

Rescisória por ofensa à coisa julgada

Luiz Guilherme Marinoni*

Resumo

O presente texto analisa a ação rescisória baseada em violação da coisa julgada. Entre outros pontos, estuda a hipótese de rescisória por ofensa à coisa julgada sobre questão, bem como a rescisória em caso de “relativização” da coisa julgada.

Palavras-chave: Ação rescisória. Coisa julgada. Princípio do deduzido e do dedutível. Coisa julgada sobre questão. Relativização da coisa julgada.

1 Os limites objetivos da coisa julgada no Código de Processo Civil

A coisa julgada material constitui projeção do princípio da segurança jurídica e, nessa linha, a tutela à coisa julgada deve ser compreendida como uma decorrência do próprio princípio do Estado de Direito — *Rechtsstaatsprinzip*¹. A ofensa à coisa julgada significa, em outras palavras, violação à segurança jurídica e à cláusula do Estado de Direito, representando negação da permanência, da previsibilidade e do império do Direito.

A definição da porção da decisão que se torna imutável e indiscutível é algo que pode variar, conforme a intenção do legislador. Se é certo que a coisa julgada é garantida pela Constituição (art. 5º, XXXVI, CF), isso não significa que os limites da coisa julgada não devam ser definidos pela lei².

Embora o *collateral estoppel* — de que se aproxima a coisa julgada sobre questão — seja algo típico do *common law*, tendo surgido na Inglaterra a

partir do *estoppel by record*³ e depois se desenvolvido até atingir a forma de *non-mutual collateral estoppel*⁴, possibilitando a terceiro — beneficiado pela decisão — invocar a proibição da relitigação da questão já decidida⁵, não há como esquecer que no âmbito do *civil law* o problema da relação das questões prejudiciais com a coisa julgada também sempre constituiu uma questão teórica.

* Professor titular da Universidade Federal do Paraná. Pós-doutorado na *Università degli Studi di Milano* e na *Columbia University*. Diretor do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Conselho da *International Association of Procedural Law*. Advogado.

¹ Trata-se de consagrada lição, que pode ser colhida, por exemplo, em Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab e Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 869.

² Defendendo a teoria restritiva dos limites objetivos da coisa julgada, ver, com ampla exposição, Ernesto Heinitz, *I Limiti Oggettivi della Cosa Giudicata*, Padova: Cedam, 1937, pp. 200-215, esp. p. 205.

³ O *collateral estoppel* tem origem no sistema de registro ou gravação por escrito das atividades desenvolvidas pelas partes no processo. A transcrição por escrito (*recorded*) das alegações realizadas pela parte no curso do processo levava a uma presunção de verdade, chancelada mediante o que se chamou de *estoppel by record*. O *estoppel by record* era visto como uma técnica que impedia a parte de pôr em dúvida as alegações e as conclusões que deram origem à decisão judicial. V. Robert Millar, *The historical relation of estoppel by record to res judicata*, *Ill L. Review*, 1940-1941.

⁴ Austin Scott, *Collateral Estoppel by judgment*. *Harvard Law Review*. Vol. 56. 1942; Brainerd Currie, *Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernherd doctrine*. *Stanford Law Review*. Vol. 9. 1957; Lisa L. Glow, *Offensive Collateral Estoppel in Arizona: Fair Litigation v. Judicial Economy*. *Arizona Law Review*. Vol. 30. 1988; Ashley C. Perea, *Broad discretion: a choice in applying offensive non-mutual collateral estoppel*, *Arizona State Law Journal*, Vol. 40. 2008; Joshua M. D. Segal, *Rebalancing fairness and efficiency: The offensive use of collateral estoppel in § 1983 actions*. *Boston University Law Review*. Vol. 89. 2009; Eli J. Richardson, *Taking issue with preclusion: reinventing Collateral Estoppel*. *Mississippi Law Journal*. Vol. 65. 1995; Steven P. Nonkes, *Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits*. *Cornell Law Review*. Vol. 94. 2009; Warren Freedman, *Res Judicata and Collateral Estoppel*, Westport: Quorum, 1988.

⁵ O caso *Bernhard v. Bank of America Nat. Trust & Saving Association* deu origem ao *non-mutual collateral estoppel*. Disse a Suprema Corte da Califórnia que “the case justify this exception on the ground that it would be unjust to permit one who has had his day in court to reopen identical issues by merely switching adversaries” (*Bernhard v. Bank of America Nat. Trust & Saving Association*, Supreme Court of California, 19 Cal2d 807, 122 P2d 892, 1942). A Suprema Corte dos Estados Unidos só firmou precedente sobre o tema em 1971, ao julgar *Blonder-Tongue Laboratories Inc. v. University of Illinois Foundation* (*Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971).

Sabe-se que os §§ 280⁶ e 322⁷ da ZPO alemã têm origem na doutrina e na jurisprudência francesa do século XIX. A dogmática alemã é o ponto de partida da doutrina italiana que influenciou a elaboração do art. 34 do *Codice di Procedura Civile*. Trata-se da doutrina marcada pelas obras geniais e consagradas de Menestrina⁸ e de Chiovenda⁹, que em síntese deixaram claro que o ponto que constitui antecedente lógico e necessário da solução do litígio, quando controvertido pelas partes, não pode deixar de ser decidido pelo juiz, porém não tem razão para ficar revestido pela autoridade da coisa julgada. Desde logo, esta tradicional doutrina, nas águas dos §§ 280 e 322 da ZPO alemã, propôs que a lei e a parte poderiam obrigar o juiz a decidir a questão prejudicial como se estivesse diante de uma demanda autônoma¹⁰.

Daí surge o art. 34 do código italiano de 1940, base do Código de Processo Civil de 1973. Segundo o art. 34 do *Codice di Procedura Civile*, se o juiz, em virtude de lei ou por explícito pedido de uma das partes, tem que decidir com eficácia de coisa julgada uma questão prejudicial que pertence em razão da matéria ou do valor à competência de um juiz superior, deve enviar toda a causa a este último, definindo às partes um termo peremptório para a readmissão da causa diante dele. O que importa, no art. 34, é que a coisa julgada sobre questão prejudicial depende de lei ou de explícito pedido de uma das partes. Isto demonstra que a decisão de questão prejudicial, fora as exceções referidas, não produz coisa julgada.

O Código de Processo Civil de 1973, para resolver o problema que estava à base do art. 287, parágrafo único, do código de 1939, que afirmava que “considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam

premissa necessária da conclusão”, valeu-se de duas normas claramente elaboradas nos moldes dos §§ 280 e 322 da ZPO alemã e do art. 34 do *Codice di Procedura Civile*. Disse em primeiro lugar o art. 469: “Não fazem coisa julgada: i - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; ii - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; iii - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo. Depois o 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 [...].

Significa claramente que a coisa julgada, de lado o exposto requerimento da parte em relação à questão prejudicial, restou restrita ao comando da decisão ou à sua parte dispositiva.

O regime da coisa julgada restrita ao dispositivo da decisão gerou inúmeros problemas não apenas no Direito brasileiro. No Direito italiano, por exemplo, doutrina do maior relevo foi obrigada a se servir do Direito comparado, especialmente do Direito inglês e do Direito estadunidense, para admitir que a decisão de questão prejudicial, quando presentes determinados pressupostos, produz coisa julgada. Além dos importantes trabalhos de Denti¹¹, Taruffo¹² e mais recentemente Volpino¹³, o consagrado verbete de Giovanni Pugliese, presente na *Enciclopedia del Diritto*, também reconheceu a necessidade de se buscar inspiração no *common law* para interpretar o art. 34 do *Codice di Procedura Civile*¹⁴.

⁶ ZPO, § 280. Abgesonderte Verhandlung über Zulässigkeit der Klage

(2) Ergeht ein Zwischenurteil, so ist es in Betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen. Das Gericht kann jedoch auf Antrag anordnen, dass zur Hauptsache zu verhandeln ist.

⁷ ZPO, § 322. Materielle Rechtskraft

(1) Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.

⁸ Francesco Menestrina, *La pregiudiziale nel processo civile*, Milano: Giuffrè, [1904] 1963.

⁹ Giuseppe Chiovenda, *Sulla cosa giudicata, Saggi di diritto processuale civile* (reimpressão), v. 2, Milão: Giuffrè, [1931] 1993.

¹⁰ Giovanni Pugliese, *Giudicato, Enciclopedia del Diritto*, v. XVIII, n. 25

¹¹ Vittorio Denti, *Questioni pregiudiziali*, *Novissimo digesto italiano*, v. 14, p. 651 e ss.

¹² Michele Taruffo, “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni, *Rivista di diritto processuale*, 1972, p. 290 e ss.

¹³ Diego Volpino, *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*, Padova: Cedam, 2007.

¹⁴ “Le ragioni che possono giustificare i dubbi sull’efficacia della decisione di questioni pregiudiziali - a parte l’eventualità che manchi fra esse e la lite un autentico rapporto di pregiudizialità o che addirittura le pronunzie al riguardo siano *obiter dicta* - sono costituite dalla possibile incompetenza del giudice a trattare la questione in un autonomo processo, dalla possibile mancanza di legittimazione di una o di entrambe le parti allo stesso ufficio e dalla sommarietà o comunque insufficienza della sua trattazione. Possiamo tenere conto, per questo profilo, dell’esperienza americana condensata nel noto *Restatement*. Essa, confermando che il giudicato riguarda non solo la lite, ma anche le questioni

O Código de Processo Civil, em seu art. 503, preferiu apostar na experiência estadunidense, definindo que a decisão de questão prejudicial faz coisa julgada desde que presentes determinados pressupostos, basicamente os mesmos que são reclamados pela doutrina e pelas cortes dos Estados Unidos para a admissão do *collateral estoppel*, figura que impede a parte de voltar a litigar uma questão que já foi plenamente discutida e expressamente decidida por um juiz competente.

Portanto, atualmente a coisa julgada não é mais restrita à parte dispositiva da decisão. Em razão do art. 503 do Código de Processo Civil, a coisa julgada, além de recair sobre a decisão do pedido, grava a decisão das questões prejudiciais, desde que não ausentes os requisitos para tanto — presentes nos §§ 1º e 2º do art. 503.

De modo que a grande novidade, em termos de ofensa à coisa julgada, está na extensão dos seus limites às questões prejudiciais. Porém, antes de se ingressar especificamente no estudo da ofensa à coisa julgada sobre questões, é importante tratar de graves problemas teóricos que também marcam a ofensa à coisa julgada que grava o comando da decisão.

(*issues*) decise per giungere alla decisione finale, indica che la decisione di una *issue* può essere considerata vincolante in un altro processo e venire compresa quindi nei giudicato, solo se essa sia stata effettivamente discussa tra le parti e seriamente decisa dal giudice; non basta che la questione abbia potuto bensì venire discussa, ma non lo sia effettivamente stata, e non può, in ogni modo, dare luogo a giudicato la decisione di un giudice privo di giurisdizione o di competenza a decidere la questione in modo autonomo, né quella pronunciata nei confronti di una parte contumace; ma, d'altro canto, non è richiesta nessuna domanda diretta a far decidere la questione con efficacia di giudicato. Adattando questa esperienza al nostro ordinamento e tenendo conto dell'art. 34 c.p.c., si può ritenere che la decisione di una questione pregiudiziale, compiuta sommariamente o da un giudice incompetente o fra parti non legittimate entrambe a trattare la questione in un processo autonomo, non offra le garanzie necessarie per riconoscerle valore di per sé vincolante, ma che non sia da includere in queste garanzie l'esplicita domanda di una parte. Si ha così un criterio per l'interpretazione dell'art. 34, ai fini di stabilire se la decisione di questioni pregiudiziali faccia o no parte del giudicato formatosi sulla decisione della lite" (Giovanni Pugliese, *Giudicato*, *Enciclopedia del Diritto*, v. XVIII, n. 25).

2 Ofensa à coisa julgada mediante solução de questão de que depende o julgamento de demanda distinta

O juiz está impedido de rejulgar pedido baseado em mesma causa de pedir entre as mesmas partes. Estão aí presentes os três elementos que identificam a ação. A repetição desses elementos faz ver a repetição da mesma ação e, portanto, a óbvia proibição de as partes relitigarem e de o juiz voltar a decidir. Costuma-se dizer que, quando se repete a mesma ação, o efeito negativo da coisa julgada obsta que o juiz decida.

É claro que, quando em face das mesmas partes e da mesma causa de pedir, há pedido menos extenso ou contido no pedido já julgado, a coisa julgada igualmente proíbe a rediscussão e o rejuízo do pedido. Assim, por exemplo, se o autor pede que o réu, em virtude de um contrato de compra e venda, seja condenado a pagar três prestações, a rejeição integral do pedido obviamente não permite que se peça posteriormente o pagamento de duas prestações, nem muito menos que o juiz decida a respeito.

Contudo, a verdade é que ofensa à coisa julgada em virtude da repetição da mesma ação é algo raro. Muito mais comum é decidir, em ação diferente, com ofensa à coisa julgada. Recorde-se que uma questão de direito que pode ser decidida incidentalmente enquanto "questão prejudicial" também pode ser decidida, em alguns casos, como pedido em ação autônoma. Assim, por exemplo, quando se resolve o pedido na ação de investigação de paternidade. Porém, se a ação de investigação de paternidade é julgada improcedente, a ação de alimentos, em que o autor afirma ser filho do também réu da ação de investigação de paternidade, não permite que o juiz julgue procedente o pedido de alimentos com base na suposição de que o réu é filho. Se isso ocorrer haverá violação da coisa julgada derivada da ação de investigação de paternidade.

Na ação em que se postula a declaração da validade da alienação de bem social não pode ser proferida sentença de procedência se, em virtude de outra ação, já foi proferida sentença invalidando a autorização assemblear para a venda. Julgar procedente o pedido, admitindo-se a validade da autorização assemblear, constitui óbvia ofensa à coisa julgada.

Stefano Villata, após realizar ampla resenha do direito alemão em excelente monografia dedicada

ao tema dos *limites da coisa julgada nas ações de impugnação de deliberações assembleares*, observa que a coisa julgada formada sobre a sentença de procedência contém um julgamento típico de uma situação jurídica capaz de projetar-se sobre a atividade posterior da sociedade e sobre eventuais juízos que sobre semelhante atividade sejam necessários.¹⁵

Raffaele Tommasini afirma que o fenômeno deve ser trabalhado a partir da teoria da base do negócio jurídico. No seu raciocínio, se determinado negócio funda-se em autorização previamente dada, e essa autorização é declarada inválida, o que existe aí não é propriamente uma invalidade derivada, mas uma nulidade oriunda da ausência de base para o negócio — isto é, por força da ausência de um requisito intrínseco de validade do ato subsequente. De acordo com o civilista italiano, o ato de autorização representa um requisito de validade do ato autorizado: um vício no primeiro torna inválido igualmente o segundo, mas não por derivação, e sim por ausência de um de seus requisitos intrínsecos.¹⁶

Significa que a invalidade decorre da coisa julgada na medida em que essa priva de base o negócio posterior. É fácil percebê-lo: sendo um negócio composto, a compra e venda de bem social depende da prévia existência de autorização assemblear válida. Como a coisa julgada refere que a autorização assemblear é nula, o negócio subsequente que nela se funda só pode ser igualmente nulo. É nesse sentido que se fala em eficácia expansiva da coisa julgada para as situações em que as deliberações sociais são ligadas de forma tão estreita com determinados atos posteriores que o provimento que declara a nulidade de uma leva à nulidade dos atos a ela condicionados. E isso sem que seja necessária qualquer declaração autônoma a respeito do ato posterior ou qualquer juízo autônomo de impugnação. Como esclarece Villata, existem deliberações tão estreitamente ligadas que a declaração de nulidade de uma delas comporta a nulidade da outra, sem necessidade de um julgamento autônomo ou de uma ação autônoma de impugnação. Assim ocorre diante da relação intercorrente entre a deliberação de aprovação de um balanço e a conexa

deliberação de destinação e distribuição dos lucros: se a primeira é declarada nula por falsidade do balanço, a segunda torna-se privada de seu objeto¹⁷.

É uma consequência simplesmente lógica da coisa julgada a falta de base do negócio posterior. Como parece intuitivo, seria muitíssimo estranho que se considerasse nula a assembleia que autorizou a venda de determinado bem e válida a venda realizada com base na autorização assemblear. Ou ambas são válidas ou ambas são inválidas. *Tertium non datur*. E isso porque um juízo posterior jamais poderia decidir pela validade da autorização sem ofensa direta e inequívoca à coisa julgada.

Porém, não importa, para efeito de ação rescisória, se a coisa julgada relativa à ação de invalidação de assembleia tem eficácia expansiva, de modo a invalidar a alienação praticada. O que realmente interessa é que o juiz da ação em que se pede a declaração da validade da alienação não pode julgar procedente o pedido, admitindo a autorização assemblear, se esta já foi invalidada mediante sentença transitada em julgado.

Lembre-se que no direito italiano a *revocazione ordinaria*, baseada no art. 395, 5¹⁸ do *Codice di Procedura Civile*, é admitida de forma pacífica não apenas quando o objeto dos dois processos é o mesmo, mas também nas hipóteses da assim chamada “*efficacia riflessa del giudicato*”, quando o objeto do segundo processo é um direito juridicamente dependente do direito sobre o qual se formou a primeira coisa julgada¹⁹.

Na verdade, é mais claro dizer que há ofensa à coisa julgada quando a decisão desconsidera a coisa julgada formada sobre um pressuposto de que dependia a afirmação ou a negação do direito na segunda ação, ou, em outras palavras, que há ofensa à

¹⁵ Stefano Villata, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano: Giuffrè, 2006, p. 445.

¹⁶ Raffaele Tommasini, “Invalidità: b) Diritto Privato”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, p. 597.

¹⁷ Cf. Stefano Villata, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, cit., pp. 451-452.

¹⁸ CPC italiano, art. 395.

Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione:

[...]

5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione.

[...].”

¹⁹ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene, 2002, p. 535.

coisa julgada quando o juiz nega a função positiva da coisa julgada²⁰.

Lembre-se, por fim, que a situação inversa, ou seja, a de decisão sobre a questão enquanto prejudicial, não vinculava a decisão sobre a mesma questão em outro processo perante o Código de Processo Civil de 1973. Antes do código de 2015, como a decisão sobre questão prejudicial só fazia coisa julgada em caso de ação declaratória incidental, não existia coisa julgada sobre a questão prejudicial no comum dos casos. De modo que, se na ação de alimentos o juiz reconhecesse a paternidade para julgar procedente o pedido de alimentos, isto não afetaria a decisão que mais tarde tivesse que ser proferida em ação de investigação de paternidade nem a ação de cobrança em que, depois da morte do suposto pai, aquele que se diz filho ingressasse na qualidade de herdeiro contra terceiro.

No primeiro caso o juiz poderia voltar a decidir sobre a questão da paternidade, inclusive no sentido inverso, negando-a. No segundo, o terceiro simplesmente poderia alegar que o autor não é herdeiro do crédito e, na verdade, o autor nada poderia fazer para obter sentença de procedência.

No atual sistema, o reconhecimento da paternidade na ação de alimentos, desde que presentes os pressupostos formais do art. 503 do Código de Processo Civil, faz coisa julgada, impedindo nova decisão sobre a questão já decidida. Do mesmo modo, a decisão de reconhecimento da paternidade na ação de alimentos, muito embora nada tenha a ver com coisa julgada diante de terceiro²¹ — até porque não há coisa julgada em face de terceiro que não participou do processo —, poderia ser utilizada como base para o pedido de cobrança do crédito. Bem vistas as coisas, o juiz não poderia negar a qualidade de herdeiro do autor não apenas em virtude da coisa julgada emanada da decisão proferida na ação de alimentos, mas em razão desta decisão ter constituído a situação de filho para o autor.

²⁰ *Recorde-se que, nos termos da doutrina de Chiovenda, a coisa julgada tem uma função positiva quando constrange o juiz a reconhecer a existência de uma sentença na ação que a pressupõe.* (Giuseppe Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene, [1906] 1965, p. 723 e ss).

²¹ Luiz Guilherme Marinoni, O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, *Revista de Processo*, v. 249, p. 406 e ss.

3 Ofensa à coisa julgada por meio de violação ao princípio do deduzido e do dedutível

É importante relacionar o dispositivo e a decisão da questão prejudicial com os seus conteúdos. O dispositivo concede ou nega uma tutela de direito material, ao passo que a decisão de questão prejudicial resolve questões de direito relacionadas aos fatos constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo, que podem ou não ser objeto de ação autônoma.

Nessa perspectiva, a essência da coisa julgada que marca o dispositivo consiste basicamente em não admitir que um juiz, num processo posterior, possa desconhecer ou limitar a tutela jurisdicional do direito ou mesmo negar a tutela jurisdicional que declarou a inexistência do direito.

Isso significa que, num segundo processo, todas as alegações que foram feitas ou poderiam ter sido feitas no primeiro processo ficam obstadas quando capazes de permitir o desconhecimento ou a limitação da tutela do direito ou a negação da tutela jurisdicional que declarou a sua inexistência²².

Trata-se, em outras palavras, de uma adaptação da célebre proposta chiovendiana de não permitir que alegações, que foram ou poderiam ter sido feitas no primeiro processo, possam ser invocadas em outro processo para se obter *il riconoscimento del bene negato* ou *il disconoscimento del bene riconosciuto*²³.

²² *Liebman, ainda que peque ao dizer que a coisa julgada se estende à questão que podia ser discutida num processo, deixa claro o significado de não se poder voltar a discutir o que foi ou poderia ter sido discutido para o efeito de se evitar a violação à coisa julgada: “Assim, se uma questão podia ser discutida num processo, mas de fato não o foi, não obstante isso a coisa julgada se estende mesmo a ela, no sentido de que não poderá ser utilizada para se negar ou contestar o resultado a que se chegou no processo. Por exemplo: se o réu, em defesa, poderia opor uma série de argumentos, e não o fez, vindo a ser condenado, não mais poderá deles se valer para contestar a coisa julgada, pois a tanto se opõe a finalidade prática desse instituto, que exige o respeito à coisa julgada ainda quando importantes questões tenham sido discutidas por acaso de modo incompleto. Nela estão compreendidas tanto as questões que foram discutidas, como as que o poderiam ser”* (Enrico Tullio Liebman, *Limites objetivos da coisa julgada, Estudos sobre o processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1947, pp. 165-166).

²³ *“Isto posto, deve entender-se que é lícita uma nova decisão sobre as questões prejudiciais dirimidas no processo antecedente, e que não constituiriam objeto de uma decisão por si mesmas, mas se resolveram apenas com o escopo de decidir sobre a demanda do autor. Por mais forte razão, não está o juiz obrigado a admitir como verdadeiros os fatos considerados como base do julgado anterior, nem as qualificações que se lhes atribuíram (por exemplo, que é uma relação comercial ou civil). As questões e as novas decisões*

A ideia de Chiovenda é tomada por Proto Pisani para lembrar que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível. Afirma Proto Pisani que o princípio do deduzido e do dedutível, quando corretamente compreendido, não influi de modo a restringir ou a ampliar os limites objetivos da coisa julgada. Uma vez definidos estes limites, o princípio do deduzido e do dedutível se apresenta apenas para dizer que o resultado da primeira demanda não poderá ser novamente colocado em discussão, nem muito menos diminuído ou desconhecido mediante a dedução de questões relevantes para a decisão proferida no primeiro processo, e que nele foram ou poderiam ter sido propostas²⁴.

Porém, se a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível relacionado com o resultado acerca da tutela jurisdicional pleiteada, mais difícil é saber em que termos o princípio se relaciona com a coisa julgada sobre questão. O art. 508 do Código de Processo Civil consagra o princípio do deduzido e do dedutível no Direito brasileiro. De acordo com esse artigo,

[...] transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido [...].

A regra que faz precluir o dedutível não é indissociável da coisa julgada material. Essa tem autonomia diante da sua eficácia preclusiva. Aliás, só assim se poderia perguntar se a coisa julgada sobre questão abarca o deduzido e o dedutível.

O art. 503 do Código de Processo Civil, na linha do que ocorre no direito estadunidense, limitou os efeitos preclusivos da coisa julgada sobre questão. Não há coisa julgada sobre questão, de acordo com o art. 503, quando não “tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia” (art. 503, § 1º, II, CPC) e quando a decisão tiver sido proferida em processo em que “houver restrições probatórias ou

limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial” (art. 503, § 2º, CPC).

O *collateral estoppel* também depende de a questão ter sido adequadamente discutida²⁵. A propósito, uma das distinções mais salientes entre *res judicata* e *collateral estoppel* nos Estados Unidos é a de que, diante da primeira, há preclusão de todas as alegações de fato e de direito que a parte poderia ter deduzido, enquanto que o segundo depende de a questão ter sido debatida e decidida no processo²⁶.

A limitação dos efeitos preclusivos do *collateral estoppel* encontra fundamento nas razões da imprevisibilidade da parte quando da discussão da questão. Advertem as Cortes, por exemplo, que a parte pode não discutir em toda a sua extensão determinada questão por considerar que a demanda tem valor econômico incompatível com o custo para tanto, o que não justificaria o seu sacrifício numa demanda futura dotada de relevância²⁷.

Bem, ainda que a coisa julgada sobre questão esteja limitada pela impossibilidade da sua adequada discussão (art. 503, § 1º, II, e § 2º, CPC), isso não quer dizer que, no Direito brasileiro, as alegações que poderiam ter sido deduzidas em prol da solução da questão possam ser reavivadas para a sua rediscussão. Na verdade, isto só é possível quando se está diante de coisa julgada contra terceiro que, no incidente de resolução de demandas repetitivas, é representado por legitimado à tutela de direitos individuais homogêneos.

Frise-se que a coisa julgada *erga omnes* que marca a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas, ao contrário do que ocorre na ação coletiva

sobre esses pontos somente são excluídas na medida em que possam ter como resultado volver à discussão e, por conseguinte, e o que é pior, reduzir ou desconhecer o bem reconhecido no julgado precedente” (Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1942, p. 564). V. ainda Giuseppe Chiovenda, *Sulla cosa giudicata, Saggi di diritto processuale civile (reeimpresão)*, v. 2, op. cit., p. 186 e ss.

²⁴ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., p. 535.

²⁵ *V. Otherson v. Department of Justice, I.N.S., United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, June 21, 1983, 711 F.2d 267, 228 U.S.App.D.C. 481; Canonsburg General Hosp. v. Burwell, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, December 1, 2015, F.3d, 2015 WL 8051408.*

²⁶ O ponto é pacífico nas cortes: “strictly speaking ‘res judicata’ bars second suit involving same parties and same cause of action on all matters that were part of first suit and all issues that could have been litigated, while doctrine of ‘collateral estoppel’ precludes relitigation only of issues that were actually litigated in initial suit, whether or not second suit is based on same cause of action”. (Precision Air Parts, Inc. v. Avco Corporation, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, July 24, 1984, 736 F.2d 1499).

²⁷ “Issue preclusion is sometimes unfair if party to be bound lacked an incentive to litigate in first trial, especially in comparison to stakes of second trial” (Peavey v. United States, United States District Court, District of Columbia, August 26, 2015, F.Supp.3d, 2015 WL 5063164).

do art. 103, III, do CDC, é *pro et contra* e, assim, pode beneficiar ou prejudicar os litigantes excluídos. No entanto, os arts. 985 e 986 do Código de Processo Civil admitem o que é designado de “revisão” da decisão do incidente para os casos futuros, ou seja, para os casos que não estavam pendentes. Tal “revisão” de decisão obviamente significa uma redescisão. Porém, certamente uma redescisão que não viole a coisa julgada material e, portanto, uma redescisão que não seja uma mera rediscussão. Ora, só um outro fundamento, não deduzido e não discutido no primeiro processo, pode deixar de levar a uma rediscussão da matéria que serve para a prolação da decisão. A discussão de fundamento que poderia ter sido discutido, em outras palavras, não obstante se choque com o princípio do dedutível, não viola a coisa julgada. Trata-se de uma opção legítima em face de uma decisão proferida em incidente que exclui a participação direta dos litigantes. Por consequência, a decisão tomada em virtude do novo fundamento conduz a outra decisão e a outra coisa julgada.

O princípio que cobre o dedutível realmente não se aplica à coisa julgada sobre questão contrária aos excluídos, resultante do incidente de resolução de demandas repetitivas. Se a parte que não discute a questão de forma adequada não fica sujeita à coisa julgada sobre questão, nos termos do art. 503, o litigante excluído cujo representante não discutiu determinado fundamento no incidente de resolução de demandas repetitivas não pode ser proibido de invocar outro fundamento para discutir a questão de direito. Note-se que, se no processo individual evita-se prejudicar quem não teve oportunidade de efetivamente discutir a questão, no incidente de resolução de demandas — em que se exclui os litigantes da participação direta — não há como supor que o representante adequado não quis discutir o fundamento e, assim, eliminar a possibilidade de rediscussão da questão com base em fundamento não deduzido. O que importa, em outras palavras, é que a ficção de que a parte abriu mão da discussão do fundamento ao não alegá-lo não vale no incidente. Afinal, a participação adequada do representante é indispensável para a preservação de direitos fundamentais processuais.

Nessas condições, qualquer legitimado à tutela dos direitos individuais homogêneos que não tenha participado do incidente de resolução pode invocar fundamento não discutido e não decidido para rediscutir a decisão *em face dos casos futuros*. Ademais, os titulares de pretensão à tutela de direito que

depende da resolução da mesma questão de direito não ficam proibidos de invocar o fundamento não discutido e decidido ao proporem suas ações.

4 Prestações bilaterais e infringência da coisa julgada sobre o contrato

Um dos grandes problemas da coisa julgada material, de certa forma relacionado com a não atribuição de coisa julgada às questões, está presente diante das relações jurídicas complexas e da sua discussão fragmentada mediante ações autônomas. Nesses casos discute-se uma parte ou um efeito do todo ou de uma relação jurídica. A prejudicialidade entre a parte e o todo constitui uma prejudicialidade *interna* à relação jurídica, distinguindo-se daquela característica à hipótese em que *dois direitos* estão em relação de conexão por prejudicialidade.

Diante das várias situações concretas que poderiam ser lembradas, é interessante destacar, em virtude não só da sua importância prática, mas também da sua fácil assimilação teórica diante do problema ora enfrentado, o caso do contrato bilateral ou sinalagmático, em que estão previstas prestações para ambas as partes.

Tome-se em conta o exemplo do contrato de compra e venda. Uma vez julgado procedente o pedido de condenação ao pagamento da prestação pecuniária devida ao vendedor, seria possível imaginar — não apenas no sistema em que *não há* coisa julgada sobre questão — que diante de posterior ação voltada à obtenção da coisa o juiz poderia julgar o pedido improcedente sob o argumento de que o contrato é inválido ou inexistente.

De modo que o problema é exatamente o de se saber se a coisa julgada se forma apenas sobre a prestação pedida ou alcança a base contratual sobre a qual a prestação se funda, ou, em outras palavras, se a coisa julgada abrange a relação jurídica em que situa a prestação exigida. Considerando o objeto do processo, as soluções aventadas pela doutrina foram as seguintes: i) por ser determinado apenas a partir da demanda do autor, o objeto do processo deve limitar-se ao pedido relativo à prestação exigida; ii) o objeto do processo estende-se à relação jurídica em que inserida a prestação exigida, independentemente da contestação do réu e, assim, de ter surgido controvérsia sobre o contrato em que a prestação se funda; e iii) o objeto do processo é determinado pela demanda

e pela defesa, de modo que se o réu contestar a existência ou a validade do contrato em que se funda a exigência da prestação, o objeto do processo abarcará a relação jurídica em que baseado o pedido de adimplemento da prestação²⁸. É interessante perceber que a solução i) tem base na doutrina chiovendiana; a solução ii) sempre foi aquela admitida pelos tribunais italianos e a solução iii) foi a sustentada por Mortara²⁹, reconhecido como o primeiro doutrinador italiano a sustentar teoricamente o enquadramento do processo no âmbito do Direito público³⁰.

Recentemente, reconhecendo a diversidade dos entendimentos doutrinários e, sobretudo, a gravidade do problema em termos práticos e sistemáticos, Proto Pisani concluiu que a tese de que a coisa julgada é limitada pelo pedido ao pagamento da prestação é “*francamente inammissibile*”, sob pena da “*distruzione del valore del giudicato*” e da “*disarticolazione tramite il processo di una realtà sostanziale indissolubilmente unitaria*”³¹.

Note-se que a solução de Proto Pisani, ao contrário das demais soluções dadas ao problema teórico, enfatiza o problema de se ter, diante da limitação do objeto do processo e, por consequência, da restrição da coisa julgada aos efeitos ou a uma parte (à prestação) da relação jurídica, a quebra de

uma realidade de direito material que não comporta fragmentação³². Esse ponto tem especial relevo, na medida em que agrega uma complicação acessória, a de que basta pensar em coisa julgada sobre questão para eliminar o problema da contradição entre coisas julgadas relativas a prestações fundadas em um contrato.

Diante do art. 503 do Código de Processo Civil, para se concluir pela coisa julgada sobre a relação jurídica em que se baseia o pedido de adimplemento da prestação é necessário admitir que a questão prejudicial de que depende o julgamento do mérito está longe de ser a questão prejudicial “clássica”, ou melhor, aquela em que dois direitos distintos estão em relação de conexão por prejudicialidade — por exemplo, herdeiro e credor, proprietário da coisa e responsável, etc. A questão relativa ao contrato, embora possa não ser uma prejudicial em sentido técnico tradicional, certamente pode constituir uma questão prejudicial ao julgamento do pedido de adimplemento das prestações. Aliás, quando se pensa na razão de ser da coisa julgada sobre questão, não há razão para restringir o conceito de questão prejudicial nem sequer para limitá-lo — desde logo deixe-se claro — com base em razões dogmáticas de outras épocas ou mesmo relacionadas com a possibilidade de discussão da questão mediante ação declaratória incidental.

Contudo, não há como escapar da regra de que, quando uma questão não é adequadamente discutida e expressamente decidida (art. 503, § 1º, II, CPC), não há como pensar em coisa julgada. Sucede que nem sempre a ação em que se pede o pagamento de prestação será contestada ou especificamente contestada em relação à existência ou à validade do contrato. Ora, uma vez proposta ação de adimplemento de prestação pecuniária derivada de contrato de compra e venda — por exemplo —, pode haver revelia, proferindo-se sentença de condenação ao pagamento das prestações sem qualquer alusão ao contrato. Também pode acontecer de o réu contestar a demanda apenas para negar o inadimplemento da prestação, quando, reconhecendo-se ou não o inadimplemento, obviamente nada terá sido discutido e decidido a

²⁸ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pp. 66-67.

²⁹ Lodovico Mortara, antes de Chiovenda, já havia proposto uma concepção de jurisdição como função destinada à defesa do direito objetivo. Cf. *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, Milano: Vallardi, 1923, p. 18 e ss; *Manuale della procedura civile*, Torino: Torinese, 1921, p. 48 e ss. Eis o que disse Chiovenda em oração em homenagem póstuma a Mortara: “Il Mortara diffuse nel nostro mondo giuridico la sensazione della insufficienza dei metodi in vigore e degli strumenti usati e con la sua critica penetrante ed inesorabile gettò il discredito sopra idee, definizioni e figure prima adottate come vangelo. Il fatto stesso che un giurista di così grande statura facesse oggetto principale dei suoi studi una materia come la procedura civile prima negletta e quasi dispregiata, giovò sommamente ad elevare nella considerazione dei nostri teorici e dei nostri pratici la dignità della scienza processuale ed a porne in evidenza l'autonomia. [...] Fu grande merito del Mortara aver collocato (come la sua preparazione nel diritto pubblico sola poteve permettere di fare) il processo civile nella sua giusta luce di istituto di diritto pubblico, ciò che fu il punto di partenza dei progressi successivamente realizzati nel nostro campo” (Giuseppe Chiovenda, Lodovico Mortara, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1937, pp. 101-102).

³⁰ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pp. 66-67.

³¹ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pp. 67.

³² Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., pp. 67-68.

respeito do contrato. Nesse caso, em verdade, o réu admite a validade do contrato.

É certo que o sistema que admite coisa julgada sobre questão, na hipótese em que se forma controvérsia sobre o contrato e, assim, surge questão de que depende o julgamento do pedido de adimplemento de prestação, elimina o problema da contradição entre julgados e evita a negação do valor da coisa julgada material, na medida em que, diante da posterior ação proposta pelo comprador para a obtenção do bem, o juiz não poderá julgar o pedido sem considerar a coisa julgada — *sobre o contrato* — que se formou na ação em que o vendedor pediu o pagamento da prestação pecuniária.

Porém, não há como deixar de ver que, mesmos nos casos em que há revelia ou não contestação do contrato, há grave contradição em condenar ao pagamento da prestação devida pelo comprador e, posteriormente, obstar a realização da sua prestação. Esta contradição, se não pode ser eliminada aludindo-se a coisa julgada sobre questão, pode ser evitada mediante a compreensão de que o processo não pode distorcer ou tratar de modo disforme uma realidade de direito material, no caso uma relação jurídica complexa e unitária. É claro que aí não importa saber se o objeto do processo pode ser configurado com base apenas na demanda do autor ou também com suporte na defesa do demandado. Interessa apenas que à base do pedido do autor há uma relação jurídica — de que decorre prestações bilaterais, ao autor e ao réu — que não pode ser tratada de forma fragmentada ou partilhada, sob pena não somente de cisão da discussão e da decisão da relação jurídica, mas especialmente do seu tratamento desencontrado e divorciado da sua realidade substancial unitária.

Assim, o pedido do vendedor ao pagamento da prestação pecuniária, por estar fundado no contrato de que também deriva prestação de titularidade do comprador, não é suficiente para dar configuração à coisa julgada. O contrato obviamente não pode ser visto de duas formas distintas, conforme a prestação exigida seja de uma ou de outra parte da relação substancial. Ou há contrato ou este é válido ou não há contrato ou este é inválido, pouco importando quem esteja a exigir a prestação. É a unidade do contrato e a impossibilidade de conferir-lhe tratamento contraditório que impõe a extensão da coisa julgada à relação jurídica complexa e unitária que está à base do pedido de adimplemento de prestação.

Para que não se pense que esta é uma elaboração dogmática arbitrária, cabe lembrar que o próprio Chiovenda, cujo pensamento constitui a base moderna não só da elaboração teórica italiana, mas também das doutrinas dos países de *civil law* sobre a coisa julgada, advertiu expressamente para o problema das relações jurídicas complexas diante de ações relativas às suas porções. Para evitar a fragmentação das relações substanciais unitárias, Chiovenda disse que, quando se pede um “direito central” derivado de uma relação jurídica complexa, os limites da coisa julgada não devem ficar limitados ao direito que se pretende obter em juízo, mas devem alcançar a totalidade da relação jurídica³³. Ao se ter em consideração que a coisa julgada assume tal configuração em razão da impossibilidade de se conferir tratamento contraditório à relação unitária base, obviamente não importa se há revelia ou não contestação do contrato.

Tudo isso quer dizer que, diante do Código de Processo Civil de 2015, pode haver ofensa à coisa julgada nas seguintes hipóteses: i) quando, diante de ação em que se pede prestação fundada em contrato, há discussão e decisão do contrato e, posteriormente, em ação em que se pede a prestação contrária baseada no mesmo contrato, julga-se improcedente o pedido sob o fundamento de que o contrato não existe ou é inválido; e ii) quando, em ação proposta por uma das partes, sem se discutir e decidir sobre o contrato, é reconhecido o direito à prestação que do contrato deriva e, posteriormente, nega-se a prestação pedida pela outra parte do contrato sob o fundamento de que este não existe ou não é válido.

Na hipótese i) há coisa julgada sobre o contrato em virtude deste ter sido discutido e decidido enquanto questão prejudicial à solução do pedido de adimplemento da prestação, nos termos do art. 503 do Código de Processo Civil. De modo que a negação do contrato, na ação em que a outra parte pede o adimplemento da prestação que lhe corresponde, significa ofensa à coisa julgada sobre a questão.

Quando o contrato não é discutido e decidido, ou seja, na hipótese ii), ainda assim não há como negar o contrato na ação subsequente em que se pede o cumprimento de outra prestação. Isso porque, mesmo que o contrato não tenha sido decidido, é possível dizer

³³ Cf. Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., p. 68.

que o contrato não pode ser negado sob pena de se dar tratamento contraditório a uma relação substancial indissolúvelmente unitária.

Seria possível dizer que não há motivo para falar em coisa julgada sobre questão quando o contrato constitui o objeto do processo e da própria coisa julgada relativa à ação de adimplemento. Mas aí, diante do Código de Processo Civil de 2015, o problema estaria sendo invertido. É preciso ter em conta que o contrato nunca deixa de ser fato constitutivo do direito à prestação. Ora, um fato constitutivo, quando se torna controverso e, assim, assume a condição de questão prejudicial de que depende a resolução do pedido, naturalmente produz coisa julgada material no sistema do novo código. Lembre-se que o problema surge quando há revelia ou não contestação do contrato, ou seja, exatamente quando a questão prejudicial não se configura. Nesse caso é que surge como necessário estender a coisa julgada — que a princípio estaria centrada no pedido de adimplemento da prestação — para o fato constitutivo que não foi controvertido. E isso apenas é feito — frise-se — em razão de estar em jogo uma realidade substancial indissolúvelmente unitária. Ou melhor, para que o direito material não seja mutilado pelo processo.

Realmente, os próprios doutrinadores italianos que conseguiram visualizar a singularidade da questão teórica admitem que a extensão da coisa julgada ao contrato objetiva salvaguardar o direito substancial. Como reconhece Proto Pisani, a ideia de se colocar o contrato na esfera do objeto do processo não só constitui a consciência “della gravità degli inconvenienti pratici ora denunciati”, mas também um “corretivo” que foi utilizado por Chiovenda diante do problema da fragmentação das relações jurídicas complexas e unitárias³⁴.

³⁴ “La consapevolezza della gravità degli inconvenienti pratici ora denunciati impone di ritenere che, quanto meno nell’ipotesi di rapporti a prestazioni corrispettive, l’oggetto del processo e del giudicato non sia costituito solo dal diritto dedotto in giudizio dall’attore, ma anche dall’intero rapporto contrattuale (la rilevanza giuridica del contratto) su cui si fonda sia la prestazione chiesta dall’attore sia la controprestazione che spetta al convenuto (...) Orbene, se si vanno a rileggere le pagine delle Istituzioni di Chiovenda in tema di rapporti giuridici complessi e di deduzione in giudizio di una frazione di tali rapporti, si nota che il sistema di Chiovenda conosceva *dei correttivi diretti ad impedire* che tramite il processo si possa determinare una eccessiva frammentazione di rapporti sostanziali unitari”. (Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., p. 68).

5 Ofensa à coisa julgada mediante sua “relativização”

Há quem entenda que o juiz pode negar a coisa julgada sob o fundamento de que é incompatível com decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Não só isso. Que o juiz pode invocar a regra da proporcionalidade em sentido estrito para desconsiderar a coisa julgada quando essa nega direito que, diante da aplicação da regra, sobre ela deve prevalecer. Esse fenômeno restou conhecido no direito brasileiro como “relativização da coisa julgada”.

O que aqui interessa saber é se é possível desconsiderar a coisa julgada em virtude de posterior declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e se é viável aplicar a regra da proporcionalidade para desconsiderá-la, bem como se a rescindibilidade inerente à ofensa da coisa julgada também sustenta ação rescisória diante de decisão que argumentou estar apenas a relativizando.

Não há como negar a coisa julgada sob a invocação de posterior declaração de inconstitucionalidade basicamente pelos seguintes motivos: i) a decisão que aplica lei *posteriormente* declarada inconstitucional é uma decisão legítima, na medida em que todo e qualquer juiz, no sistema brasileiro, tem poder para afirmar se uma lei é constitucional, ainda que a sua inconstitucionalidade seja arguida pelas partes; ii) sustentar a premissa de que lei inconstitucional não produz efeitos para desconsiderar a coisa julgada que sobre ela se formou é confundir um enunciado do discurso das fontes com um enunciado do discurso do intérprete, ou seja, não fazer distinção entre disposição (texto legal) e norma (resultado-interpretação)³⁵; iii) o resultado interpretativo ou a disciplina do direito mediante a decisão judicial, uma vez acobertados pela coisa julgada, separam-se ou destacam-se da disposição geral e abstrata³⁶; iv) de modo que proteger a coisa julgada que se forma sobre a decisão que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional obviamente não significa admitir efeitos a uma lei declarada inconstitucional, mas apenas ressalvar juízo

³⁵ Riccardo Guastinni, *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè, 2011, p. 65.

³⁶ Remo Caponi, *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano: Giuffrè, 1991; Sergio Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano: Giuffrè, 1987.

anterior e legítimo sobre a questão constitucional³⁷; v) não fosse assim, estaria irremediavelmente nulificado ou destruído o sistema de controle incidental de constitucionalidade, na medida em que de nada valeria a decisão do juiz ou do tribunal a respeito da questão constitucional; vi) ou a coisa julgada, operante sobre a decisão que aplicou lei por entendê-la constitucional, teria o significado de uma inusitada e curiosa coisa julgada sob condição imprevisível e insuscetível de determinação no tempo — na medida em que a coisa julgada sempre estaria na espera de poder ser desconsiderada em virtude de eventual decisão de inconstitucionalidade da Corte Suprema; vii) não há decisão estatal legítima que possa ser desconsiderada pelo próprio Estado. A decisão em controle incidental de constitucionalidade é tão legítima quanto a decisão do Supremo Tribunal Federal. Ambas provêm do Poder Judiciário e são legitimadas pela Constituição. O equívoco não expresso, porém contido nos argumentos que admitem a desconsideração da coisa julgada, é realmente não perceber que ressalvar a coisa julgada não é o mesmo que admitir eficácia a uma lei declarada inconstitucional.

Isso é o que basta para evidenciar a impropriedade da tese da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada. Mas ainda cabe enfrentar o problema da possibilidade do uso da regra da proporcionalidade para afastar ou desconsiderar a coisa julgada.

Argumenta-se que pode haver conflito entre a coisa julgada e outros direitos. Na verdade, afirma-se textualmente que o juiz pode se deparar com conflito entre a coisa julgada e “outros princípios postos na Constituição” e, nesse caso, deve resolvê-lo mediante a aplicação da regra da proporcionalidade³⁸. Os casos

exemplares que animam quem chega nesta conclusão são os de ação de investigação de paternidade julgada improcedente quando não era conhecido o exame de DNA e de ação de desapropriação que condena a Fazenda Pública a pagar indenização em valor muito superior ao que estaria de acordo com a “justa indenização”, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal.

A tese que pretende solucionar as questões do DNA e da supervalorização da indenização na desapropriação mediante a contraposição de normas constitucionais com a coisa julgada aponta para o que chama de “superprincípio da proporcionalidade”, vendo-o como mecanismo capaz de dar ao juiz o poder de escolher entre a norma constitucional que se alega violada e a coisa julgada.

Lembre-se que a regra da proporcionalidade divide-se em três sub-regras: a regra da adequação, a regra da necessidade — que se desdobra nas regras do meio idôneo e da menor restrição possível — e a regra da proporcionalidade em sentido estrito. Esclareça-se, assim, que, ao aludir a “superprincípio da proporcionalidade”, o Ministro José Delgado está em realidade falando em proporcionalidade em sentido estrito. Realmente, a proporcionalidade, nos casos antes mencionados, não poderia ser pensada como “adequação” ou “necessidade”, mas apenas como proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, como regra que seria capaz de solucionar as situações de choque entre a manutenção da coisa julgada e a proteção de bem que torne indispensável a revisão do julgado.

Em outras palavras, não seria o caso de simples harmonização, mas de aplicar um método de ponderação dos bens, lembrando-se que ponderar é o mesmo que sopesar para definir o bem que deve prevalecer, enquanto harmonizar indica a necessidade de contemporizar para assegurar a aplicação coexistente dos princípios em conflito.³⁹

A ponderação não é um método de interpretação. Como explica Canotilho, a atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes, procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos a aplicar, enquanto a ponderação visa elaborar critérios

³⁷ Cf. Miguel Galvão Teles, *Inconstitucionalidade pretérita, Nos dez anos da Constituição*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987, p. 329.

³⁸ José Augusto Delgado, *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais, Coisa julgada inconstitucional*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 35. V. Cândido Rangel Dinamarco, *Relativizar a coisa julgada material, Coisa julgada inconstitucional*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 18 e ss; Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria, *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle, Coisa julgada inconstitucional*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, p. 30; Leonardo de Faria Beraldo, *A flexibilização da coisa julgada que viola a Constituição, Coisa julgada inconstitucional*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, p. 175 e ss.

³⁹ J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.227.

de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.⁴⁰

Por outro lado, a proporcionalidade em sentido estrito não é um princípio nem, muito menos, um superprincípio. É, isto sim, uma regra,⁴¹ que apenas pode ser usada em casos excepcionais, de colisão de direitos de igual hierarquia, cuja solução não pode se dar mediante outro método que não a ponderação no caso concreto. A regra da proporcionalidade em sentido estrito somente deve ser utilizada em situações extremas, em que não exista outra alternativa a não ser a ponderação dos direitos. A ponderação não só é um método complementar, mas talvez o menos recomendável e o mais criticado de todos os que existem.⁴²

Outro grande equívoco presente no raciocínio que tenta ponderar a coisa julgada com normas constitucionais está em minimizar o peso da coisa julgada ou, pior do que isso, em colocar a coisa julgada no mesmo plano dos direitos à descoberta do verdadeiro pai e ao pagamento da justa indenização, por exemplo. Ora, obviamente não há como colocar no mesmo plano um direito que foi definido pela jurisdição e a coisa julgada material. Esta última, em uma “escala de valores”, possui valor superlativo, não podendo ser objeto do balanceamento pretendido.

A coisa julgada é uma condição para o discurso jurídico. Um discurso revisável não é um discurso jurídico, mas um discurso prático-geral.⁴³ *A coisa julgada não integra o discurso propriamente dito, mas a parte formal da argumentação. Ela é uma regra indispensável à existência do discurso jurídico. Isto significa claramente que a coisa julgada não pode ser “relativizada” pela ponderação de princípios, pois só existe ponderação em discurso jurídico, para cuja existência é imprescindível o respeito a determinadas regras formais, aí incluída a coisa julgada. A coisa julgada não pode ser objeto de “ponderação” por não constituir um princípio cujo fundamento axiológico possa ser*

mensurado e comparado com os outros. Ela é uma regra formal do próprio discurso jurídico, cuja fundamentação é pragmático-transcendental.

Sem coisa julgada não há como falar em discurso jurídico e, por consequência, em Estado Democrático de Direito. A regra formal do discurso jurídico contida na coisa julgada é, sem dúvida, parte estruturante do Estado Democrático de Direito.⁴⁴ Aliás, o fato de determinados bens não poderem se submeter à proporcionalidade é conhecido na prática do Direito Constitucional, bastando lembrar decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão que deixou claro que os direitos subtraídos ao poder de revisão, nos termos do art. 79, § 3º, e do art. 19, § 2º, da Lei Fundamental alemã, têm valor supraconstitucional.⁴⁵

Não há cabimento em ponderar um direito que deve ser tutelado pela jurisdição e um atributo que objetiva garantir a própria decisão jurisdicional. A coisa julgada não pode ser colocada no mesmo plano do direito que constitui o objeto da decisão à qual adere. Ela é elemento integrante do conceito de decisão jurisdicional, ao passo que o direito é apenas

⁴⁰ J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 1.223.

⁴¹ Ou um postulado normativo, conforme Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 160-175.

⁴² Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 426.

⁴³ V. Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, São Paulo: Landy, 2001.

⁴⁴ Na sua *Teoria da argumentação jurídica*, Alexy não enuncia a coisa julgada como uma das regras formais do discurso jurídico. Porém, deixa claro que as regras que apresenta servem para detectar possíveis lacunas e insuficiências, a partir do que é possível estabelecer outras regras adicionais. Mas as regras do discurso jurídico não podem ser impostas ou retiradas da prática jurídica de maneira não reflexiva — necessitam de justificação. Por ser essa fundamentação pragmático-transcendental, é preciso considerar que o discurso jurídico não é possível sem a coisa julgada. Pois bem, a coisa julgada é uma condição de possibilidade do discurso jurídico enquanto discurso institucional limitado no tempo. Não há sentido em realizar um discurso jurídico sem que a discussão jurídica tenha termo. Na verdade, um discurso jurídico perpetuamente revisável não é um discurso jurídico, mas um discurso prático-geral. Nesta dimensão, a coisa julgada é uma regra formal do discurso jurídico, uma daquelas regras que fazem do discurso jurídico um caso especial do discurso moral. A coisa julgada é uma regra de que o discurso jurídico depende para existir. Assim, a coisa julgada não pode ser relativizada por não ser um princípio, uma vez que só há ponderação em discurso jurídico, e, para que este discurso exista, devem ser respeitadas as regras que o tornam possível, entre elas a coisa julgada. A coisa julgada não é atingida pela ponderação por não ser um princípio cujo fundamento axiológico possa ser mensurado e comparado com os dos outros, mas uma regra formal do próprio discurso jurídico. Se não for assim, não há possibilidade de se falar em discurso jurídico e, como decorrência, em Estado Democrático de Direito, já que o direito, mesmo em Alexy, é o *medium* de integração social. De modo que a regra formal do discurso jurídico contida na coisa julgada é parte estruturante do Estado Democrático de Direito. V. Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, op. cit.

⁴⁵ Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht, n. 7, 377, 411.

o seu objeto. Não há dúvida que os direitos podem, conforme o caso, ser contrapesados para fazer surgir a decisão jurisdicional adequada,⁴⁶ *mas a própria decisão não pode ser oposta a um direito, como se ao juiz pudesse ser conferido o poder de destruir a própria estabilidade do seu poder, a qual, antes de tudo, é uma garantia do cidadão.*

Aliás, se a coisa julgada pudesse ser objeto de ponderação, não haveria como escapar da conclusão de que esta ponderação *já teria sido feita pelo próprio legislador constitucional.* O art. 5º, XXXVI, ao garantir a coisa julgada material, mais do que afirmar a segurança jurídica, teria feito uma opção pelos princípios da segurança e da confiança diante do risco de eventuais injustiças. *Nessa dimensão, a coisa julgada seria uma regra que impediria qualquer ponderação judicial. Isto porque, quando se está diante de bens ponderáveis, a ponderação legislativa exclui qualquer ponderação judicial sobre os bens já ponderados.*⁴⁷

Assim, basta admitir que o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal tutela a coisa julgada, tornando estáveis as decisões e impedindo a sua rediscussão perante o Poder Judiciário, para se entender que a Constituição exclui qualquer possibilidade de ponderação judicial que tome em conta a coisa julgada⁴⁸.

Mas, além de incorrer nos equívocos antes referidos, a teoria da ponderação ou da relativização ainda padece do defeito congênito de ver a coisa julgada como mera decorrência de regra contida no Código de Processo Civil. Com efeito, enquanto o Ministro Delgado sustenta ter sido vontade do legislador constituinte apenas configurar o limite posto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, impedindo

que a lei prejudique a coisa julgada,⁴⁹ Theodoro Jr. alega que a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil, pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade hierarquicamente superior.⁵⁰

Ora, a coisa julgada não apenas tem sustentáculo no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, como constitui elemento estruturante do Estado de Direito. Lembre-se que na Alemanha, onde não há proteção constitucional expressa à coisa julgada, o seu fundamento constitucional está ancorado no princípio do Estado de Direito. O *Bundesverfassungsgericht* foi o principal responsável por esta elaboração, frisando que o princípio do Estado de Direito tem como componente essencial a garantia da certeza do direito, que exige não apenas o desenvolvimento regular do processo, como também a estabilidade da sua conclusão.

O art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal não quis apenas dizer que a lei não pode modificar a situação definida pela decisão que produziu coisa julgada, mas que a lei infraconstitucional, além de não poder negar a coisa julgada, deve protegê-la (dever de tutela normativa). Qualquer lei que diga que uma decisão, proferida em processo em que todos os argumentos e provas puderam ser apresentados, pode ser revista pelo Poder Judiciário, não acatada pelo Poder Executivo ou alterada, ou modificada, pelo Poder Legislativo, é uma lei inconstitucional.

Engana-se, assim, quem pensa que a proporcionalidade é uma saída para todos os males ou um "superprincípio" capaz de acomodar a coisa julgada diante de princípio constitucional. Na verdade, a proporcionalidade em sentido estrito não só é um método complementar, mas também perigoso, por dar ao juiz um poder de difícil racionalização.

A coisa julgada, por não fazer parte do conteúdo material do discurso jurídico, não pode ser objeto de balanceamento. Ela é regra formal do discurso jurídico ou regra imprescindível para a existência desse discurso ou do próprio processo. De modo que,

⁴⁶ V. Alberto Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova: Cedam, 2002.

⁴⁷ Nesse sentido, argumenta Humberto Ávila que a proteção da coisa julgada, "mais do que amparar um ideal de segurança sem predefinir o seu modo de realização, é uma forma de regramento do conflito entre a segurança e a igualdade particular, não podendo ser afastada mediante um mero procedimento de ponderação por meio do qual se atribua um peso maior ou menor a ela". (Humberto Ávila, *Teoria da igualdade tributária*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 124).

⁴⁸ Nessa linha José Carlos Barbosa Moreira, *Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material*, *Relativização da coisa julgada*, Salvador: Podium, 2008, p. 235.

⁴⁹ José Augusto Delgado, *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*, *Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 16.

⁵⁰ Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria, *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*, *Coisa julgada inconstitucional*, op. cit., p. 30.

e ao invés de mera regra infraconstitucional de caráter processual, a coisa julgada é elemento estruturante do Estado Democrático de Direito. Tem, assim, base constitucional, e, em uma interpretação do art. 5º, XXXVI, que considere o contexto, não pode deixar de ser vista como uma expressão de estabilidade e como uma garantia de segurança e de confiança. Portanto, mesmo que se considerasse a coisa julgada como elemento integrante do discurso, e assim passível de ponderação, essa ponderação já teria sido feita pelo legislador constituinte, que optou por ela diante do risco de eventuais injustiças.⁵¹

Dessa forma, é preciso esclarecer que, além de a expressão superprincípio não ser adequada para definir a proporcionalidade em sentido estrito, se existe alguma coisa, na dimensão ora estudada, que pode ser qualificada de “super”, esta é a regra da coisa julgada. A coisa julgada, por não ser um elemento que integra o conteúdo material do discurso, mas uma condição imprescindível para a sua existência, coloca-se fora do local em que poderia ser vista como uma mera regra, constituindo então, ela sim, uma verdadeira “super-regra”.

O fato de não ser possível balancear a coisa julgada com outros direitos não significa que os problemas relacionadas aos casos exemplares — investigação de paternidade e ação de desapropriação — não possam ser adequadamente tratados sem se violentar a coisa julgada.

Por ora é importante frisar que toda decisão que “relativiza” a coisa julgada — com base em argumentos como o de posterior declaração de inconstitucionalidade e de aplicação da regra da proporcionalidade — ofende-a indesculpavelmente, sujeitando-se a ação rescisória com base no art. 966, IV, do Código de Processo Civil.

Seria absurdo supor que, em razão de o juiz ter fundamentado a desconsideração da coisa julgada em um ou outro fundamento, estaria a preferir decisão não rescindível. A decisão claramente ofende a coisa

julgada e, portanto, não pode escapar da ação voltada à sua rescisão.

6 Rescisória por ofensa à coisa julgada sobre questão

A coisa julgada sobre questão impede que ela venha a ser novamente discutida e decidida em outro processo. Assim, não é mais possível discuti-la na qualidade de questão prejudicial nem de questão principal. Se na ação de alimentos decidiu-se que A é filho de B, condenando-se B a pagar alimentos para a A, não é possível que B proponha ação negatória para rediscutir a questão da paternidade em face de A. A coisa julgada sobre a questão obstaculiza a sua discussão como questão principal. Do mesmo modo, a questão decidida na ação de alimentos poderá ser invocada em qualquer processo futuro em que a qualidade de herdeiro apresente-se como prejudicial à solução do mérito. Nesses casos, a coisa julgada sobre a questão impede a sua rediscussão como questão prejudicial.

Portanto, a coisa julgada sobre questão impede a sua rediscussão como questão principal e vincula a decisão do mérito que a tem como pressuposto. No caso em que a questão reaparece como prejudicial, haverá violação da coisa julgada caso o juiz permita a rediscussão da questão ou novamente a decida para resolver o mérito, uma vez que lhe incumbe apenas julgar o mérito a partir da coisa julgada formada sobre a questão. Note-se que a situação é parecida com a da coisa julgada sobre o mérito que constitui pressuposto para a decisão. Isso ocorre quando, por exemplo, em ação de investigação de paternidade decide-se que A é filho de B e, mais tarde, A propõe ação de alimentos em face de B. A coisa julgada da primeira ação obviamente será violada se o juiz da ação de alimentos permitir a rediscussão da questão da paternidade ou voltar a decidi-la.

Lembre-se que a coisa julgada também pode recair sobre questão formada a partir de fato impeditivo, modificativo ou extintivo e que obviamente não importa se a decisão da questão foi positiva ou negativa àquele que alegou o fato que deu origem à questão. Maior dificuldade ocorre quando a decisão da questão tem sentido oposto ao da sentença que julga o pedido. Ou melhor, quando a decisão da questão é desfavorável à parte que obtém sentença favorável ou vice-versa. É possível dizer que isso contraria a tradição do *collateral estoppel*, em que a questão, para ficar

⁵¹ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em acórdão relatado pelo Min. Luiz Fux, que “a rediscussão reiterada de matéria decidida e declarada por sentença transitada em julgado implica a pretensão de consagração da cognominada tese da “relativização da coisa julgada”, *postulado que se choca com a cláusula pétrea da segurança jurídica, garantia fundamental do jurisdicionado, consagrada em todas as Constituições*” (STJ, REsp 671182, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJ 02/05/2005).

obstada de decisão em processos futuros, deve ser essencial para a resolução do litígio⁵².

Porém, não cabe aqui repetir sem reflexão o que se passa diante do *collateral estoppel*. É preciso, na verdade, saber o motivo pelo qual o *common law* entende que uma questão, para ficar coberta pela proibição de relitigação, deve ser determinante para a resolução do pedido. Tendo em vista que o direito estadunidense tem um claro apego à experiência concreta, parte-se da premissa de que uma questão não determinante do julgamento do pedido geralmente não merece atenção nem das partes nem do juiz. Supõe-se, ao se exigir que a questão seja essencial ou determinante, que as partes e o juiz dedicam atenção ao que é essencial e não às questões que não influem diretamente no julgamento do pedido⁵³. Retenha-se o ponto: a característica da essencialidade tem clara relação com a necessidade de a questão ser discutida e decidida, exigências do direito estadunidense que são reproduzidas no art. 503.

Mesmo no *common law* não há preocupação com uma conceituação precisa do que seja questão determinante da resolução do litígio, nem se explica de forma racional o motivo pelo qual apenas uma questão essencial pode ficar marcada pelo *collateral estoppel* e, assim, restar proibida de rediscussão. Se esta razão está numa regra de experiência ligada à discussão e à decisão da questão, obviamente se pode dizer que, quando há adequada e efetiva discussão e expressa e fundamentada decisão da questão, não há motivo para dizer que a questão resolvida contra a parte vencedora não possa ficar revestida de coisa julgada material.

Há vários casos em que não somente uma questão merece atenção das partes e do juiz. Pense-se no caso do acidente automobilístico. Alegando-se

responsabilidade objetiva e culpa do demandado, não há motivo para supor que as partes e o juiz possam deixar qualquer das questões de lado. Se for negada a responsabilidade objetiva e acolhida a culpa do demandado, o pedido será julgado procedente e a questão da responsabilidade objetiva decidida em desfavor do autor. Não há como dizer que a questão da responsabilidade objetiva não constitui questão de que depende o julgamento do mérito. Essa questão apenas não se mostrou imprescindível para o julgamento de procedência do pedido, o que é obviamente coisa distinta. Ora, a circunstância de a questão não se mostrar necessária para o resultado final só tem relevo quando se teme tornar indiscutível uma questão que, por não ser essencial e determinante, não é adequadamente discutida e decidida. Contudo, quando se tem em conta o que realmente deve importar, ou seja, a *irracionalidade de se decidir duas vezes uma mesma questão*, torna-se insustentável a regra que faz parte da experiência do *collateral estoppel*.

As regras estadunidenses — postas no *Restatement (Second) of Judgments* — afirmam claramente não apenas que a questão deve ter sido discutida e decidida, mas também que deve ser essencial ao julgamento. De qualquer forma, a essencialidade da questão é frisada para evitar que uma questão sobre a qual não recaiu adequada discussão e devida atenção possa se tornar indiscutível. Aliás, é interessante lembrar que as Cortes dos Estados Unidos também não admitem *collateral estoppel* quando o caso foi julgado a partir de duas questões decididas favoravelmente ao vencedor. Alega-se que, nessas situações, não há como saber qual questão foi necessária ou essencial para o julgamento. Argumenta-se que, quando não se tem certeza que uma questão foi necessária para o julgamento, é possível que não tenha sido cuidadosa ou rigorosamente considerada.

De todo modo, há julgados de Cortes estadunidenses que admitem que, quando duas questões são decididas em favor do vitorioso, cabe outorgar efeito de *collateral estoppel* a ambas. Isso ocorreu em *Malloy v. Trombley*, quando a Corte de Apelação de Nova Iorque admitiu efeito de *collateral estoppel* às duas questões que conduziram ao julgamento proferido no caso anterior sob o fundamento de ambas terem sido plenamente

⁵² Assim, por exemplo, decidiu-se em *Halpern v. Schwartz*: “[...] the prior judgment will not foreclose reconsideration of same issue if that issue was not necessary to rendering of prior judgment, and hence was incidental, collateral, or immaterial to that judgment” (*Halpern v. Schwartz*, United States Court of Appeals, Second Circuit, May 8, 1970).

⁵³ James, Hazard e Leubsdorf, diante de decisão da Corte de Massachusetts proferida em *Cambria v. Jeffrey*, lembram os fundamentos descritos acima no texto: “Three considerations support this ruling. First, the parties’ attention and efforts are likely to be focused on points and matters that are necessary to the result. Second, the tribunal’s attention is likely to be focused on the grounds necessary for its decision [...]” (Fleming James Jr., Geoffrey Hazard Jr. e John Leubsdorf, *Civil Procedure*, Boston-Toronto-London: Little, Brown and Co., 1992, pp. 612-613).

consideradas⁵⁴. Perceba-se, em outras palavras, que celebradas decisões admitem efeito de collateral estoppel a duas questões decididas em favor da parte que venceu exatamente com base no argumento — antes exposto para justificar a coisa julgada sobre questão que não foi essencial à procedência do pedido — de que basta, para se obstar a rediscussão de uma questão, que ela tenha sido plenamente discutida e adequadamente considerada pelo juiz.

Ainda mais delicado é o problema da ofensa à coisa julgada sobre questão que beneficia terceiros. A coisa julgada sobre questão nunca prejudica terceiros, mas apenas pode beneficiá-los. De modo que, se na ação de ressarcimento proposta por um dos acidentados, decide-se que a empresa demandada

não tem responsabilidade para se julgar improcedente o pedido, a empresa não pode invocar coisa julgada sobre questão na ação proposta por outro acidentado. O juiz da segunda ou outra ação poderá decidir que a empresa tem responsabilidade sem ofender a coisa julgada. Porém, se na primeira ação de ressarcimento decidiu-se que a empresa demandada é responsável pelo acidente, a coisa julgada não permitirá a rediscussão da questão na ação proposta por outro acidentado. Nesse caso a coisa julgada sobre a questão beneficia aquele que não participou do processo, na medida em que esta questão, bem vistas as coisas, é também a sua questão. Significa que o outro acidentado poderá invocar a coisa julgada sobre a questão para impedir a sua relitigação e vincular o juiz. Haverá ofensa à coisa julgada sobre a questão caso o juiz da segunda ação decida sobre a questão para julgar o mérito. O juiz da segunda ação não pode voltar a decidir a questão; deve tomar a decisão como pressuposto inarredável do julgamento do mérito. Fora daí há ofensa à coisa julgada sobre a questão, a dar ensejo a ação rescisória.

7 O terceiro beneficiado pela coisa julgada diante da rescisória

É possível perguntar i) se o terceiro (aquele que não participou do processo em que formada a coisa julgada) pode propor ação para rescindir a decisão que, por ser contrária à parte com a qual tem identidade de posição jurídica, deixou de lhe beneficiar e ii) se o terceiro que efetivamente foi beneficiado pela coisa julgada tem direito de participar como réu ou mesmo como terceiro na ação proposta para rescindir a coisa julgada que lhe beneficia.

A primeira pergunta não gera dúvida. Lembre-se que o terceiro jamais pode ser prejudicado pela coisa julgada, mas apenas beneficiado. Portanto, sempre poderá rediscutir a questão marcada por coisa julgada formada em processo de que não participou. Assim, não tem direito de propor ação rescisória para desfazer a coisa julgada que deixou de lhe beneficiar. Se optou por não participar do processo, aceitou que não poderia discutir a questão, muito menos propor ação rescisória.

E se a coisa julgada beneficiou terceiros, esses devem figurar como réus na ação proposta para rescindi-la? Embora se possa dizer que os terceiros adquirem posição jurídica favorável a partir da formação da coisa julgada, isso não quer dizer que

⁵⁴ “It is entirely accurate to observe that the disposition in the Court of Claims was predicated both on its conclusion that there had been no proof of negligence on the part of the State of New York and on its further finding that claimant Malloy had been contributorily negligent. Indeed in introducing that portion of his decision dealing with contributory negligence on the part of the two claimants, Judge Moriarty forthrightly noted that he proceeded to those issues, ‘*although unnecessary to a decision herein*’. Under a strict application of the alternative determination exception to the rule of issue preclusion, neither the finding of no negligence on the part of the State nor the finding of contributory negligence on the part of the claimant would subsequently be given conclusive effect, for in a logical analysis either finding standing independently would have been sufficient to support the decision of the court; each was a literal alternative. *Mechanical application on the basis of such analysis would fail to take into account the vitality of the rationale behind the doctrine of issue preclusion. There can be no doubt in this instance that the issue of Malloy’s contributory negligence was actually and fully litigated.* Although it is true that Malloy and Trombley did not stand toe-to-toe in the Court of Claims, Malloy’s incentive vigorously to oppose a finding of contributory negligence was no less there than it would be in the present Supreme Court action. No suggestion is now advanced that he was in any way handicapped or inhibited in his address to the issue in the Court of Claims; he had full opportunity there and no heavier burden to establish his freedom from contributory negligence with respect to defendant State in that action than with respect to defendant Trombley in the present action. None of the grounds recognized for other exceptions to the general rule of issue preclusion are to be found in this case (see op. cit., s 68.1, p. 27 et seq.). The justification for the alternative determination exception to the general rule is said to be that “the determination in the alternative may not have been as carefully or as rigorously considered as it would have been if it had been necessary to the result, and in that sense it has some of the characteristics of dicta” (op. cit., s 68, Comment i, p. 12). *The care and attention devoted to the issue by Judge Moriarty in this instance saps such a contention of any vitality. Although unnecessary to a decision herein, we note that, based upon the evidence presented at trial, neither claimant appears to have established the requisite freedom from culpable conduct necessary for success in a cause of action for negligence which accrued prior to September, 1975. [...]*” (Malloy v. Trombley, Court of Appeals of New York, 427 N.Y.S.2d 969, 1980).

tenham legitimidade para defendê-la na ação proposta pelo adversário que lhes é comum. Repita-se que o terceiro opta por não discutir a questão de direito e, assim, não tem razão para ser admitido a participar da ação rescisória. A lógica da coisa julgada em benefício de terceiro é a de que este, por ter aceito não discutir desde logo a questão, não pode argumentar perante o juiz em favor de uma solução jurídica em seu favor. O terceiro claramente optou por não argumentar perante o juiz para obter decisão favorável sobre a questão, preferindo entregar a disputa a outra pessoa, o que significa que também abriu mão de argumentar na eventual ação rescisória. Melhor dizendo: o terceiro não só optou por não discutir a questão, mas entregou a sua discussão e a defesa da coisa julgada a outro litigante.

8 Anterior discussão e rejeição de violação de coisa julgada e ação rescisória

Alega-se que, pelo fato de a lei processual admitir a rescisória sem nada dizer sobre a alegação de coisa julgada no processo de conhecimento, não haveria como proibir a rescisória ainda que, no processo de conhecimento em que invocada a coisa julgada, houvesse sido decidido que a primeira coisa julgada não obsta a formação da segunda. É nesse sentido o entendimento de Barbosa Moreira: “O Código italiano, art. 395, n. 5⁵⁵, exige, como requisito de admissibilidade da *revocazione*, que a sentença impugnada não se haja pronunciado sobre a alegação de coisa julgada. No direito brasileiro, é irrelevante que a preliminar tenha sido ou não suscitada, ou apreciada *ex officio*, no processo em que se proferiu a sentença rescindenda. A circunstância de haver-se nele rejeitado a preliminar

não constitui obstáculo ao exercício da rescisória, nada impede que se acolha o pedido de rescisão”⁵⁶.

O fato de o código nada dizer sobre a impossibilidade de se voltar a decidir sobre a coisa julgada não pode ter o efeito que Barbosa Moreira extraiu. O código italiano tem previsão expressa acerca do ponto para evitar que alguém caia no equívoco de imaginar que é possível negar o que já foi discutido e decidido pelo juiz. Ora, se o juiz decidiu que não havia coisa julgada a obstar a formação da coisa julgada, obviamente não se pode fingir que nada foi decidido. É por isso que, mesmo no Direito brasileiro, não se deve admitir ação rescisória para rediscutir a alegação de coisa julgada anterior que foi rejeitada pelo juiz.

Trata-se simplesmente de se ter em conta a obviedade de que não se pode pretender rediscutir questão para rescindir o que já foi devidamente discutido e expressamente decidido. Do contrário, admitir-se-ia duas discussões e decisões sobre uma mesma questão, o que é completamente fora de propósito. Ora, é completamente irracional entender que, se no processo em que se formou a segunda coisa julgada discutiu-se para se decidir que não havia uma primeira coisa julgada a obstar a decisão sobre o mérito, é possível voltar a discutir a mesma questão e dar a outro juízo oportunidade para rescindir a segunda coisa julgada.

Diante do art. 503, § 1º, isto se torna efetivamente impossível. Se a questão da anterior coisa julgada foi discutida e rejeitada no processo, há coisa julgada sobre a inexistência da primeira coisa julgada, o que certamente impede que se pretenda rescindir a segunda coisa julgada sob o fundamento de existir a primeira. Se isto ocorresse, aí sim haveria violação da coisa julgada.

⁵⁵ Art. 395, 5 (CPC italiano): “Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: [...] 5. se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione”.

⁵⁶ José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil* [1973], v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 130.