare le parole del Menestrina, in una mera cognitio e non in un iudicium pieno. L'ovvia conseguenza di siffatta definizione del concetto di pregiudizialità sarebbe che la decisione di una questione pregiudiziale non è idonea - salvo che la legge o la volontà delle parti impongano l'accertamento incidentale - a dar luogo alla cosa giudicata, poiché non si tratterebbe di una decisione su una vera e propria domanda." (TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni. Il **Rivista di Diritto Processuale**, anno XXVII, n. 2, 1972, p. 282).

⁷¹ Na verdade, segundo o Taruffo, justificar a não extensão da autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais por estas constituírem etapas meramente lógicas do processo decisório demonstra uma erro de premissa. Dizer que é prejudicial aquilo que é objeto de mera admissão do raciocínio lógico do juiz, implica necessariamente em afirmar que não há decisão, e que portanto, não poderia haver coisa julgada. O autor então sugere: "Ciò basta per stabilire che la soluzione della questione non si risolve in una cognizione meramente logica, ma ha natura di «giudizio» in senso pieno. È chiaro tuttavia che ciò non accade soltanto quando la decisione della questione definisce l'intero giudizio, ma anche quando essa è decisa in modo tale che il giudizio debba proseguire per la decisione della controversia sul rapporto (« pregiudicato ») che ne costituisce l'oggetto principale. In tale ipotesi, la decisione della questione può costituire l'oggetto di una sentenza non definitiva, o, qualora venga inserita nella sentenza che definisce il giudizio, ne rappresenta una « parte » o « capo », anche se la questione, in sé considerata, non sia idonea a formare oggetto di un'autonoma controversia". (TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni. Il **Rivista di Diritto Processuale**, anno XXVII, n. 2, 1972, p. 283).

também o é a própria extensão dos limites objetivos da coisa julgada. Admitir-se-ia, inclusive, coisa julgada sobre fatos, independente de pedido neste sentido.

Ainda orientado pela doutrina norte-americana do *collateral estoppel* (ou, na hodierna terminologia, *issue preclusion*), admite o autor, sem hesitar, a extensão dos efeitos da coisa julgada sobre questão também para nova lide cuja causa de pedir é diversa⁷², desde que observados os seguintes requisitos: (a) identidade das questões a serem decididas e sua condição de prejudicialidade em ambas (o conjunto de elementos de fato e ou de direito que constituem o *thema decidendum* da questão, nos dois casos, devem ter em comum um ou mais elementos constitutivos); (b) nexos de dependência e prejudicialidade, em sentido lógico, entre a decisão da questão e a decisão da segunda lide; (c) garantia da oportunidade de defesa adequada e efetiva discussão sobre a questão; (d) decisão expressa pelo primeiro juiz em sentença definitiva.⁷³

Com efeito, o ensino rigorosamente apegado à tese de CHIOVENDA contrasta com a realidade do ordenamento jurídico italiano, sobretudo o atual entendimento consolidado na jurisprudência. A orientação atual nos tribunais é de estender a eficácia da coisa julgada à solução das questões que formam pressuposto lógico e necessário da pronúncia sobre a demanda.⁷⁴

Como nota VIRGÍNIA PETRELLA, na contemporaneidade, a autoridade da coisa julgada se estende a todas as situações, ainda que implícitas, que constituam, para a decisão final, “pontos necessariamente alcançados pelo arco lógico da decisão, representando o pressuposto indispensável da solução acolhida, inclusive as

⁷² Explica o autor a razão pela qual a coisa julgada sobre questão para processos diversos encontra respaldo no ordenamento italiano: “l'art. 2909 cod. civ., a differenza di quanto affermava l'art. 1351 cod. civ. del '65, non condiziona l'opera del giudicato al fatto che il secondo giudizio sia identico, quanto al petitum e alla causa petendi, al primo.” (TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni. Il **Rivista di Diritto Processuale**, anno XXVII, n. 2, 1972, p. 287).

⁷³ TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni. Il **Rivista di Diritto Processuale**, anno XXVII, n. 2, 1972, p. 288-292.

⁷⁴ Nesse sentido, é o estudo de Virginia Petrella: “L'estensione del giudicato esterno al fatto principale, che rappresenti presupposto logico giuridico della statuizione sul diritto, nei limiti dei predetti nessi tra processi, può essere accolta oggi con maggiore serenità que in passato, alla luce di una nuova lettera del principio del giusto processo civile, offerta dalla giurisprudenza dalla Corte di Cassazione, come processo di ragionevole durata, rispetto alla lite nel suo complesso, da realizzarsi anche attraverso la concentrazione delle tutele rispetto all'assetto di interessi nascente da un unico rapporto o fatto produttivo di effetti giuridici o da rapporti legati da un nesso di pregiudizialità dipendente”. (PETRELLA, Virginia. Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi Del giusto processo civile. In: **Studi in onore di Carmine Punzi**, vol. I, Torino: G. Giappichelli, 2008, p. 435-436.)

situações em torno de fato”.⁷⁵

Nesse sentido, é certo também que a jurisprudência italiana, sobretudo na Corte de Cassação, tem admitido que o acerto já realizado em torno de uma questão de fato ou de direito que haja constituído premissa lógica de uma sentença preclui o reexame do mesmo ponto quando posto à apreciação judicial em processo distinto, ainda que este subsequente tenha finalidade diversa daquela que constituiu o escopo e o *petitum* do primeiro.⁷⁶

Além da citada proposta ampliativa, para uma parcela importante da doutrina italiana, encabeçada por SERGIO MENCHINI, a coisa julgada se estende aos motivos somente em determinadas situações específicas. Segundo a tese, faz-se necessário diferenciar dois tipos de questões prejudiciais: aquelas em sentido técnico, em que há uma verdadeira ligação entre dois direitos, um prejudicial e outro prejudicado (como ocorre na relação de filiação e o direito aos alimentos); as em sentido lógico, em que a questão prejudicial é constituída por uma relação jurídica fundamental, ampla e complexa, da qual faz parte a pretensão deduzida no processo.⁷⁷ Anote-se que esta classificação não se confunde com a distinção entre prejudicialidade lógica e jurídica antes apresentada.

Segundo a tese, somente sobre as prejudiciais em sentido lógico, conforme a classificação de MENCHINI, extraída da doutrina de SALVATORE SATTA⁷⁸, é que incidiria a imutabilidade própria da coisa julgada de forma automática, independente de pedido incidental.

Portanto, não seria o acerto de qualquer fato posto em juízo que restaria protegido pela coisa julgada, mas apenas daquele que assumisse em determinada disputa a qualidade de fonte de algum direito subjetivo, ou seja, aquele qualificado como fundamental ao direito subjetivo objeto da pretensão julgada.⁷⁹ Com efeito, nesses casos, a relação jurídica fundamental não figura apenas como

⁷⁵ PETRELLA, Virginia. Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile. **Studi in onore di Carmine Punzi**. Torino: G. Giappichelli, 2008, v. I, p. 424 apud THEODORO JR. Humberto. Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 184.

⁷⁶ THEODORO JR. Humberto. Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 184.

⁷⁷ MENCHINI, Sergio. **I limiti oggettivi del giudicato civile**, Milano: Giuffré, 1987, p. 87 e ss.

⁷⁸ SATTA, Salvatore. Accertamento incidentale. In: **Enciclopedia del diritto**, vol. I, p. 246.

⁷⁹ THEODORO JR. Humberto. Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 185.

uma das questões deduzidas em juízo, mas ela se confunde com a própria *fattispecie* do direito.⁸⁰

É o que se passa, por exemplo, no caso de uma relação contratual da qual decorrem diversas pretensões e, por conseguinte, sucessivas demandas. “Numa se discutiu a validade do contrato para solucionar o pedido de cumprimento de uma determinada prestação; noutra reclamou-se a satisfação de outra obrigação gerada pelo mesmo negócio jurídico”⁸¹

Desse modo, como bem observa GIOVANNI BONATO, traçada a distinção entre as duas formas de prejudicialidade, tal como fez a doutrina italiana, seria possível, de um lado, respeitar a regra limitativa do art. 34 do CPC, no que toca às questões que se classificam como prejudiciais em sentido técnico⁸² – sendo necessário um pedido declaratório incidental para que sobre elas recaia a imutabilidade –, e, de outro lado, evitar que através do processo se decida de maneira conflitante uma posição jurídica material “indissoluvelmente unitária”⁸³

Como se vê, portanto, parece não mais prevalecer nos dias atuais no direito italiano a doutrina difundida por CHIOVENDA, pautada em dogmatismos e pouco sensível à busca da tutela jurisdicional adequada e eficiente.

Considerando a premissa de que para a doutrina italiana apegada à tese de CHIOVENDA a função da jurisdição é de unicamente fazer atuar a vontade da lei no caso concreto, resolvendo o litígio submetido ao poder jurisdicional, parece lógico que poucas tenham sido as preocupações com a ampliação dos limites da coisa

⁸⁰ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 39.

⁸¹ THEODORO JR. Humberto. Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 184.

⁸² MENCHINI, Sergio. **I limiti oggettivi del giudicato civile**, Milano: Giuffré, 1987, p. 56: “(...) le questioni pregiudiziali in senso técnico, sono disciplinate dall’art. 34 c.p.c.; esse hanno ad oggetto una situazione giuridica indipendente dal fatto costitutivo del diritto dedotto in giudizio, la quale ne rappresenta però il presupposto, escludendo la sua sussistenza oppure insussistenza la conseguenza giurica invocata dall’attore”.

⁸³ BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 196. Compartilham desse entendimento nos dias atuais nomes como PROTO PISANO e Remo CAPONI, ambos concordes da pretensa afirmação de que o objeto da coisa julgada não pode ficar limitado à resposta ao pedido deduzido em juízo, sob risco de, em demandas derivadas da mesma relação fundamental, chegar-se a resultados contraditórios acerca das mesmas premissas de julgamento. CAPONI, Remo; PISANI, Andrea Proto. **Lineamenti di diritto processuale civile**. Napoli:Jovene,n. 24, p. 82, 2001.

julgada e com o máximo aproveitamento das descobertas decorrentes da atividade jurisdicional.

Hoje, contudo, diante da intensificação da litigiosidade submetida ao Judiciário e da preocupação com a maior eficiência da atuação do Poder Jurisdicional, bem como ante a necessidade de garantir segurança e estabilidade aos jurisdicionados, a interpretação tradicional perde espaço. As necessidades postas ao Poder Judiciário, sobretudo aquelas relacionadas à boa administração da justiça e à tutela das estabilidades das relações jurídicas, demandam uma releitura dos institutos pautados na clássica doutrina, como se bem percebeu na Itália.

Fechar os olhos para a nova realidade, em homenagem a uma crença de subsistência dos princípios tradicionais “ultrachiovendianos”⁸⁴, parece não ser a opção do direito italiano da atualidade. A tendência no ordenamento daquele país é de ampliar os limites objetivos da coisa julgada, o que também pôde ser observado a partir da nova disciplina da coisa julgada no atual Código de Processo Civil brasileiro.

2.3 O REFLEXO DA DOCTRINA EUROPEIA-CONTINENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

2.3.1 OS LIMITES OBJETIVOS NO CPC DE 1939 E 1973

A despeito das novas teses emergentes na Itália, é certo que a tese restritiva, dominante naquele território partir do século XX, foi a que também prevaleceu no direito brasileiro, ao menos antes da promulgação do CPC/2015.

Nada obstante, a técnica redacional do legislador processual do Código de 1939 deu azo à ampla discussão na doutrina acerca dos limites objetivos da coisa julgada: inspirada no texto do Projeto do Código de Processo Civil Italiano de 1926, cuja redação dispunha que a sentença teria força de lei nos limites da lide e nos limites das questões decididas, a legislação brasileira reproduziu a norma, suprimindo, contudo, a locução “nos limites da lide” e afirmando, em seu parágrafo

⁸⁴ DENTI, Vittorio. *Dall'azione al giudicato*. Cedam, 1983, p. 419.

único, que considerar-se-iam decididas todas as questões que constituíssem premissa necessária da conclusão⁸⁵.

A redação, evidentemente, abriu margem para a interpretação no sentido de que a coisa julgada pudesse transbordar os limites da respectiva lide posta pelo demandante, para atingir as questões prejudiciais independentemente consideradas⁸⁶, no mesmo sentido em que propunha a tese ampliativa de SAVIGNY.

BARBOSA MOREIRA, expondo que faltou ao legislador de 1939 clareza ao disciplinar a matéria, discordava da interpretação ampliativa e afirmava que o parágrafo único do art. 287 se referia, na verdade, à eficácia preclusiva da coisa julgada. Quer dizer, a decisão sobre as questões postas à apreciação do juiz, após o trânsito em julgado, ficava imune a posteriores contestações no mesmo processo, ainda que fundadas em alegações não antes apreciadas, conforme a lógica do deduzido e do dedutível.⁸⁷

Na verdade, como observa o autor fluminense, adontando-se interpretação ampliativa, estar-se-ia desconsiderando a distinção entre *iudicium* e *cognitio*, entre a decisão proferida *principaliter* e o pronunciamento emitido *incidenter tantum*.⁸⁸ O autor era fielmente adepto, portanto, à tese restritiva, que limita a coisa julgada ao bem da vida pretendido e ao comando sentencial contido no dispositivo.

No Código de Processo Civil de 1973 o problema dos limites objetivos da coisa julgada foi reenfrontado, de forma até repetitiva, talvez a fim de evitar os mal-entendidos que marcaram a legislação processual precedente⁸⁹. E, quanto ao tema, o Código claramente adotou a teoria restritiva, propondo que do objeto da coisa

⁸⁵ Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão.

⁸⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Editora Forense. v. 4, 2003, p. 109. Completa o autor, sem, entretanto, aderir à tese: “Essa conclusão era possível, segundo se vê dos escritores que versaram sobre o assunto, porque, suprimida a palavra lide no texto do art. 287, poder-se-ia entendê-lo como se não vedasse um julgamento para além da própria lide deduzida no processo”. Em favor dessa teoria parece ter se posicionado Pontes de Miranda, ainda que não explicitamente: para o autor, a solução do Código e 1939 é a que *inclui* no âmbito de incidência da coisa julgada as relações constitutivas do pressuposto da relação de que se trata. (PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo VII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 52).

⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. **Temas de direito processual**, 1977, p. 90.

⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Ed. Borsoi, 1967, p. 112.

⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. **Temas de direito processual**, 1977, p. 91.

julgada se excluísse a motivação e a solução dada pelo juiz a cada uma das questões de fato e de direito, mesmo que prejudiciais, incidindo tão somente sobre a parte dispositiva.⁹⁰ Nesse sentido, a redação dos art. 468 e 469 do CPC de 1973:

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

Como se vê, feita a escolha pela tese restritiva dos limites da coisa julgada, esta abrangia somente as questões principais decididas, restando excluída da imutabilidade a motivação (I), isto é, o raciocínio lógico do juiz que levava à procedência ou improcedência da demanda.

No que se refere à verdade dos fatos (II), EGAS MONIZ DE ARAGÃO observa que se os motivos da sentença não faziam coisa julgada, muito menos a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença poderia fazê-lo. Assim, não ficavam acobertados pela coisa julgada também os fatos admitidos como verdadeiros, sendo que a sua reavaliação em outros processos, a partir da instrução probatória, se mostrava sempre necessária. E note-se que, na posição do autor, a disposição não se limitava aos fatos simples, mas alcançava igualmente os fatos jurídicos, ou seja aqueles que estavam intimamente ligados à aplicação da norma (o fato “causar o dano” na demanda indenizatória; “ser a coisa defeituosa” na demanda consumista, etc).⁹¹

E, por fim, quanto às questões ditas prejudiciais (III), é a lição de BARBOSA MOREIRA:

Não se tire do dispositivo, ao contrário, a ilação de que a *auctoritas rei iudicatae* cobre a própria solução das questões prejudiciais, que não constituem “objeto do processo em sentido estrito”. Essas foram “conhecidas, mas não decididas, porque sobre elas o juiz não sentenciou, e

⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada, in **Temas de Direito Processual**, Terceira Série. São Paulo: Saraiva. 1984. p. 112. Nesse mesmo sentido, Liebman afirma que “é o comando pronunciado pelo juiz que se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão”. LIEBMAN, Eurico Tulio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. São Paulo. Forense. 2 ed. 1981, p. 55.

⁹¹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil** (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 251-253.

por isso podem ser julgadas livremente em outro processo, mas para fim diverso do objetivado no processo anterior; e o resultado desse processo deve permanecer intangível, mas para qualquer outro efeito subsistem intactas as questões prejudiciais.

Esta doutrina encontrou respaldo no ordenamento brasileiro diante da ampla aceitação do princípio da demanda e, por conseguinte, do princípio da correlação entre o pedido e o conteúdo da sentença. Segundo a lógica, se há um pedido elaborado pelo autor, é somente a solução a ele dada que deve se recobrir da autoridade a que se propõe a coisa julgada⁹², enquanto que as questões de fato ou direito decididas ao longo do processo ficariam acobertas somente pela preclusão processual. Nesse sentido, confere-se às partes o poder de delimitar o objeto do processo, através da formulação de um pedido e, por consequência, também lhes é atribuída a prerrogativa de definir os limites objetivos da coisa julgada.⁹³

Em decorrência desta opção adotada pelo CPC/1973, aquilo que não se identificava como dispositivo da sentença, que não se limitava ao pedido inicial do requerente, ficava, à margem da indiscutibilidade, podendo ser novamente discutido em outros processos supervenientes.

Assim, por exemplo, a procedência do pedido de alimentos fundado no vínculo de paternidade (onde se está diante, a um só tempo, de motivo, fato como fundamento e questão prejudicial) não obstava o posterior ajuizamento de ação declaratória de inexistência de vínculo biológico de filiação, fundada em prova hematológica. E isso porque o motivo que levou à procedência da primeira demanda, ou seja, o reconhecimento da relação de parentesco, não atingia as razões de decidir da segunda, ficando protegido pela coisa julgada somente o comando final da sentença de condenação ao pagamento de alimentos.

Embora relevantes para a decisão, o Código de Processo Civil de 1973 excluía do alcance da coisa julgada a resolução das questões prejudiciais, admitindo a sua rediscussão e, com isso, até mesmo a sua resolução em sentido diverso. E isso porque o ordenamento pouco se preocupava em reprimir as contradições lógicas ou teóricas entre as decisões, mas tão somente as contradições práticas,

⁹² GIDI, Antônio; 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, São Paulo, n. 194, p. 101-138, abr. 2011.

⁹³ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 62.

que pudessem, de alguma forma, pôr em risco a tutela do “bem da vida” antes reconhecida.⁹⁴

Contudo, por vezes, o dispositivo singularmente considerado reduz-se a um enunciado vago, incapaz de preencher o papel que lhe é reservado e promover o esclarecimento que exige a delimitação do objeto da coisa julgada.⁹⁵ Ora, é certo que no dispositivo o magistrado se limita a julgar procedente ou improcedente o pedido do autor, e diante disso, muitas vezes se torna árduo extrair da sentença o verdadeiro núcleo de sua imutabilidade.

E para contornar essa dificuldade caberia ao intérprete socorrer-se da fundamentação da sentença, ou seja, das razões que deram justificativa à decisão do juiz. Nesse sentido, já ensinava CHIOVENDA que não se pode considerar que só passe em julgado o que está escrito no dispositivo da sentença, porque, ao contrário, para determinar o alcance da coisa julgada, é necessário analisar a fundamentação, identificando, assim, a ação e a própria causa de pedir.⁹⁶

Nesses termos, a maioria da doutrina passou a defender que a causa de pedir também é essencial para definir os exatos limites objetivos da coisa julgada, na medida em que é a partir da fundamentação, em correlação à *causa petendi*, que se compreende o alcance do dispositivo.⁹⁷

Embora certamente a fundamentação guarde importância para a definição dos limites objetivos da coisa julgada, é fundamental consignar que não integra, ela

⁹⁴ Nesse sentido, explica Barbosa Moreira: “Ademais o ordenamento jurídico em regra se esforça ao máximo por evitar a contra dição *prática* dos julgados, mas não se inquieta no mesmo grau com a contradição puramente *lógica* ou *teórica*. O que a lei não quer, acima de tudo, é que uma decisão judicial negue a determinada pes soa o “bem da vida” que outra decisão lhe atribuiu, ou vice-versa. Em perspectiva diferente, caberia dizer que a “regra jurídica concreta” disciplinadora de certa relação não pode ter ora tal teor, ora teor contrário. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. **Temas de direito processual**, 1977, p. 95). No mesmo sentido, Thaís Amoroso Paschoal: “Embora importantes para a decisão da demanda, a lei processual brasileira exclui as questões prejudiciais do âmbito de alcance da coisa julgada, de maneira que tais questões poderão livremente ser apreciadas em processo futuro, ainda que a solução dada neste processo seja diversa da obtida no primeiro, sempre que diversa, contudo, a lide apreciada. Trata-se de verdadeira incongruência lógica que, contudo, é perfeitamente admitida pelo sistema.” (PASCHOAL, Thaís Amoroso. **Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada coletiva: o necessário equilíbrio entre a efetividade da tutela coletiva e a segurança jurídica**. 2009. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais)–Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 93).

⁹⁵ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil** (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 251.

⁹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, 2. Ed. Saraiva. São Paulo, 1965. Vol. I p. 410, parágrafo 17.

⁹⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. Coisa julgada sobre fato. Análise comparativa com o collateral estoppel de sua possibilidade de lege lata ou de lege ferenda” In: **Revista de processo**, n. 260, p. 355-412. 2016.

mesma, o âmbito de incidência de sua imutabilidade: na metáfora de MONIZ DE ARAGÃO, a causa de pedir se apresenta em relação ao dispositivo como os andaimes das construções, que somente lhe servem para sustento.⁹⁸

No mesmo sentido, oportuno o esclarecimento de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

Não passa despercebido que a coisa julgada só é fato impeditivo do julgamento de demanda igual, quando também coincidirem as partes e a causa petendi (CPC, art. 301, § 1 e 3). Essa disposição, que reflete um pensamento praticamente universal, não tem contudo o poder de insinuar que a própria coisa julgada incida sobre os motivos da sentença, nem que os da demanda se incluam no âmbito do objeto do processo. A jurisdição legitima-se como atividade destinada a eliminar conflitos práticos entre pessoas ou grupos, não a dirimir questões de fato ou de direito. O resultado final do processo, que se projeta sobre a vida das pessoas em relação com outras e com os bens da vida, está no preceito firmado na sentença e não nos seus fundamentos. Só o preceito é dotado de imperatividade e os fundamentos não passam de mero supore lógico da conclusão.⁹⁹

Assim sendo, a posição doutrinária majoritária imputa relevância à fundamentação para fixar o objeto da coisa julgada, sem que esta se torne, por si só, imutável.

2.3.2 COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO PREJUDICIAL VIA AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL

Esclarecidos os limites objetivos, não se poder ignorar, entretanto, a possibilidade de extensão objetiva da coisa julgada às questões prejudiciais tidas

⁹⁸ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 251. No mesmo sentido, esclarece Ovídio Baptista da Silva: “Se é correto dizer que os motivos ainda que importantes não fazem coisa julgada, não é menos certos afirmar que o dispositivo se há de entender e dimensionar em razão desses motivos, tanto que o legislador os considera importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Editora Forense. v. 4, 2003, p. 136). Também pontua a questão Humberto Theodoro Júnior: “Se, todavia, o mesmo fundamento fosse invocado, em processo superveniente, para sustentar pedido diverso do anteriormente decidido, não se depararia com o embaraço da res iudicata, de maneira que o novo julgamento poderia até mesmo interpretar a antiga causa petendi de maneira diferente. É nesse sentido que se deveria, nessa velha concepção, entender o papel importante desempenhado pela causa de pedir e pela motivação da sentença, como instrumento apenas influente na compreensão do alcance a coisa julgada, mas não como objeto mesmo de res iudicata.” (THEODORO JR., Humberto. Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 176).

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito no processo civil. In: **Fundamentos do processo civil moderno**, vol. I, 4a ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 275.

como necessárias à solução do mérito por via de ação declaratória incidental, prevista pela primeira vez em nosso ordenamento no revogado art. 470 do CPC de 1973¹⁰⁰.

Sob a égide do CPC anterior, havendo questão incidental que constituísse pressuposto necessário para o julgamento da lide e que pudesse, por si só, constituir causa de pedir autônoma, sendo o juiz da causa principal competente para dela conhecer, a ela poderia se conferir a imutabilidade própria do julgado, desde que houvesse pedido expresse neste sentido por qualquer das partes.¹⁰¹

No exemplo exposto da demanda de alimentos, caberia à qualquer das partes pleitear incidentalmente a declaração acerca da paternidade biológica, pressuposto da procedência da primeira demanda, estendendo a autoridade da coisa julgada à questão prejudicial decidida.

Em verdade, por meio do pedido expresse, a questão antes tida como prejudicial sujeita à apreciação meramente *incidenter tantum*, se convertia em principal, ampliando-se a extensão do objeto de julgamento e, por conseguinte, da própria coisa julgada. A decisão proferida pelo juiz nessa ação declaratória, com efeito, seria decisão sobre um pedido em sentido técnico, e por isso mesmo a sua resolução era idônea a adquirir a autoridade da coisa julgada.¹⁰²

Nas palavras de BARBOSA MOREIRA, a ação declaratória incidental completa o sistema da coisa julgada, como um contrapeso para a regra de que as questões prejudiciais àquela não se submetem, lançando ainda a “derradeira pá-de-cal” sobre a tese ampliativa de seus limites objetivos.¹⁰³

Sem embargo, é fundamental lembrar que a doutrina processual reservou ao objeto da ação declaratória incidental a questão prejudicial juridicamente considerada, ou seja, aquela que pudesse ser por si só objeto de um processo declaratório independente.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

¹⁰¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. **Temas de direito processual**, 1977, p. 94.

¹⁰² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. **Temas de direito processual**, 1977, p. 94.

¹⁰³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. **Temas de direito processual**, 1977, p. 95.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação Declaratória Incidental**. São Paulo, v.7, 1972, p. 18.

É dizer, a declaração incidental só poderia ser intentada nos casos abrangidos pela previsão do art. 4 do CPC de 1973, que assegurava o interesse para ajuizar demanda pretendendo a declaração sobre a existência ou inexistência de relação jurídica e sobre a autenticidade ou falsidade de documento. Rejeitava-se, assim, a possibilidade de ação declaratória incidental sobre a verdade dos fatos, por que esta não se adequava ao conceito tradicional de questão prejudicial.

3 O COLLATERAL ESTOPPEL E A ISSUE PRECLUSION DO DIREITO NORTE AMERICANO

Superado o exame dos limites da coisa julgada no direito italiano e no direito brasileiro anterior à vigência do Código de Processo Civil de 2015, com o objetivo de concretizar a proposta comparativa do presente trabalho, propõe-se a investigação do sistema processual do *common law*, sobretudo do inglês e norte-americano.

Propõe-se, inicialmente, um resgate histórico das origens do *collateral estoppel*, desde o direito inglês, até atingirmos o atual panorama do regime de preclusões do direito estadunidense.

3.1 BREVE HISTÓRICO: DO ESTOPPEL BY RECORD À ISSUE PRECLUSION DO DIREITO NORTE-AMERICANO

Diante da ausência do instituto da coisa julgada, o *common law* inglês encontrou no sistema de *pleadings*¹⁰⁵ e nos *records* da *Court of King's*, a base para algo semelhante ao efeito preclusivo do procedimento já presente no direito germânico¹⁰⁶, o que, nos anos 1300, pelo trabalho das *Courts of King's*, veio a ser denominado *estoppel by record*.

No procedimento aplicado no direito inglês no período compreendido entre a Conquista Normanda da Inglaterra, no século XI, até as reformas do século XIX, usualmente chamado de *common law pleading*, eram as partes que assumiam o papel de destaque no processo¹⁰⁷. Estas deveriam formular os tópicos em debate

¹⁰⁵ "Perhaps the most important divergence so far as concerns our subject of *pleading* is that under the continental system the principle termed that of "*orality*," (oral allegations) is followed, while under our own since an early time the principle of *documentation*, or written pleadings, is followed." (CLARK, Charles E. History, systems and functions of pleading. **Virginia Law Review**, 1925, p. 523);

¹⁰⁶ O direito germânico a que se refere era reputado completo sem o efeito preclusivo que hoje se atribui à coisa julgada. A ausência de um mecanismo que tornasse imutável o julgamento final era suprida pela estabilidade que se atribuía ao estado de coisas resultado da discussão da controvérsia no processo (*sachverhalt*), através de documentos das Cortes que registravam os *acta* ao longo do procedimento. SEELMANN, Walter. Der Rechtszug im älteren deutschen Recht. 1911. In: MILLAR, Robert Wyness. The historical relation of estoppel by record to res judicata. **Illinois Law Review of Northwestern University**, vol. 35, 1940, p. 42. Tradução livre do original: "in adjudged matters, under the Frankish law as under the other Germanic systems, a new proceeding and a new decision were always possible and permissible.

¹⁰⁷ Nesse sentido: "It was thought to be the glory of the system that the parties themselves would thus in advance of the trial single out and disclose the one material point as to which they were in dispute, thus eliminating all extraneous or agreed matter." (CLARK, Charles E. History, systems and functions

em seus *pleadings*, anteriormente ao conhecimento da causa pelo juízo, de modo que este receberia o processo para julgamento com as questões já previamente delineadas pelos litigantes.¹⁰⁸

Uma vez que os fatos eram transmitidos por partes leigas e a determinação de questões controvertidas se dava distante do órgão de julgamento, o que, à época, era tido como garantia da imparcialidade do juízo,¹⁰⁹ considerou-se necessário que os pontos de discussão entre as partes fossem detalhadamente elucidados e documentados antes da fase de *trials*, o que revelou um procedimento extremamente descritivo e formalista de *issue-making*.¹¹⁰

Somando-se a isso, as *Courts of King's* contavam com o sistema de *records*, documentos escritos que registravam tudo o que ocorria no ambiente do processo, cujo conteúdo passou a ter presunção de veracidade, constituindo-se como meio absoluto de prova.¹¹¹

O *estoppel*, assim, consubstancia-se em um princípio próprio do *common law* inglês, de raiz germânica, que impedia que as partes se opusessem à uma condição que criaram ou colaboraram para a criação do longo do procedimento, a partir da noção de boa-fé objetiva.¹¹² Em outros termos, visa impossibilitar alguém

of pleading. **Virginia Law Review**, 1925, p. 526).

¹⁰⁸ Acerca do tema, complementa Charles E. CLARK que cada parte deve responder ao argumento anterior de seu adversário, quer negando, ou afirmando e adicionando novo assunto (confessando, por exemplo), até se chegar finalmente a uma etapa do processo em que um lado afirmou e outro negou todos os pontos materiais no caso, desta forma, determinando as questões controversas. (CLARK, Charles E. History, systems and functions of pleading. **Virginia Law Review**, 1925. p. 526).

¹⁰⁹ CLARK, Charles E. History, systems and functions of pleading. **Virginia Law Review**, 1925. p. 526.

¹¹⁰ Segundo Millar, fora das Cortes do common law, o princípio do estoppel by record não encontrou reconhecimento, pelo simples motivo de faltar-lhe instrumento de aplicação. O sistema de pleadings foi considerado ferramenta imprescindível para a aplicação do instituto, a fim de tornar imutáveis as premissas do julgamento, de modo que, em outros sistemas, as premissas só poderiam vir a constituir questões incontroversas pelo maior ou menor grau de extensão do instituto da res judicata (MILLAR, Robert Wyness. The historical relation of estoppel by record to res judicata. **Illinois Law Review of Northwestern University**, vol. 35, 1940, p. 56)

¹¹¹ VERBIC, Francisco. La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente de la Republica Argentina. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 167, p. 187-229, jan. 2009. Visto como um meio de prova oral no começo, o *record* adquire, rapidamente, a forma escrita, a partir do momento em que os membros que compunham a Court of Kings, objetivando evitar os riscos de imprecisão ou de esquecimento, habituam-se a anotar, por conta própria, os principais pontos dos julgamentos e até dos simples procedimentos de que participavam. Nesse sentido também: BIANCHI, Leonardo. Da cláusula de estoppel e sua dinâmica na esfera dos negócios jurídicos privados. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 24, p. 54-78, dez. 2005.

¹¹² "In other words, its actuating motive was the inability of the party to recede from a condition which he had created or cooperated in creating. (...) Under its operation the factor of preclusion was not the judgment but the allegation or admission of the party in the judgment-proceeding, which he was not allowed to contradict." (MILLAR, Robert Wyness. The premises of the judgement as res judicata in continental and anglo-american law. **Michigan Law Review**, v. 39, n 2, 1940, p. 238).

de afirmar ou negar algo conflitante com sua própria conduta anterior, coibindo comportamentos contraditórios em juízo¹¹³ – ainda que em outro processo –, cuja identificação se tornava plenamente tangível por força dos registros do ocorrido no processo e das afirmações e admissões das partes nos *pleadings*.¹¹⁴

Sobre os limites dessa modalidade de preclusão, ROBERT MILLAR esclarece que esta se estendia a todos os temas debatidos em juízo, pois resultado das alegações e discussões feitas pelas partes ao longo do processo, bem como às admissões feitas pelo litigante sucumbente na demanda, precluindo quaisquer alegações em sentido contrário.¹¹⁵

Uma vez que operava sobre a conduta das partes registrada no processo, a preclusão também incidia quando uma delas deixava de apresentar defesa às alegações da contraparte e o julgamento se dava por *default*. E isso ocorria pois a preclusão não dependia da efetiva discussão pelas partes sobre determinada questão ou de decisão acerca de um ponto controverso¹¹⁶, mas tão somente do que se pudesse extrair da atuação dos litigantes no processo: e, nesses casos, o silêncio da parte significava a concordância tácita quanto às alegações proferidas pela parte contrária.

Note-se que não era a decisão da Corte que tinha seu conteúdo atingido pela preclusão. O efeito preclusivo operava somente sobre o conteúdo das alegações e admissões no primeiro processo e não sobre a decisão em si. MILLAR elucida o funcionamento do princípio atestando que a imutabilidade atinge o processo, os *pleadings*, os argumentos das partes e a produção de provas, e não

¹¹³ Lord Coke, em suas instituições, afirma que o termo estoppel teria origem francesa na palavra estoupe, e era assim chamada pois os atos e admissões de um homem no processo serviriam como uma estopa em sua boca, de modo que não poderia recuar e manifestar-se em sentido contrário ao que anteriormente havia afirmado ou simplesmente admitido no processo (STONER, Gordon. Pleading Estoppel. **Mich. L. Rev.**, v. 9, 1910, p. 484).

¹¹⁴ Odgers aponta esta como uma das funções do sistema de pleadings: “It is desirable to place on record what are the precise questions raised in the action, so that the parties or their successors may not fight the same battle over again”. (ODGERS, W. Blake. **The Principles of Pleading and Practice in Civil Actions in the High Court of Justice**. Read Books Ltd., 2013, p. 189.)

¹¹⁵ “The estoppel thus extended to every material issue decided by the verdict, for the issues obviously were the product of party-acts, viz., the allegations. And provided that the verdict had been found against the admitting party, the estoppel extended also to every material admission, tacit or otherwise, occurring in the pleadings, to the extent of foreclosing, in the later suit, any allegation contrary to that admission” (MILLAR, Robert Wyness. The premises of the judgement as res judicata in continental and anglo-american law. **Michigan Law Review**, v. 39, n 2, 1940, p. 239).

¹¹⁶ Na mesma época, nas Cortes Eclesiásticas inglesas, um dos tipos de Corte de Equity, às quais o *estoppel* era estranho e onde vigorava a *res judicata*, não poderia haver preclusão sobre questões quando ocorria *judgement by default*. O leading case acerca do tema é o Caso Bouchier v. Taylor, de 1776.

por força do princípio da coisa julgada, mas por força da restrição à contradição dos registros do processo anterior a partir da ideia do *estoppel*, como uma vedação ao *venire contra factum proprium*.¹¹⁷

O *estoppel*, portanto, em sua forma original, aperfeiçoado através dos *records* das Court of King's, dependia do sistema de *pleadings* e da atuação das partes no processo, de onde era possível extrair quase que irrestrita conclusividade sobre as questões postas em discussão, impedindo que as partes ou seus sucessores rediscutissem pontos sobre os quais já tivessem tido a oportunidade de se posicionar.

A partir da interferência da ideia romana de *res judicata* através das Cortes Eclesiásticas na Inglaterra, no entanto, a preclusão sobre questões se desprende da ideia original de proibição de comportamentos contraditórios e se aproxima das razões utilitárias da própria coisa julgada¹¹⁸.

Diante da grande influência romana, sobretudo no que se refere ao período da *cognitio extraordinaria*, o direito praticado nas Cortes Eclesiásticas, com o enfoque não mais voltado para a formulação de questões pelas partes, mas para a atividade decisória do juiz, cria o ambiente propício para o desenvolvimento do instituto romano da coisa julgada, em paralelo ao *estoppel* já consolidado.¹¹⁹

Se no início bem conviveu a doutrina do *estoppel* com a recém chegada ideia de coisa julgada, assumindo a primeira a função de proibir comportamentos contraditórios e a segunda propriamente a de proteger a imutabilidade do julgado, a evolução dos conceitos ao longo dos séculos se deu de forma muito complexa e acidentada.¹²⁰ A incorporação do princípio do *estoppel by record* ao princípio

¹¹⁷ MILLAR, Robert Wyness. The historical relation of estoppel by record to res judicata. **Illinois Law Review of Northwestern University**, vol. 35, 1940, p. 53.

¹¹⁸ Para uma análise a fundo da influência da coisa julgada romana na jurisdição do território inglês e as decisões dos tribunais que incorporaram o princípio, ver: FACHINELLO, João Antonio Tschá. Do estoppel by record à issue preclusion: a transladação da preclusão sobre questão do direito inglês ao norte-americano. **Revista de Processo Comparado**, v. 7/2018, p. 195-223, 2018.

¹¹⁹ FACHINELLO, João Antonio Tschá. Do estoppel by record à issue preclusion: a transladação da preclusão sobre questão do direito inglês ao norte-americano. **Revista de Processo Comparado**, v. 7/2018, p. 195-223, 2018.

¹²⁰ "In the Anglo-American law the question of the preclusive effect of the premises of the judgment is attended with vastly more difficulty than under any of the Continental systems. The difficulty is due not only to the number of independent jurisdictions dealing with the subject and the resultant occasion for very considerable divergency of view, but also, and in an important degree, to the existence of the common-law principle of estoppel by record as an institution historically distinct from the Roman-derived principle of res judicata, and the latter-day failure properly to appreciate the relationship between the two." (MILLAR, Robert Wyness. The premises of the judgement as res judicata in continental and anglo-american law. **Michigan Law Review**, v. 39, n 2, 1940, p. 238.)

paralelo foi um fenômeno inevitável e teve sua concretização por volta dos anos 1800¹²¹.

A primeira manifestação da comunicação entre as doutrinas foi a influência da coisa julgada no que se refere à necessidade do julgamento final da demanda para a operabilidade do *estoppel*.

Pouco depois do advento da coisa julgada no direito inglês – especificamente no início do século XIII – a ocorrência dos efeitos do *estoppel* passou a depender da chancela do julgamento final da *claim*. De tal forma, ainda que preservada a singularidade de cada um dos princípios, a influência romana afetou a concepção primitiva do *estoppel by record*, tornando-o inativo e inaplicável quando ausente o julgamento.¹²²

O simples fato de que a eficácia do princípio do *estoppel* dependia da definitividade que se atribuía ao julgamento tornava-o, por si só, incompleto. O caso que não fosse a *trial*, portanto, não externalizaria qualquer efeitos para fins preclusivos, uma vez que “a parte não estaria impedida de rediscutir a questão por força de seus atos ou declarações, mas por força unicamente do julgamento”.¹²³

A essencialidade do julgamento, inevitavelmente, levou as Cortes e também a doutrina a se referirem ao fenômeno como *estoppel by judgement*¹²⁴, ou seja, uma preclusão por força do julgamento, curiosamente semelhante à própria noção de *res judicata*.

O instituto da coisa julgada ou *res judicata*, que sempre se limitou ao julgamento sobre o pedido, passa a acobertar também as premissas do julgamento (algo próprio do *estoppel*), os “*grounds of decision*”.

À vista disso, em virtude dessa convivência dos dois institutos, o *estoppel* perdeu justamente a nota que o caracterizava, qual seja, a incidência sobre as declarações e atuações das partes, úteis à construção da solução da demanda. Ao voltar-se para o julgamento, o *estoppel* passou a ser referido como *estoppel by*

¹²¹ “And assimilation of the common-law principle of estoppel by record to the preclusion effected by its parallel has been an inevitable process.” (MILLAR, Robert Wyness. The historical relation of estoppel by record to res judicata. **Illinois Law Review of Northwestern University**, vol. 35, 1940, p. 57)

¹²² MILLAR, Robert Wyness. The historical relation of estoppel by record to res judicata. **Illinois Law Review of Northwestern University**, vol. 35, 1940, p. 54.

¹²³ MILLAR, Robert Wyness. The historical relation of estoppel by record to res judicata. **Illinois Law Review of Northwestern University**, vol. 35, 1940, p. 54.

¹²⁴ MILLAR, Robert Wyness. The historical relation of estoppel by record to res judicata. **Illinois Law Review of Northwestern University**, vol. 35, 1940, p. 55.

judgment, exercendo a função de proteção do conteúdo das decisões, à identidade do que se propõe a doutrina da *res judicata*, o que nos leva a identificar nos referidos princípios duas vertentes de uma mesma doutrina.¹²⁵

3.2 A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO PREJUDICIAL NO DIREITO NORTE-AMERICANO: *ISSUE PRECLUSION*

Sobre o *estoppel by judgment*, em particular, as decisões dos tribunais ingleses influenciaram em muito a jurisprudência das cortes norte-americanas: a tradição romana fez com que o marco para a verificação da estabilidade sobre questões no direito inglês fosse justamente o julgamento final da demanda, não mais o comportamento das partes¹²⁶. Nesse sentido, admite-se hoje a importância histórica do *estoppel*, como decorrência dos *records*, mas é certo dizer que este já se encontra substancialmente diluído na própria noção de *res judicata*.¹²⁷

Nos Estados Unidos, portanto, doutrina e jurisprudência passaram a tratar a *res judicata* como princípio maior em que atuavam a *claim preclusion* (*res judicata* em sentido estrito) e a *issue preclusion* (também chamada *collateral estoppel*, remanescente do *estoppel* inglês). Por vezes se define o *collateral estoppel* como uma “*res judicata* parcial”,¹²⁸ ou ainda como apenas uma faceta do princípio mais genérico da coisa julgada.¹²⁹

O uso dos termos, sem embargo, ainda é frequentemente acometido por imprecisão. EDWARD CAVANAGH afirma que o vocábulo *res judicata* é usualmente

¹²⁵ VERBIC, Francisco. La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente de la Republica Argentina. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 167, p. 187-229, jan. 2009.

¹²⁶ In America the several streams of English doctrine disclosed at the opening of the nineteenth century have variously mingled their waters, giving rise at the same time to minor effluents whose channels have been dug by the exigencies of the multiform situations, procedural and otherwise, in which the question of conclusiveness has arise.” (MILLAR, Robert Wyness. The premises of the judgement as *res judicata* in continental and anglo-american law. **Michigan Law Review**, v. 39, n 2, 1940, p. 253.)

¹²⁷ Nesse sentido, comenta Millar: “The whole field of preclusion attendant upon judicial determination should be dealt with under the head of *res judicata*. In substance it has become absorbed by the principle of *res judicata*.” (MILLAR, Robert Wyness. The premises of the judgement as *res judicata* in continental and anglo-american law. **Michigan Law Review**, v. 39, n 2, 1940, p. 262)

¹²⁸ “Collateral estoppel falls into the category of partial *res judicata* because its binding effect is limited to certain of the issues formerly in dispute, rather than extending to the entire controversy”. (ROSENBERG, Maurice. Collateral Estoppel in New York. **John's L. Rev.**, v. 44, 1969, p. 166.)

¹²⁹ “Collateral estoppel, despite its development quite apart from the other aspects of *res judicata*, seems now to be classified as only a facet of the broad generic concept” (POLASKY, Alan N. Collateral Estoppel-Effects of Prior Litigation. **Iowa L. Rev.**, v. 39, 1953, p. 217)

utilizado para se referir a esses dois conceitos diferentes¹³⁰, de maneira que as Cortes costumam falhar em individualizar os dois aspectos da doutrina.¹³¹ A confusão, ao que parece, seria fruto da influência retratada até então que a doutrina da *res judicata* exerceu sobre o *estoppel*.¹³²

A lógica da *former adjudication*, incorporada pela doutrina norte-americana e retratada no *Restatement of Judgments* é, sem dúvida, a melhor forma de explicar todo o fenômeno sem incorrer em imprecisões terminológicas¹³³. A disciplina da *former adjudication* se baseia na máxima da finalidade das discussões e da necessidade de pôr fim aos litígios, de modo que quando um sujeito vai à juízo e exerce sua pretensão ou defesa, tem uma única chance de fazê-lo (*bite the apple*), não podendo relitigar a mesma questão por mais de uma oportunidade.¹³⁴

Para AUSTIN SCOTT, o propósito do preceito no direito norte-americano tomou como base razões de política pública:¹³⁵ é de interesse do Estado por fim às controvérsias, otimizando a economia processual e contribuindo para a redução do dispêndio de recursos pelo Poder Judiciário, além de evitar riscos de instabilidade e incerteza quanto à solução de questões de fato e direito. No mesmo sentido, além de aludir à eficiência da atuação da Jurisdição como um dos fundamentos da proibição à rediscussão, GEOFFREY HAZARD aponta razões de caráter epistemológico e institucional, de modo que o resultado da atividade jurisdicional, legitimada por um procedimento socialmente aceito, é, por escolha política, algo que tem autoridade e

¹³⁰ CAVANAGH, Edward D. Issue preclusion in complex litigation. **St John's University School of Law**, paper, September 24, 2012, p. 860.

¹³¹ ROSENBERG, Maurice. Collateral Estoppel in New York. **John's L. Rev.**, v. 44, 1969, p. 166.

¹³² FACHINELLO, João Antonio Tschá. Do estoppel by record à issue preclusion: a translação da preclusão sobre questão do direito inglês ao norte-americano. **Revista de Processo Comparado**, v. 7/2018, p. 195-223, 2018.

¹³³ "While the term "res judicata" has been used to encompass both claim preclusion and issue preclusion, it is more proper to use the term res judicata only to refer to claim preclusion. While, as noted above, the doctrine of collateral estoppel is one aspect of the concept of res judicata. In modern usage, however, the two terms have distinct meanings." (CAVANAGH, Edward D. Issue preclusion in complex litigation. **St John's University School of Law**, paper, September 24, 2012, p. 860.)

¹³⁴ O entendimento prevelece nas cortes estadunidenses desde as primeiras decisões sobre preclusão sobre questão, sendo bem identificado no recente caso *Ute Indian Tribe vs. Utah*: "At least as to parties with whom the State has litigated and lost, the State is not free to "litigat[e] the same issue arising under virtually identical facts against the same party" over and over again until it obtains a more favorable result. While the res judicata and collateral estoppel doctrines do not carry the compelling force of a constitutional requirement, the common wisdom that litigants are rightfully entitled to have but *one* 'bite of the apple' reflects the important societal values intrinsic in the *finality* of court judgments (...)". *Ute Indian Tribe v. Utah*, 935 F. Supp. 1473, 1513-14 (D. Utah 1996).

¹³⁵ SCOTT, Austin Wakeman. Collateral Estoppel by judgment. **Harvard Law Review**, v. 56, n. 1, 1942. p. 1. Nesse sentido também, Rosenberg: "At the core of res judicata is the idea that society's interests are better served by foreclosing repetitious litigation than by permitting litigants to show that the truth is otherwise than as found or assumed in a prior action." (ROSENBERG, Maurice. Collateral Estoppel in New York. **John's L. Rev.**, v. 44, 1969, p. 166)

que deve, via de regra, prevalecer.¹³⁶

Embora preponderantes os objetivos públicos voltados à administração da justiça, a proposta de pôr fim aos litígios também compreende a finalidade de não submeter um sujeito à rediscussão interminável de determinada questão, de forma a promover segurança jurídica aos litigantes¹³⁷. Nesse sentido, ADAM POLASKY aponta que, do ponto de vista individual, a doutrina da *former adjudication* também se presta a possibilitar que os litigantes “sigam suas vidas”, sem medo de intermináveis “vexações” decorrentes da relitigância de uma mesma questão.¹³⁸

Em termos práticos, a doutrina da *former adjudication* atua tanto por força da *claim preclusion*, à semelhança do que se conhece por “coisa julgada” nos sistemas romano-germânicos¹³⁹, operando sobre a causa de pedir, quanto da *issue preclusion*, a preclusão sobre as questões.

Sem embargo, cumpre observar, como adianta RICHARD HUNTER,¹⁴⁰ que há diferença entre os efeitos de um julgamento sobre um caso posterior que apresente identidade de causa de pedir e outro de causa de pedir diversa.

No primeiro caso, tratando-se de causas de pedir idênticas, hipótese em que atua a *claim preclusion*, a conclusividade do julgamento acerca do mérito opera sobre o conflito *in natura*, de modo que a proibição se estende não só às questões alegadas pelas partes, mas a todas aquelas capazes de sustentar a causa de pedir de maneira ampla, na lógica do deduzido-dedutível.¹⁴¹ A preclusão, nesse caso, se estende apenas à uma mesma *claim*, sem prejuízo da possibilidade de rediscussão

¹³⁶ “The ultimate reason why the court's ipse dixit prevails is because the pronouncement is ex officio and the political sovereign has said through organic law that judicial pronouncements shall prevail.” (HAZARD JR., Geoffrey. Preclusion as to issues of law: the legal system's interest. **Iowa Law Review**, v. 70, p. 82). No mesmo sentido, Robert Casad e Kevin Clermont afirmam que a doutrina da *issue preclusion* tem como premissa a noção de que uma Corte é tão capaz de decidir uma questão em juízo como é qualquer outra Corte no território, e que, uma vez que as questões são resolvidas após um processo de adjudicação complete, as questões não deveria ser novamente reabertas a discussão pelas partes em qualquer outra Corte. (CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. **Res judicata: a handbook on its theory, doctrine, and practice**. Carolina Academic Press, 2001, p. 112).

¹³⁷ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 183.

¹³⁸ POLASKY, Alan N. Collateral Estoppel-Effects of Prior Litigation. **Iowa L. Rev.**, v. 39, 1953, p. 220

¹³⁹ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: Juspodivm, 2013, p.184.

¹⁴⁰ HUNTER, Richard S. Supreme Court of the United States. Charles T. Cromwell v. The County of Sac. **The American Law Register** 25, n. 12, 1877, p. 722.

¹⁴¹ Sobre a lógica do deduzido-dedutível, no contexto italiano, explica Taruffo: “sia rispetto alle questioni effettivamente dibattute e decise, sia rispetto a quelle che avrebbero potuto esserlo come presupposto necessario della decisione sulla cause of action dedotta in giudizio” (TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni. I **Rivista di Diritto Processuale**, anno XXVI, n. 4, 1971, p. 655)

das questões quando inseridas em causas de pedir distintas.

A preclusão sobre a *claim* se efetiva através dos fenômenos de *merge* e *bar*, conforme ensina FRANCISCO VERBIC: o primeiro se aplica quando o autor vence o primeiro processo, e por isso se considera que sua pretensão se torna parte do próprio julgamento, incorpora-se a ele, de modo que não pode alcançar resultado diverso do já obtido; enquanto que o segundo conceito se utiliza quando o autor é derrotado e portanto está impedido, ou “barrado”, de relitigar a mesma *claim* em novo processo.¹⁴²

Por outro lado, o instituto da *issue preclusion* não proíbe a repetição integral do litígio, mas torna preclusas apenas certas questões (*issues*) resolvidas em processo anterior¹⁴³. Na apreciação de uma ação posterior, de causa de pedir distinta e entre os mesmos litigantes, o julgamento da primeira ação opera com força preclusiva em relação àquelas questões controvertidas, que foram efetivamente “determined and litigated” entre as partes ao longo do processo, impedindo a rediscussão da questão já resolvida.

A distinção entre *claim* e *issue preclusion* foi de início feita em território estadunidense no caso *Cromwell v. County of Sac*, decidido em 1887 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, bastante influenciada pelas mais tardias decisões inglesas¹⁴⁴. No caso, depois de expor a regra de que quando a segunda ação tem mesma causa de pedir que a primeira o julgamento é conclusivo quanto a qualquer motivo que tenha sido ou possa ter sido adiantado dentro do processo, a Corte, pelo Justice Field, ensina que questões efetivamente discutidas e decididas restam preclusas para quaisquer litígios futuros, mesmo aqueles de diferentes causas de pedir:

But where the second action between the same parties is upon a different claim or demand, the judgment in the prior action operates as an estoppel only as to those matters in issue or points controverted, upon the

¹⁴² Esclarece a diferença o autor: “Ambos difieren sólo en que el primero se aplica cuando el actor ha vencido en el primer proceso, y por ello se considera que su segunda acción ha resultado “fundida en” o “absorbida por” la primera; mientras que el segundo concepto se utiliza cuando el actor ha sido derrotado, y por tanto se dice que tal resultado “impide” o “prohíbe” la posibilidad de seguir adelante con el nuevo proceso.” (VERBIC, Francisco. La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente de la Republica Argentina. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 167, p. 187-229, jan. 2009).

¹⁴³ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 194.

¹⁴⁴ Dentre as decisões citadas no acórdão, tem-se *Outram v. Morewood*, *Duchess of Kingston’s Case* e *Howlett v. Tarte*. Disponíveis em: <https://h2o.law.harvard.edu/collages/3227>.

determination of which the finding or verdict was rendered. In all cases, therefore, where it is sought to apply the estoppel of a judgment rendered upon one cause of action to matters arising in a suit upon a different cause of action, the inquiry must always be as to the point or question actually litigated and determined in the original action, not what might have been thus litigated and determined. Only upon such matters is the judgment conclusive in another action.¹⁴⁵

Em outra oportunidade, no caso *Mining. Co* (1895), a Suprema Corte tomou posição muito mais temerária, à semelhança do que faziam as Cortes de *estoppel* na Inglaterra no início dos anos 1800, admitindo a preclusão sobre questões mesmo sem efetiva discussão, quando o julgamento se resolvia por *default*. O argumento seria de que o julgamento é conclusivo em relação à todas questões alegadas e não contestadas pela outra parte, com base na presunção de que tais questões seriam verdadeiras.¹⁴⁶

Entretanto, a posição adotada no Caso *Mining Co.* foi posteriormente refutada no *Restatement Second*¹⁴⁷ e optou-se por uma doutrina mais restritiva e comedida da preclusão sobre as questões. Como se afirmou no caso *Cromwell v. County of Sac*, a *issue preclusion*, em relação à *claim preclusion*, assume papel mais fraco na realização dos propósitos da doutrina da *former adjudication*: o instituto não se volta a dizimar o litígio, mas tende a estreitar seu campo de discussão prevenindo a relitigância de certas questões. A política de pôr fim aos litígios, no caso da *issue preclusion*, tem portanto menor “força persuasiva”, do que resulta uma aplicação da preclusão sobre questão bem mais contida pelos tribunais.¹⁴⁸

É possível ainda que o interesse do Estado pelo fim dos litígios, certas vezes, não seja compatível com a vontade das partes de efetivamente ver uma questão no processo decidida de uma vez por todas.¹⁴⁹ Mesmo que o *estoppel* tenda à fazer incidir a preclusão sobre todas as questões que se colocam em *issue*, por força da doutrina da *former adjudication*, outras razões podem ser relevantes para a sua não aplicação incondicional.

¹⁴⁵ *Cromwell v. County of Sac*, 94 U. S. 351 at 356 (1876).

¹⁴⁶ SCOTT, Austin Wakeman. Collateral Estoppel by judgment. *Harvard Law Review*, v. 56, n. 1, 1942, p. 6.

¹⁴⁷ “The position of the *Restatement Second* is that the principle of issue preclusion does not preclude a party from subsequently disputing, in litigation involving another claim or cause of action, a material proposition that he admitted or failed to deny in an earlier litigation.” (HAZARD JR., Geoffrey. Preclusion as to issues of law: the legal system’s interest. *Iowa Law Review*, v. 70, p. 574)

¹⁴⁸ POLASKY, Alan N. Collateral Estoppel-Effects of Prior Litigation. *Iowa L. Rev.*, v. 39, 1953, p. 220.

¹⁴⁹ POLASKY, Alan N. Collateral Estoppel-Effects of Prior Litigation. *Iowa L. Rev.*, v. 39, 1953, p. 220.

Dentre elas aponta-se a dificuldade das partes em visualizar os efeitos que a definição sobre a questão pode trazer em litígios futuros; o alto valor ou dificuldade de produção de uma prova necessária ao deslinde da questão, o que desestimularia a parte a litigar em sua capacidade máxima; a complexidade da questão face à dimensão da causa de pedir, etc.¹⁵⁰

Com efeito, como sintetiza TARUFFO, se a preclusão pudesse operar sobre todos os pontos, discutidos ou não, o resultado seria um encargo excessivo para ambas as partes: por um lado, eles sofreriam consequências desproporcionais por optarem para um comportamento mais tímido e justificável na rápida solução da *claim*; por outro, seriam levadas a defender-se também em vista de todos os possíveis futuros litígios em que possam surgir as mesmas questões¹⁵¹.

Dessa forma, como lembra ANTONIO DO PASSO CABRAL, deve haver maiores limitações para a estabilidade no caso da *issue preclusion*, de modo que se garanta que o litigante, de fato, teve seu dia na corte e a “*full and fair opportunity*” de discutir e litigar sobre as questões que interessam às partes¹⁵². A jurisprudência consolidada nas cortes norte-americanas, portanto, coloca limites e requisitos à aplicação do instituto, afastando a interpretação realizada no caso *Mining. Co* (1895).

3.3 DOS REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA *ISSUE PRECLUSION*

Apesar de persistirem discussões acerca do tema, os tribunais estadunidenses, bem como o *Second Restatement of Judgements*, definiram os requisitos para que a resolução de questões prejudiciais ao longo de determinado processo obstasse a rediscussão em casos futuros, consolidando os contornos da

¹⁵⁰ Granting the premise that one court is normally as capable as another, there are nevertheless some good reasons why issue preclusion should not apply to every question decided in every case. Some tribunals may not actually be as adequate as a court of general jurisdiction to deal with the issues. Also, the Discovery and trail of evidence is often expensive and inconvenient, and so if the amount involved in the first action was not enough to warrant an all-out effort to prove the parties' positions, it might be unfair to hold the losing party forever bound by determinations made in that case. Sometimes all the implications of a particular issue are not known or even foreseeable at the time of the first action. CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. **Res judicata: a handbook on its theory, doctrine, and practice.** Carolina Academic Press, 2001, p. 114.

¹⁵¹ TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni. I **Rivista di Diritto Processuale**, anno XXVI, n. 4, 1971, p. 663.

¹⁵² Sobre a necessidade de garantir que a parte tenha seu dia na corte e exerça seu direito de defesa, que justifica a proibição da rediscussão, explica Richard Hunter: “Estoppel by judgement doctrine is founded upon the reasonable doctrine that where a party has had his day in court, when he has had full opportunity of establishing or refuting certain facts, those facts shall not again be drawn into controversy.” (HUNTER, Richard S. Supreme Court of the United States. *Charles T. Cromwell v. The County of Sac. The American Law Register* 25, n. 12, 1877, p. 733.)

aplicabilidade da *issue preclusion*. Além da necessidade da questão ter sido objeto de decisão final, o que a doutrina costuma se referir como “*finality*”¹⁵³, em linhas gerais, são os pressupostos da *issue preclusion*: (a) as questões devem ser idênticas; (b) a questão deve ser amplamente discutida e decidida; e (c) a questão deve ser passo necessário para o julgamento.

É nesse sentido o texto do *Restatement Second of Judgments*, § 27, nos seguintes termos: “*when an issue of fact or law is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, the determination is conclusive in a subsequent action between the parties*”.¹⁵⁴

A título comparativo, a estabilidade sobre questões no modelo de collateral estoppel, diferente dos sistemas clássicos do direito italiano e do próprio direito brasileiro, independe de que tenha havido pedido expresso de alguma das partes. Além disso, as questões determinantes sujeitas à preclusão podem ser de simples fato ou também de direito, independente da possibilidade de constituírem objeto autônomo de um processo.

3.3.1 QUESTÕES IDÊNTICAS

Primeiramente, o *Restatement* dispõe que a *issue preclusion* deve recair somente sobre as mesmas questões de fato ou de direito, sendo que estas últimas não devem ser consideradas de maneira abstrata, mas inseridas no contexto do caso concreto.

O escopo de “mesma questão” para fins de *issue preclusion* – isto é, aferir se a questão é, de fato, a mesma já antes discutida – segundo a opção do *Second Restatement*, deve ser determinado caso a caso pela análise de considerações pragmáticas relevantes para os dois interesses que se pretendem preservar, os quais devem ser balanceados retrospectivamente em cada situação concreta: de um lado, a aspiração de evitar litígios repetitivos sobre o que é essencialmente a mesma questão já discutida e, de outro, de não privar um litigante de uma defesa adequada no tribunal.¹⁵⁵

¹⁵³ CAVANAGH, Edward D. Issue preclusion in complex litigation. *St John’s University School of Law*, paper, September 24, 2012, p. 869.

¹⁵⁴ Restatement (Second) Of Judgments § 27 (1982)

¹⁵⁵ CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata*: a handbook on its theory, doctrine, and practice. Carolina Academic Press, 2001, p. 117.

Ensina LUIZ GUILHERME MARINONI que as Cortes reiteram que a questão deve ser a “mesma”, a fim de assegurar que não se proíba a manifestação sobre questões que não foram discutidas e decididas anteriormente.¹⁵⁶ Em *Trevino v. Gates*, a Corte de Apelação do Nono Circuito declarou que, para proibir a relitigação da questão com base em *collateral estoppel*, a questão sob análise deve ser idêntica (*must be identical*) àquela discutida na primeira ação¹⁵⁷

Para constatar a identidade de questões, a doutrina sugere algumas indagações a serem respondidas pelo órgão julgador: existe uma sobreposição substancial entre a evidência ou argumento em questão no segundo processo e aquele presente no primeiro? O novo argumento envolve a aplicação da mesma regra de direito sobre a questão em processo anterior? Quão estreitamente relacionadas são as causas de pedir nos dois processos?¹⁵⁸

Como exemplo, ROBERT CASAD e KEVIN CLERMONT ensinam que em um caso em que um único ato prejudica duas ou mais pessoas, a questão da negligência (culpa) do ator em relação a uma parte lesada é geralmente considerada como idêntica à questão da negligência do ator em relação à outra parte lesada, à medida em que a mesma regra de direito é aplicada e as causas de pedir se mostram relacionadas.¹⁵⁹

Os tribunais ainda tendem a flexibilizar o instituto a partir da passagem do tempo e da mudança do contexto onde se insere a questão, de forma a afastar o *estoppel* caso considere-se que as alterações nas circunstâncias fáticas justifiquem a reabertura da discussão.

Nada obstante o papel do juiz na identificação das questões já resolvidas é ônus da parte que pretende proibir a relitigação demonstrar que a questão é idêntica, conforme o precedente da Corte de Apelação do Segundo Circuito em *Kosakow v. New Rochelle Radiology Associates*.¹⁶⁰

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 57

¹⁵⁷ *Trevino v. Gates*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1996.

¹⁵⁸ CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. **Res judicata**: a handbook on its theory, doctrine, and practice. Carolina Academic Press, 2001, p. 116.

¹⁵⁹ CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. **Res judicata**: a handbook on its theory, doctrine, and practice. Carolina Academic Press, 2001, p. 121.

¹⁶⁰ “Burden of proving identity of the issue rests on the proponent of issue preclusion” (*Kosakow v. New Rochelle Radiology Associates*. United States Court of Appeals, Second Circuit, 2001).

3.3.2 QUESTÕES DISCUTIDAS E DECIDIDAS

Para a ocorrência do efeito preclusivo, ademais, a questão deve ter sido “*determined and litigated*” no processo anterior: a parte que alega a *issue preclusion* sobre determinada questão também deve demonstrar que o ponto foi discutido pelas partes e decidido pela Corte.¹⁶¹

A posição adotada pelo *Restatement Second* é a de que a doutrina da *issue preclusion* não incide sobre mera admissão no processo ou sobre questões em relação às quais as partes não puderam adequadamente se defender.

Nem o julgamento por *default* (falta de defesa), nem as transações das partes no processo ou as meras admissões sobre determinada questão, portanto, podem gerar efeitos preclusivos em litígios subsequentes de causa de pedir diversa.¹⁶² Se de um lado a admissão ou falta de defesa sobre uma questão pode ser determinante para a resolução de um processo considerado individualmente, de outro, a inércia da parte não pode exercer conclusividade sobre questão de modo a torná-la verdade absoluta diante de todos os litígios supervenientes.¹⁶³

Percebe-se, assim, que a exigência de efetiva determinação e decisão das questões exclui do campo da *issue preclusion* aquilo que era dedutível mas não foi deduzido.¹⁶⁴

Segundo CABRAL, o preenchimento do requisito depende de que as partes tenham colocado a questão em discussão (*put in issue*), o que demonstra seu interesse em incorporá-la ao debate e, em última análise, à imutabilidade.¹⁶⁵

MARINONI, a partir da interpretação realizada por DIEGO VOLPINO, afirma que basta que a questão seja objeto de contestação específica, tornando-a controversa e ponto de discussão entre as partes. Para o autor, não se exige a caracterização de

¹⁶¹ SCOTT, Austin Wakeman. Collateral Estoppel by judgment. **Harvard Law Review**, v. 56, n. 1, 1942, p. 2.

¹⁶² POLASKY, Alan N. Collateral Estoppel-Effects of Prior Litigation. **Iowa L. Rev.**, v. 39, 1953, p. 226.

¹⁶³ Por outro lado, como se admitia nas decisões anteriormente analisadas na Inglaterra, “in a pleading system where matters are “distinctly put in issue,” it makes sense to say that if a proposition is clearly asserted, and if a party is called upon solemnly to admit or deny the proposition, and if the stakes are high enough to assure that the party is serious in dealing with the issue, and if the party then admits or fails to deny the proposition, then he ought to be estopped from controverting it on some other occasion, particularly if that other occasion involves essentially the same transaction” (HAZARD JR., Geoffrey. Preclusion as to issues of law: the legal system’s interest. **Iowa Law Review**, v. 70, p. 574)

¹⁶⁴ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 198.

¹⁶⁵ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 198.

grandes esforços argumentativos e probatórios dos litigantes, de modo que “se entende que uma questão é discutida ainda que, por exemplo, a parte não tenha requerido a produção de provas que, em tese, poderiam lhe trazer benefício”.¹⁶⁶

Segundo a doutrina norte-americana, é suficiente que haja a controvérsia sobre uma questão, que se dá com a contestação específica do fato ou direito alegado, a possibilidade de discuti-la em contraditório e uma decisão definitiva dada pelo órgão julgador competente. Como esclarecem CASAD e CLERMONT, não se deve imaginar que o “actually litigated and decided” pressuponha necessariamente puxadas de cabelo e dentes voando sobre a Corte.¹⁶⁷

3.3.3 QUESTÕES ESSENCIAIS

Outrossim, a *issue preclusion* somente opera sobre as questões cuja decisão é tida como essencial à decisão final da lide. A doutrina norte-americana costuma afirmar que o efeito preclusivo se estende apenas à questões que se mostrem determinantes e que constituam motivos fundamentais, passos necessários, ao veredito da Corte sobre a *claim*.¹⁶⁸

O requisito justifica-se porque o foco do debate tende concentrar-se nestas questões mais relevantes, e não em aspectos laterais da litigância. Funciona, portanto, como uma garantia para as partes de que a estabilidade não se formará sobre elementos por elas considerados secundários ou de menor importância, ou seja, aqueles decididos ao longo do processo mas que nada interferem no resultado final do julgamento¹⁶⁹. Além disso, também a atividade do juiz costuma concentrar-se nas questões essenciais, aquelas que possam alterar seu entendimento e, por conseguinte, o desfecho do processo.¹⁷⁰

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 62.

¹⁶⁷ CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. **Res judicata: a handbook on its theory, doctrine, and practice**. Carolina Academic Press, 2001, p. 124.

¹⁶⁸ VERBIC, Francisco. La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente de la Republica Argentina. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 167, p. 187-229, jan. 2009; TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni. I **Rivista di Diritto Processuale**, anno XXVI, n. 4, 1971, p. 672.

¹⁶⁹ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 190.

¹⁷⁰ Nesse sentido, é pertinente o esclarecimento de Robert Casad e Kevin Clermont: “The rule explained on the ground that such a determination, being unnecessary or imaterial to the judgment rendered in the case, does not bear sufficient assurance of correctness to warrant giving it issue preclusion effect. Nothing ultimately turned on it, so the litigants may not have done their best. It might

A essencialidade das questões se aproxima muito da noção de previsibilidade (*foreseeability*), ou seja, da possibilidade das partes preverem que a questão poderá ser invocada e não mais discutida em futuros litígios. Os litigantes devem ter plena consciência das eventuais consequências que podem derivar de uma sentença de mérito¹⁷¹. E tal previsibilidade se realiza pela ideia da essencialidade da questão ao julgamento, uma vez que é sobre as questões centrais e fundamentais que as partes e o juiz dedicam maior esforço e atenção, antevendo que a rediscussão da questão poderá ser obstada futuramente.

Ademais, a conclusão contra a parte vencedora no processo sobre uma das questões seria sempre irrelevante para o julgamento, de modo que sobre ela não deveria recair a preclusão.¹⁷² Assim, se o tribunal especificamente considerar em um caso de acidente que a culpa pode ser atribuída tanto ao demandante quanto ao réu, e o autor sucumbir na demanda, a determinação da culpa do réu não teria qualquer efeito preclusivo: não foi questão essencial para o julgamento de improcedência e a preclusão, portanto, não incidiria.

Ainda, segundo MARINONI, o *Second Restatement* nega a preclusão quando mais de uma questão é capaz de justificar individualmente o julgamento. Uma vez que existem fundamentos alternativos que poderiam apoiar de forma independente o julgamento anterior, entende-se que não seriam em si mesmos essenciais e, portanto, sobre nenhum deles recairia o foco da atividade processual do juiz e das partes.¹⁷³

not have received the court's most careful consideration. An additional justification for not extending issue preclusion effect is that often the party against whom the finding or conclusion was made could not appeal or had no incentive to appeal". (CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. **Res judicata: a handbook on its theory, doctrine, and practice.** Carolina Academic Press, 2001, p. 128).

¹⁷¹ VERBIC, Francisco. La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente de la Republica Argentina. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 167, p. 187-229, jan. 2009.

¹⁷² Nesse sentido, Austina Scott afirma: "A) Where the judgment rendered necessarily involves a determination of all the issues in favor of the party for whom it is given, the judgment is, of course, determinative of all the issues. B) Where judgment is given for a party on two alternative grounds, and either of which is sufficient to support the judgment, (...) it is likewise conclusive as to both grounds in a subsequent action brought by the defendant against the plaintiff involving one or both of these grounds C) The situation is different where the defendant puts in two defenses and there is a finding for him on one of them but for the plaintiff on the other, and judgment is given for the defendant. In such a case the finding for the defendant is conclusive, but the finding for the plaintiff is not conclusive, since it is in no way essential to the result reached by the judgment. The finding against the successful party on one of the issues is irrelevant to the judgment. "(SCOTT, Austin Wakeman. *Collateral Estoppel by judgment.* **Harvard Law Review**, v. 56, n. 1, 1942, p. 11-12.)

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão.** 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. P. 64-66. O autor cita em sua obra decisão que ilustra a impossibilidade de haver preclusão quando mais de uma questão é capaz de justificar, por si só, o julgamento: "it is well established that

Por fim, vê-se que os requisitos apresentados evidenciam justamente a transformação que o instituto da preclusão sobre questão sofreu ao longo dos anos, tornando-se verdadeira questão de interesse público: pretende-se que a preclusão recaia sobre as questões que foram objeto de discussão e decisão pelo órgão estatal, de modo a evitar a rediscussão desnecessária sobre questões já apreciadas pelo poder responsável pela resolução de litígios.

although an issue was fully litigated and a finding on the issue was made in the prior litigation, the prior judgment will not foreclose reconsideration of the same issue if that issue was not necessary to the rendering of the prior judgment. The reason for this rule is twofold. The same two considerations are present in the case (as here) of the conclusiveness of a prior judgment which is based on more than one alternative, independent ground.” (Halpern v. Schwartz, United States Court of Appeals, Second Circuit, 426 F.2d 102, 1970)

4 OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO NOVO CPC

Diante da expansão dos estudos acerca da coisa julgada sobre questões prejudiciais desenvolvidos no Brasil antes da promulgação do Novo Código, tais como as obras de BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES¹⁷⁴, LILIAN PATRUS MARQUES¹⁷⁵, TERESA ARRUDA ALVIM¹⁷⁶ e MARÍLIA ZANELLA PRATES, ANTONIO GIDI E JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER¹⁷⁷, a doutrina passou a manifestar opiniões divergentes acerca da utilidade deste modelo.

O Código de Processo Civil de 2015, diante da discussão doutrinária, alterou

¹⁷⁴ Sobre o tema, se manifestou Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes: “imperioso que o legislador brasileiro abandone a opção de restringir a coisa julgada ao dispositivo da sentença e, na esteira dos diversos ordenamentos estrangeiros que se inspiraram no colateral estoppel, estenda a coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão”. (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 130).

¹⁷⁵ Segundo Lilian Patrus Marques, “A melhor proposta nesse sentido é a que transporta o regramento estadunidense referente ao instituto da issue preclusion para o ordenamento brasileiro. A doutrina da issue preclusion adota determinados requisitos que garantem a imunização pela coisa julgada apenas de questões decididas com cognição exauriente e sobre a qual as partes tenham se debruçado vigorosamente, com exercício exaustivo do contraditório. Embora a solução adotada pela issue preclusion seja irrepreensível do ponto de vista da técnica processual, ela apresenta alguns inconvenientes práticos que desaconselham sua transposição para o direito brasileiro. Seus requisitos devem ser analisados sempre diante do caso concreto e essa tarefa pode se revelar demasiadamente complexa, demorada, dispendiosa e, portanto, desproporcional ao resultado almejado e obtido. Em outras palavras, embora a solução seja capaz de ampliar os contornos da res iudicata e minimizar o risco de decisões contraditórias, em contrapartida, ela aumenta a complexidade do processo em que se discute a aplicação da issue preclusion, prejudicando a celeridade processual.” (MARQUES, Lilian Patrus. **Contribuição crítica ao estudo dos limites objetivos da coisa julgada**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 127-128).

¹⁷⁶ Assim expressou Teresa Arruda Alvim: “Na minha opinião, não há motivo plausível para considerar que passos necessários para a decisão – quando tenha havido debate suficiente entre as partes sobre o tema – possam ser considerados, julgados ou decididos de maneira diversa em ações subsequentes. Atualmente, o que não pode mais ser questionado e redecidido depois do fim do processo, é somente a *decisão* (o núcleo da decisão), deixando-se portas abertas a novas discussões sobre todas e quaisquer questões analisadas e decididas como pressupostos lógicos de decisões. Esse sistema nos parece ser, de certo modo, arcaico: não favorece a uniformidade, a previsibilidade, a estabilidade ou a eficiência da justiça civil.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. In: **Revista de Processo**, vol. 230, p. 75-89, abr./2014)

¹⁷⁷ Segundo Gidi, Tesheiner e Zanella Prates, um modelo de ampliação da coisa julgada às questões prejudiciais “não trará economia processual. Pelo contrário, a complexidade e o tempo de duração aumentarão tanto no primeiro processo, em que a questão será decidida pela primeira vez, quanto no segundo processo, em que coisa julgada sobre aquela determinada questão vier a ser invocada” (...) “Em todo caso, ainda que a coisa julgada sobre questões gerasse economia processual, é inaceitável justificar a expansão da coisa julgada sobre as questões prejudiciais somente com base na economia dos custos que um processo gera para o Estado. Tal justificativa apenas demonstra a falência da máquina estatal para providenciar o acesso à Justiça garantido pela Constituição”. (GIDI, Antônio; 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, São Paulo, n. 194, p. 101-138, abr. 2011).

substancialmente o tratamento da coisa julgada em relação aos seus limites objetivos. Apesar de permanecerem excluídos do alcance da coisa julgada os motivos da sentença (CPC, art. 504, I), bem como a "verdade dos fatos" (CPC, art. 504, II), o Novo Código superou o regime da ação declaratória incidental e instituiu a possibilidade de formação da coisa julgada sobre questões prejudiciais, independente de pedido das partes.

Dentre os razões que levaram à instauração do novo regime, podem ser citadas:

- a) a necessidade de promoção da máxima utilidade do labor processual, sob a perspectiva da economia e eficiência da atuação jurisdicional. O novo regime permite que cada processo tenha maior rendimento possível, pois impede que a questão prejudicial já decidida volte a ser discutida em outro processo. A partir de uma perspectiva panprocessual¹⁷⁸, pode-se afirmar que a maior estabilidade das decisões permite que o tempo e os recursos do Poder Judiciário sejam alocados de forma proporcional entre os jurisdicionados, a partir da vedação à rediscussão de questões já decididas.
- b) a busca pela celeridade e agilidade procedimental, na medida em que a nova disciplina evita futura rediscussão judicial de determinada questão imutável pelas mesmas partes, tornando-a incontroversa;¹⁷⁹
- c) a garantia de segurança e certeza jurídica, por meio da expansão do objeto estável do processo. O novo regime obsta que uma mesma questão prejudicial seja decidida de maneira distinta em

¹⁷⁸ Segundo a lógica, a alocação de recursos em um determinado processo deve ser ponderada com a possibilidade de se dispor desses mesmos recursos em todos os outros feitos judiciais, preservando a igualdade da prestação jurisdicional. A ideia facilita, portanto, a melhor compreensão da estrutura do judiciário e de sua eficiência de uma perspectiva global. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, Proportionality and the Pan-Procedural Approach: Some Bases of Contemporary Civil Litigation. *IJPL*, v. 4, p. 178, 2014.

¹⁷⁹ Nesse sentido, tratando do CPC/1973 e considerando a possibilidade de aprovação do projeto do Novo Código, afirma Teresa Arruda Alvim: "O regime da coisa julgada no processo brasileiro não conduz à eficiência. Todas as portas estão abertas para se rediscutir cada uma e todas as questões, exceto a questão principal (o mérito): o divórcio, a anulação do contrato, etc. Se o novo regime da coisa julgada for realmente aprovado, com o futuro CPC, o que poderá ser discutido em futuras demandas deixa de ser uma lista extensa de questões, e então, me parece, os procedimentos serão naturalmente mais rápidos." (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. In: **Revista de Processo**, vol. 230, p. 75-89, abr./2014).

dois processos, evitando, assim, a possibilidade de contradição lógica entre decisões versando sobre os mesmos pressupostos de fato e de direito.¹⁸⁰

- d) o fato de que a rediscussão em outro processo de questão prejudicial já decidida constitui clara violação ao princípio da boa-fé e à vedação ao *venire contra factum proprium*. Ademais, considerando a proposta colaborativa do Novo Código de Processo Civil¹⁸¹, deve ser condenada a adoção de comportamentos contraditórios pelas partes, ignorando as questões já decididas pelo poder jurisdicional.

Como já reconheceu a doutrina, a análise da *issue preclusion* permite a identificação de certa correspondência entre a opção do legislador processual brasileiro e o paradigma adotado no direito norte-americano, sobretudo no que diz respeito aos requisitos para a formação de estabilidade sobre questões.¹⁸²

Nada obstante, embora represente grande avanço, a ressalva é no sentido de que, com vistas à máxima eficiência do instituto, o legislador definitivamente poderia ter ido mais longe no uso das contribuições que nos dá a experiência comparada, instaurando, por exemplo, a coisa julgada sobre questões fáticas.

Fato é que o legislador optou pelo caminho da possibilidade de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, impondo ainda a observância de certos requisitos para que a expansão ocorra, constantes no art. 503 do CPC, os quais serão analisados neste capítulo.

Ademais, serão abordadas algumas questões ainda controversas entre os doutrinadores do Direito, buscando definir-lhes solução mais adequada.

¹⁸⁰ Em crítica ao regime da coisa julgada no CPC/1973 e ao problema da segurança jurídica, Teresa Arruda Alvim afirma que: “a) não é lógico, e é contra o bom senso, admitir haja dois entendimentos sobre a mesma *causa petendi* em duas ações diferentes, para gerar consequências diversas; b) a regra vigente deixa a porta aberta para outras ações futuras, em que a mesma *causa petendi* pode ser vista de outra maneira. Então, de fato, a primeira ação *não terá resolvido completamente (e para sempre) o problema basilar.*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. In: **Revista de Processo**, vol. 230, p. 75-89, abr./2014).

¹⁸¹ Art. 6º, CPC: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

¹⁸² A comparação é trazida à baila em diversas oportunidades no texto de Lucas Buril de Macêdo. Ver: MACÊDO, Lucas Buril de. Coisa julgada sobre fato. Análise comparativa com o collateral estoppel de sua possibilidade de lege lata ou de lege ferenda” In: **Revista de processo**, n. 260, p. 355-412, 2016.

4.1 O REGIME ESPECIAL E OS REQUISITOS DE APLICAÇÃO

Adentra-se, portanto, à análise dos requisitos da aplicação da coisa julgada sobre questões prejudiciais, ou ainda do “regime especial da coisa julgada”, que, segundo entendimento já consolidado, são cumulativos.¹⁸³

4.1.1 RESOLUÇÃO DE QUE DEPENDA O JULGAMENTO DE MÉRITO

Consoante dispõe o primeiro inciso do art. 503, § 1º, CPC, o julgamento do mérito da demanda deve depender da resolução da questão dita prejudicial. A sua resolução deve ser um passo não só relevante mas também necessário para a construção do raciocínio do juízo na formação da conclusão sobre o pedido.

O dispositivo é claro em estabelecer que, assim como se observou na doutrina norte-americana da *issue preclusion*, as questões devem ser determinantes para o julgamento da lide, ou seja, a sua resolução deve influenciar no resultado final da demanda. No entanto, ainda resta questão não pacificada na doutrina, concernente a quais questões são efetivamente determinantes e, portanto, aptas a atrair a imutabilidade da coisa julgada.

Há quem sustente, por um lado, que não podem ser qualificadas como necessárias e, assim, determinantes, as questões decididas de forma desfavorável ao vencedor. Isso porque, nesse caso, segundo a lógica defendida por BRUNO VASCONCELLOS CARRILHO LOPES e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a decisão não seria necessariamente essencial para o julgamento e, em última análise, não interferiria na conclusão pela procedência ou improcedência da demanda.¹⁸⁴

¹⁸³ Enunciado n. 313 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “São cumulativos os pressupostos previstos nos §1º e seus incisos, observado o §2º do art. 503.”

¹⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 202. Antes mesmo da alteração do Código de Processo Civil, essa era a posição adotada por Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes em dissertação citada: “Dentre as questões que respeitam essas premissas, não podem ser qualificadas como necessárias e portanto determinantes do resultado do julgamento as decididas desfavoravelmente ao vencedor, pois nesse caso a decisão não será essencial para a conclusão pela procedência ou improcedência da demanda e não haverá a garantia de cognição exauriente. Um exemplo facilitará a compreensão da regra. Em demanda condenatória, o réu contesta a validade do contrato que deu origem à prestação e afirma que o crédito demandado já foi pago. A demanda é julgada improcedente, constando da fundamentação da sentença que o negócio é válido e o reconhecimento da quitação da dívida. Foi determinante para a rejeição da demanda a quitação da dívida e sequer era necessário que o julgador enfrentasse a questão referente à validade do contrato. Não há portanto como garantir a presença de cognição compatível com a formação da coisa julgada

A posição parece ser minoritária na doutrina brasileira, mas é amplamente aceita pelos tribunais norte-americanos na aplicação da *issue preclusion*. Visando diminuir a recorribilidade das decisões, o direito norte-americano opta pela impossibilidade do recurso em face de questão julgada em desfavor do vencedor final do litígio, do que resulta, naturalmente, a impossibilidade de haver estabilidade sobre referida questão.

No Brasil, como mencionado, prevalece na doutrina a lógica inversa.¹⁸⁵

Em primeiro lugar, não há qualquer requisito expresso neste sentido. Como bem observa LUIZ GUILHERME MARINONI, “o art. 503 não proibiu a coisa julgada sobre a questão decidida desfavoravelmente ao vitorioso ao afirmar que a coisa julgada recai sobre a decisão de que depender o julgamento do mérito”¹⁸⁶, de modo que não se deveria criar exceção onde não se comporta.

Ademais, é sabido também que uma questão não deixa de ser necessária ou dependente ao ser decidida a favor ou contra uma parte.¹⁸⁷ A qualidade da dependência é atribuída à questão quando posta diante de outra questão subordinada, independente da interpretação a ela dada pelo órgão julgador: a questão da filiação, por exemplo, é do mesmo modo subordinante em relação à prestação de alimentos quando resolvida positiva ou negativamente, assim como também é a decisão sobre a prescrição na demanda de cobrança de obrigação decorrente de instrumento contratual.

material.” (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 66)

¹⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235860,101048-Questoes+prejudiciais+e+coisa+julgada>>. Acesso em: 12 nov. 2018; MATTOS, Sérgio. Resolução de questão prejudicial e coisa julgada: primeiras linhas sobre o art. 503, §§ 1o e 2o, do CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 212-213; MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 253-254.; DIDIER JR., Fredie. Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 97-98; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 886;

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 253-254. No mesmo sentido, como leciona Daniel Amorim Assumpção Neves: “O dispositivo é claro em não se preocupar com a influência no resultado do julgamento exercida pela solução da questão prejudicial, de forma que mesmo naqueles casos em que a solução da questão prejudicial não for fundamento do resultado, sendo ela imprescindível para que o julgamento ocorra, haverá coisa julgada material.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 886).

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 253-254.

Outrossim, se fosse a questão qualificada por seu resultado, apenas ao final do processo saber-se-ia se a questão estaria apta ou não a formar coisa julgada material, de modo que não seria possível às partes definir efetivamente sobre quais questões deveria se concentrar a discussão, agravando o problema da insegurança jurídica.¹⁸⁸

Segundo EDUARDO TALAMINI, diante da incerteza sobre se determinada questão será ou não acobertada pela coisa julgada, a depender do resultado final do processo, a parte interessada na estabilidade teria de recorrer sempre à ação declaratória incidental, de sobrevivência ainda duvidosa no atual ordenamento jurídico. Ocorre que, diante desta necessidade, seria reduzido em muito o propósito de economia e simplificação procedimental no que toca à extensão da coisa julgada à resolução de questões prejudiciais.¹⁸⁹

Crítica ainda apontada pela doutrina, sobretudo por FREDIE DIDIER JR. e SÉRGIO MATTOS, é de que a limitação da coisa julgada somente às questões decididas em favor do vencedor resultaria em uma espécie de coisa julgada *secundum eventum litis*, tida por exceção no ordenamento brasileiro, de modo que a prejudicial só faria coisa julgada se favorecesse o vencedor, nunca se lhe fosse desfavorável.¹⁹⁰

A uma primeira vista, vislumbra-se o primeiro entendimento como o mais coerente, uma vez que o julgamento da questão em desfavor do vencedor não contribui para alterar substancialmente o resultado da demanda: na ação de petição de herança, por exemplo, se o juiz conclui que o autor é filho do *de cujus*, mas também constata que nenhum bem foi deixado pelo falecido para ser herdado, julgando assim improcedente o pedido, a questão da filiação é desfavorável à pretensão do polo vencedor, mas em nada pode alterar a decisão de improcedência da demanda, diante da inexistência de bens no espólio. E é nesse sentido o

¹⁸⁸ TALAMINI, Eduardo. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235860,101048-Questoes+prejudiciais+e+coisa+julgada>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

¹⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235860,101048-Questoes+prejudiciais+e+coisa+julgada>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

¹⁹⁰ DIDIER JR., Fredie. Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 99. p. 97-98; MATTOS, Sérgio. Resolução de questão prejudicial e coisa julgada: primeiras linhas sobre o art. 503, §§ 1o e 2o, do CPC/2015. In: In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 213.

entendimento da doutrina norte-americana: *“the finding against the successful party on one of the issues is irrelevant to the judgment”*.¹⁹¹

Nada obstante, as razões postas pela doutrina parecem convencer de que não há qualquer limitação para a extensão da coisa julgada à questão prejudicial, independente de quem vence a demanda: como se viu, a questão não deixa de ser considerada relevante a depender do resultado do julgamento e também não há qualquer vedação no ordenamento para a atribuição de coisa julgada à questão desfavorável à tese do vencedor.

Ademais, deve prevalecer a sugestão de máximo aproveitamento do recurso da coisa julgada sobre questão, estendendo a autoridade do julgado à totalidade dos antecedentes lógicos, desde que preenchidos os demais requisitos do art. 503, § 1º, CPC.

4.1.2 CONTRADITÓRIO PRÉVIO E EFETIVO E VEDAÇÃO À APLICAÇÃO EM CASO DE REVELIA

Além da subordinação da questão principal à prejudicial, é necessária também, segundo o art. 503, § 1º, II do CPC, a existência de contraditório prévio e efetivo sobre a questão, bem como a ausência de revelia por parte do requerido. Como lembra ANTONIO DO PASSO CABRAL, “o contraditório passa a ser compreendido como um dos principais vetores para a formação de qualquer estabilidade processual”,¹⁹² não podendo ser diferente para a coisa julgada sobre questões prejudiciais.

O grande debate doutrinário sobre o inciso gira em torno da necessidade de efetiva discussão sobre a questão entre as partes ou da mera oportunização para tanto.

Em uma primeira interpretação, há quem sustente que a questão prejudicial deve ter sido objeto de real e efetivo debate entre as partes, vale dizer, “é necessário que tenha havido efetiva manifestação das partes a seu respeito, e não

¹⁹¹ SCOTT, Austin Wakeman. Collateral Estoppel by judgment. **Harvard Law Review**, v. 56, n. 1, 1942, p. 12-13.

¹⁹² CABRAL, Antonio do Passo. Da coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015. n.p.

mera oportunidade de que isso ocorra”.¹⁹³ É essa a posição defendida na doutrina por ARRUDA ALVIM.

De maneira semelhante, para ANTONIO DO PASSO CABRAL, compreendendo-se o contraditório como modo de influir e colaborar na formação da decisão judicial, a prejudicial que é alegada em poucas linhas, que sequer foi debatida pelo réu ou que não foi objeto de pronunciamento pelo juiz, não é considerada para fins de extensão dos limites objetivos da coisa julgada.¹⁹⁴

A posição contrária, defendida por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, EDUARDO TALAMINI, SÉRGIO MATTOS e LUIZ GUILHERME MARINONI, propaga que, uma vez posta a existência da questão prejudicial, e sendo dada às partes a oportunidade de argumentação jurídica e instrução probatória, está-se diante do mencionado “contraditório prévio e efetivo”.¹⁹⁵

É que, diante do caráter disponível do contraditório, se uma das partes deixa de aproveitar a oportunidade que lhe foi dada a se manifestar, ou ainda de produzir provas em sua máxima extensão, embora ciente de que uma questão prejudicial está sendo decidida, não deve haver impedimento para que o juiz decida a questão com força de coisa julgada.¹⁹⁶

¹⁹³ ARRUDA ALVIM. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016, p. 307.

¹⁹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Da coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015. s.p.

¹⁹⁵ MATTOS, Sérgio. Resolução de questão prejudicial e coisa julgada: primeiras linhas sobre o art. 503, §§ 1o e 2o, do CPC/2015. In: In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 216; MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 257-258; Sobre a questão, esclarece Alexandre Freitas Câmara: “É que se exige, para que a solução da questão pre judicial ao mérito seja inserida nos limites objetivos da coisa julgada, que sobre ela tenha havido “contraditório prévio e efetivo”. Assim, será preciso sempre verificar se sobre a questão as partes tiveram, antes da decisão, oportunidade para se manifestar de forma efetiva, tendo sido possível esgotar-se o debate acerca da mesma” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 308); Nesse sentido também, por fim, ensina Talamini: “Por outro lado, uma vez posta claramente a existência da questão prejudicial, e sendo dada às partes a oportunidade de instrução jurídica e probatória, está também preenchido o requisito. A circunstância de uma ou ambas as partes, uma vez devidamente cientes de que a questão prejudicial está posta, não se dedicar à sua instrução jurídica e fática, em regra, não obstará que a decisão expressa do juiz sobre tal questão tenha autoridade de coisa julgada. No processo civil, vigora o princípio da disponibilidade do contraditório.” (TALAMINI, Eduardo. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235860,101048-Questoes+prejudiciais+e+coisa+julgada>>. Acesso em: 12 nov. 2018).

¹⁹⁶ TALAMINI, Eduardo. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235860,101048-Questoes+prejudiciais+e+coisa+julgada>>. Acesso em: 12 nov. 2018; MATTOS, Sérgio. Resolução de questão prejudicial e coisa julgada: primeiras linhas sobre o art. 503, §§ 1o e 2o, do CPC/2015. In: In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 216. Sérgio Mattos bem descreve o caráter disponível do direito ao contraditório:

Aliás, como bem pontua DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, se assim não fosse, estar-se-ia permitindo que o litigante realizasse uma análise de custo-benefício sobre discutir a questão ou não, “sabendo de antemão que sua inércia seria o suficiente para afastar a coisa julgada sobre a solução da questão prejudicial”.¹⁹⁷

A título comparativo, o direito norte-americano, no tratamento da *issue preclusion*, mais se aproxima dessa segunda doutrina, segundo a qual o contraditório efetivo é aquele em que simplesmente é dada oportunidade para a produção de prova e para o exercício do contraditório (*day in court*), a fim de evitar justamente que a parte se esquive da estabilidade da questão e volte a discuti-la em outros processos.

Em verdade, como sugere TALAMINI, o fato do contraditório ter de ser “efetivo” significa que é necessário que, por meio da individualização da questão prejudicial, fique claro às partes que aquela será relevante para a lide e ficará acobertada pela imutabilidade da coisa julgada. E, segundo o autor, caberia ao juiz, em respeito aos deveres de debate e prevenção, advertir as partes quanto a isso, o que deveria ser feito, prioritariamente, na fase de saneamento do processo.¹⁹⁸ Nesse mesmo sentido, é pertinente a constatação de SÉRGIO ARENHART, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO de que a coisa julgada sobre questão prejudicial deve ter sempre uma base cooperativa, à medida em que o juiz também concorre para a delimitação da autoridade do julgado. Assim, diante de questão prejudicial, deve o juiz indica-la às partes para que os participantes do processo possam ter a oportunidade de debatê-la e produzir prova a respeito.¹⁹⁹

Quanto à atuação do magistrado, oportuna ainda a advertência de FREDIE DIDIER JR, para quem não haverá formação de coisa julgada sobre questão quando o tema for trazido *ex officio* pelo julgado, sem a observância do art. 10 do CPC.

“Cabe às partes aproveitar essas oportunidades, pois o processo civil é regido pelo princípio da disponibilidade do contraditório. Se essas oportunidades não forem aproveitadas por uma das partes, ou por ambas, embora cientes de que uma questão prejudicial está devidamente integrada ao objeto do processo, em princípio não haverá impedimento para que o juiz decida expressamente a questão prejudicial com força de coisa julgada.”

¹⁹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 886-887.

¹⁹⁸ TALAMINI, Eduardo. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235860,101048-Questoes+prejudiciais+e+coisa+julgada>>. Acesso em: 12 nov. 2018;

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 3. ed. 2017, p. 684.

O inciso II ainda condiciona a formação da coisa julgada sobre questão prejudicial à não ocorrência de revelia por parte do requerido, assim como faz o direito americano ao vedar a *issue preclusion* nos casos de julgamento *by default*²⁰⁰.

No caso de revelia, presume-se que o réu regularmente citado tenha optado de forma voluntária por não exercer seu direito de defesa. Nada obstante, para o ordenamento brasileiro, não se pode extrair dessa conduta de abstenção qualquer tipo de imutabilidade própria da coisa julgada, mas tão somente uma preclusão de cunho processual. As questões não debatidas se tornam incontroversas dentro do processo, mas poderão ser amplamente discutidas em processos subsequentes.

Ademais, o próprio conceito de questão adotado no ordenamento brasileiro exige que tenha havido controvérsia, uma resistência da contraparte sobre a matéria²⁰¹. Se o réu for revel, o ponto não será controvertido e, portanto, não se transformará em questão prejudicial passível de resolução com força de coisa julgada.

Nada obstante a revelia, em alguns casos meros pontos podem se tornar controvertidos para fins do surgimento de questões: a) pode o juiz, de ofício, levantar dúvida sobre o ponto prejudicial alegado, convolvendo-se em questão prejudicial; b) réu revel citado por edital e representado por curador especial, que apresentou contestação por negativa geral, tornando todos os pontos controversos; c) réu revel que comparece aos autos em momento posterior

²⁰⁰ POLASKY, Alan N. Collateral Estoppel-Effects of Prior Litigation. **Iowa L. Rev.**, v. 39, 1953, p. 226.

²⁰¹ Nesse sentido, inclusive, diante da suposta necessidade de controvérsia sobre a questão, surge a discussão acerca da possibilidade de coisa julgada sobre questões prejudiciais por força de transação judicial. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. expõe que: “Se há coisa julgada sobre a solução da questão prejudicial incidental efetivamente controvertida, tanto mais se justifica a coisa julgada sobre a solução da prejudicial incidental incontroversa – a autocomposição não é obstáculo à formação de coisa julgada. Não há necessidade, assim, de a questão prejudicial ser controvertida; a necessidade é de sobre ela tenha havido contraditório efetivo.” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. v.2, p. 550). Em sentido contrário, discorre Leonardo Greco: “Parece-me que para evitar que no futuro possa surgir qualquer dúvida sobre a extensão da coisa julgada à questão prejudicial se avalie com muito rigor o preenchimento do pressuposto do contraditório prévio e efetivo, que significa que deve uma das partes ter categoricamente afirmado a existência do direito que constitui pressuposto necessário do julgamento do pedido e que deve a outra ter também categoricamente negado a existência desse direito, bem como que sobre a existência desse direito e sobre os fatos que gerariam a sua existência ou a sua inexistência, tenham tido as partes a mais ampla e efetiva possibilidade de formular alegações, propor e produzir provas e que toda essa ampla matéria cognitiva tenha sido exaustivamente apreciada pelo juiz na sentença. A inércia ou a omissão de uma das partes, que não impugne a existência desse direito ou a verdade dos fatos de que ele resulta, não é suficiente para caracterizar o contraditório efetivo.” (GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Grupo Gen-Editora Forense, 2015, p. 336).

exercendo o contraditório, sobre questões não preclusas (art. 342, CPC); d) ou quando um terceiro interveniente transforma o ponto em questão controvertida.

No entanto, ainda que controversa a questão, não restam maiores dúvidas sobre a impossibilidade de coisa julgada sobre questão em caso de revelia diante da expressa vedação contida no art. 503, § 1º, II, CPC, que não abre espaço para interpretações em sentido contrário.

Nada obstante, parte da doutrina critica a redação, afirmando que a exigência demonstra uma postura excessivamente protetiva do legislador, pressupondo que em todo caso de revelia não haverá qualquer forma de contraditório. Apesar de reconhecerem a expressa vedação legal, ANTONIO DO PASSO CABRAL e BRUNO GARCIA REDONDO, entendem que a não apresentação da contestação é atuação processual legítima e voluntária do réu, que pode ser sim considerada exercício do contraditório.²⁰²

LEONARDO MENEZES, adotando posição mais radical, parece ignorar o preceito legal ao afirmar que, nos casos do art. 342 do CPC²⁰³, “uma vez suscitada e debatida no processo, a solução dada à questão prejudicial ficará acobertada pela coisa julgada, ainda que o réu tenha sido revel”²⁰⁴. De maneira semelhante, se posiciona DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES, para quem o comparecimento tardio do requerido supre a falta de contestação e possibilita a coisa julgada sobre questão prejudicial em caso de revelia²⁰⁵.

²⁰² REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, a. 40, v. 248, out. 2015, p. 43-67.

²⁰³ Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando: I - relativas a direito ou a fato superveniente; II - competir ao juiz conhecer delas de ofício; III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição.

²⁰⁴ Esclarece o autor a posição adotada: “Nem sempre, porém, a revelia impedirá a formação da coisa julgada especial. Há situações em que a revelia (não apresentação de contestação) não será um obstáculo ao debate da questão prejudicial. Existem matérias que podem ser alegadas após o prazo de defesa (art. 342, NCPC). Assim, enquadrando-se a questão prejudicial nas hipóteses previstas no art. 342 do NCPC (nulidade contratual absoluta, p. ex), nada impedirá que o réu revele a suscite no curso do processo. Uma vez suscitada e debatida no processo, a solução dada à questão prejudicial ficará acobertada pela coisa julgada, ainda que o réu tenha sido revel. O que interessa é que as partes tenham efetivamente discutido a questão prejudicial. Se a revelia não é um obstáculo para a realização do debate processual, ela não será, por si só, um impedimento para a formação da coisa julgada especial” (MENEZES, Lucas Lopes. **A coisa julgada e a questão prejudicial no novo Código de processo civil**: análise do artigo 503, §§ 1º e 2º, da Lei n. 13.105/2015. 2016. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal da Bahia, p. 128)

²⁰⁵ Sobre o tema, a opinião de Daniel Amorim Assumpção Neves “Entendo que tal exigência (contraditório prévio e efetivo) só cabe na hipótese de revelia, e ainda assim se o réu revel deixar de comparecer ao processo, já que tal comparecimento, mesmo tardio, poderá garantir o respeito ao contraditório.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 886).

4.1.3 COMPETÊNCIA DO JUÍZO

O inciso III do mesmo dispositivo dispõe que, para que incida a coisa julgada sobre a questão prejudicial, o juízo deve ter competência em razão da matéria e da pessoa (absoluta) para resolvê-la como questão principal, como se a questão prejudicial fosse objeto específico de um processo.

Mesmo que satisfeitos os demais pressupostos constantes no art. 503, se o juízo não tiver competência absoluta para apreciar a questão prejudicial, de regra, deverá resolvê-la tão somente de forma incidental (*incidenter tantum*), mediante *cognitio*, sem que haja formação de coisa julgada material.²⁰⁶

O requisito não requer grandes aprofundamentos, mas, a título exemplificativo, tem-se o reconhecimento da relação de paternidade entre o trabalhador falecido e seu herdeiro, para fins de condenar empregador ao pagamentos de verbas trabalhistas, caso em que o juízo do trabalho não tem competência absoluta para decidir, com força de coisa julgada, sobre a relação civil de família.²⁰⁷

O mesmo pode ser dito quanto à questão prejudicial de inconstitucionalidade de lei federal, que pode ser resolvida incidentalmente por qualquer juízo, mas só pode ser decidida como questão principal pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de controle concentrado de constitucionalidade.²⁰⁸ Ou, ainda, quanto à questão prejudicial sobre haver casamento ou união estável, de competência da justiça estadual, para concluir sobre a concessão de uma pensão por morte, submetida à justiça federal.

4.1.4 RESTRIÇÕES PROBATÓRIAS E LIMITAÇÕES À COGNIÇÃO

²⁰⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. v.2. p. 552; NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. Revista dos Tribunais, 2016, p. 1325.

²⁰⁷ THEODORO JR. Humberto. Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 169; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 887.

²⁰⁸ DIDIER JR., Fredie. Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 100.

O parágrafo segundo do art. 503, CPC, ainda dispõe que não se aplica a coisa julgada sobre questão prejudicial se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial. E isso porque existe o risco de que a mesma questão, quando discutida em outro procedimento com cognição mais aprofundada e sem limitações probatórias, poderia ser decidida de modo diverso ou até mesmo em sentido contrário.²⁰⁹

Quanto às restrições probatórias, os casos frequentemente apontados pela doutrina são o do procedimento do mandado de segurança, em que somente se admite prova documental pré-constituída, e o procedimento dos juizados especiais, em que são cabíveis todos os meios de prova legítimos, ainda que não especificados em lei, com exceção da prova pericial complexa.²¹⁰

No que se refere à cognição, pertinente a célebre distinção de KAZUO WATANABE²¹¹ entre cognição em sentido vertical, no que se refere à profundidade, e em sentido horizontal, atinente à sua extensão. Quanto à limitação de profundidade, a doutrina costuma apontar somente os casos de tutela provisória²¹², enquanto que na limitação de extensão, os exemplos são mais abundantes: a ação de inventário e partilha, a ação de consignação em pagamento e a ação de desapropriação, caso, este último, em que não se estenderá à resolução da prejudicial de validade do decreto expropriatório contida na sentença.²¹³

²⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Da coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015. n.p.

²¹⁰ DIDIER JR., Fredie. Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 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, v. 2, 3. ed. 201, p. 684; MATTOS, Sérgio. Resolução de questão prejudicial e coisa julgada: primeiras linhas sobre o art. 503, §§ 1o e 2o, do CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 218.

²¹¹ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. n.p.

²¹² CABRAL, Antonio do Passo. Da coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015. n.p.; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 887.

²¹³ 1293 CABRAL, Antonio do Passo. Da coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015. n.p.; DIDIER JR., Fredie. Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador:

Em ambos os casos de restrição cognitiva, as questões prejudiciais decididas como antecedentes lógicos do pedido principal não ficarão acobertadas pela autoridade da coisa julgada, por vedação do § 2º do art. 503, CPC.

As restrições à prova e à cognição podem vir não apenas de lei, mas também de convenções, diante da cláusula geral de negócios jurídicos processuais contida no art. 190 do CPC.²¹⁴

Desde que não verse o processo sobre direitos indisponíveis, os negócios jurídicos processuais podem ser utilizados pelas partes a fim de limitar a extensão da coisa julgada sobre questões. Fica a critério das partes, por exemplo, delimitar os meios de prova admitidos em juízo, bem como versar diretamente sobre restrições cognitivas do juiz com intuito de evitar a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais.

Aliás, essa possibilidade enfraquece as críticas feitas por aqueles que entendem que a expansão da coisa julgada independente de pedido fere o princípio dispositivo. Diante da possibilidade de limitar previamente a extensão da cognição ou dos meios de prova sobre determinada questão, poder-se-ia impedir a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, preservando assim a vontade das partes e até mesmo o desinteresse ou impossibilidade de discutir determinada questão a fundo.

Por fim, é importante consignar que o indeferimento de provas por decisão judicial, porque desnecessárias, inúteis ou meramente protelatórias para o julgamento da questão prejudicial não deve ser caso de restrição probatória para o efeito de afastar a incidência do § 1º do art. 503. Como aponta SÉRGIO MATTOS, o indeferimento de determinados meios de prova, desde que fundamentado, “não impede que o julgamento da questão prejudicial seja realizado à base de cognição exauriente”.²¹⁵

Editora JusPodivm, 2018, p. 101; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 887.

²¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Da coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015. n.p.; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. v.2, p. 538.

²¹⁵ MATTOS, Sérgio. Resolução de questão prejudicial e coisa julgada: primeiras linhas sobre o art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 220. procure e Nesse sentido, também, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 842.

Em sentido contrário, entende ALEXANDRE FREITAS CÂMARA que qualquer restrição probatória, seja ela derivada da lei ou de decisão judicial, é suficiente para excluir a formação da coisa julgada sobre a resolução da prejudicial ao mérito. Isso porque, no entendimento do autor, o indeferimento de provas abriria possibilidade para que, em outro processo, a questão fosse decidida de forma diversa, diante de maior leque probatório.²¹⁶ É evidente que a posição minimiza a própria noção de jurisdição una e ignora o relevante papel do magistrado na instrução probatória, de modo que não deve prevalecer.

Novamente, a saída para a discussão é a colaboração entre partes e o juiz, aliada à observância do dever de motivação das decisões. Assim, ainda que a decisão de indeferimento de prova, por si só, não impossibilite a extensão dos efeitos da coisa julgada, não se pode admitir que a dispensa arbitrária dos meios instrutórios seguida da extensão da coisa julgada à questão prejudicial possa tolher o direito ao contraditório das partes, sob pena de desobediência aos demais requisitos do art. 503, CPC.

4.2 QUESTÕES CONTROVERSAS

4.2.1 PRINCÍPIO DA DEMANDA, AUTONOMIA DAS PARTES E A EXTENSÃO DOS LIMITES DA COISA JULGADA

Como já exposto, a partir da supremacia do princípio da demanda, é regra assente no direito brasileiro a de que a identificação do conteúdo da sentença e dos limites objetivos da coisa julgada é realizada com referência ao pedido, delimitado pela causa de pedir. O objeto do processo é limitado pelo pedido, por disposição da parte, que traça o conteúdo futuro da sentença e, em consequência, define os limites objetivos da coisa julgada.²¹⁷

É certo que para parte da doutrina, alinhada à sobreposição do interesse privado ao público, a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais poderia ser entendida como violadora do princípio da demanda e da autonomia das partes, na medida em que autoriza a prolação de uma decisão com força de coisa julgada

²¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 309.

²¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito no processo civil. In: **Fundamentos do processo civil moderno**, vol. I, 4a ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 275.

sobre algo que não compõe o pedido inicial.²¹⁸

Qualquer manifestação neste sentido, no entanto, não deve prosperar.

Não se vislumbra mencionada violação ao princípio dispositivo, uma vez que a parte fica totalmente livre quanto à iniciativa do processo, diante do caráter inerte da jurisdição. E uma vez formulado o pedido inicial, têm ciência de que, por força expressa de lei, as questões prejudiciais ao pedido principal poderão compor o objeto da coisa julgada, desde que presentes os requisitos do art. 503, CPC.

Mantém-se como ressalva a liberalidade das partes na celebração de negócio jurídico processual versando sobre a limitação aos meios de prova ou à própria cognição sobre questões laterais, impedindo sua análise aprofundada, fazendo incidir o disposto no art. 503, § 2º do CPC, que afasta a incidência de coisa julgada sobre questões prejudiciais²¹⁹.

A regra, portanto, é a da máxima extensão e aproveitamento, desde que preenchidos os pressupostos legais analisados, sendo a não extensão a exceção.

Por fim, como lembra Teresa Arruda Alvim, o processo civil está atualmente sendo visto cada vez menos como coisa das partes²²⁰. De tal modo, o espectro da coisa julgada não deve ser deixado inteiramente à iniciativa das partes, visto que há razões de ordem pública que recomendam mudanças nesse antigo regime, favorecendo interesses que transbordam a autonomia particular.

²¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Ed. Borsoi, 1967, p. 89-91. “O principal argumento empregado pela doutrina brasileira, quando da discussão acerca do art. 287 do CPC de 1939, para afastar a extensão da coisa julgada sobre as questões prejudiciais baseava-se no respeito ao princípio dispositivo.” (GIDI, Antônio; 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*, São Paulo, n. 194, p. 101-138, abr. 2011.

²¹⁹ É a mesma posição defendida por Bruno Garcia Redondo: “Também nos parece possível a celebração de negócio processual que tenha por objeto afastar a coisa julgada formada sobre questão prejudicial, a fim de permitir sua modificação e rediscussão pelo Poder Judiciário.” (REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, a. 40, v. 248, out. 2015, p. 43-67.). No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. v.2. p. 534-535 e CABRAL, Antonio do Passo. Da coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015. n.p.

²²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. In: **Revista de Processo**, vol. 230, p. 75-89, abr./2014.

4.2.2 IDENTIFICAÇÃO DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS ABRANGIDAS PELA COISA JULGADA

Questão de cunho pragmático é a da identificação das questões prejudiciais protegidas pela imutabilidade da coisa julgada quando consideradas em processo posterior, no qual se intenta a sua rediscussão. Aliás, uma das críticas que sempre esteve presente nas discussões sobre a ampliação da extensão da coisa julgada foi a da suposta complexidade e demora processual na identificação das questões já anteriormente julgadas no processo ulterior²²¹, o que poderia agravar ainda mais a falta de eficiência processual e a ausência de segurança e certeza jurídica às partes.

Diante disso, é necessário estabelecer parâmetros de identificação topográfica das questões prejudiciais decididas em sentença, evitando que, em processo futuro, surja controvérsia sobre se a resolução da questão prejudicial está ou não coberta pela coisa julgada material.

Uma primeira corrente, defendida por FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, LUIZ DELLORE e ARAKEN DE ASSIS²²², entende que é imprescindível que a decisão da questão prejudicial conste no dispositivo, e faz isso fundada em razões muito sensatas: a necessidade de identificação da questão julgada para avaliar o interesse recursal; a vedação de decisões surpresa e não claras; necessidade de distinção entre mera motivação, que não faz coisa julgada, e motivação que decide questão prejudicial capaz de ser acobertada pela imutabilidade.

Assim, como no exemplo elucidativo de ASSIS, a fim de evitar redação imprecisa, se é acolhido o pedido do autor A, porque se entende que A é filho de B,

²²¹ Nesse sentido, já expunha a crítica a doutrina anterior ao CPC/2015: “Pelo contrário, a complexidade e o tempo de duração aumentarão tanto no primeiro processo, em que a questão será decidida pela primeira vez, quanto no segundo processo, em que a coisa julgada sobre aquela determinada questão vier a ser invocada. No primeiro processo, como as partes saberão que qualquer questão ali discutida e decidida não poderá ser reapreciada em nova demanda, despenderão todos os esforços necessários para defender suas teses com relação a todas as possíveis questões prejudiciais que venham a surgir durante a tramitação do feito. Essa será a conduta padrão de todos os litigantes em todos os processos, ainda que o risco de propositura de um segundo processo futuro nunca venha a se materializar. Já o processo em que a coisa julgada sobre determinada questão vier a ser invocada tornar-se-á complexo e longo em razão da difícil análise acerca dos requisitos necessários à caracterização desse instituto (...)” (GIDI, Antônio; 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**, São Paulo, n. 194, p. 101-138, abr. 2011).

²²² GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2016, n.p.; ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, parte especial**: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). São Paulo: Ed. RT, v. 3, 2015, p. 1.449.

impõe-se declaração expressa no dispositivo de seguinte forma: “julgo procedente a ação de alimentos de A contra B, condenando o réu a pagar X, a título de alimentos, porque A é filho de B”.²²³

Para ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, a questão prejudicial passa a integrar o objeto do processo por força de lei, funcionando na mesma lógica dos chamados pedidos implícitos. A partir da afirmação, ressalvada a regra de que a mera fundamentação nunca pode formar coisa julgada, por vedação do art. 504, CPC, o autor entende que a decisão sobre a prejudicial qualificada pelos requisitos do art. 503 integrará o dispositivo da sentença, ainda que o órgão prolator formalmente não a tenha incluído na parte final de seu texto.²²⁴

Em sentido semelhante, MARINONI, ARENHART e MITIDIERO defendem que a regra é de que fundamentos não fazem coisa julgada, exceto quando atendidos os requisitos do art. 503, § 1º do CPC, quando a resolução da questão passa a integrar o dispositivo da sentença, ainda que não inserido formalmente no item “dispositivo”²²⁵.

EDUARDO TALAMINI é enfático ao afirmar que pouco importa se o comando resolutorio da prejudicial está formalmente inserido na motivação ou na parte dispositiva da sentença²²⁶. Desde que haja decisão expressa do juiz sobre a questão e respeitados os pressupostos dos §§ 1.º e 2.º, o decisum integrará um tipo de dispositivo funcional da decisão, ainda que não integre o seu dispositivo topográfico.

Para outra parte da doutrina, basta que a questão tenha sido objetivo de decisão na fundamentação, sendo irrelevante a sua menção na parte dispositiva. Nesse sentido, se posicionam FREDIE DIDIER JR.²²⁷, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO

²²³ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, parte especial**: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). São Paulo: Ed. RT, v. 3, 2015, p. 1.449.

²²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 308.

²²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 3. ed. 2017, p. 682-683.

²²⁶ TALAMINI, Eduardo. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235860,101048-Questoes+prejudiciais+e+coisa+julgada>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

²²⁷ Assim leciona Fredie Didier Jr.: “A coisa julgada estende-se à solução da questão prejudicial incidental que tenha sido expressamente decidida na fundamentação da sentença” (DIDIER JR., Fredie. Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 96)

NEVES²²⁸, HUMBERTO THEODORO JR.²²⁹ e ANTONIO DO PASSO CABRAL²³⁰, que afirmam peremptoriamente que basta que as condições legais estejam observadas para que a coisa julgada cubra a prejudicial debatida e resolvida, ainda que disposta como elemento de fundamentação.

Nesse sentido também dispõe o Enunciado 438 do FPPC, que afirma ser “desnecessário que a resolução expressa da questão prejudicial incidental esteja no dispositivo da decisão para ter aptidão de fazer coisa julgada”.²³¹

Considerando que a resolução da prejudicial passa a integrar o comando da sentença, como se pedido principal fosse, e a partir da máxima da segurança jurídica ao jurisdicionado, é de todo recomendável que a decisão sobre a questão conste do dispositivo topográfico da sentença. Aliás, a cautela resolveria o problema da identificação da questão protegida pela imutabilidade em litígios posteriores, concretizando o objetivo de tornar mais célere e econômico o processo.

Nada obstante, da interpretação do Código de Processo Civil, não parece haver qualquer imposição no sentido de que a decisão deve constar da parte reservada ao dispositivo.²³²

Feitas tais considerações, é acertada a doutrina que admite que a questão prejudicial decidida na fundamentação, desde que atendidos os requisitos do art. 503, faz coisa julgada, independente de inserção na parte final da sentença. É

²²⁸ Explica Daniel Assumpção Neves que: “desconsiderar que ela faça parte dos motivos da decisão é ficção jurídica com a qual não estou disposto a conviver. Dessa forma, a questão prejudicial será resolvida na fundamentação da decisão, mas excepcionalmente fará coisa julgada material desde que preenchidos os requisitos legais”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 840.

²²⁹ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1110.

²³⁰ “De outra parte, a extensão da coisa julgada às prejudiciais independe de manifestação específica no dispositivo da decisão. Basta que as condições legais estejam observadas para que a coisa julgada cubra a prejudicial exaustivamente debatida e resolvida, ainda que topograficamente posicionada no corpo da fundamentação.” (CABRAL, Antonio do Passo. Da coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, n.p.).

²³¹ Enunciado n. 438 do Fórum Permanente de Processualistas Civis

²³² Nesse sentido, é também o entendimento de Bruno Garcia Redondo: “Nada impede que o juiz, facultativamente, resolva potencializar o princípio da cooperação — que lhe impõe agir com prudência, clareza e publicidade — e, assim, venha a destacar/reiterar, no tópico formal denominado de “dispositivo da sentença”, o resultado do julgamento da questão prejudicial. Essa referência formal no dispositivo, contudo, consiste em mera possibilidade, e não em um requisito intransponível para a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial”. (REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, a. 40, v. 248, out. 2015, p. 43-67).

necessário, contudo, que a resolução se dê de forma expressa e clara na sentença, sob pena de flagrante violação à segurança jurídica das partes.²³³

4.2.3 DA (DES)NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO

Outro tema ainda incerto diz respeito à necessidade de pedido expresso de alguma das partes, ao longo do processo, para que sobre a questão prejudicial decidida recaia a imutabilidade da coisa julgada.

Note-se que o problema aqui não se refere à necessidade de pedido trazido na petição inicial: é evidente que este é dispensável para que incida a coisa julgada sobre questão prejudicial, pois caso haja pedido declaratório, a questão passa, por vontade do autor, a integrar o objeto litigioso do processo, como um pedido principal, incidindo a coisa julgada do regime comum. O debate diz respeito à necessidade de requerimento de qualquer das partes, ao longo do processo, para que incida a previsão do art. 503, ou seja, para que a coisa julgada se estenda à questão prejudicial.

A doutrina é quase uníssona ao afirmar que a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais não depende de pedido da parte, ocorrendo automaticamente por força de determinação legal expressa. DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES, FREDIE DIDIER JR., HUMBERTO THEODORO JR., ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, ANTONIO DO PASSO CABRAL, GIOVANNI BONATTO, SÉRGIO CRUZ ARENHART, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO entendem que a extensão se dá sem a necessidade de pedido ou provocação específica, desde que preenchidos os requisitos do art. 503 do CPC, sobretudo o da observância ao contraditório²³⁴.

²³³ LUCCA, Rodrigo Ramina de. Coisa julgada e a vedação às decisões implícitas. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 316.

²³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2018, p.885; DIDIER JR., Fredie. Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 97; THEODORO JR. Humberto. Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 180; CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 308; CABRAL, Antonio do Passo. Da coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015. n.p; BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 198; MARINONI, Luiz

Nesse sentido, dispõe o Enunciado 165 do FPPC: “A coisa julgada, em qualquer dos seus regimes jurídicos, é efeito que decorre automaticamente da lei: não depende de um dizer do órgão julgador ou do pedido da parte”.

É evidente, contudo, que o contraditório deve ser observado na totalidade dos casos. A despeito da desnecessidade de pedido específico para que incida a previsão legal do art. 503, CPC, é necessário que a questão seja posta à discussão pelas partes ou pelo juízo, e que sobre ela seja oportunizado exaustivo debate. Desse modo, se faz claro aos litigantes que a coisa julgada poderá ser estendida à determinada prejudicial quando da prolação da sentença, não lhes causando qualquer surpresa.

Nos Estados Unidos, sob o regime da *issue preclusion*, a doutrina tece poucos comentários ao problema da necessidade ou não de pedido expresso para que a *issue* seja objeto de preclusão.

Com efeito, parece até desnecessária a discussão em solo norte-americano, diante da prevalência da vedação aos comportamentos contraditórios e da máxima do *one day in court*. Em primeiro lugar, a observância da boa-fé no comportamento da uma das partes independe de pedido da parte contrária. É, na verdade, um dever consolidado na jurisprudência dos tribunais e já incorporado em todo o sistema processual. De outro lado, a máxima do *one day in court* impõe a vedação da rediscussão de questões pela parte que já teve oportunidade de discuti-las, sendo irrelevante qualquer pedido neste sentido.

Ademais, em se tratando de um sistema de *pleadings*, a determinação das questões que são colocadas em discussão (*put in issue*) é muito mais precisa do que no sistema brasileiro, do que se extrai, certamente, a desnecessidade de requerimento expresso para que se possa falar em imutabilidade²³⁵.

Nada impede, contudo, que no sistema brasileiro, o juiz utilize de suas atribuições (art. 139, CPC) e indique de forma esclarecedora as questões sobre as quais poderá recair a imutabilidade em fase de saneamento, evitando a prolação de

Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 3. ed. 2017, p. 682.

²³⁵ “in a pleading system where matters are “distinctly put in issue”, it makes sense to say that if a proposition is clearly asserted, and if a party is called upon solemnly to admit or deny the proposition, and if the stakes are high enough to assure that the party is serious in dealing with the issue, and if the party then admits or fails to deny the proposition, then he ought to be estopped from controverting it on some other occasion, particularly if that other occasion involves essentially the same transaction” (HAZARD JR., Geoffrey. Preclusion as to issues of law: the legal system’s interest. **Iowa Law Review**, v. 70, p. 574).

decisões-surpresa ao final do procedimento²³⁶.

4.2.4 SUBSISTÊNCIA DA AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL

Dentre as questões controversas na doutrina sobre o novo regime de coisa julgada sobre questões prejudiciais, está também a dúvida quanto à subsistência da ação declaratória incidental. Ora, se concluímos pela desnecessidade de requerimento para que a coisa julgada sobre questão ocorra, parece óbvio também que é dispensável o ajuizamento de uma ação incidental para que se obtenha a aplicação do art. 503 da lei processual.

Antes mesmo da entrada em vigor do novo Código, a doutrina especializada afirmava que a ação declaratória incidental pressupunha a regra de não extensão da coisa julgada às questões prejudiciais. Assim, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO afirmou que o ordenamento que incluísse nos limites objetivos da coisa julgada a resolução de questões prejudiciais, independente de pedido expresso, “não teria lugar para aquele remédio, cujo fito é precisamente o de estender a tais resoluções a força de lei atribuída à sentença”.²³⁷ No mesmo sentido a afirmação já exposta de BARBOSA MOREIRA, de que a ação declaratória incidental serve unicamente a completar o sistema em que, por regra, não se estende a coisa julgada à resolução de questões prejudiciais. Desse modo, em sendo a extensão automática, não haveria interesse de agir no ajuizamento da mencionada ação.²³⁸

Atualmente, parte da doutrina entende que a ação declaratória incidental é incompatível com a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais proposta pelo Novo Código.²³⁹

²³⁶ Nesse sentido, é a opinião de Bruno Garcia Redondo: “Nada impede, porém, que o juiz, na decisão de saneamento e organização do processo, faça referência expressa a determinadas questões prejudiciais que se encontrem controvertidas, v.g., para fins de especificar os meios de prova admitidos e esclarecer de qual parte será o ônus da prova a seu respeito (art. 357, II e III, CPC/2015). Trata-se de uma possibilidade, e não de obrigatoriedade de referência expressa às questões prejudiciais. Inexiste, pois, necessidade de alerta judicial expresso, antes da prolação da sentença, como se fosse um pressuposto necessário para a formação da coisa julgada material sobre as questões prejudiciais que tiverem sido expressa e incidentalmente debatidas e decididas. (REDONDO, Bruno Garcia. *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. Revista de Processo*, São Paulo: RT, a. 40, v. 248, out. 2015, p. 43-67).

²³⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ação declaratória incidental**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.

²³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. Temas de direito processual*, 1977, p. 95.

²³⁹ THEODORO JR. Humberto. *Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil*. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades**

Contudo, parece prevalecer a opinião contrária. E, nesse sentido, o FPPC aprovou o Enunciado n. 111, afirmando que se mantém o interesse no ajuizamento de ação declaratória quanto à questão prejudicial incidental²⁴⁰.

Autores como FREDIE DIDIER JR., LUIZ GUILHERME MARINONI E SÉRGIO CRUZ ARENHART²⁴¹ sustentam que a ação declaratória incidental permanece existindo em nosso ordenamento, ao menos para a situação específica da ação declaratória de falsidade de documento, prevista no art. 430, parágrafo único do CPC²⁴². Isso porque, via de regra, a falsidade documental será resolvida como questão incidental e não fará coisa julgada, ainda que presentes os pressupostos do art. 503, § 1º do CPC. Será abrangida pela coisa julgada, no entanto, se houver requerimento expresso de alguma das partes, seja em reconvenção ou por meio de ação declaratória incidental.

ANTONIO DO PASSO CABRAL sustenta a ampla manutenção da ação em comento no ordenamento brasileiro, estendendo a todos os casos em que presente o interesse de agir (art. 19, CPC). Defende, ainda, a possibilidade do manejo da ação incidental por uma partes quando não preenchidos ou quando houver dúvida sobre o preenchimento dos pressupostos do art. 503, CPC²⁴³.

processuais. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 169; MATTOS, Sérgio. Resolução de questão prejudicial e coisa julgada: primeiras linhas sobre o art. 503, §§ 1o e 2o, do CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais.** Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 224; BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 472-473.

²⁴⁰ Enunciado n. 111 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Persiste o interesse no ajuizamento de ação declaratória quanto à questão prejudicial incidental.”

²⁴¹ Nesse sentido, inclusive, defendem Marinoni e Arenhart que “a leitura dos dispositivos colocados no tratamento da chamada ‘arguição de falsidade’ dá a impressão de que o código escolheu sujeitar esse incidente ao regime quer da ação incidental, quer de simples incidente processual, a depender da intenção do sujeito que faz a alegação. Em havendo requerimento específico – equiparado, então, a verdadeiro pedido de tutela jurisdicional, nos moldes do art. 19, II – haverá uma cumulação de ações no processo, acarretando a necessidade de o magistrado decidir especificamente sobre o tema. Do contrário, a questão será resolvida incidentalmente, como qualquer outra alegação feita no curso do processo” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção** – de acordo com o CPC de 2015. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 742). Fredie Didier Jr. ainda defende a possibilidade de reconvenção declaratória proposta pelo réu, que pode ter por objeto a questão prejudicial incidental controversa, passando a incidir o regime jurídico comum da coisa julgada. (DIDIER JR., Fredie. Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais.** Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 113).

²⁴² Art. 430. Parágrafo único. Uma vez arguida, a falsidade será resolvida como questão incidental, salvo se a parte requerer que o juiz a decida como questão principal, nos termos do inciso II do art. 19.

²⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. Da coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil.** São Paulo: RT, 2015. n.p. Nesse mesmo sentido, dispõe Bruno Garcia Redondo: “Não obstante, é possível que permaneça existindo interesse processual para que a questão

É evidente que essa derradeira sugestão visa promover ao resultado do procedimento uma maior previsibilidade a respeito da estabilidade da sentença, contudo parece não encontrar base legal no Código de Processo Civil. Apesar de presente o interesse de agir no pedido de declaração sobre qualquer relação jurídica, consoante art. 19, I, CPC, não há previsão do procedimento específico da ação declaratória incidental para essa generalidade de casos. A autorização do art. 19, I, CPC parece ser útil à pretensão declaratória constante na petição inicial ou na reconvenção, e não a um incidente que teve sua aplicabilidade restrita à declaração de falsidade documental, nos termos do art. art. 403, parágrafo único, CPC.

Aliás, consigna-se que a previsão do art. 430, parágrafo único do CPC, ao sujeitar a declaração de falsidade a um regime distinto daquele previsto para as demais questões prejudiciais, se mostra totalmente incoerente com a lógica do novo Código. Ainda assim, persiste ação análoga à ação declaratória incidental no ordenamento jurídico somente para este caso em específico, diante de expressa previsão legal (art. 430, parágrafo único, CPC).

4.2.5 A REVISÃO DO CONCEITO DE QUESTÃO PREJUDICIAL E A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO DE FATO

Dentre todos os pontos controversos ora expostos, a questão que mais trouxe polêmica entre a doutrina e a que mais tem relevância em termos de eficiência processual é a possibilidade da coisa julgada incidir sobre a verdade dos fatos.

Como já demonstrado neste trabalho, a legislação processual de 1973 preferiu afastar a incidência da coisa julgada sobre os fatos utilizados como pressupostos para resolução do processo, consoante previsão do art. 496, II, CPC/1973. A opção legislativa que também sempre prevaleceu, como bem descreve THEODORO JR., foi a de não fazer qualquer distinção entre fatos jurídicos e fatos simples²⁴⁴. Todos, uma vez utilizados na argumentação do juiz, seriam reputados

prejudicial seja resolvida como questão principal (v.g., sempre que ausentes os pressupostos do art. 503, caso em que fica impedida a formação de coisa julgada sobre a prejudicial).” (REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, a. 40, v. 248, out. 2015, p. 43-67).

²⁴⁴ THEODORO JR. Humberto. Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 176.

meros motivos e não objeto do *judicium* e, por isso, não seriam abrangidos pela autoridade de coisa julgada.

Assim também, a doutrina sempre foi categórica em negar a possibilidade da ação declaratória incidental ter por objeto questões meramente fáticas, limitando-se à declaração de relações jurídicas. A questão prejudicial é, tradicionalmente, aquela que pode ser objeto de declaração em um processo autônomo, do que se exclui, de forma peremptória, a verdade dos fatos²⁴⁵.

O CPC de 2015 manteve a expressa vedação à coisa julgada sobre a verdade dos fatos, consoante art. 504, II, CPC/2015, o que torna lógico que a doutrina, em sua maior parte, acolha a interpretação literal do Código.

Destoante da maioria, LUIZ GUILHERME MARINONI, inspirado pela doutrina norte-americana da *issue preclusion*, que sempre admitiu a preclusão extraprocessual sobre questões prevalentemente fáticas, e distinguindo meros fatos da categoria de questões de fato juridicamente relevantes, entende possível a extensão da coisa julgada a um maior grupo de prejudiciais determinantes do resultado do processo.

Segundo o autor, a despeito da vedação no Código da coisa julgada sobre a verdade dos fatos, não se admite que estes “possam ser rediscutidos para o efeito de negar a consequência jurídica que deles foi extraída na decisão que produziu coisa julgada”.²⁴⁶ E isso porque a qualificação jurídica e a fixação dos efeitos jurídicos do fato são pontos que vão além do fato individualmente considerado (aquele mencionado no art. 504, II do CPC), e devem ser objeto de estabilidade quando relevantes para a definição do litígio.

Nesse sentido, é necessário notar que a determinação da relevância jurídica de determinado fato e, portanto, de sua qualificação como questão relevante, é sempre de caráter relacional, ou seja, deve ser verificada a partir de sua influência no caso concreto considerado.

²⁴⁵ Neste sentido, dispõe Teresa Arruda Alvim: “De acordo com a doutrina majoritária, mesmo que a avaliação desses fatos seja realmente um passo necessário para a decisão da questão principal, que em todos os exemplos poderia ser um pedido de indenização, uma convicção do juiz do primeiro processo nunca poderia vincular pleitos futuros derivando dos mesmos fatos. (...) Nessas situações, às partes não pode ser negado o direito de produzir prova sobre fatos que podem ser considerados importantes para uma segunda ação.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. In: **Revista de Processo**, vol. 230, p. 75-89, abr./2014).

²⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 298.

Assim, por exemplo, o reconhecimento da culpa do motorista em uma ação de ressarcimento de danos materiais por acidente automobilístico ou da coação em uma ação anulatória de negócio jurídico, poderia, em ambos os casos, ficar acobertado pela coisa julgada às partes que tiveram oportunidade de discutir a questão. Isso, evidentemente, desde que preenchidos os requisitos do art. 503, CPC.²⁴⁷

A definição do elemento culposo não se trata de um mero fato, uma vez que as consequências jurídicas extraídas de sua declaração em juízo são determinantes para solução do caso considerado. O mesmo se pode dizer em relação à ocorrência da coação no negócio jurídico: quando inserido no contexto do negócio anulado, a coação deixa de ser mero acontecimento para ganhar qualificação e relevância jurídica, de modo que poderia ser também objeto de estabilidade por força da coisa julgada, nos termos do disposto no art. 503, § 1º, CPC.

Na realidade, as questões prevalentemente fáticas são aquelas que, antes da análise de sua consequência jurídica, demandam o exame do material probatório e, a partir deste, a definição da existência e modo de ser de um determinado fato. E caso seja o fato juridicamente relevante, assumirá qualificação jurídica e caráter de questão para fins de apreciação judicial.

Em termos práticos, a definição de culpa na causação do acidente poderia fundar futura demanda de lucros cessantes em face do mesmo réu, enquanto que a estabilidade sobre a ocorrência de coação na celebração de negócio jurídico poderia simplificar futura ação indenizatória por danos morais. Daí se extraem as vantagens da extensão da coisa julgada às questões prevalentemente fáticas, sobretudo no que diz respeito à harmonia entre as decisões e economia procedimental.

Com efeito, o entendimento é nitidamente o que mais se alinha aos

²⁴⁷ Esclarece o autor: “Porém, todo fato que pode ser associado a um efeito jurídico – e não apenas os “fatos-direito” – é capaz de dar origem a uma questão prejudicial. Assim, por exemplo, o fato atribuído ao réu que pode ser associado ao efeito jurídico culpa. No caso em que se pede indenização por danos emergentes afirmando-se a culpa do demandado diante de acidente automobilístico, determinado fato – como a velocidade acima do limite permitido em lei – é associado à culpa, de modo que a culpa é um pressuposto de que depende a resolução do pedido de indenização. A culpa, portanto, é aí uma questão prejudicial sobre a qual pode recair coisa julgada.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, v. 259, n. 2016, p. 97-116, 2016). Assim também preconiza Karl Larenz: “Se A causou um acidente por ter patinado numa curva numa estrada molhada, a questão de facto é o estado do pavimento e a velocidade com que A conduzia na curva; se o seu modo de condução foi, nestas circunstâncias, ‘negligente’ é questão de direito” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 435).

propósitos do Novo Código, consoante a sua exposição de motivos²⁴⁸. Valoriza o esforço jurisdicional e amplia o campo de estabilidade sobre questões, evitando contradições lógicas entre litígios. Ademais, a ideia é profundamente inspirada na rica experiência norte-americana da *issue preclusion* e otimiza a resolução de litígios de forma mais isonômica e eficiente.

A adoção dessa tese, no entanto, pressupõe uma releitura do conceito de questão prejudicial, afastando-se da noção de que só é prejudicial a questão que pode ser objeto de declaração em processo autônomo, conceito este que só faz sentido em um sistema onde vigora a ação declaratória incidental como meio de extensão da coisa julgada às questões decididas ao longo do processo.

É que a definição de culpa ou da coação, por exemplo, não se adequa ao conceito clássico de questão prejudicial, uma vez que não poderia ser objeto de processo autônomo. Em outras palavras, não haveria interesse jurídico na demanda de simples declaração desta espécie de questão.

Considerando que o Código exige que a questão seja “prejudicial”, a extensão da coisa julgada a uma determinada questão, seja ela prevalentemente de fato ou de direito, dependeria ou da sua adequação à noção clássica de prejudicialidade ou de uma renovação deste conceito, o qual tem se mostrado há muito ultrapassado.

MARINONI ainda percebeu a utilidade da norma do art. 503, CPC quando da sua conjugação com o art. 506, CPC, no que se refere à possibilidade de extensão da coisa julgada sobre questões fáticas em benefício de terceiros, semelhante à figura do *non-mutual collateral estoppel*.²⁴⁹ É que o Código de Processo Civil de 2015 alterou a redação do art. 472 do CPC/1973, excluindo a vedação da extensão da coisa julgada quando em benefício de terceiro, passando o art. 506, CPC/2015 a exprimir o seguinte: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

A supressão da parte final do antigo art. 472, partindo-se de uma interpretação a *contrario sensu* do dispositivo, autorizaria que terceiros pudessem

²⁴⁸ “O novo sistema permite que cada processo tenha maior rendimento possível. Assim, e por isso, estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais.” BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas, 7. ed. Exposição de motivos. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 34.

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, v. 259, n. 2016, p. 97-116, 2016,

ser beneficiados pela coisa julgada referente à sentença proveniente de processo do qual não participaram, desde que garantido o contraditório à parte sucumbente.

Dessa maneira, preenchidos os requisitos do art. 503 – que, como visto, são semelhantes aos pressupostos fixados pelas Cortes norte-americanas na aplicação da *issue preclusion* - e garantido o contraditório e a ampla defesa em relação aquele contra quem a coisa julgada sobre determinada questão é invocada, poder-se-ia estendê-la de forma a beneficiar terceiros com causas de pedir conexas ou que litiguem sobre questões prevalentemente fáticas idênticas, vedando sua rediscussão em processos paralelos.

O instrumento, se devidamente utilizado, poderia se mostrar útil nos casos de múltiplos danos e de litigiosidade repetitiva, no contexto dos direitos individuais homogêneos.²⁵⁰ É que nestes casos a definição da responsabilidade envolve a análise de questões fáticas reproduzidas na generalidade dos casos, de modo que a repetição da mesma discussão em todas as demandas individuais se mostra manifestamente contrária aos interesses de eficiência da jurisdição. Se mostra útil, portanto, a figura da coisa julgada sobre questão prejudicial, inclusive sobre questões fáticas, em benefício de terceiros, nos moldes da aplicação conjugada dos art. 503 e 506 do Código.²⁵¹

No entanto, considerando não ser o objeto principal deste trabalho e diante de sua alta complexidade, o tema merece estudo aprofundado em outra oportunidade.

Considerou também a possibilidade de coisa julgada sobre questão fática

²⁵⁰ Neste sentido, antes da promulgação do Novo Código, comentavam Gidi, Tesheiner e Prates: “A utilização da *offensive non-mutual issue preclusion* no direito brasileiro no caso de ações de massa seria bastante simples. Qualquer que seja a defesa alegada pelo réu (exemplo não se trata de uma relação de consumo, não houve culpa do réu, não há responsabilidade civil etc.), uma vez que ela seja consistentemente afastada pelos tribunais de forma inequívoca em inúmeros processos, não faz muito sentido permitir a sua rediscussão em todos os casos futuros, apenas sob o argumento técnico de que a coisa julgada ficou adstrita aos dispositivos das sentenças dos processos já julgados. Cabe aqui adotar o princípio norte-americano de que o réu já teve ampla oportunidade de alegar a sua defesa e os tribunais a rejeitaram. Imagine uma empresa que perde sistematicamente centenas ou milhares de processos onde sua responsabilidade é determinada judicialmente. Entendemos que essa empresa não tem o direito de continuar com a postura de negar sua responsabilidade em juízo em processos futuros, litigando ferozmente até o último processo, sob a alegação de que cada processo é um processo. Esse princípio pode ser utilizado em uma série de situações onde há responsabilidade civil de uma empresa em face de um grupo numeroso de pessoas.” (GIDI, Antônio; 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, São Paulo, n. 194, p. 101-138, abr. 2011).

²⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**, v. 259, n. 2016, p. 97-116, 2016.

LUCAS BURIL DE MACÊDO, ao reconhecer que: (a) não há impedimento à previsão de *lege ferenda* da coisa julgada sobre questão fática; (b) o fato de o sistema jurídico positivo ter acolhido uma hipótese de coisa julgada sobre questão fática significa que não há um efetivo óbice à sua extensão a outros fatos; (c) não há nenhuma particularidade na falsidade ou na autenticidade documental como fatos que os tornem os únicos fatos passíveis de serem declarados judicialmente; (d) a previsão de outras hipóteses de coisa julgada sobre fato depende, unicamente, da vontade política de estabelecê-las.²⁵²

Apesar de reconhecer a relevância jurídica da declaração sobre a falsidade documental e, portanto, a relevância jurídica de um fato, MACÊDO entende que o art. 503 não pode ser lido como se regra de *issue preclusion* fosse, diante da proibição de coisa julgada sobre fato do art. 504, II, CPC.²⁵³ Nada obstante, não exclui o autor a possibilidade de coisa julgada sobre fato em caso de previsão específica pelo ordenamento processual, a exemplo do que ocorreu com falsidade documental²⁵⁴.

De qualquer modo, é certo que o Código de Processo Civil de 2015 poderia ter ido mais longe no tratamento das questões prejudiciais e dos limites objetivos da coisa julgada, dispondo também sobre a estabilidade para questões prejudiciais fáticas. Assim, observadas as garantias de ampla defesa e do contraditório, aproveitar-se-ia a totalidade do labor jurisdicional, promovendo maior estabilização e segurança jurídica sobre os litígios e impedindo a rediscussão de questões de cunho fático-probatório já anteriormente decididas pelo estado-jurisdição.

Neste sentido, é pertinente a crítica de RODRIGO RAMINA DE LUCCA, para quem a não extensão às questões fáticas é opção incompreensível, uma vez que se a intenção era otimizar o processo, evitar rediscussão de questões e impedir decisões conflitantes, a estabilidade sobre questões fáticas seria muito mais eficiente do que sobre questões jurídicas²⁵⁵.

²⁵² MACÊDO, Lucas Buril de. Coisa julgada sobre fato. Análise comparativa com o collateral estoppel de sua possibilidade de lege lata ou de lege ferenda” In: **Revista de processo**, n. 260, p. 355-412, 2016.

²⁵³ MACÊDO, Lucas Buril de. Coisa julgada sobre fato. Análise comparativa com o collateral estoppel de sua possibilidade de lege lata ou de lege ferenda” In: **Revista de processo**, n. 260, p. 355-412, 2016.

²⁵⁴ Art. 433, CPC/2015: A declaração sobre a falsidade do documento, quando suscitada como questão principal, constará da parte dispositiva da sentença e sobre ela incidirá também a autoridade da coisa julgada.

²⁵⁵ A despeito com a preocupação com a tutela do interesse privado das partes no processo, Rodrigo Ramina de Lucca critica a contenção do legislador na previsão da coisa julgada sobre questões prejudiciais: “Como regra, a imunização das questões jurídicas impede novas demandas relacionadas

De qualquer modo, não há vedação expressa quando às questões predominantemente fáticas, mas tão somente quanto à “verdade dos fatos”, do que poderia se extrair, na mesma linha de autores como MARINONI, e associado a uma revisão do conceito de prejudicialidade, a possibilidade da coisa julgada incidir sobre essa categoria de questões.

à anterior; e também, como regra, dificilmente são renovadas. Após ver seu pedido julgado improcedente, é improvável que o autor proponha nova demanda contra o réu com fundamento no mesmo contrato considerado inválido previamente. Por outro lado, a imunização dos fatos traria resultados muito mais concretos. Basta pensar na hipótese em que o réu coagido propõe demanda por danos morais contra o autor. Em vez de aproveitar a decisão que já reconheceu a coação, terá que se submeter a nova fase instrutória, nova valoração fático-probatória pelo juiz etc. E com o risco de ver a mesma coação, reconhecida no primeiro processo, afastada no segundo”. (LUCCA, Rodrigo Ramina de. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 252, 2016).

5 CONCLUSÃO

Para além das conclusões parciais realizadas em cada um dos tópicos deste trabalho, é necessário, por fim, sistematizar os resultados alcançados ao longo da revisão da temática abordada.

É inegável, como se demonstrou, a influência da doutrina italiana no processo civil brasileiro. Além do nosso ordenamento estar indubitavelmente inserido em um sistema de tradição de *civil law*, a despeito da cada vez mais frequente flexibilização dos sistemas e da mescla com institutos próprios do *common law*, o processo civil foi especialmente influenciado pela doutrina dos pensadores italianos.

As leis processuais de 1939 e 1973 são, sem dúvida, reflexos desta grande influência da doutrina italiana nas maiores escolas do Direito do país. O próprio Código de Processo Civil de 2015 manteve-se intimamente atrelado a essa doutrina, embora tenha inovado na disciplina de diversos institutos antes desconhecidos pelo ordenamento brasileiro e renovado outros já familiares.

A alteração legislativa substancial no regime da coisa julgada, especialmente quanto aos seus limites, impõe uma necessária revisão do consolidado princípio, sendo de grande importância a análise comparativa de outras experiências, mormente aquelas que apresentem resultados positivos e possam, de alguma forma, contribuir para o desenvolvimento do nosso sistema.

A busca por respostas para os palpitantes desafios atualmente postos ao tema da coisa julgada no Brasil nos conduz, certamente, à análise do sistema norte-americano da *res judicata*, pautado na doutrina da *former adjudication*. As diretrizes dadas pelos tribunais à *res judicata* nos Estados Unidos têm como principal propósito evitar a rediscussão de questões já decididas pelos órgãos do poder jurisdicional, ampliando, para tanto, os contornos objetivos, e também subjetivos, das preclusões processuais.

É inegável também que, com as devidas ressalvas, o legislador pátrio buscou inspiração no ensaio norte-americano, ante a quase total identidade entre os requisitos postos no art. 503 do CPC e aqueles indicados pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais estadunidenses.

Apesar de todo o esforço teórico e comparativo, pode-se concluir que a

doutrina brasileira ainda mostra certa resistência na aplicação dos novos limites da coisa julgada em sua máxima amplitude, tal como sugere o presente estudo e a própria experiência norte-americana.

De modo geral, persistem muitas dúvidas quanto aos critérios de aplicação do novo art. 503, § 1º e 2º do CPC.

Ponto de grande relevância, ao qual se dedicou boa parte deste estudo, é a necessidade de revisão do conceito clássico de prejudicialidade, a fim de abarcar também questões prevalentemente fáticas, ampliando assim os limites objetivos da coisa julgada visando a maior efetividade na atuação da jurisdição.

Muito provavelmente, diante da vagueza legislativa, só a jurisprudência será capaz de definir o conteúdo dos requisitos para a operação da coisa julgada sobre questões prejudiciais, bem como dar solução às questões ora apontadas como controversas na doutrina processual pátria.

E, como aqui se sugere, ademais de evidente fonte de inspiração para a normativa da lei processual de 2015, o modelo da *res judicata* e da *issue preclusion* do direito norte-americano representa parâmetro conveniente a ser observado na definição dos traços do instituto da coisa julgada e das estabilidades no direito brasileiro.

Atingida a finalidade principal deste trabalho, qual seja, a de demonstrar o paralelismo entre o novo sistema da coisa julgada no Brasil e a *issue preclusion* do direito norte-americano, e a possibilidade de daí extrair-se inspiração para a boa aplicação do instituto em nosso país, espera-se, daqui em diante, um maior desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência acerca do tema.

Com o exemplo norte-americano, sistema sempre pautado na isonomia, eficiência e segurança na atuação jurisdicional, almeja-se que o Direito brasileiro se torne mais sensível à realidade da sociedade e da estrutura jurisdicional, desprendendo-se dos dogmas da clássica doutrina e visando sempre a concretização do ideal da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, Proportionality and the Pan-Procedural Approach: Some Bases of Contemporary Civil Litigation. **IJPL**, v. 4, p. 178, 2014.
- ARRUDA ALVIM. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016. P. 307.
- ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, parte especial**: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). São Paulo: Ed. RT, v. 3, 2015.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Ed. Borsoi, 1967.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada, in **Temas de Direito Processual**, Terceira Série. São Paulo: Saraiva. 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. **Temas de direito processual**, 1977.
- BIANCHI, Leonardo. Da cláusula de estoppel e sua dinâmica na esfera dos negócios jurídicos privados. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 24, p. 54-78, dez. 2005.
- BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 189-206.
- Bouchier v. Taylor, 1776.
- BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas, 7. ed. **Exposição de motivos**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. Da coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015.
- CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: Juspodivm, 2013.

CALAMANDREI, Piero. La génesis lógica de la sentencia civil. **Estudios sobre el proceso civil**, 1945.

CALAMANDREI, Pietro. **La casación civil, II**. Buenos Aires, 1945.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAPONI, Remo; PISANI, Andrea Proto. **Lineamenti di diritto processuale civile**. Napoli:Jovene,n. 24, p. 82, 2001.

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

CAVANAGH, Edward D. **Issue preclusion in complex litigation**. St John's University School of Law, paper, September 24, 2012. p. 860-894.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Procesual Civil**, 2. Ed. Ed. Saraiva. São Paulo, 1965.

CHIOVENDA, Giuseppe. Le questioni pregiudiziali. L'accertamento incidentale. In: **Instituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, vol. I, 1957

CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa giudicata e preclusione. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. III. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993

CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla cosa giudicata. **Saggi di Diritto Processuale Civile**, v. II, Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1993. p. 401.

CLARK, Charles E. History, systems and functions of pleading. **Virginia Law Review**, p. 526, 1925.

Cromwell v. County of Sac, 94 U. S. 351 at 356, 1876.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

DENTI, Vittorio. **Dall'azione al giudicato**. Cedam, 1983.

DENTI, Vittorio, Questioni pregiudiziali, in **Novissimo Digesto Italiano**, vol. XIV, Torino: Utet, 1967, p. 657 e ss.

DIDIER JR., Fredie. Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 86-104.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. v.2

Digesto. XLII, tít. I, 62.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito no processo civil. In: **Fundamentos do processo civil moderno**, vol. I, 4a ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 232-276

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ação declaratória incidental**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHINELLO, João Antonio Tschá. Do estoppel by record à issue preclusion: a transladação da preclusão sobre questão do direito inglês ao norte-americano. **Revista de Processo Comparado**, v. 7/2018, p. 195-223, 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Prejudicialidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GIDI, Antônio; 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*, São Paulo, n. 194, p. 101-138, abr. 2011.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Grupo Gen-Editora Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação Declaratória Incidental**. São Paulo, v.7, 1972.

Halpern v. Schwartz, United States Court of Appeals, Second Circuit, 426 F.2d 102, 1970

HAZARD JR., Geoffrey. Preclusion as to issues of law: the legal system's interest. **Iowa Law Review**, v. 70, p. 87, 1984.

HUNTER, Richard S. Supreme Court of the United States. Charles T. Cromwell v. The County of Sac. **The American Law Register** 25, n. 12, 1877.

Kosakow v. New Rochelle Radiology Associates. United States Court of Appeals, Second Circuit, 2001.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LIEBMAN, Eurico Tulio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. São Paulo. Forense. 2 ed. 1981.

LOCATELLI, Francesca, **L'accertamento incidentale ex lege**: profili. Milano: Giuffré, 2008.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. Coisa julgada e a vedação às decisões implícitas. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 311-330.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 252, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. Coisa julgada sobre fato. Análise comparativa com o collateral estoppel de sua possibilidade de lege lata ou de lege ferenda” In: **Revista de processo**, n. 260. p. 355-412. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção** – de acordo com o CPC de 2015. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 3. ed. 2017.

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

MARQUES, Lilian Patrus. **Contribuição crítica ao estudo dos limites objetivos da coisa julgada**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

MATTOS, Sérgio. Resolução de questão prejudicial e coisa julgada: primeiras linhas sobre o art. 503, §§ 1o e 2o, do CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 207-230.

MENCHINI, Sergio, **I limiti oggettivi del giudicato civile**, Milano: Giuffré, 1987.

MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiziale nel processo civile**. Vienna: Ditta editrice di corte e d'università Manz, 1904.

MENEZES, Lucas Lopes. **A coisa julgada e a questão prejudicial no novo Código de processo civil**: análise do artigo 503, §§ 1º e 2º, da Lei n. 13.105/2015. 2016. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal da Bahia.

MILLAR, Robert Wyness. The historical relation of estoppel by record to res judicata. **Illinois Law Review of Northwestern University**, v. 35, p. 41-59, 1940.

MILLAR, Robert Wyness. The premises of the judgement as res judicata in continental and anglo-american law. **Michigan Law Review**, v. 39, n 2, p. 238-266, dec.1940.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. Revista dos Tribunais, 2016

NEVES, Celso. **Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971, p. 27-45.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NIEVA-FENOLL, Jordi. A coisa julgada: o fim de um mito. **Revista Eletrônica de Direito Processual-Procedural Law Electronic Review**, v. 10, n. 10, 2016.

ODGERS, W. Blake. **The Principles of Pleading and Practice in Civil Actions in the High Court of Justice**. Read Books Ltd., 2013.

PASCHOAL, Thaís Amoroso. **Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada coletiva: o necessário equilíbrio entre a efetividade da tutela coletiva e a segurança jurídica**. 2009. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais)—Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

PETRELLA, Virginia. Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile. **Studi in onore di Carmine Punzi**. Torino: G. Giappichelli, 2008, v. I.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 2002.

POLASKY, Alan N. Collateral Estoppel-Effects of Prior Litigation. **Iowa L. Rev.**, v. 39, 1953. p. 217-254.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo VII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 52.

PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civile (Diritto Vigente). In: MORTATI, Constantino; PUGLIATTTI, Salvatore (Dir.). **Enciclopedia del diritto**. v. XVIII. Varese: Giuffrè, 1969, p. 785-893.

REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, a. 40, v. 248, out. 2015, p. 43-67.

Restatement (Second) Of Judgments § 27 (1982).

ROSENBERG, Maurice. Collateral Estoppel in New York. **John's L. Rev.**, v. 44, 1969. p. 165-195.

SALVIOLI, **Storia della procedura civile e criminale**, I, Milano, Hoepli, 1925.

SATTA, Salvatore. Accertamento incidentale. In: **Enciclopedia del diritto**, vol. I.

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

SILVA, Ricardo Alexandre. **Limites Objetivos da Coisa Julgada e Questões Prejudiciais**. tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Curitiba: Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2016.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Editora Forense. v. 4, 2003.

STONER, Gordon. Pleading Estoppel. **Mich. L. Rev.**, v. 9, 1910.

TALAMINI, Eduardo. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235860,101048-Questoes+prejudiciais+e+coisa+julgada>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni. I **Rivista di Diritto Processuale**, anno XXVI, n. 4, 651-687, ottobre-dicembre 1971.

TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni. II **Rivista di Diritto Processuale**, anno XXVII, n. 2, 272-300, aprile-giugno 1972.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. tr. Lorenzo Córdova, 2006.

THEODORO JR. Humberto. Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). **Coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 165-188.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I, p. 1110.

Trevino v. Gates, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1996.

TUCCI, Rogério Lauria. **Curso de direito processual civil: processo de conhecimento**. Saraiva, 1989.

VERBIC, Francisco. La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente de la

Republica Argentina. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 167, p. 187-229, jan. 2009.

Ute Indian Tribe v. Utah, 935 F. Supp. 1473, 1513-14 (D. Utah, 1996).

VON SAVIGNY, Friedrich Karl. **Sistema del derecho romano actual**. F. Góngora y Compañía, 1879.

WACH, Adolf. **La pretension de declaracion**. trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE, 1962.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. In: **Revista de Processo**, vol. 230, p. 75-89, abr./2014.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.