

A DIFICULDADE EM VER QUE A COISA JULGADA PODE SER INVOCADA POR TERCEIROS¹

Luiz Guilherme Marinoni²

1. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

A possibilidade de a coisa julgada – sobre questão ou sobre o pedido – ser invocada por terceiro nunca despertou interesse no *civil law*. Isso convida para a busca das razões que levaram essa doutrina a negligenciar tão importante problema. Por ter sido sempre vinculada às partes, a coisa julgada nunca foi analisada além dos limites dos casos em que *excepcionalmente* poderia incidir sobre terceiros. Talvez por isso a doutrina tenha insistido numa estreita aproximação entre a relação substancial discutida entre as partes e aquela de titularidade do terceiro, dificultando a visualização dos terceiros que podem ser beneficiados pela coisa julgada.

Pretende-se aqui demonstrar que o encarceramento dos efeitos benéficos da coisa julgada na moldura das partes, nos termos do conceito

1 Artigo originalmente publicado na Revista dos Tribunais, v. 108, n. 1000, pp. 425-449, fev. 2019.

2 Professor Titular da Universidade Federal do Paraná. Procurador do Estado do Paraná. Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Diretor do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Conselheiro da International Association of Procedural Law.

romano de coisa julgada, suprimiu o oxigênio necessário para a doutrina pensar na coisa julgada como algo que realmente “*vale perante todos*”, bem como evidenciar que a coisa julgada, para tutelar a autoridade do Estado, a coerência do direito e a segurança jurídica, necessita estar aberta aos terceiros que legitimamente podem invocá-la.

2. A INFLUÊNCIA DA IDEIA DE COISA JULGADA ENQUANTO TUTELA DE UM BEM

CHIOVENDA, ao refutar a doutrina que atribuiu força de coisa julgada à resolução incidental de questão, argumentou que essa doutrina esqueceu que a coisa julgada objetiva garantir a segura fruição de um bem da vida. Ao afirmar que a suposição de coisa julgada sobre questão nada mais é do que a supervalorização do elemento lógico do processo, Chiovenda enfaticamente advertiu que “*cosa giudicata non vuol dire giudizio, vuol dire bene riconosciuto o negato*”³.

Embora se tenha admitido que, diante da evolução do direito romano, a frase *res judicata* deixou de indicar apenas a coisa ou o bem e passou a expressar também o juízo, deixou-se claro que o bem da vida nunca se desligou do juízo, da sentença e da sua autoridade. Tanto é assim que Chiovenda afirmou que a *res judicata* refere-se justamente à sentença que se pronuncia “*su questo bene, accogliendo o respingendo la domanda*”⁴.

A relação entre coisa julgada e tutela de um bem da vida implicitamente admite que a coisa julgada deve recair sobre as partes

3 CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione*. Saggi di diritto processuale civile, v. 3, Milano: Giuffrè, 1993, p. 238.

4 *Ibidem*, p. 245.

que disputaram o bem⁵. A ideia de tutela de um bem, ao tornar a coisa julgada indissociável da figura daqueles que disputaram a *res*, inviabilizou a sua análise enquanto valor que poderia ser invocado por terceiros. Aliás, quando a coisa julgada é limitada à solução do litígio e, portanto, despreza as questões prejudiciais, ela pouco tem a dizer aos terceiros⁶.

3. A REGRA DE QUE A COISA JULGADA É RESTRITA ÀS PARTES E A CONSEQUENTE PERSPECTIVA DE ENFOQUE DOS TERCEIROS

Apesar do conceito de coisa julgada ter sido forjado para assegurar os litigantes, o direito romano já admitia exceções à sua restrição *inter partes*⁷ e grande parte do trabalho da doutrina nos séculos XIX e XX foi direcionado a tentar explicar a relação da coisa julgada com os terceiros.

Porém, a preocupação com os terceiros *foi antes de tudo uma decorrência da premissa de que a coisa julgada não pode interferir sobre a relação jurídica de quem não participou do processo*. A coisa julgada jamais

5 “La cosa giudicata non è altro che la *res iudicata*: questo apparente bisticcio vorrebbe mettere in evidenza, colla chiarezza della nostra lingua madre, quel sostantivo e quel participio di cui la frase si compone. La *res iudicata* non è infatti, a sua volta, che la *res in iudicium deducta*, dopo che fu *iudicata*; in altri termini è il bene della vita (proprietà, servitù, eredità, credito diritto alla divisione, alla separazione personale, all’annullamento di un atto giuridico ecc.) che è perseguito in giudizio, dopo che il giudicato lo ha riconosciuto o lo ha negato, e così è diventato incontestabile, *fnem controversiarum acceptit*.” (Ibidem, p. 234-235).

6 Lembre-se que, para Chiovenda, a proibição de rediscussão de uma questão só tem sentido para impedir a negação ou a diminuição do bem da vida obtido mediante a sentença que produziu coisa julgada. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, [1906] 1965, p. 916-917).

7 PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (storia). *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, 1969, n. 5.

foi vista como valor que, por ter importância perante todos, deve poder ser usufruído por quem não participou do processo, mas sempre foi pensada como algo que, por dizer respeito às partes, *eventualmente pode recair sobre terceiros, vinculados à parte em razão de suas peculiares posições perante o direito substancial*.

Lembre-se que a doutrina francesa do século XIX, atrelada à regra que foi delineada no art. 1.351 do Código Napoleão⁸ – de que a coisa julgada reclama as mesmas partes –, disse que a identidade de partes deveria ser buscada na identidade jurídica e não na identidade física, desenvolvendo o que chamou de “representação imperfeita”, que foi aplicada aos herdeiros, aos sucessores a título particular e a outras pessoas consideradas como “partes”. Vale dizer que esta doutrina resolveu o problema dos terceiros mediante a ampliação do significado de parte.

A doutrina alemã do século XIX, vinculada às fontes romanas e, portanto, à regra geral de que a coisa julgada recai sobre as partes, influenciou a ZPO de 1877, que delineou exceções à regra de que a coisa julgada é restrita às partes (§§ 325-327, ZPO⁹). Mas o esforço dessa doutrina, limitado à instituição e ao desenvolvimento de exceções à regra, não permitiu ir além dos resultados a que chegou a doutrina francesa. Em outras palavras, os terceiros continuaram a ser vistos como aqueles que, em virtude de suas particulares posições, poderiam ser atingidos pela coisa julgada.

8 De acordo com o art. 1.351 do Código Civil francês, “l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité”. Ver POTHIER, Robert. *Traité des obligations*. In: Oeuvres de Pothier, v. I, Paris, 1830; POTHIER, Robert. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções*, Lisboa: Antonio J. da Rocha, 1849.

9 STEIN, Friedrich; JONAS, Martin. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. Tübingen: Mohr Siebrek, 2015, § 325.

A doutrina italiana dos séculos XIX e XX seguiu, nas linhas básicas, as doutrinas francesa e alemã, reafirmando a regra de que a coisa julgada é *inter partes*, embora comporte exceções. O Código Civil italiano de 1865¹⁰, nos mesmos termos do Código Civil francês, exigiu para a configuração de coisa julgada a identidade dos três elementos da ação. O art. 2.909¹¹ do Código Civil italiano de 1942, por sua vez, limitou-se a dizer que a sentença passada em julgado produz efeitos entre as partes, os seus herdeiros e os denominados “*aventi causa*” (sujeitos equiparados às partes). Como é óbvio, esta norma não trouxe qualquer modificação à ideia central presente no código de 1865, já que a contemplação de exceções ou a tentativa de alargamento do conceito de parte *apenas reafirma a regra geral e evidencia que os terceiros são aqueles que excepcionalmente, em vistas das suas situações jurídicas, podem ser afetados pela coisa julgada*.

Como está claro, a doutrina italiana sempre esteve sujeita à noção de que a coisa julgada existe para servir às partes¹². *Como resultado disso,*

10 O Código Civil italiano de 1865 reproduziu a norma do art. 1.351 do Código Civil francês, curiosamente sob o mesmo número 1.351: “l’autorità della cosa giudicata non ha luogo, se non relativamente a ciò che ha formato il soggetto della sentenza. È necessario che la cosa domandata sia la stessa; che la domanda sia fondata sulla medesima causa; che la domanda sia fra le medesime parti, e proposta da esse e contro di esse nelle medesime qualità”.

11 Art. 2.909, CC italiano: “l’accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o *aventi causa*”.

12 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, p. 906 e ss; BETTI, Emilio. *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*. Macerata: Bianchini, 1923, D. 42, I, 63; BETTI, Emilio. *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*. Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, 1929, I, p. 544 e ss; CARNELUTTI, Francesco. *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*. Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, 1923, I, p. 162 e ss; CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, Padova: Cedam, 1936, p. 276 e ss; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 254 e ss; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1935; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*. Rivista di Diritto

a preocupação dos intérpretes manteve-se restrita à situação específica de determinados terceiros, que não poderiam passar indiferentes à coisa julgada. Esta doutrina, como é óbvio, não estava numa posição favorável para perceber que a coisa julgada deve servir a todos. Na verdade, a doutrina de *civil law* jamais conseguiu perceber que a coisa julgada tem um valor que transcende aquele que diz respeito às partes ou ao caso concreto.

O interessante é que a doutrina italiana, ao contrário daquela que resolveu o problema da limitação da coisa julgada às partes alargando o conceito de parte e valendo-se da ideia de representação, procurou distinguir o que incide sobre as partes daquilo que atinge terceiros, diferenciando a coisa julgada *inter partes* do fenômeno que abarca pessoas que não participaram do processo. Mais claramente, a doutrina italiana atribuiu ao caráter vinculante da sentença passada em julgado qualidades diversas, conforme relacionada às partes e aos terceiros¹³.

Para ilustrar, lembre-se que LIEBMAN, depois de precisar a diferença entre autoridade da coisa julgada e efeitos da sentença, concluiu com facilidade que a *coisa julgada* é restrita às *partes*, embora os *terceiros* possam ser atingidos pelos *efeitos da sentença*. É claro que essa distinção,

Processuale Civile, 1936; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1981; ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1935.

13 “L’orientamento della dottrina italiana in questo secolo, seguito in massima dalla giurisprudenza, porta in generale ad ammettere che il giudicato possa in dati casi operare anche verso i terzi. Tuttavia l’idea dominante rimane, come nel secolo scorso, quella della limitazione alle parti dell’autorità del giudicato; soltanto che, mentre nell’Ottocento si cercava di far rientrare quei dati terzi nell’ambito della nozione di parte, con l’ausilio per lo più di una fittizia rappresentanza, di recente si è cercato di raffigurare il carattere vincolante del giudicato per i terzi come qualcosa di diverso da quello fra le parti, in modo che solo il secondo fosse da qualificare come autorità del giudicato e risultasse di conseguenza soggetto ai limiti, prima, dell’art. 1351 c.c. 1865, poi dell’art. 2909 c.c. 1942.” (PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (dir. civ.). *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, 1969, n. 30, p. 881).

apesar de seu importante valor conceitual, não poderia permitir olhar para outros terceiros. Na verdade, a doutrina de Liebman, no particular, por ter afirmado expressa e positivamente a regra de que a coisa julgada diz respeito às partes, *agravou a dificuldade de se ver a coisa julgada enquanto valor que pode ser usufruído por terceiros*¹⁴.

Os ordenamentos de *civil law*, ao reafirmarem a vinculação da coisa julgada às partes, obstaculizaram a percepção de que a coisa julgada, para desempenhar o seu papel perante a sociedade, pode e deve servir a todos que podem dela usufruir, não importando se foram partes ou se são titulares do direito tutelado ou de situação substancial dependente da coisa julgada.

É difícil encontrar, no âmbito do *civil law*, escritos que tenham se libertado da regra que vincula a coisa julgada às partes¹⁵. O peso do

14 “A distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada pode ter, por fim, grande importância para a revisão da doutrina sobre fenômeno muito complexo, o da influência que uma sentença pode exercer relativamente a terceiros [...]” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 79).

15 Uma amostra de sensibilidade ao valor de coisa julgada está presente nas doutrinas de Giovanni Pugliese e de Michele Taruffo. Pugliese, após aludir à admissibilidade da invocação da coisa julgada por aquele que não participou do processo nas Cortes estadunidenses, disse que esta tendência, *não obstante contrastante com os princípios do ordenamento italiano, deveria, num futuro próximo, constituir objeto de séria análise também na Itália* (PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (dir. civ.). *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, 1969, n. 32). Por sua vez, Taruffo argumenta que o art. 2.909 do Código Civil de 1942, ao contrário do art. 1.351 do código de 1865, não exige a identidade entre os sujeitos do segundo e do primeiro processo, mas se limita a aludir àqueles que são atingidos pela coisa julgada. Assim, a correta interpretação da norma não seria a de que a coisa julgada torna a decisão imutável e indiscutível *entre* as partes, mas a de que torna a decisão imutável e indiscutível *para* as partes, *de modo que a parte vencida estaria proibida de relitigar o decidido também em face de terceiro*, especificamente quando o julgamento do pedido – na ação em que presente o terceiro – depende do que foi decidido na sentença entre as partes. Embora Taruffo raciocine com base na coisa julgada sobre o pedido – e não a partir da coisa julgada sobre questão decidida incidentalmente –, *“a sua interpretação, em meio das discussões travadas no direito italiano, tem o grande valor de colocar a coisa julgada no seu*

tradicional conceito que vincula a coisa julgada aos três elementos da ação, especialmente às mesmas partes, ainda é sentido na grande maioria dos países de *civil law*, nos exatos termos do que acontecia no direito brasileiro anterior ao Código de Processo Civil de 2015. Aliás, a despeito da clareza das regras dos artigos 503 e 506 deste código, teme-se que essa carga ainda possa dificultar o descortinamento da *essência* da coisa julgada, em prejuízo da autoridade e da eficiência do Poder Judiciário e da idônea e eficiente distribuição de justiça aos brasileiros.

4. A PERCEPÇÃO DE QUE O INTERESSE NA COISA JULGADA NÃO É APENAS DA PARTE E A SUPERAÇÃO DA REGRA DA MUTUALIDADE NO *COMMON LAW*

Antes da década de 1940, prevalecia nos Estados Unidos uma regra chamada de “mutualidade” (*mutuality*). Essa regra dizia que uma parte poderia invocar *collateral estoppel* contra outra apenas quando ambas tivessem participado do processo em que o *collateral estoppel* se formou. X só poderia invocar coisa julgada sobre questão contra Y quando o último pudesse, em caso de decisão inversa, invocar a coisa julgada contra X. Ou seja, poderia invocar a coisa julgada em seu benefício aquele que pudesse suportar o seu prejuízo.

A regra, assim, baseada num critério de proporcionalidade, limitava a coisa julgada às partes, assemelhando-se à regra do *civil law*. Se o *collateral estoppel* só pode ser invocado contra aquele que também pode argui-lo, a coisa julgada é obviamente restrita às partes. Foi nesse exato sentido que

devido lugar”. Ver TARUFFO, Michele. “*Collateral estoppel*” e *giudicato sulle questioni*. n. II, Rivista di Diritto Processuale, 1972, p. 293 e ss.

se decidiu em *Triplett v. Lowell*¹⁶, gerando-se o famoso precedente que veio a ser revogado em *Blonder-Tongue*¹⁷, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos referendou o *nonmutual defensive collateral estoppel*, ou seja, a possibilidade de o réu, sem ter sido parte no processo em que o *collateral estoppel* foi formado, invocá-lo contra a parte vencida. Em *Triplett*, decidido em 1936, declarou-se que as regras do *common law* não poderiam proibir a relitigação da validade de uma patente por esta já ter sido declarada inválida em ação *contra um diferente réu*¹⁸.

A regra da mutualidade foi encampada pelo *Restatement of Judgments*¹⁹ de 1942, que disse que aquele que não foi parte na ação em que proferido o julgamento não pode ser prejudicado, mas também não pode

16 *Triplett v. Lowell*, Supreme Court of the United States, 297 U.S. 638, 1936.

17 *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971.

18 “Neither reason nor authority supports the contention that an adjudication adverse to any or all the claims of a patent precludes another suit upon the same claims against a different defendant. While the earlier decision may by comity be given great weight in a later litigation and thus persuade the court to render a like decree, *it is not res adjudicate and may not be pleaded as a defense* (...) We conclude that *neither the rules of the common law applicable to successive litigations concerning the same subject-matter, nor the disclaimer statute, precludes relitigation of the validity of a patent claim previously held invalid in a suit against a different defendant.*” (*Triplett v. Lowell*, Supreme Court of the United States, 297 U.S. 638, 1936).

19 Ao contrário do que se poderia pensar, tanto o *Restatement (First) of Judgments* quanto o *Restatement (Second) of Judgments*, embora se aproximem de um Código de Processo Civil, não são oriundos do Poder Legislativo. São frutos de trabalho do *American Law Institute*, elaborados por juristas reconhecidos na Academia, na Advocacia e nas Cortes, empenhados no estudo de temas que importam para o desenvolvimento justo e eficiente do processo. De modo que as suas regras não se impõem, embora sejam altamente respeitadas pelos advogados e pelas Cortes. Ver VESTAL, Allan D. *The restatement (second) of judgments: a modest dissent*. Cornell Law Review, v. 66, 1981, p. 464.

reclamar os benefícios de qualquer decisão de questão proferida na ação²⁰.

Antes disso, porém, as Cortes já vinham se pronunciando em contrariedade à regra, estabelecendo exceções à mutualidade. Isso acontecia nos casos em que, depois de reconhecida a irresponsabilidade do condutor do automóvel, o autor vencido propunha nova ação contra o proprietário do veículo. Nessa situação, reconhecida pela doutrina estadunidense como exemplar na história da superação da regra da mutualidade, concedeu-se ao proprietário, réu no segundo processo, a possibilidade de invocar *collateral estoppel* para obstar o autor de relitigar a questão da culpa, decidida no primeiro processo²¹.

Entretanto, a primeira – e hoje célebre – decisão que questionou a validade da regra, sem pretender simplesmente estabelecer uma exceção, foi proferida pela Suprema Corte da Califórnia em 1942, quando do julgamento de *Bernhard v. Bank of America*²². Declarou-se que o problema estava em não se perceber que os critérios para admitir e proibir a invocação do *collateral estoppel* não podem ser equiparados. A ausência de percepção da distinção entre os critérios é que poderia justificar a proibição de a não-parte invocar a coisa julgada em seu favor, pois *não haveria motivo lógico para exigir que aquele que pode se aproveitar da coisa julgada tenha sido parte no processo em que a decisão foi proferida*²³.

20 “a person who is not a party or privy to a party to an action in which a valid judgment [...] is rendered [...] is not bound by or entitled to claim the benefits of an adjudication upon any matter decided in the action” (§ 93, Restatement of Judgments, 1942).

21 Note, *Res judicata – mutuality of estoppel and privity rules in automobile negligence field*. New York University Law Quarterly Review, n. 18, 1941, p. 565 e ss.

22 *Bernhard v. Bank of America Nat. Trust & Saving Association*, Supreme Court of California, 19 Cal2d 807, 122 P2d 892, 1942.

23 “[...] There is no compelling reason, however, for requiring that the party asserting the plea of res judicata must have been a party, or in privity with a party, to the earlier litigation” (*Bernhard v. Bank of America Nat. Trust & Saving Association*, Supreme Court

A Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a validade da invocação do *collateral estoppel* por terceiro em duas ocasiões: em *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*²⁴, decidido em 1971, e em *Parklane v. Shore*²⁵, decidido em 1979. Embora a primeira decisão tenha afirmado o *nonmutual defensive collateral estoppel* e a segunda o *nonmutual offensive collateral estoppel*, o que importa é que, em ambos os casos, evidenciou-se a necessidade de os tribunais abandonarem a regra da mutualidade.

Em *Blonder-Tongue*, a Suprema Corte revogou parcialmente *Triplett* (o precedente que afirmou, em 1936, a possibilidade de a parte vencida voltar a afirmar a validade da patente contra outro adversário), *advertindo que a principal questão envolvida na discussão seria a da racionalidade de conceder mais de uma oportunidade para alguém discutir uma mesma questão, exigindo mais de uma decisão do Judiciário*. Declarou então que conceder múltiplas oportunidades para a discussão de uma mesma questão *constitui um atentado à lógica da administração pública e um descaso em relação aos males que a litigiosidade traz à economia e aos negócios privados*²⁶.

Em *Parklane v. Shore*, a Suprema Corte fez questão de delinear o motivo da regra da mutualidade para mostrá-lo superado. Assim, lembrou que, sob o fundamento de que seria injusto permitir a invocação da coisa julgada por alguém que a ela não é sujeito, permitia-se à parte vencida relitigar a questão já decidida contra novos adversários. Mas logo depois observou que isso seria o resultado de uma confusão existente por detrás da concepção da regra da mutualidade, que dificultou ver a distinção entre

of California, 19 Cal2d 807, 122 P2d 892, 1942). Ver SCOTT, Austin. *Collateral Estoppel by judgment*. Harvard Law Review, v. 56, 1942; CURRIE, Brainerd. *Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernherd doctrine*. Stanford Law Review, v. 9, 1957.

24 *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971.

25 *Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979.

26 *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971.

a posição da parte que litigou e foi vencida e a posição da parte que não teve oportunidade de discutir. Não eliminar essa confusão, retirando de cena a regra da mutualidade, *implicaria continuar a ver a decisão desfavorável à parte como uma “não-decisão” ou como uma autorização para ela livremente discutir a questão quantas vezes achar conveniente*²⁷.

Como está claro, enquanto o direito estadunidense teve coragem para deixar de lado antigos princípios do *common law* e, assim, precisar o significado de coisa julgada, que se espalhou no dia a dia dos advogados, juízes e tribunais, o *civil law* ainda está submetido ao conceito romano de coisa julgada e, assim, não consegue ver que esta deve poder ser invocada por todos aqueles que são legítimos interessados na sua aplicação nos casos concretos.

Diante disto, interessa perguntar por que o direito estadunidense conseguiu ver e superar algo que na generalidade dos países de *civil law* é ainda é um dogma. O *civil law*, como visto, tem leis processuais que vinculam a coisa julgada às partes, o que enxuga o oxigênio da doutrina para pensar livre e adequadamente sobre o tema. Isso é verdade, porém não pode servir de desculpa a uma doutrina que tem consciência de que não pode ficar restrita a um dogmatismo despido de conexão com as necessidades da sociedade. De qualquer forma, o direito brasileiro é uma grata exceção no cenário do *civil law*, constituindo o código de 2015 uma clara demonstração de como o abandono das regras legais que guardam conceitos doutrinários *tradicionais superados* é importante para a adequação e a evolução do direito.

27 *Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979. Sobre a regra da mutualidade e sua superação no direito estadunidense, ver SHAPIRO, David. *Preclusion in civil actions*. New York: Foundation Press, 2001, p. 48; ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure*, New York: Foundation Press, 2009, p. 160; FRIEDENTHAL, Jack; MILLER, Arthur; SEXTON, John; HERSHKOFF, Helen. *Civil Procedure – Cases and materials*. St. Paul: West, 2009, p. 1310 e ss.

Lembre-se, aliás, que o direito estadunidense pôde se libertar do jugo da mutualidade ou da restrição da coisa julgada às partes em virtude do empenho de uma doutrina que percebeu o real significado da coisa julgada sobre questão (*collateral estoppel*) e de um Judiciário atento à necessidade de uma eficiente administração da justiça e da tutela – inclusive econômica – dos cidadãos, para quem a coerência do direito e a segurança jurídica são valores que não podem ser negociados na mesa de disputa entre os conceitos doutrinários.

5. OS DIFERENTES MODOS DE VER A RELAÇÃO ENTRE A COISA JULGADA E OS TERCEIROS NO *CIVIL LAW* E NO *COMMON LAW*

PUGLIESE, quando analisa a eficácia da coisa julgada perante terceiros, toma em conta a classificação de Allorio – que, entre todas, seria “*la più felice*”²⁸. Nesta ocasião, Pugliese lembra três espécies de casos considerados por Allorio²⁹. Os casos em que a situação decidida no primeiro processo é prejudicial à situação objeto do pedido do terceiro; os casos em que esta segunda situação é a mesma daquela objeto da sentença do primeiro processo – em que a parte, enquanto substituto processual ou colegitimado, tinha o poder para deduzir a situação de que o terceiro era o titular; e, enfim, os casos em que restou decidida situação afirmada por titular de uma relação com a mesma origem, o mesmo conteúdo e a mesma parte contrária de outras várias relações, de que são titulares inúmeros terceiros³⁰.

28 PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (dir. civ.). Enciclopedia del Diritto, XVIII, 1969, n. 30, p. 883.

29 ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, p. 65 e ss.

30 PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (dir. civ.). Enciclopedia del Diritto, XVIII, 1969, n.

Após observar que os últimos casos são assimiláveis à *class action*, Pugliese afirma que, tanto nos casos em que o sujeito que não participa do processo é titular ou cotitular da situação decidida, quanto naqueles em que ele é titular de uma situação reputada coincidente com a decidida (*class action*), o sujeito alheio ao processo é parte. Como é evidente, a preocupação de Pugliese está centrada na demonstração de que a coisa julgada pode atingir tais sujeitos sem abalar a norma do art. 2.909 do Código Civil italiano, que restringe a coisa julgada às partes, aos seus herdeiros e aos “*aventi causa*”³¹.

Quando se trilha a lógica da doutrina italiana que pensa em grupo de casos, obviamente não se questiona o conceito de coisa julgada; procura-se apenas, a partir do conceito romano de coisa julgada, explicar a sua incidência diante de situações particulares.

Nos Estados Unidos, entretanto, o raciocínio utilizado em torno da extensão da coisa julgada aos não partícipes do processo foi bastante diferente³². O problema da coisa julgada na *class action* tem íntima relação com o direito constitucional a um dia perante a Corte. Lembre-se que o famoso precedente firmado em *Hansberry v. Lee*, ao compatibilizar a *class action* com o devido processo legal, limitou-se a declarar a indispensabilidade da “representação adequada”, definindo-a como requisito constitucional imprescindível para a decisão atingir pessoas que não participaram diretamente do processo.

Esse precedente, é importante que se diga, foi fixado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1940³³. Assim, muito antes dos precedentes

30, p. 883.

31 Idem.

32 ZEUNER, Albrecht; KOCH, Harald. *Effects of judgments (res judicata)*. International Encyclopedia of Comparative Law, v. XVI, p. 58 e ss.

33 *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 61 S.Ct. 115, 1940.

firmados em *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation* (1971)³⁴ e em *Parklane v. Shore* (1979)³⁵, que declararam a validade do *collateral estoppel* em favor de terceiro ou a possibilidade de terceiro invocar coisa julgada³⁶ formada em processo de que não participou.

Tenha-se em conta que, na época de *Hansberry*, a regra da mutualidade – que proibia que aquele que não poderia ser prejudicado pudesse ser beneficiado pela coisa julgada –, embora já confrontada em alguns casos, sequer tinha recebido o impacto da decisão formulada pela Suprema Corte da Califórnia em *Bernhard v. Bank of America*³⁷. Por esse motivo, a preocupação da Suprema Corte, em *Hansberry*, foi a de declarar que a exclusão de participação direta no processo depende de representação adequada.

Após as decisões que validaram a invocação da coisa julgada por terceiro que não participou do processo, quebrando de forma definitiva a regra da mutualidade, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi chamada a julgar *Richards v. Jefferson County* para decidir se a coisa julgada, formada em processo em que se discutiu direito de uma classe de contribuintes, mas em que participaram três pessoas não dotadas de representação adequada, poderia prejudicar todos os contribuintes, impedindo-os de voltar a litigar a questão³⁸.

34 *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971.

35 *Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979.

36 Fala-se em coisa julgada no lugar de *collateral estoppel*, embora este último constitua uma espécie da categoria *issue preclusion*, porque se tem claro que o que vale, na perspectiva comparatística, é a substância das coisas. Ver VAN HOECKE, Mark. *Methodology of comparative legal research*. Law and Method, 2015, p. 16.

37 *Bernhard v. Bank of America Nat. Trust & Saving Association*, Supreme Court of California, 19 Cal2d 807, 122 P2d 892, 1942.

38 *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 1996.

A Suprema Corte decidiu que a extensão da coisa julgada em prejuízo de todos os contribuintes constituiria violação do devido processo legal, garantido pela Décima Quarta Emenda. Mais precisamente, observou que a extensão dos efeitos prejudiciais àqueles que não foram adequadamente representados negaria *Hansberry v. Lee*, o precedente que inseriu a *class action* no quadro do *due process*³⁹.

Mas é importante tocar na ferida: caso a questão, na ação proposta pelos três contribuintes, fosse favorável a todos os membros do grupo, o *collateral estoppel* (ou a coisa julgada sobre questão) poderia ser invocado por qualquer um dos terceiros ou por qualquer um dos membros que ficaram alheios ao processo. Tratando-se de direitos individuais que dependem de uma mesma questão, a coisa julgada formada sobre a questão na ação individual de X sempre pode ser invocada por qualquer um dos membros do grupo, não interessando se nessa ação estava (ou não) presente um representante adequado. Os titulares de direitos cuja tutela jurisdicional depende de coisa julgada sobre questão sempre podem invocá-la em seu favor, pouco importando quem esteve à frente do processo em que a coisa julgada foi formada.

Na essência, não há grande diferença entre a decisão que produz *collateral estoppel* e a decisão proferida na *class action*, na medida em que ambas são decisões de questão que dizem respeito a pessoas que não participam diretamente do processo. A diferença é que, na *class action*, a coisa julgada pode beneficiar e prejudicar a todos⁴⁰, enquanto que o *collateral estoppel* pode apenas beneficiar.

Tanto a coisa julgada na *class action*, quanto o *collateral estoppel* em favor de terceiro, *exigiram apenas a percepção de que a coisa julgada*

39 *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 1996.

40 KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multy-party litigations*; ZEUNER, Albrecht; KOCH, Harald. *Effects of judgments (res judicata)*. International Encyclopedia of Comparative Law, v. XVI, p. 62 e ss.

constitui valor que deve poder ser usufruído por todos, especialmente pelos membros do grupo. Realmente, a *class action* também parte da premissa de que a coisa julgada pode ser invocada por terceiros (os membros do grupo), embora a sua legitimidade, enquanto procedimento que pode beneficiar e prejudicar, esteja condicionada à representação adequada.

A aplicabilidade do *collateral estoppel* em favor de terceiro requer apenas o confronto entre o processo em que a decisão foi proferida e aquele em que se pretende vê-la valer. Basta constatar se a questão do segundo processo é idêntica à decidida, bem como analisar se a questão foi discutida, decidida e foi necessária ao julgamento do pedido. Entretanto, o principal indicativo da aplicabilidade do *collateral estoppel* é negativo, ou seja, é o de que o *collateral estoppel* não pode prejudicar quem não teve o seu dia perante a Corte. *A regra, assim, é a de que a coisa julgada sempre pode ser invocada, inexistindo qualquer limite à sua extensão, desde que não traga prejuízo a quem não participou do processo.*

Perceba-se que o raciocínio de Pugliese não foi além do agrupamento, entre os casos em que a coisa julgada pode atingir quem não participou diretamente do processo, daqueles em que se decidiu situação afirmada por titular de relação com a mesma origem, conteúdo e parte contrária de outras inúmeras relações, de titularidade de não partícipes diretos do processo.

Desse modo a doutrina de *civil law* pôde explicar a coisa julgada enquanto fenômeno da ação de classe, em que direitos titularizados por membros de um grupo são discutidos. Esse raciocínio adequou a coisa julgada à tutela coletiva dos direitos individuais dos membros de um grupo. Porém, se a lógica do *civil law* sempre foi a de preservar a regra “coisa julgada-partes”, realmente não era possível ver a coisa julgada como algo proibitivo da possibilidade de o vencido voltar a relitigar a questão contra um terceiro, alheio ao processo em que a decisão foi proferida.

A percepção da diferença entre o modo de visualizar a relação entre a coisa julgada e os terceiros, nos Estados Unidos e no *civil law*, permite enxergar o motivo pelo qual o *civil law* viu apenas alguns terceiros. A regra da mutualidade dizia que a coisa julgada deveria ser aplicada de modo

recíproco, podendo ser invocada por uma parte contra a outra e não por um terceiro contra a parte. Essa regra foi quebrada quando se declarou que o terceiro, alheio ao processo em que formada a coisa julgada, pode invocá-la para impedir o vencido de rediscuti-la. Para tanto, evidentemente não foi preciso estabelecer qualquer identidade ou conexão entre as situações substanciais decididas e dos terceiros ou, mais claramente, não houve qualquer preocupação em manter intacta a regra de que a coisa julgada diz respeito às partes. Bem por isso, os terceiros do *common law* nada têm a ver com os terceiros do *civil law*. Os primeiros são aqueles que não participaram do processo em que a coisa julgada foi formada, mas têm interesse em invocá-la contra o vencido; os últimos são aqueles que estão atrelados à regra geral de que a coisa julgada é restrita às partes.

6. RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE COISA JULGADA: A POSSÍVEL INVOCAÇÃO PELO TERCEIRO CONTRA O VENCIDO

Chiovenda disse que “a sentença entre A e B *vale em relação a todos* enquanto é sentença entre A e B”⁴¹. Essa frase, ao que tudo indica, deriva das doutrinas de WACH⁴² – que afirmou que, quando a sentença é proferida entre os legítimos contraditores, “a coisa julgada entre as partes se produz, enquanto tal, perante todos” – e de Mendelssohn BARTHOLDY⁴³,

41 “[...] *così la sentenza fra A e B vale rispetto a tutti*, in quanto è sentenza fra A e B” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, p. 921).

42 WACH, Adolf. *Handbuch des deutschen Civilprozess*, v. 2. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p. 81 e ss; WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal*, v. 2. Buenos Aires: EJE, 1977, p. 415 e ss.

43 BARTHOLDY, Albrecht Mendelssohn. *Grenzen der Rechtskraft*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1900, p. 505 e ss.

que apontaram para uma tendência de compreensão da coisa julgada unicamente a partir da sua eficácia *objetiva*⁴⁴.

É certo que a posição de Wach ou, mais claramente, a ideia de que a coisa julgada não tem limites subjetivos, não prevaleceu na Alemanha⁴⁵, que se manteve presa à regra de que a coisa julgada diz respeito às partes, podendo excepcionalmente atingir terceiros. De qualquer forma, a frase de Chiovenda não apenas tomou uma dimensão diferente daquela originariamente proposta na Alemanha; ela ficou presa às partes e àqueles que, titulares do direito discutido ou de direitos a ele conexos, poderiam ser afetados pela coisa julgada⁴⁶. E isso não só porque a doutrina italiana sempre buscou compatibilizar o significado de coisa julgada com a regra *inter partes*, presente no art. 1.351 do Código Civil de 1865 e no art. 2.909 do Código Civil de 1942.

Em determinada perspectiva, seria possível dizer que a frase de Chiovenda era inadequada à leitura do fenômeno da coisa julgada. Ora, é indiscutível que a sentença do juiz, enquanto ato de positivação do poder

44 PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (dir. civ.). Enciclopedia del Diritto, XVIII, 1969, n. 29, p. 877. Ver o importante livro de TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006, fruto da tese com que conquistou a cadeira de Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo.

45 Segundo Liebman, a posição de Wach “logrou pouca repercussão e foi depois decididamente repelida de modo quase sumário por toda a doutrina tedesca posterior, *como contrária à tradição e ao direito positivo*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 82).

46 “Sebbene i risultati pratici possano non cambiare, l'impostazione del Chiovenda, influenzata dalla dottrina tedesca, risulta molto diversa da quella della dottrina italiana anteriore e dall'art. 1351 c.c. che la ispirava. Ma essa non giungeva fino a contraddire la regola della limitazione soggettiva del giudicato, rimanendo al di qua della conclusione del Mendelssohn Bartholdy e non approfondendo sufficientemente la spiegazione dell'oggetto del giudicato nei diversi casi e per le diverse categorie di terzi.” (PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (dir. civ.). Enciclopedia del Diritto, XVIII, 1969, n. 29, p. 877).

estatal, deve ser respeitada por todos, independentemente da situação em que se encontram. O ato que resolve o litígio, assim como qualquer ato que expressa o poder do Estado, obviamente deve ser considerado por todos. Lida a frase nesse sentido, em que a ênfase recai no respeito à sentença judicial, ela não ajudaria muito na análise do tema da coisa julgada.

Ademais, Chiovenda, ao falar que a sentença, embora valendo para todos enquanto sentença entre A e B, não prejudica juridicamente os terceiros, fez ver que o valor que pode atingir os terceiros não se confunde com a coisa julgada, restrita unicamente às partes⁴⁷. Aliás, como antes já dito, Liebman mais tarde sustentou de modo enfático que, enquanto a autoridade da coisa julgada é restrita às partes, o que atinge todos os terceiros é algo diverso, ou seja, é a eficácia da sentença⁴⁸. Se a primeira estaria irremediavelmente vinculada às partes, o problema dos terceiros seria outro, relacionado aos efeitos da sentença. O que poderia ter efeitos além das partes, portanto, não seria a coisa julgada.

Distinguir a autoridade da coisa julgada dos efeitos da sentença para demonstrar que aquilo que pode valer para os terceiros é outra coisa, obviamente, fica muito longe de poder resolver o problema do significado de “coisa julgada perante todos”. Como é óbvio, distinguir conceitualmente a vinculação dos terceiros da vinculação das partes não tem importância quando se pretende deixar claro que os terceiros sempre podem se valer do valor que se expressa na invocação da imutabilidade e da indiscutibilidade de uma decisão.

A despeito de a maioria dos doutrinadores italianos do século XX não ter se escondido por detrás da diferença conceitual entre autoridade da coisa julgada e vinculação de terceiros, admitindo que o problema dos

47 PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato* (dir. civ.). Enciclopedia del Diritto, XVIII, 1969, n. 29, p. 877 e ss.

48 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 79 e ss.

terceiros também está na coisa julgada, nunca foi bem explicado o que significaria dizer que uma decisão, que a princípio obviamente diz respeito às partes, *vale perante todos*⁴⁹.

Não há dúvida que a doutrina de *civil law* não pôde precisar o significado de coisa julgada perante todos em virtude de ter sempre ligado a essência da coisa julgada à sua eficácia subjetiva. A discussão não poderia ir além da pergunta sobre a eficácia da coisa julgada diante daqueles que são titulares ou cotitulares do direito decidido ou daqueles que são titulares de uma situação que depende do direito decidido ou da coisa julgada⁵⁰.

49 Carnelutti também trabalhou com a ideia de que a coisa julgada “*vale per tutti*”. Ao tratar da eficácia da coisa julgada, disse que a opinião majoritária confundiria a eficácia e o objeto da coisa julgada. “O objeto, não a eficácia, é limitado. O juiz, porque julga em torno a uma lide, decide *entre* as partes, mas não *para* as partes. A sua decisão *entre as partes vale para todos*” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, p. 275). O interessante é que Taruffo, para evidenciar a possibilidade de o terceiro se valer da coisa julgada, argumentou que a coisa julgada torna a decisão indiscutível *para as partes* (e não somente *entre as partes*), de forma que o vencido estaria proibido de relitigar o decidido perante terceiro (TARUFFO, Michele. “*Collateral estoppel*” e *giudicato sulle questioni* n. II, *Rivista di Diritto Processuale*, 1972, p. 293 e ss). De qualquer forma, Carnelutti quis enfatizar que a decisão, porque proferida entre as partes e não (apenas) para as partes, “*vale per tutti*”.

50 Lembre-se que Carnelutti, numa primeira fase, viu a eficácia reflexa como algo que não tinha a natureza da coisa julgada, distinguindo eficácia direta e eficácia reflexa: “Il vero è dunque che, se la cosa giudicata non si estende oltre la lite *in iudicium deducta*, si espande abbondantemente al di là di questo limite. Si è per lungo tempo creduto e si continua a credere che tale espansione debba spiegarsi come una eccezione al principio della efficacia limitata del giudicato; e anche a questo proposito si parla di terzi rispetto ai quali avrebbe e di terzi rispetto ai quali non vale il giudicato. *Questa è, a mio avviso, una falsa strada*. (...) La teoria generale del diritto ha già chiarito un fenomeno così fatto in un campo più generale, che non sia quello della cosa giudicata, parlando di effetti giuridici riflessi. (...) Onde il compito della dottrina processuale *si limita a chiarire la natura di questa efficacia della sentenza oltre i confini della lite e a distinguerla da quella che propriamente si chiama la autorità della cosa giudicata; non più.*” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, p. 297, 299 e 300). Mais tarde, porém, unificou a natureza destas

Mais do que isso seria desnecessário a quem está atrelado a uma regra que diz que a coisa julgada recai sobre as partes ou sobre aqueles que podem ser equiparados à parte⁵¹.

A coisa julgada, além de ter significado que vai muito além das partes, constitui técnica processual destinada a, sobretudo, tutelar a segurança jurídica⁵², impedindo a modificação e a rediscussão do que o juiz decidiu. A coisa julgada não constitui algo que deriva exclusiva e necessariamente da sentença que julga o pedido nem diz respeito apenas às partes presentes no processo.

Compreender a coisa julgada como um atributo ou uma consequência necessária da sentença que resolve um litígio entre as partes é, antes de tudo,

eficácias, incluindo na mesma categoria a eficácia *inter partes* e a eficácia contra terceiros: “Che il giudicato, come qualsiasi altro fatto giuridico, spieghi i suoi effetti *erga omnes* non vuol dire che tutti ne sentano gli effetti allo stesso modo, cioè li subiscano con la medesima intensità. (...) Fu così che la scienza è dovuta passare attraverso la nota distinzione tra efficacia diretta e efficacia riflessa del giudicato, la quale è valsa, se è lecita una frase volgare, a salvare la faccia della massima tradizionale: i terzi sono bensì vulnerabili anch’essi, ma solo indirettamente, per riflesso o, se vogliamo dire, per ripercussione (...) *Sulla differenza tra efficacia diretta e efficacia riflessa, intorno alla quale ho ragione oggi di ricredermi, come è spiegato nel testo*, ho particolarmente insistito nella polemica con Liebman” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, p. 275 e ss).

51 A doutrina italiana sempre estudou o tema dos limites subjetivos da coisa julgada de forma incompleta ou parcial. “[...] da un lato, *si è fatto capo essenzialmente alla connessione sussistente tra il rapporto sostanziale dedotto in giudizio tra le parti e il rapporto sostanziale esistente tra una parte e un terzo, e non al rapporto tra il primo processo (tra le parti) e il secondo (tra una parte e il terzo)*. Dall’altro lato il tema degli effetti del giudicato nei confronti del terzo è sempre stato affrontato esclusivamente sotto il profilo delle conseguenze sfavorevoli che il giudicato formatosi tra le parti può produrre a carico del terzo, e non sotto quello delle eventuali conseguenze favorevoli che al terzo possono derivare dall’accertamento vincolante del rapporto esistente tra le parti”. (TARUFFO, Michele. “*Collateral estoppel*” e *giudicato sulle questioni*, n. II, *Rivista di Diritto Processuale*, 1972, p. 293-294).

52 TALAMINI, Eduardo. *Cosa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 61 e ss.

algo incompatível com a tutela dos novos direitos. Ora, dizer que a coisa julgada pode ser *erga omnes* ou *ultra partes* simplesmente porque alguém tem legitimidade para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos demonstra que a coisa julgada tutela a segurança nos termos em que o legislador supõe adequados e, assim, que a coisa julgada pode tutelar muitos ou em alguns casos todos, independentemente de quem participou diretamente do processo em que a coisa julgada se formou.

O art. 103 do Código de Defesa do Consumidor exclui a coisa julgada quando o pedido de tutela de direitos difusos ou de direitos coletivos é julgado improcedente por insuficiência de provas. Nesses casos, a norma afirma expressamente que outro legitimado à tutela dos direitos transindividuais “poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (art. 103, I, CDC). A técnica da coisa julgada foi livremente utilizada pelo legislador de forma ainda mais benéfica aos terceiros em caso de tutela de direitos individuais homogêneos. Nesta situação, só há coisa julgada quando o pedido é julgado procedente, inexistindo coisa julgada quando o pedido é julgado improcedente. A coisa julgada, assim, apenas pode favorecer, jamais prejudicar os terceiros que não participaram diretamente do processo⁵³. Como está claro, a coisa julgada é utilizada pelo legislador de acordo com as necessidades do processo justo e, por isso, não pode ser confundida com algo que decorre exclusiva e necessariamente da resolução de um litígio entre partes⁵⁴.

53 Esclarece-se ainda que, “em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”. (§ 2º, art. 103, CDC).

54 Sobre a coisa julgada na ação declaratória de inconstitucionalidade, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional* (Sarlet, Marinoni e Mitidiero), 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1192-1211; MARINONI, Luiz Guilherme. *Die Wirksamkeit der Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit – in welchen Fällen ist ihre gerichtliche Überprüfung möglich?* ZZPInt - Zeitschrift für Zivilprozess International Jahrbuch des

A ideia de que a coisa julgada é uma técnica à tutela da segurança fica ainda mais clara ao se observar o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, que diz que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator⁵⁵. O art. 16 desvincula a coisa julgada dos terceiros que, titulares dos direitos tutelados em juízo pelo legitimado a tanto, potencialmente poderiam ser beneficiados pela coisa julgada. A coisa julgada, nesse caso, fica muito longe do que foi resolvido pela sentença.

Isso tudo evidencia que a coisa julgada pode ser utilizada de modo variado. O legislador brasileiro reconheceu já há algum tempo que a coisa julgada é um atributo que lhe permite tutelar normativamente a segurança jurídica à luz da sua percepção de “processo justo”⁵⁶.

Mas o que realmente importa demonstrar é o significado de coisa julgada que “*vale em relação a todos*”. É possível enumerar vários pontos para demonstrar como a coisa julgada se afastou desta noção. *Como pano de fundo, considere-se que, como a coisa julgada foi vista como uma espécie de escudo contra os que pretendem desconsiderar a sentença, imaginou-se que esta não precisaria tutelar mais ninguém do que as partes e alguns poucos terceiros a elas vinculados na dimensão do direito substancial. A doutrina italiana, assim como a brasileira, no mínimo analisou a eficácia subjetiva da coisa julgada sem a devida abrangência, desconsiderando a potencialidade do seu uso em favor de terceiros.*

Esqueceu-se, em primeiro lugar, que a coisa julgada é inerente ao Estado de Direito e, portanto, deve ser utilizada para obstar a rediscussão

Internationalen Zivilprozessrechts, v. 18, 2014, p. 393 e ss.

55 Sobre o ponto, ver a relevante e correta crítica de ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: RT, 2013, p. 68 e ss, p. 301 e ss, p. 364.

56 Francisco Verbic, no direito argentino, realiza interessante análise da tutela coletiva do meio ambiente à luz do *collateral estoppel* estadunidense. Ver VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la ley n. 25.675*, Revista de Processo, v. 167, 2009.

do que o Estado já decidiu, não importando se o vencido está diante da parte com quem litigou ou diante de um novo adversário. *Deixar o Estado exposto à relitigação, apenas porque o vencido está litigando com outro, é negar autoridade ao que já foi decidido; é transformar a decisão estatal em uma opinião para o vencido, estimulando-o a litigar diante de outros adversários. Na verdade, é supor que a decisão judicial vale apenas para resolver o problema do vencedor, o que retira a possibilidade de o discurso jurídico estatal, peculiar ao processo jurisdicional, assumir o seu devido valor perante a sociedade. Se as decisões estatais devem ser respeitadas e confiáveis, não há como aceitar que o processo civil possa ser estruturado de modo a dar ao juiz a possibilidade de decidir várias vezes uma mesma questão para a mesma parte. A menos que se pretenda desconsiderar aqueles que estão atentos às decisões sobre os seus direitos. Realmente, se uma decisão pode variar, depois de ter declarado algo que é fundamental para a proteção do direito de muitos, estes não podem ter qualquer expectativa legítima em relação aos órgãos estatais instituídos para tutelá-los. Ora, quando se admite a rediscussão do decidido pelo simples fato de o vencido estar debatendo com outro, simplesmente se declara que o Judiciário não responde à sociedade, mas àqueles que imaginam que podem litigar tantas vezes quantos forem os seus adversários. Opta-se pela litigância desenfreada em detrimento da segurança jurídica e da tutela da confiança dos cidadãos nas decisões estatais⁵⁷.*

Além do mais, quando a coisa julgada vale apenas para as partes, *nega-se a devida sanção estatal ao vencido*. A coisa julgada não pode se limitar a impedir o vencido de voltar a discutir com quem litigou. A sanção que deve advir da coisa julgada é a proibição de relitigação do decidido, seja com a antiga parte seja com qualquer outra pessoa. É no mínimo curioso afirmar que o perdedor só não pode voltar a litigar com quem já

57 MARINONI, Luiz Guilherme. *Cultura y previsibilidad del derecho* – La justificación de un sistema de precedentes en clave histórica moderna. México: Porrúa, 2016, p. 63 e ss.

discutiu. Essa afirmação teria fundamento se a lógica da distribuição estatal de justiça pudesse partir da premissa de que o vencido perde para o seu específico contendor e não porque é declarado judicialmente sem razão. *Quem é vencido num processo é declarado sem direito; não é simplesmente declarado um perdedor diante do vencedor.* Se a decisão, a despeito de ter sido proferida em processo entre A e B, declara que A não tem razão, ela obviamente deve valer em todos os processos em que A novamente alegar ter razão, pouco importando se diante de C, D ou outro qualquer.

Por fim, se uma decisão judicial revela o entendimento do Estado acerca de uma questão do interesse de muitos, não há razão para entender que este entendimento deva valer apenas no processo em que a decisão é proferida, como se fosse endereçado somente ao vencedor. A ideia de que a coisa julgada serve às partes e, especialmente, ao vencedor, *encobriu os verdadeiros destinatários da coisa julgada. Inexiste motivo sério para supor que a coisa julgada, enquanto expressão da tutela da segurança jurídica, possa proteger unicamente às partes, como se todos aqueles que dependem da decisão para a tutela jurisdicional dos seus direitos devessem ser alheios ou indiferentes à coisa julgada que lhes beneficia*⁵⁸.

Note-se, por exemplo, que se a patente é declarada inválida na ação inibitória proposta por A contra B, não há racionalidade em permitir que

58 “Al riguardo, va subito precisato che il problema non riguarda soltanto l’efficacia del giudicato sulle questioni, bensì, da un punto di vista più generale, la possibilità per il terzo di valersi, contro una delle parti del primo processo, del giudicato formatosi su un punto deciso, in tale giudizio, in modo tale da produrre conseguenze giuridiche favorevoli al terzo medesimo. A differenza di quanto accade nell’ordinamento nordamericano, *dove dottrina e giurisprudenza hanno ampiamente affrontato il tema del giudicato nei confronti del terzo non solo dal punto di vista del vincolo che costui può subire per effetto del giudicato formatosi tra le parti, ma anche sotto il profilo della possibilità che il terzo si avvalga del giudicato a lui favorevole, un’elaborazione di questo secondo tema manca della nostra dottrina*”. (TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni, n. II, Rivista di Diritto Processuale, 1972, p. 293).

A possa voltar a se basear na patente para propor ação inibitória contra C⁵⁹. Como é óbvio, C também é destinatário da coisa julgada formada sobre

59 De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a ação inibitória, fundada no registro de patente ou marca, é de competência da Justiça Federal, uma vez que a questão da validade do registro, prejudicial para a ordem de inibição do uso, não pode ser decidida incidentalmente pela Justiça Estadual. Em sede de recurso repetitivo, a 2ª Seção, ao analisar se seria possível à Justiça Estadual impor ordem de abstenção de uso de marca com base na invalidade do seu registro perante o INPI, advertiu que, “quanto ao pedido de abstenção (inibição) do uso da marca, dúvida não há quanto à competência da Justiça Federal, até por decorrência expressa do artigo 173 da LPI, sendo a abstenção de uso uma decorrência lógica da desconstituição do registro sob o fundamento de violação do direito de terceiros”, e ao final decidiu dar provimento ao recurso especial “para, em reconhecimento da incompetência da Justiça Estadual, afastar a determinação de abstenção de uso de suas próprias marcas registradas” (REsp 1527232/SP, Segunda Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 05.02.2018). Nesta ocasião, a 2ª Seção, para fundamentar sua decisão, invocou acórdão da 3ª Turma, que analisou hipótese de ação inibitória em que a invalidade do registro foi alegada em contestação. Nesse caso, observou-se que, “ainda que a lei preveja, em seu art. 56, § 1º, a possibilidade de alegação de nulidade da patente como matéria de defesa, a melhor interpretação de tal dispositivo aponta no sentido de que ele deve estar inserido no contexto de uma ação autônoma, em que se discuta, na Justiça Federal, o próprio registro”, uma vez que “não faria sentido exigir que, para o reconhecimento da nulidade pela via principal, seja prevista uma regra especial de competência e a indispensável participação do INPI, mas para o mero reconhecimento incidental da invalidade do registro não se exija cautela alguma. [...] A discussão sobre a validade de um registro de marca, patente ou desenho industrial, nos termos da LPI, tem de ser travada administrativamente ou, caso a parte opte por recorrer ao judiciário, deve ser empreendida em ação proposta perante a Justiça Federal, com a participação do INPI na causa”. Com base nestes fundamentos, a 3ª Turma decidiu que a Justiça Estadual não tem competência para decidir sobre a questão da validade do registro de patente ou marca, nem mesmo incidentalmente e sem força de coisa julgada (REsp 1281448/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 08.09.2014). Assim, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a ação inibitória fundada em violação de registro de patente ou marca deve ser proposta perante a Justiça Federal. Portanto, como o juiz competente para a ação inibitória é também materialmente competente para a questão prejudicial que pode ser formada em virtude da alegação de invalidade do registro, a decisão da questão é apta a produzir coisa julgada, nos termos do art. 503, § 1º, III do Código de Processo Civil.

a validade da patente, na medida em que A está a dizer que C infringiu a patente. Na verdade, a coisa julgada é tão importante àqueles que podem ser ditos infratores da patente quanto ao litigante cujos argumentos foram concretamente reconhecidos no processo em que a patente foi declarada nula. Note-se que, *ao se excluir os terceiros do âmbito de proteção da coisa julgada, opta-se por uma irracional e indevida restrição da tutela da segurança a B*. Só B, e ninguém mais, poderia obstaculizar A de voltar a litigar com base na patente já declarada inválida, deixando-se todos os demais concorrentes de A vulneráveis aos males de uma litigação sem freios.

Todos os concorrentes de A devem ser destinatários da coisa julgada que invalidou a patente *pelo simples fato de que a decisão de invalidade não interessa somente ao vencedor, mas diz respeito a todos*, nesse caso especificamente àqueles que são concorrentes da parte que se diz titular da patente. Caso se entendesse pela restrição da coisa julgada a A e B, negando-se a sua invocação por terceiros, a justificativa deveria ser a de que apenas aquele que participou em contraditório, alegando e provando, pode se valer da coisa julgada, *vendo-se então a coisa julgada mais como uma conquista da parte do que como um mecanismo de tutela da previsibilidade e da confiança*.

Não há como não ver que a restrição da coisa julgada às partes obscureceu a sua própria razão de ser. Ora, a coisa julgada é, acima de tudo, requisito destinado a tutelar a autoridade do Estado, na medida em que uma decisão não constituiria positivamente do poder estatal caso pudesse ser modificada ou rediscutida⁶⁰. Por ser atributo destinado a conferir

60 “O recrudescimento da decisão judicial, ápice do discurso jurídico, é imprescindível para que o próprio discurso tenha razão de ser e, assim, realmente exista enquanto discurso jurídico. A coisa julgada, portanto, não é uma regra preocupada com o conteúdo do discurso, mas sim uma condição para que o discurso seja um discurso institucional limitado no tempo e, destarte, um discurso jurídico propriamente dito. Na verdade, se a discussão jurídica não tiver um termo a partir do qual a decisão não possa ser questionada, não haverá

autoridade às decisões judiciais, a coisa julgada, além de imprescindível à configuração do Estado de Direito, pode ser invocada por todos aqueles que, num processo jurisdicional, tem legítimo interesse em proibir a rediscussão do já decidido.

Em outras palavras, embora a coisa julgada se forme em processo entre A e B, ela é invocável, contra aquele que discutiu e restou vencido, por qualquer um que legitimamente dela possa usufruir. É este, e não outro, o significado que se deve extrair do velho ditado de que a coisa julgada, a despeito de firmada para a A e B, “vale perante todos”. A coisa julgada não vale perante todos apenas porque deve ser respeitada por todos. Fosse assim, não haveria sequer motivo para se perder tempo elaborando esta ou aquela frase. *A coisa julgada “vale perante todos” porque pode ser afirmada por todos que legitimamente podem invocá-la em face daquele que foi declarado sem razão.*

A coisa julgada, a princípio, pode beneficiar a todos, embora nunca possa prejudicar quem não participou do processo. Mas se a eficácia prejudicial é vedada já em nível constitucional, na medida em que ninguém pode ser prejudicado por decisão proferida em processo em que não pôde participar em contraditório, a eficácia favorável pode ser limitada ou não ou mesmo pode ter a sua incidência concreta remetida ao juiz do caso pelo legislador, sempre conforme a sua opção de processo civil adequado à tutela dos direitos.

Melhor explicando: a coisa julgada, em abstrato ou potencialmente, sempre pode ser invocada por aqueles que legitimamente dela podem

sentido em falar em discurso jurídico nem muito menos em realizá-lo. Ora, um discurso jurídico incapaz de se estabilizar é uma contradição em termos, já que o poder, fundamento do discurso jurídico, impescinde do recrudescimento. É por isto que um discurso aberto à eterna discussão jamais será um discurso jurídico ou um discurso do poder estatal, mas tão somente um discurso prático-geral.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*, São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 47-48).

usufruir. Entretanto, como a coisa julgada é uma técnica a serviço de valores constitucionais, especialmente da segurança jurídica, o legislador pode, impressionado pela *liberdade de litigar*, restringir a coisa julgada às partes sem incidir em inconstitucionalidade. *Porém, essa não é, sem qualquer dúvida, a melhor opção, já que não só desconsidera a tutela da confiança nas decisões estatais, mas sobretudo ignora a necessidade de coerência na distribuição do direito.* De modo que a opção do Código de Processo Civil de 2015, ao deixar clara a coisa julgada sobre questão (art. 503, CPC) e ao abrir a possibilidade da sua invocação pelo terceiro (art. 506, CPC), coloca o sistema brasileiro em uma posição de nítida vantagem no âmbito do *civil law*. Note-se que o art. 506 do código de 2015 *eliminou* a condição negativa para a extensão dos efeitos benéficos da coisa julgada aos terceiros, *então presente no artigo 472 do código de 1973*⁶¹. Isso constitui clara e inofismável prova da intenção do legislador de revestir a questão com coisa julgada e fazê-la invocável por terceiros.

Aliás, o momento é favorável para chamar a atenção para a norma que diz que, no caso de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada somente produz efeitos para beneficiar os representados e para prejudicar a parte adversa (art. 103, III, CDC). Essa norma só tem sentido quando se pensa na ação coletiva enquanto modelo processual voltado ao fortalecimento da tutela dos direitos individuais homogêneos, ou melhor, quando se vê importância na junção das pretensões individuais para se ter um único palco para o debate e um legitimado diferenciado (art. 5º, LACP e art. 81 do CDC) à tutela dos direitos. Porém, *quando relacionada unicamente à eficácia da coisa julgada, a norma assume*

61 CPC, 1973, Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, *não beneficiando*, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

semblante estranho. Se a coisa julgada não pode beneficiar o adversário do legitimado à tutela dos direitos individuais homogêneos, a conclusão é a de que o processo e a coisa julgada só têm razão de ser quando os terceiros podem ser beneficiados. Deixando-se de lado a discussão em torno de se é adequado expor aquele que já venceu a um sem-número de ações coletivas e individuais, há uma evidência incontestável: a norma do art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor, perde racionalidade quando se tem presente que a coisa julgada, para beneficiar, não tem motivo para exigir um modelo procedimental específico ou um legitimado definido pela lei como adequado.

A verdade é que a coisa julgada, para beneficiar estranho ao processo, depende precisamente dos requisitos delineados no art. 503 do código de 2015, nitidamente inspirado no § 27 do *Restatement (Second) of Judgments*. A circunstância de o Código de Processo Civil ter buscado inspiração no direito estadunidense justifica ainda mais um novo conceito de coisa julgada, desatrelado da sua eficácia subjetiva.

A coisa julgada sobre questão apenas não se forma e, assim, não pode ser transportada para outro processo, seja entre as mesmas partes, seja entre um terceiro e a parte vencida, quando a questão não foi discutida em razão de revelia (art. 503, § 1º, II, CPC), não pôde ser devidamente discutida em virtude de alguma restrição atinente ao contraditório (art. 503, § 2º, CPC), não foi (adequadamente) decidida (art. 503, § 1º, CPC), não constituía um pressuposto necessário ao julgamento do pedido (art. 503, § 1º, I, CPC) ou quando o juiz que a decidiu não era dotado de competência, em razão da matéria ou da pessoa, para resolvê-la como questão principal (art. 503, § 1º, III, CPC).

Como deflui da própria dicção do art. 503, a compreensão da “nova” coisa julgada – que não mais se restringe ao pedido e não mais apenas objetiva vincular A e B – exige atenção ao fato de que a sua delimitação, depois de muito tempo, passou a depender do juiz do processo em que é invocada. Do absolutismo da regra que vinculava a coisa julgada às partes,

preocupando-se apenas com determinados terceiros, chegou-se a normas que transferiram, em boa medida, a eficácia da coisa julgada – tanto objetiva quanto subjetiva – às mãos do juiz.