

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA E QUESTÕES PREJUDICIAIS

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

RICARDO ALEXANDRE DA SILVA

CURITIBA

2016

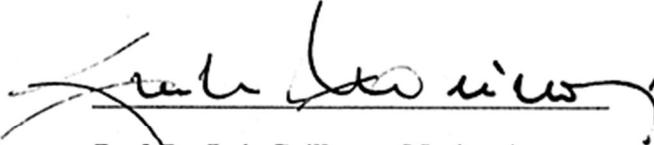
TERMO DE APROVAÇÃO

RICARDO ALEXANDRE DA SILVA

LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

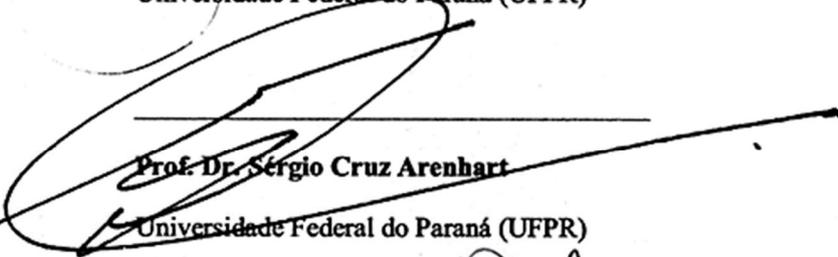
Orientador :



Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

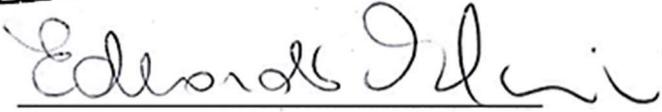
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Membros:



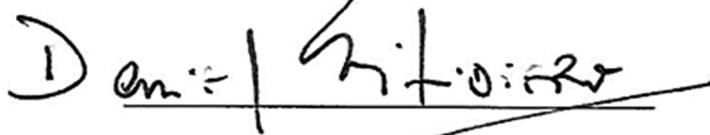
Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

Universidade Federal do Paraná (UFPR)



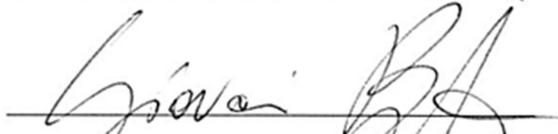
Prof. Dr. Eduardo Talamini

Universidade Federal do Paraná (UFPR)



Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)



Prof. Dr. Giovanni Bonato

Universidade Federal de Paris Ouest Nanterre La Défense

Curitiba, 30 de setembro de 2016.

Para Silvia Daniele Akiko Araki da Silva, por tudo, com muito amor!
A Orlanda Haskel, *in memoriam*, a pessoa mais generosa que conheci.

AGRADECIMENTOS

Essa tese marca o fim de uma trajetória muito mais longa que o doutorado. Ela encerra meu ciclo de aprendizado formal, iniciado em Blumenau há 36 anos. Nessas quase quatro décadas, acumulei uma enorme dívida de gratidão. Sei que as normas de etiqueta acadêmica recomendam discrição, mas sou grato, imensamente, a muitas pessoas. Não se faz doutorado sozinho e é hora de agradecer.

Minha esposa, Silvia Araki, foi não apenas uma companheira atenciosa e compreensiva, mas debateu vários pontos da tese comigo e leu o trabalho integralmente. Jamais reclamou da minha ausência e do constante mau humor. Nada do que eu dissesse aqui seria suficiente, de modo que me limito a dizer que eu não teria conseguido se não fosse você!

Meus pais, José Bosco e Madalena, incentivaram-me sempre. Mais do que isso, são meu maior exemplo. É um orgulho ser filho de vocês!!! Obrigado, por tudo, nesses quase quarenta anos! Tive a grande alegria de compartilhar esse lar com minhas irmãs, Danielle e Fabiane, a quem agradeço pelo carinho e pelas risadas. Minha vida não seria completa sem vocês!

Ao Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni, mestre e amigo, agradeço pelo apoio, incentivo, constante troca de ideias e inspiração intelectual! Aos Professores Drs. Sérgio Cruz Arenhart, Eduardo Talamini, Daniel Mitidiero e Giovanni Bonato, agradeço pela gentileza de terem aceitado o convite para compor minha banca de doutorado. Ao Professor Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha, *in memoriam*, fica minha gratidão pela amizade e generosa acolhida no curso de mestrado e no início do doutorado. Sua partida deixou uma lacuna enorme no grupo de processo!

A UFPR não tem apenas excelentes Professores. Os alunos são incrivelmente qualificados. Me senti honrado em fazer parte do “grupo de processo civil”, com quem aprendi constantemente. Agradeço especialmente a Anissara Toscan, amiga brilhante, que generosamente leu esta tese, trocou comigo muitas ideias e contribuiu para o amadurecimento de diversas questões. Também tive a alegria de me tornar amigo da Paula Pessoa, a Paulinha, e da Marcella Ferraro, que discutiram o tema comigo, ajudaram-me na busca por bibliografia e me ouviram mesmo quando me tornei monotemático! Também saúdo especialmente André Tesser, Gustavo Osna, Juliana Pondé, Simone Trento, Rogéria Dotti, Thaís Paschoal Lunardi e

Luiz Henrique Krassuski Fortes. Que haja muito riso e muito processo em nossos encontros e desencontros!

A equipe de Marinoni Advocacia, em Curitiba, foi essencial para me dar tranquilidade na tumultuada trajetória da pós-graduação. Todos que conciliam os compromissos acadêmicos com a advocacia sabem que é imprescindível poder contar com colegas generosos e dispostos. Fica, aqui, meu abraço ao Leandro Rutano, Carlos Augusto, Djalma Bento, André, Thiago Mourão, Caíque Marinoni e Letticia Schaitza!

Por fim, mas não menos importante, externo meus agradecimentos à sociedade brasileira, que com muito sacrifício custeou meus estudos na Universidade Federal do Paraná. Que eu possa retribuir a ajudar na construção de um Brasil melhor e mais livre!

Sempre em frente! Tudo na vida é caminhar!

RESUMO

Esta tese tem como objetivo analisar a incidência da coisa julgada às questões prejudiciais de mérito, sem necessidade de ajuizamento de ação declaratória incidental, de acordo com o Código de Processo Civil. Por muito tempo a doutrina sustentou que apenas a contradição prática entre julgados deveria ser evitada. Essa ideia foi adotada no código revogado, no qual a coisa julgada atingia apenas o dispositivo. Aceitavam-se as contradições lógicas, referentes às premissas da decisão. Em consequência, questões prejudiciais referentes ao mérito podiam ser decididas de forma diferente, com grave comprometimento da segurança jurídica. A estabilização das questões prejudiciais de mérito efetivamente discutidas e decididas no processo contribui para a maior previsibilidade do Direito, tutelando os valores da liberdade e da igualdade. Partindo dessa premissa, analisa-se a segurança jurídica, com ênfase na previsibilidade, bem como a liberdade e a igualdade. Na sequência, são indicadas as noções gerais da coisa julgada, instituto jurídico por meio do qual os provimentos jurisdicionais de mérito são imutabilizados. Para compreender o objeto sobre o qual incide a *res judicata*, analisa-se o conceito de mérito e a identificação de demandas em conformidade com o critério da tríplice identidade. No último capítulo são analisados detalhadamente os requisitos elencados no Código de Processo Civil para que possa ocorrer a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais.

ABSTRACT

This thesis analyses that under Brazilian Civil Procedure Code the incidence of *res judicata* to merit prejudicial questions, regardless of incidental declaratory action filing. For a long time legal doctrine argued that only the practical contradiction between final decisions should be avoided. This idea was adopted in the repealed 1.973 Civil Procedure Code, in which the *res judicata* reached only the final judgment. Logical contradictions between decision premises were considered acceptable, allowing merit prejudicial questions to be decided differently, with severe impairment of legal security. The stabilization of the merit prejudicial questions effectively debated and decided in the trial contributes to legal predictability and safeguards freedom and equality. Grounded in this premise, the thesis analyzes legal security – with emphasis on predictability –, freedom and equality. Then, the general notions of *res judicata* – which is the legal institution through which the merit jurisdictional provisions become immutable – are presented. To understand the object over which the *res judicata* lies, the concept of merit and the identification of claims in accordance to the triple identity criteria are analyzed. The last chapter analyzes requirements for *res judicata* to apply to ruling over prejudicial questions, listed in the Civil Procedure Code.

SUMÁRIO

Introdução	1
Capítulo I – Processo Civil e Segurança Jurídica	4
1. Segurança jurídica e previsibilidade	4
1.1. Racionalidade e previsibilidade do Direito: análise da tipologia weberiana	7
1.2. Preclusão, previsibilidade e orientação das partes no processo	15
1.3. Tutela do Direito e previsibilidade do resultado do processo	18
1.4. Igualdade e processo	20
1.4.1. Igualdade perante a lei e igualdade na lei	20
1.4.2. Igualdade no debate processual	21
1.4.3. Igualdade pelo processo	22
1.5. Liberdade e processo	23
1.5.1. Liberdade em suas acepções negativa e positiva	24
1.5.2. Liberdade das partes e processo colaborativo	27
1.5.3. Tutela jurisdicional do direito e liberdade	31
1.6. Síntese de ideias	34
Capítulo II – Coisa Julgada: Noções Gerais	36
2.1. Definição segundo o direito positivo	36
2.2. Coisa julgada formal e coisa julgada material	40
2.3. Cognição e coisa julgada	42
2.3.1. Cognição no julgamento antecipado parcial do mérito	46
2.3.2. Cognição nas tutelas de urgência e de evidência	48
2.3.3. Cognição e procedimento monitório	52
2.4. Coisa julgada e estabilização do efeito declaratório	53
2.5. Teorias substancial e processual da coisa julgada	61
2.6. Conceito de coisa julgada	65
2.7. Eficácias negativa e positiva da coisa julgada	67
Capítulo III – Mérito e Tríplice Identidade	69

3.1. Conceito de lide: inadequação para definir o mérito	69
3.2. Debate sobre o objeto litigioso do processo	76
3.3. Análise da doutrina brasileira sobre objeto litigioso	82
3.4. Mérito e seu conteúdo: pedido, causa de pedir e exceção substancial	85
3.4.1. Objeto litigioso, pretensão e mérito: sinonímia	85
3.4.2. Inadequação do conceito de ação de direito material para definir o mérito	87
3.4.3. Análise do pedido e da causa de pedir na definição do mérito	90
3.4.4. Resposta e conteúdo do mérito	96
3.4.5. Intervenção espontânea de terceiros e ampliação do mérito	100
3.4.6. Arremate da discussão	103
3.5. Tríplice identidade	103
3.5.1. Causa de pedir	106
3.5.1.1. Teorias da individualização e da substanciação	106
3.5.1.2. Ações autodeterminadas e heterodeterminadas	109
3.5.1.3. Balanço da polêmica	111
3.5.1.4. Causas de pedir ativa e passiva, abrangentes e não abrangentes	115
3.5.1.5. Cumulação de demandas, fatos essenciais e secundários	116
3.5.2. Pedido	118
3.5.2.1. Cumulação de pedidos	120
3.5.3. Partes	121

Capítulo IV. Questões prejudiciais de mérito e ampliação dos limites objetivos da coisa julgada

4.1. Questões prévias: preliminares e prejudiciais	123
4.1.1. Prejudicialidades lógica e jurídica	130
4.1.2. Prejudicialidades homogênea e heterogênea, interna e externa	131
4.1.3. Prejudicialidades lógica e técnica	132
4.2. Limites objetivos da coisa julgada no Brasil: o estado d'arte antes do CPC/2.015	137
4.2.1. Coisa julgada e premissa da decisão: regime do CPC/1.939	138
4.2.2. Coisa julgada e restrição ao dispositivo: regime do CPC/1.973.	142
4.3. Coisa julgada e questões prejudiciais: regime do CPC/2.015	142
4.3.1. Questões prejudiciais de mérito decididas expressa e incidentemente	145
4.3.2. Imutabilização de pontos prejudiciais: impossibilidade	147

4.3.3. Desnecessidade de pedido e atuação do juiz	150
4.3.4. Imutabilização de questões prejudiciais decididas contrariamente ao vencedor	153
4.3.5. Contraditório prévio, efetivo e restrição da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada na hipótese de revelia	156
4.3.6. Competência em razão da matéria e da pessoa	160
4.3.7. Limitações probatórias, cognições sumária e parcial	161
4.3.7.1. Limitações probatórias e impossibilidade de estabilização da questão prejudicial	162
4.3.7.2. Cognição sumária	162
4.3.7.3. Cognição parcial	163
4.3.8. O problema do litisconsórcio necessário e unitário para a questão prejudicial, mas facultativo para a principal	165
4.3.9. Falta de interesse processual no ajuizamento de ação declaratória incidental	166
4.3.10. Julgamento antecipado, fracionamento do mérito e questões prejudiciais	168
4.3.11. Redimensionamento da reconvenção e da sucumbência e possibilidade de ajuizamento de ação rescisória contra questão prejudicial	171
4.3.12. Convenções processuais e coisa julgada sobre questão	173
4.3.13. Questão prejudicial, <i>collateral estoppel</i> e incidente de resolução de demandas repetitivas	174
4.3.14. Direito intertemporal	176
4.4. Imutabilização da questão prejudicial e eficácia preclusiva da coisa julgada	176
4.4.1. Objeto da eficácia preclusiva	177
4.4.2. Teoria ampliativa da eficácia preclusiva	181
4.4.3. Questões decididas e eficácia preclusiva da coisa julgada	185
4.5. Questões prejudiciais e limites temporais da coisa julgada	186
Teses	187
Referências bibliográficas	192

Introdução

Uma das proposições mais básicas da ciência processual afirma que o processo é o instrumento por meio do qual se realiza a tutela jurisdicional do Direito. Atualmente, quando se leva em conta o papel desempenhado pelas Cortes Supremas, com a criação de normas por meio da adscrição de sentido aos textos legais, torna-se ainda mais evidente a importância do processo para o ordenamento jurídico. Não se trata apenas de declarar o Direito legislado, mas de complementar a atividade legislativa.

O processo não tem como finalidade exclusiva a resolução de casos concretos, ainda que este seja um de seus papéis mais proeminentes. Além de dar solução a determinada controvérsia, ele contribui na fixação dos marcos jurídicos por meio dos quais a sociedade se coordena. Para permitir que os cidadãos e os diversos segmentos sociais se organizem, o processo deve contribuir para tornar o Direito mais previsível. A segurança jurídica está atrelada à previsibilidade. Sem saber qual regra se aplica a determinada atividade, os cidadãos não podem agir.

Dois institutos jurídicos contribuem sobremaneira para a previsibilidade do Direito. O precedente vinculante e a coisa julgada. Pelo primeiro, casos iguais devem ser tratados igualmente. De acordo com a segunda, determinado pronunciamento jurisdicional é estabilizado. Os precedentes firmam orientações para toda a sociedade. A *res judicata* imutabiliza a decisão de mérito proferida no caso concreto. Em resumo, não há segurança jurídica sem que o provimento jurisdicional possa se estabilizar. É nesse sentido que se menciona o papel da coisa julgada no encerramento do discurso jurídico¹.

Os processualistas reconhecem a proeminência da previsibilidade para o ordenamento jurídico. Afirmam que o processo é instrumento para a tutela do Direito. Essas proposições se vinculam à ideia de que o discurso jurídico deve ser encerrado, a fim de que o Direito seja protegido. No entanto, até pouco tempo, prevaleceu no Brasil a concepção, encampada no código revogado, de que a resolução de questões prejudiciais de mérito não seria estabilizada, a não ser que houvesse requerimento expresso da parte interessada, por meio da propositura de ação declaratória incidental.

Sempre acreditei que essa ideia desmerecia a atividade jurisdicional e podia levar a situações contraditórias que ofendem o bom senso e desprestigiam a jurisdição. O exemplo

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional* (2.008), p. 56/59.

frisante, tantas vezes lembrado na doutrina, é o da demanda de alimentos, que mantém relação de prejudicialidade com o reconhecimento da filiação. Salta aos olhos que a paternidade é a premissa do pedido de alimentos. Todavia, se o demandante não requeresse declaração expressa, poderia ser acolhido seu pedido de pensão alimentícia, desde que presentes os pressupostos legais, sem que houvesse simultânea estabilização do reconhecimento da paternidade. Em processo posterior, referente à sucessão, a filiação poderia ser negada.

Convivia-se candidamente com essa incongruência, ao argumento de que o Direito tolera contradições lógicas nas decisões, mas não admite apenas as contradições práticas. Todavia, é gritante a contradição encerrada no reconhecimento da paternidade para a finalidade de concessão de alimentos, mas sua recusa para a sucessão. Não se pode conceber maior imprevisibilidade que essa, com evidente desprestígio e perda de legitimidade da função jurisdicional.

Por esse motivo, almeja-se nesta tese analisar a incidência da coisa julgada às questões prejudiciais de mérito, sem necessidade de ajuizamento de ação declaratória incidental, de acordo com o CPC, art. 503, §1º, incs. I a III, e §2º. Não se pretende ocultar as dificuldades a que pode levar a estabilização das questões prejudiciais. Crê-se, contudo, que essa solução seja superior àquela do Código Buzaid, que restringia a coisa julgada ao dispositivo, ressalvada a propositura de ação declaratória incidental. A jurisdição, afinal, deve ser prestigiada, de modo que as decisões expressas sobre questões prejudiciais de mérito, que subordinarem o julgamento de matéria meritória, proferidas por juiz competente, em processo no qual inexista restrição probatória ou revelia, devem ser cobertas pela coisa julgada.

Para chegar ao exame dos requisitos da extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, aborda-se no primeiro capítulo a segurança jurídica, a igualdade e a liberdade. Esse itinerário não é fortuito. Compreende-se a coisa julgada como instrumento para a consecução da segurança jurídica e, nessa medida, imprescindível à igualdade e à liberdade.

No segundo capítulo é abordado o estado d'arte da coisa julgada. São passados em revista temas clássicos do apaixonante debate que os juristas, particularmente os processualistas, mantiveram desde há muito sobre o assunto. Também aqui não há esforço vão. Não parece possível investigar a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, sem que se saiba o que é a coisa julgada, como a doutrina a define e qual é sua disciplina no direito positivo.

Na sequência, analisa-se os contornos do mérito, material do processo que é imutabilizado pela *res judicata*. Demonstra-se a inadequação do conceito de lide e, após

inevitável abordagem sobre o objeto litigioso, perscruta-se a tríplice identidade, critério para a individualização de demandas assentado no art. 337, §§1º a 4º, do CPC.

O quarto capítulo condensa a análise sobre as questões prejudiciais, partindo do estudo da prejudicialidade em seus aspectos lógico e jurídico. A seguir, são examinados os requisitos elencados no art. 503, §1º, incs. I a III, e §2º, do CPC, para a estabilização da questão prejudicial. Este é o cerne do trabalho e dele são extraídas as teses que constituem a conclusão.

Saliente-se que o objeto desta tese são as decisões de mérito, proferidas sobre questões prejudiciais, no âmbito da fase cognitiva de processos individuais. Não se pretende examinar os recursos cabíveis, nem o regime de rescisão. O importantíssimo tema dos limites subjetivos da coisa julgada também não faz parte das finalidades deste estudo. Outrossim, também não integram seu objeto as decisões proferidas no processo penal, no processo do trabalho, no controle de constitucionalidade ou em equivalentes jurisdicionais como a arbitragem. Para a mais adequada contextualização do leitor, informa-se que as notas de rodapé indicam a data em que foi publicada a primeira edição dos trabalhos citados no texto.

Capítulo I – Processo Civil e Segurança Jurídica

1. Segurança jurídica e previsibilidade

As sociedades contemporâneas são marcadas pelo intenso fluxo de informações e pela possibilidade de interação à distância. Há inumeráveis oportunidades de atuação nos diversos âmbitos da vida social. Essa ampla possibilidade de ação é indicativo da complexidade que notabiliza a vida em sociedade.

Frente a uma vida social complexa, é fundamental que o agente possa antecipar o resultado de suas ações. A complexidade se reduz quando é possível calcular os efeitos de determinada conduta. Por outro lado, a imprevisibilidade leva à inércia ou à aleatoriedade. O Direito, compreendido como instrumento de regulação da vida social, exerce papel fundamental na calculabilidade das condutas.

Com efeito, dos atos mais simples aos mais complexos, todos são disciplinados pelo Direito e a amplitude da regulação jurídica é um dos traços que distinguem as sociedades atuais das primitivas, em que várias esferas da vida social não eram juridicamente ordenadas. É fácil perceber que para disciplinar com eficácia a vida em sociedade, o Direito deve ser previsível. O estabelecimento de parâmetros de conduta tem como premissa a percepção dos resultados que decorrerão do cumprimento ou da violação do padrão estabelecido. Não pode haver tutela jurídica sem que o agente consiga delinear as consequências de sua conduta ao acatar ou infringir o Direito.

É nesse sentido que se faz referência à segurança jurídica. Se se pretende que o contratante cumpra a avença que firmou, é preciso estabelecer com clareza os efeitos do inadimplemento. Pouco importa, aqui, que o arcabouço jurídico seja definido precipuamente pela atividade legislativa ou judiciária. Importa que o sujeito consiga antecipar os resultados de sua conduta à luz do ordenamento jurídico. Já nessa primeira aproximação se percebe a importância da previsibilidade para o Direito. Também fica nítida a vinculação da previsibilidade com a segurança jurídica.

Ocorre que a edição de milhares de leis nas esferas municipal, estadual e federal e a proliferação de decisões contraditórias entre si tornam o Direito ininteligível, não confiável e não calculável². Como a segurança jurídica se manifesta precisamente quando o Direito é

² ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica* (2011), p. 60. A ênfase do autor é no direito legislado.

cognoscível, confiável e calculável, a miríade de textos normativos e as decisões conflitantes caracterizam-se como ameaças à segurança jurídica³.

Segundo afirma Humberto ÁVILA, a cognoscibilidade se refere à possibilidade de conhecimento do Direito. Os cidadãos devem conhecer a regra que disciplina determinada conduta. Confiabilidade, por sua vez, diz respeito à estabilidade jurídica. Mudanças repentinas no conteúdo do Direito atingem a capacidade de os cidadãos planejarem a disposição de seus bens. Ademais, a modificação abrupta acarreta tratamento desigual ante a mesma situação. Por fim, calculabilidade se relaciona com a possibilidade de previsão dos resultados de determinado ato à luz do Direito. Quando não é possível prever os resultados do cumprimento ou do descumprimento de determinada regra, não há segurança em relação à conduta adotada⁴.

Note-se que atualmente não mais persiste a ideia, em voga sob o Estado Legislativo, de que texto e norma são sinônimos. Norma é o sentido atribuído aos textos por meio da interpretação⁵. Não se sustenta, portanto, a ideia de que existe determinado sentido no interior

³ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 72/73, define segurança jurídica como “a síntese dos estados ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade normativas, alcançada por meio de instrumentos garantidores de acessibilidade, de abrangência, de inteligibilidade, de estabilidade, de continuidade, de anterioridade e de vinculatividade do ordenamento jurídico”. Na página 91 da mesma obra, o autor assinala que “o ideal de cognoscibilidade delimita as condições para o exercício dos direitos de liberdade e de propriedade; o ideal de confiabilidade representa, sob perspectiva retrospectiva, a mudança do passado ao presente, denotando aquilo que, do passado, deve permanecer no presente; o ideal de calculabilidade ilustra, sob perspectiva prospectiva a passagem do presente ao futuro, para demonstrar aquilo que, do presente, deve ser mantido na transição para o futuro”. O estudo analítico da segurança jurídica é realizado por Humberto ÁVILA tendo como objeto o Direito Tributário. Sua obra, contudo, atinge escopo maior e traça os limites de uma teoria da segurança jurídica. A indicação pormenorizada dos diversos aspectos pelos quais o tema é abordado pelo autor supera os limites deste trabalho.

⁴ Idem-ibidem.

⁵ TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge* (1980), p. 61: “Sovente si disse e si scrive, impropriamente, che l'interprete ‘scopre’ il significato delle ‘norme’. In realtà ne l'interprete ‘scopre’, ne la sua attività ha per oggetto delle ‘norme’”. E complementa, nas páginas 63/64 da mesma obra: “Dobbiamo perciò correggere l'espressione corrente reformulando-la così: ‘l'interprete rileva, o decide, o propone il significato di una norma, ovvero compie più d'una di queste attività’. Ma questa correzione non basta. Infatti anche il vocabolo ‘norma’ è ingannevole. L'interprete rileva, o decide, o propone il significato da attribuire a un documento, costituito da uno o più enunciati, di cui il significato non è affatto preconstituito all'attività dell'interprete, ma ne è anzi il risultato; prima dell'attività dell'interprete, del documento oggetto dell'interpretazione si sa solo che esprime una o più norme, non quale questa norma sia o quali queste norme siano: ‘norma’ significa semplicemente il significato che è stato dato, o viene deciso di dare, o viene proposto che si dia, a un documento che si ritiene sulla base di indizi formali esprima una qualche direttiva d'azione. L'espressione corrente deve perciò essere corretta, perché non sia ambigua, così: ‘l'interprete rileva, o decide, o propone il significato di uno o più enunciati precettivi, rilevando, o decidendo, o proponendo che il diritto ha incluso, o include, o includerà una norma’”. O tema foi retomado por Riccardo GUASTINI, *Interpretare e argomentare* (2011), p. 63/64: “Nondimeno, le due cose – l'enunciato e il significato – vanno tenute accuratamente distinte, per la ragione che vedremo subito. Allo scopo di distinguerle, conveniamo senz'altro di adottare due termini diversi. D'ora in avanti: (i) chiameremo ‘disposizione’ ogni enunciato normativo contenuto in una fonte del diritto; (ii) chiameremo ‘norma’ non l'enunciato stesso, ma il suo contenuto di significato. Orbene, l'operazione intellettuale che conduce dall'enunciato al significato – o, se si preferisce, l'operazione di identificazione del significato – altro non è che l'interpretazione. La *disposizione* è dunque l'*oggetto* dell'interpretazione, la *norma* è il suo *risultato*. O, detto altrimenti, ‘la disposizione è fonte della norma attraverso l'interpretazione’”. No Brasil, esse entendimento foi adotado por Luiz Guilherme MARINONI, *O STJ enquanto corte de precedentes* (2013), p. 91 e ss. No mesmo sentido, Daniel MITIDIERO, *Cortes superiores*

do texto normativo, bastando ao intérprete revelá-lo. O sentido é construído, o que significa que de uma só proposição normativa podem resultar duas ou mais normas.

Levando em conta a pluralidade de sentidos, Humberto ÁVILA substitui a previsibilidade pela calculabilidade⁶. Pretende, com isso, enfatizar que o intérprete pode construir mais de um sentido, razão pela qual não se poderia prevê-lo exatamente, sendo preferível adotar a ideia mais aberta de calculabilidade. Todavia, diferentemente do posicionamento defendido pelo autor, as expressões “calculabilidade” e “previsibilidade” serão empregadas indistintamente ao longo deste texto. Preconizar que o Direito seja previsível não significa pressupor que apenas um sentido pode ser extraído de determinado preceito. Ambas as expressões – previsibilidade e calculabilidade – se referem ao mesmo fenômeno: a possibilidade de antever as consequências jurídicas de certo ato.

A segurança jurídica, que tem na ideia de previsibilidade um pressuposto, permite o desenvolvimento da liberdade e da igualdade, tutelando a dignidade⁷. Com efeito, a possibilidade de ordenar a conduta, projetando seus efeitos no futuro, é elemento essencial para o conceito de dignidade da pessoa humana⁸, sendo essa prejudicada quando não é possível antever os resultados das condutas⁹.

Se os atos normativos devem permitir a calculabilidade, razões ainda mais fortes exigem a previsibilidade dos efeitos das decisões. A resolução de casos concretos deve permitir às partes e aos terceiros se orientar adequadamente a partir das razões determinantes da decisão, as quais constituem o precedente vinculante¹⁰. O respeito aos precedentes garante a segurança, pois torna o Direito cognoscível, confiável e previsível.

Acrescente-se que independentemente da constituição de um precedente vinculante, os pronunciamentos jurisdicionais de mérito conduzem à estabilização do que foi decidido em relação a quem participou do processo. Trata-se da coisa julgada, qualidade que torna a decisão de mérito imutável e indiscutível, conforme assinala o art. 502 do CPC. Como se verá adiante, o código vigente também admite que sejam estabilizadas as decisões proferidas sobre questões

e cortes supremas (2013), p. 14. As obras destacam as modificações na teoria das normas, da técnica legislativa e da interpretação jurídica. A primeira mudança corresponde à identificação de eficácia normativa aos princípios, a segunda, à existência de proposições normativas abertas e a terceira, à distinção entre texto e norma.

⁶ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 89.

⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: Da persuasão à vinculação* (2016), p. 22.

⁸ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* p. 64.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes* (2014), p. 109. Após destacar a necessidade de que o direito seja previsível para que o agente se desenvolva com liberdade, o autor assinala que diante da possibilidade de extração de mais de um significado de um mesmo texto, o direito legislado perde relevância, dando lugar ao direito erigido pelas Cortes Supremas em sua função de criar precedentes.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* (2010), p. 221 e ss.

prejudiciais de mérito, sem necessidade de ajuizamento de ação declaratória incidental, desde que atendidos os requisitos do art. 503, §1º, incs. I a III, e §2º.

É facilmente perceptível a função da coisa julgada como elemento vinculado à confiabilidade do Direito. A decisão sobre o mérito se estabiliza e não pode ser modificada, conquanto às partes seja possível, em se tratando de direitos disponíveis, organizar-se consensualmente em sentido contrário ao que foi decidido¹¹. Ademais, a coisa julgada também se vincula à previsibilidade. As partes pautarão suas condutas em atenção ao conteúdo estabilizado. Suas ações levarão em conta a coisa julgada e mesmo nos casos em que seja possível produzir consensualmente efeitos diversos daqueles que decorrem da decisão, a coisa julgada será considerada. Não se nega que o casal divorciado possa voltar a contrair matrimônio. Mas, ao fazê-lo, os cônjuges não desconsideram a coisa julgada que imutabilizou a decisão de procedência proferida no processo de divórcio. Destarte, a coisa julgada não se refere apenas à confiabilidade, mas também à previsibilidade.

As próprias noções de confiabilidade e de previsibilidade se imbricam. Se o Direito não for confiável, resta prejudicada a previsibilidade. Se não houver previsibilidade à luz do Direito, então não haverá confiabilidade. Trata-se de noções que espelham os aspectos prospectivo e retrospectivo da segurança jurídica.

Com a locução “Direito previsível” se faz alusão não apenas à possibilidade de antecipar o resultado de uma demanda¹² ou os efeitos da incidência de determinada proposição normativa, mas também à capacidade dos cidadãos de orientarem suas vidas em conformidade com o Direito, a fim de que lhes sejam asseguradas maior liberdade e igualdade.

1.1. Racionalidade e previsibilidade do Direito: análise da tipologia weberiana

A tipologia jurídica de Max WEBER auxilia na compreensão da relação entre previsibilidade e racionalidade. Há de se notar que a abordagem weberiana fora realizada por meio de tipos ideais, entendidos como categorias analíticas construídas pelo pesquisador a fim de assegurar a objetividade do conhecimento nas ciências sociais. Não se trata, portanto, de categorias encontráveis na realidade em seus precisos contornos conceituais¹³. Além disso,

¹¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão* (2005), p. 39 e ss. Maiores considerações sobre o tema são desenvolvidas no item 2.4.

¹² A concepção de que a demanda corresponde ao exercício do direito abstrato de ação é ideia bastante comum e dela não se duvida. Ao longo dessa tese, contudo, para maior comodidade na redação, os termos são empregados como sinônimos.

¹³ WEBER, Max. *A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais* (1904), p.73.

sendo ferramentas destinadas a assegurar a produção de conhecimento científico objetivo, os tipos ideais não se referem ao dever ser¹⁴, mas são construídos pelo cientista social à luz de problemas que pretende resolver¹⁵.

Essa contextualização é importante para se perceber que a tipologia jurídica weberiana não se enquadra exatamente nos sistemas jurídicos contemporâneos. A despeito disso, é certo que os tipos ideais auxiliam no exame e compreensão dos diversos modelos pelos quais o fenômeno jurídico se manifesta.

Antes da análise da tipologia, destaca-se que para WEBER o Direito é uma *ordem*, caracterizada pela existência de um aparato destinado a assegurar, mediante coação, a obediência aos seus preceitos, cominando sanções em caso de violação¹⁶. A presença de funcionários especializados em garantir a efetividade do ordenamento jurídico é essencial, embora o “quadro coativo” varie de acordo com o tempo. O conceito formulado é elástico e nele está pressuposta a modificação das características do aparato responsável por assegurar o cumprimento dos preceitos jurídicos. Ocorre que o “quadro coativo” varia em conformidade com o grau de racionalidade do Direito, pois também o fenômeno jurídico se submete ao amplo processo de racionalização que caracteriza a modernidade ocidental.

A tipologia weberiana do Direito leva em conta o sentido da racionalização, entendida como o processo histórico por meio do qual foram engendradas as condições necessárias para a difusão de ações racionais em diferentes esferas da vida social. Para que se compreenda melhor a ideia, é necessário indicar que WEBER classificou as ações sociais em quatro diferentes categorias. As ações *tradicionais* representam o comportamento mecânico, sem conteúdo reflexivo, decorrente dos costumes, como o cumprimento aos presentes quando se ingressa em um recinto. As *afetivas* são respostas a estímulos atuais, como reagir a uma ofensa

¹⁴ WEBER, Max. Op. cit. p. 75.

¹⁵ COHN, Gabriel. *Crítica e resignação* (1979), p. 201.

¹⁶ WEBER, Max. *Economia e sociedade*, v. I (1921), p. 21: “Uma ordem é denominada: [...] b) *direito*, quando está garantida externamente pela probabilidade da *coação* (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas cuja função específica consiste em forçar a observação dessa ordem ou castigar sua violação”. De acordo com WEBER (p. 19): “Ao conteúdo do sentido de uma relação social chamamos a) ‘ordem’ somente nos casos em que a ação se orienta (em média e aproximadamente) por ‘máximas’ indicáveis, e somente falamos b) de ‘vigência’ dessa ordem quando a orientação efetiva por aquelas máximas sucede, entre outros motivos, *também* (quer dizer, num grau que tenha algum peso na prática) porque estas são consideradas vigentes *com respeito* à ação, seja como obrigações, seja como modelos de comportamento”. Por sua vez, *relação social* é “o comportamento reciprocamente *referido* quanto a seu conteúdo de sentido por uma pluralidade de agentes e que se orienta por essa referência” (p. 16). Há uma *ordem* quando a relação social – ação reciprocamente referida pelos agentes em função de seu sentido – se baseia em máximas consideradas aplicáveis para determinada conduta. A crença dos agentes na aplicação das máximas condiciona suas ações. No que se refere ao *Direito*, o conjunto de máximas no qual os agentes se baseiam – e o fazem por acreditar que elas regem a ação, sendo vigentes – é garantido por um quadro coativo, que impõe a observância da *ordem* ou sanciona o descumprimento. Não se pode confundir *ordem*, na acepção weberiana, com mandamento ou ordenamento.

com outra ou retribuir um abraço. Ações *racionais*, por sua vez, podem se referir a fins ou a valores. As *ações referentes a fins* são caracterizadas pela atuação consciente do agente, mediante uso dos meios que estiverem disponíveis, para o alcance de determinado resultado. As *ações referentes a valores* trazem como especificidade a atuação instruída exclusivamente pela convicção do agente, sem que os resultados da conduta sejam considerados¹⁷.

A racionalização, portanto, leva à difusão, nas mais diferentes esferas da vida social, das ações racionais. Esse fenômeno ocorre também no Direito, que seria racional, de acordo com WEBER, à medida que se submetesse a regras, apresentasse caráter sistemático, estivesse fundamentado em interpretação lógica de sentido e pudesse ser intelectualmente controlado¹⁸.

O Direito, segundo WEBER, é *irracional formal* quando não houver possibilidade de controle pelo intelecto, tal como ocorre na consulta a oráculos¹⁹. Nesse caso, conquanto seja conhecido o instrumento por meio do qual o direito é revelado, não é possível controlar racionalmente o resultado. *Irracional material* é o Direito no qual inexistem normas gerais, sendo pautado exclusivamente por critérios éticos, emocionais ou políticos²⁰.

Embora WEBER não o conceitue diretamente, o Direito *racional material* caracteriza-se pela ausência de separação entre o fenômeno jurídico e considerações éticas, sendo praticado por hierarcas e príncipes patrimoniais²¹. *Material*, aqui, relaciona-se com a inexistência de

¹⁷ WEBER, Max. *Economia...* Op. cit., v. I, p. 15. Nas palavras do autor: “A ação social, como toda ação, pode ser determinada: 1) *de modo racional referente a fins*: por expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como “condições” ou “meios” para alcançar *fins* próprios, ponderados e perseguidos racionalmente, com sucesso; 2) *de modo racional referente a valores*: pela crença consciente no valor – ético, estético, religioso ou qualquer que seja sua interpretação – absoluto e *inerente* a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado; 3) *de modo afetivo*, especialmente *emocional*: por afetos ou estados emocionais atuais; 4) *de modo tradicional*: por costume arraigado”. O tema é abordado por Raymond ARON, *Etapas do pensamento sociológico* (1967), p. 448 e ss. e por Julien FREUND, *Sociologia de Max Weber* (1966), p. 80.

¹⁸ KRONMAN, Anthony. *Max Weber* (1963), p. 112 e ss.

¹⁹ WEBER, Max. *Economia e sociedade*, v. II (1922), p. 11/12.

²⁰ Idem, p. 13.

²¹ Idem, p.100. Nas palavras do autor: “Isto se deve, em termos gerais, ao fato de que o ‘racionalismo’, tanto dos hierarcas, quanto dos príncipes patrimoniais, é de caráter *material*. Não se aspira ao tipo mais precioso do ponto de vista formal-jurídico, ótimo para a calculabilidade das possibilidades e para a sistemática racional do direito e do procedimento, mas àquele que em seu conteúdo corresponde melhor às exigências prático-utilitárias e éticas daquelas autoridades; uma separação de ‘ética’ e ‘direito’, como já vimos, não faz parte das intenções destes fatores criadores de direito, que estão totalmente alheios a todo tratamento autossuficiente e especificamente ‘jurídico’ do direito. Especialmente aplica-se isto, em regra, à criação de direito sob influência teocrática, com sua combinação de exigências éticas e preceitos jurídicos”. Em passagem retirada da página 13 da mesma obra, a diferença entre racionalidade formal e material também é esboçada: “Nesta racionalidade lógica, perde-se algo do formalismo baseado em fenômenos evidentes, porque desaparece a univocidade das características externas. Mas o contraste entre ela e a racionalidade material torna-se, com isso, ainda mais forte, pois esta última significa precisamente que as decisões de problemas jurídicos sofrem a influência de normas com dignidade qualitativamente diferente daquela das generalizações de interpretações abstratas do sentido: imperativos éticos, por exemplo, ou regras de conveniência – utilitárias ou de outra natureza – ou máximas políticas, que rompem tanto o formalismo das características externas quanto o da abstração lógica”.

traços distintivos entre regras jurídicas e não jurídicas, de modo que o ordenamento seria constituído por preceitos éticos e morais, além das regras jurídicas²². A previsibilidade fica comprometida, à medida que preceitos não jurídicos influenciam a decisão.

O Direito *racional formal* é rigorosamente sistematizado, unívoco, sendo desenvolvido racionalmente com referência a fins, características que o tornam desejável para os capitalistas e a burguesia²³. Este tipo é exemplificado pela tradição do *civil law*²⁴. O Direito ordenado sistematicamente, com pretensão de disciplinar a totalidade de condutas, mediante proposições normativas abstratas, representaria, segundo WEBER, o ponto mais alto de racionalismo e formalismo²⁵. É digno de nota que o conceitualismo típico da racionalidade formal torna o Direito abstrato e o transforma em objeto de cogitações intelectuais divorciadas de preocupações práticas, tal como ocorreu com a ciência processual.

Essa tipologia enfatiza a relação entre racionalidade formal e previsibilidade do Direito. As ações racionais referentes a fins pressupõem que o Direito seja previsível. Mesmo um singelo contrato de compra e venda tem como premissa o pagamento do preço e a entrega da coisa. Se um dos contratantes inadimplir sua prestação, o outro deve ter confiança na aptidão

²² KRONMAN, Anthony. Op. cit., p. 122/123.

²³ WEBER, Max. *Economia...* Op. cit., v. II, p. 104: “E como a justiça de notáveis, com o inevitável predomínio do empírico em sua prática, seu complicado sistema de meios processuais e seu alto custo, também pode criar fortes obstáculos a seus interesses (afinal, não apenas graças à estrutura de seu direito como também, em parte, apesar desta, obteve a Inglaterra o primado capitalista), as camadas burguesas costumam estar mais interessadas numa prática jurídica racional e, por isso, também, num direito formal sistematizado, unívoco, racionalmente criado com referência a fins, que exclui tanto a vinculação à tradição quanto o arbítrio e, portanto, somente permite a derivação de direito subjetivo a partir de normas objetivas. Tanto os puritanos ingleses quanto os plebeus romanos e a burguesia alemã do século XIX reivindicavam um direito deste tipo, *sistematicamente codificado*. Mas, até lá, era um longo caminho”. Os grifos são do autor.

²⁴ MERRYMAN, John Henry; e PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition* (1969), p. 1/2. Os autores sustentam que o *common law* e o *civil law* são tradições jurídicas, ou seja, o conjunto de concepções, historicamente enraizado, sobre a natureza e o papel do direito, bem como sobre o modo com que o direito deve ser criado, aplicado e aperfeiçoado. Nesse sentido, a expressão *tradição legal* se diferencia de *sistema legal*, pois esta locução se refere ao conjunto de instituições, procedimentos e regras vigentes em determinado local. Por esse motivo, seria preferível empregar a expressão *tradição jurídica*, no lugar de *sistema jurídico*. Os autores, no original, empregam o termo *legal tradition*. O vocábulo “jurídico” é mais amplo que “legal”. Este se refere fundamentalmente às leis, apenas uma das espécies de enunciados normativos em um sistema de direito positivo. Desse modo, crê-se como mais adequada a expressão *tradição jurídica*.

²⁵ WEBER, Max. *Economia...* Op. cit., v. II, p. 13. Segundo o próprio autor: “O trabalho jurídico atual, pelo menos naquilo em que alcançou o mais alto grau de racionalidade lógico-metódica, isto é, a forma criada pela jurisprudência do direito comum, parte dos seguintes postulados: 1) que toda decisão jurídica concreta seja a ‘aplicação’ de uma disposição jurídica abstrata a uma ‘constelação de fatos’ concreta; 2) que para toda constelação de fatos concreta deva ser possível encontrar, com os meios da lógica jurídica, uma decisão a partir das vigentes disposições jurídicas abstratas; 3) que, portanto, o direito objetivo vigente deva constituir um sistema ‘sem lacunas’ de disposições jurídicas ou conter tal sistema em estado latente, ou pelo menos ser tratado como tal para os fins da aplicação do direito; 4) que aquilo que, do ponto de vista jurídico, não pode ser ‘construído’ de modo racional também não seja relevante para o direito; 5) que a ação social das pessoas seja sempre interpretada como ‘aplicação’ ou ‘execução’ ou, ao contrário, como ‘infração’ de disposições jurídicas (esta posição é defendida, sobretudo, por Stammler, ainda que não *expressis verbis*), isto porque, de modo correspondente à ausência de lacunas no sistema jurídico, também a ‘situação jurídica ordenada’ seria uma categoria básica de todo o acontecer social”.

do Direito em lhe assegurar a entrega do que é devido. Sem isso o contrato não será estipulado. O que vale para uma relação jurídica tão prosaica aplica-se a grandes investimentos realizados por meio de contratos complexos.

Se não tiver confiança na capacidade de obter a tutela jurídica de seus interesses, o agente econômico deixa de investir. Percebe-se, sem dificuldade, a importância da previsibilidade do Direito para o desenvolvimento econômico. Ela corresponde à confiança de que o ordenamento jurídico será capaz de assegurar a proteção da propriedade e o cumprimento dos contratos na hipótese de inadimplemento, mediante técnicas processuais capazes de viabilizar a tutela do direito no caso concreto.

A análise da tipologia weberiana demonstra a relação entre a racionalidade formal e a previsibilidade do Direito, sendo esta um dos requisitos para o progresso econômico. Desse modo, poderia ficar sem explicação o grande avanço do capitalismo na Inglaterra e nos EUA, países filiados ao *common law*, sistema casuístico cuja racionalidade formal é menor que aquela encontrada no direito codificado de origem romano-canônica²⁶. Esse questionamento foi realizado por David TRUBEK, para quem a tipologia de WEBER colidiria com o exemplo histórico da Inglaterra, país que primeiramente desenvolveu o capitalismo moderno apesar da menor racionalidade do *common law*²⁷. Faltaria ao direito inglês a previsibilidade exigida pela moderna economia de mercado. Contudo, como Inglaterra e EUA se tornaram proeminentes países capitalistas, TRUBEK sustenta que a correlação entre previsibilidade e desenvolvimento econômico seria um equívoco de WEBER.

Todavia, o próprio WEBER analisara essa questão. Como resposta, afirmou que a menor racionalidade do *common law* seria compensada, no que diz respeito à previsibilidade, pela aplicação formal do direito privado em razão da vinculação a precedentes judiciais, pela seleção de juízes dentre os advogados e pelos altos custos de acesso à justiça²⁸. A conclusão de

²⁶ WEBER, Max. *Economia...* Op. cit., v. II, p. 149. O autor sustenta que o juiz inglês não está ligado a um direito racional, sendo a ciência jurídica inglesa uma “arte empírica”. Textualmente: “O pensamento jurídico inglês é, ainda hoje, apesar de toda a influência pela exigência cada vez mais rigorosa de uma instrução científica, em altíssimo grau, uma arte ‘empírica’”. A menor racionalidade do *common law* é diretamente afirmada por WEBER em passagem retirada da página 150: “Mas, para a concepção americana, a sentença em geral é uma criação pessoal do juiz concreto, cujo nome se costuma mencionar, em oposição ao ‘Tribunal Real’ impessoal da linguagem oficial burocrática do continente europeu. E também o juiz inglês pretende para si essa posição. Em conexão com isso, encontra-se o fato de que também o grau de racionalidade do direito é muito menor, e a natureza dessa é outra do que no direito europeu continental. Quase não existia, até o passado mais recente, em todo caso até Austin, uma jurisprudência inglesa que merecesse o nome de ‘ciência’, de acordo com o conceito continental. Já essa circunstância quase impossibilitava uma codificação do tipo exigido por Bentham. É precisamente esse traço que condiciona, sobretudo, a capacidade de adaptação ‘prática’ do direito inglês, seu caráter ‘prático’ do ponto de vista dos interessados”.

²⁷ TRUBEK, David M. *Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo* (1972), p. 172 e ss.

²⁸ WEBER, Max. *Economia...* Op. cit., v. II, p. 150/151.

WEBER é que o capitalismo não favorece especificamente a racionalidade formal presente no *civil law*²⁹. Fica explícito, no próprio pensamento weberiano, que há previsibilidade no *common law* e que não é necessária, para o desenvolvimento do capitalismo, a máxima racionalização presente nos sistemas de direito codificado.

Em outras palavras, como assinalado corretamente por Richard SWEDBERG, a sociologia jurídica de WEBER considera o *common law*, sistema menos racional, compatível com a previsibilidade³⁰. E Anthony KRONMAN seguindo a mesma linha, afirma que não apenas por meio da sistematização se obtém previsibilidade, pois outras técnicas podem engendrar um Direito previsível, ainda que menos racionalizado³¹.

Atualmente, pode-se acrescentar um dado ausente à época de WEBER. O Direito abstrato, positivado mediante proposições jurídicas, mostrou-se insuficiente para garantir a previsibilidade necessária ao planejamento das ações sociais. Com efeito, a “jurisprudência lotérica”, decorrente, dentre outros fatores, do patrimonialismo que ainda molda as relações sociais no Brasil, comprova que a par da atuação do legislador, a segurança jurídica exigida pela sociedade requer a colaboração dos órgãos jurisdicionais³². É nesse contexto que surge a

²⁹ WEBER, Max. *Economia...* Op. cit., v. II, p. 151. Não só é afirmado que nenhuma característica do capitalismo moderno exige a racionalização do Direito ocorrida no sistema codificado, como é dito que no Canadá, em que os dois modelos conviveram, o *common law* terminou por se sobrepôr ao *civil law*: “Ao contrário, onde ambos os tipos de justiça e formação de direito tiveram oportunidade de concorrência – como no Canadá –, o tipo anglo-saxão mostrou-se superior e suprimiu com relativa rapidez nosso tipo costumeiro. Não há, portanto, no capitalismo como tal qualquer motivo decisivo para favorecer aquela forma de racionalização do direito que se conservou como específica no Ocidente continental desde a instrução universitária humanista da Idade Média”.

³⁰ SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a ideia de sociologia econômica* (1998), p. 186.

³¹ KRONMAN, Anthony. Op. cit., p. 187. Segundo o autor: “O que a discussão de Weber sobre o capitalismo inglês *realmente* sugere é que o grau de previsibilidade jurídica exigido pode ser alcançado não apenas por meio da sistematização do direito, mas também de outras maneiras”.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética...* Op. cit., p. 76 e ss. O autor demonstra, com fundamento em Max Weber, que o patrimonialismo, entendido como forma de dominação pessoal, culmina em uma cultura personalista, na qual não existe impessoalidade. Um ambiente no qual predomina o personalismo é campo fértil para que decisões sejam tomadas à luz de elementos não jurídicos e, portanto, irracionais, no sentido de que não são controláveis pelo intelecto, como as relações entre o julgador e o advogado. Com olhos voltados especialmente para o Brasil, empregando a categoria “homem cordial”, elaborada por Sérgio Buarque de Holanda, o autor demonstra como a cultura brasileira é avessa à impessoalidade, traço que dificulta o tratamento igual a casos iguais. Especificamente no que se refere à insuficiência do direito legislado para a previsibilidade e a segurança jurídica, o autor afirma na página 109 da obra citada: “A previsibilidade efetivamente importa quando se percebe que de um mesmo texto legal podem ser extraídas várias interpretações ou normas jurídicas. A mera publicação da lei, como garante da previsibilidade, deixa de ter qualquer importância ao se saber que de um texto legal pode ser retirada uma pluralidade de significados. Nessa dimensão, bem vistas as coisas, o conhecimento do direito legislado chega a não ter relevância”. Com efeito, considerada a evolução da teoria da interpretação, segundo a qual, de um mesmo texto, pode ser extraída pelo intérprete mais de uma norma, em razão da intrínseca ambiguidade das proposições normativas, chega-se à conclusão de que a igualdade perante o Direito pressupõe a igualdade perante decisões judiciais.

técnica dos precedentes, adotada nos arts. 926 e 927 do CPC³³. Pretende-se que o Direito seja previsível e que situações idênticas sejam decididas da mesma forma.

A abordagem de WEBER demonstra que não há correlação necessária entre um sistema jurídico altamente racionalizado, sistemático e constituído por proposições normativas abstratas e abrangentes e a maior calculabilidade. Tanto isso é verdade que o *common law*, menos sistematizado, erigido a partir de casos concretos e pouco afeito à categorização doutrinária, típica do *civil law*, mostrou-se mais capaz de gerar previsibilidade, o que se deve, em grande medida, à aceitação de precedentes vinculantes.

Há, contudo, nítida relação entre previsibilidade e racionalidade jurídica considerada na acepção de controle pelo intelecto. A teoria contemporânea da interpretação, ao admitir que o intérprete pode adscrever mais de um sentido à mesma proposição normativa, a evolução da técnica legislativa, ao permitir a positivação de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados, e a teoria das normas, ao reconhecer a normatividade dos princípios e postulados jurídicos, consolidam a importância da fundamentação das decisões. A despeito disso, é comum que a fundamentação dos atos jurisdicionais não apresente argumentos racionais aptos a justificar o sentido das decisões³⁴.

Na tentativa de remediar a insegurança jurídica decorrente da precariedade da fundamentação, o legislador prevê, no art. 489, §1º, do CPC, os requisitos mínimos a que deve atender a justificação da decisão, sob pena de nulidade em caso de inobservância. Ocorre que a insuficiência da fundamentação atinge a segurança jurídica não apenas no que diz respeito à previsibilidade da decisão, mas também no tocante à cognoscibilidade e à confiabilidade. Com efeito, à medida que a jurisdição exerce atividade criativa, a falta de justificação impede as partes de conhecer o Direito, atingindo a cognoscibilidade. Consequentemente, são

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado* (2015), p. 870 e ss., criticam a equiparação, realizada pelo CPC, entre precedentes, súmulas e jurisprudência. Somente as razões determinantes de julgados das Cortes Supremas podem constituir precedentes, o que decorre das funções que esses tribunais exercem no direito brasileiro. A não compreensão dessa ideia terminou por tolher, no direito codificado, o alcance dos precedentes vinculantes. Com efeito, na dicção literal dos arts. 926 e 927 do CPC, as razões determinantes extraídas de decisões proferidas por Turmas do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, não constituiriam precedentes e, desse modo, não vinculariam os órgãos judiciários componentes do duplo grau de jurisdição.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética...* Op. cit., p. 68. Por sua importância para a argumentação, transcreve-se passagem em que o autor sustenta a frequente deficiência de fundamentação dos atos jurisdicionais: “Na verdade, a prática judiciária brasileira revela que, não obstante se parta da premissa de que decidir não é simplesmente revelar a norma contida no texto legal, ainda não se transformou o ato de fundamentar numa atividade de argumentar racionalmente para justificar as opções decisórias – inclusive a decisão final – tomadas no curso do raciocínio decisório. Vale dizer que, se o juiz tem poder para extrair o direito do texto legal mediante a interpretação, é preciso ainda caminhar para que o direito se torne prática argumentativa e, nessa dimensão, tenha racionalidade e legitimidade”.

inviabilizadas condutas pautadas no que foi decidido, afetando assim a confiabilidade e a previsibilidade.

A falta de fundamentação se torna ainda mais nociva quando se observa que o CPC permite a estabilização de questões prejudiciais pela coisa julgada, sem necessidade de ajuizamento de ação declaratória incidental, conforme dispõe o art. 503, §1º, incs. I a III e §2º. Há ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. O código também permite que haja decisões parciais sobre o mérito (CPC, arts. 355 e 356) e admite que a coisa julgada beneficie terceiros (CPC, art. 506). É imprescindível, portanto, que as decisões sejam fundamentadas, nos termos do art. 489, §1º, do CPC, sob pena de grave comprometimento da segurança jurídica³⁵.

Decisões fundamentadas podem ser controladas e, nesse sentido, são mais racionais. A justificação leva à cognoscibilidade do Direito criado pela jurisdição e o torna confiável. Ademais, tanto no que diz respeito aos precedentes judiciais vinculantes, quanto no que se refere às decisões incapazes de vincular outros juízes, a justificação adequada torna o Direito mais previsível, pois os fundamentos têm, em todos os casos, caráter persuasivo. Nesse sentido, é plenamente possível sustentar que a maior racionalidade do Direito, no sentido de possibilidade de controle das decisões pelo intelecto, vincula-se à previsibilidade e à segurança jurídica.

É bastante claro que as partes só estarão seguras, podendo programar suas ações em consonância com o que houver sido decidido, quando estiverem cientes sobre o conteúdo e limites da estabilização. Como o direito positivo permite que terceiros sejam beneficiados pela coisa julgada (CPC, art. 506), fica ainda mais evidente a correlação entre o controle das decisões – uma das acepções da racionalidade jurídica segundo WEBER – e a previsibilidade. Também terceiros pautarão suas condutas à luz do que fora decidido e estabilizado. Para que isso ocorra, é necessário que a decisão esteja fundamentada, sendo então passível de controle. Reitere-se que a possibilidade de controle da decisão a torna racional segundo a tipologia de Max WEBER.

Levando em conta esse cenário, pode-se afirmar que a previsibilidade, elemento indissociável da segurança jurídica, ao contribuir para o planejamento dos agentes, permite que a vida em sociedade seja mais racionalizada, pois favorece a difusão de ações referentes a fins, assim consideradas aquelas em que o agente se utiliza conscientemente dos meios à sua disposição para alcançar determinados objetivos.

³⁵ A imutabilização das decisões sobre questões prejudiciais será analisada no capítulo IV.

1.2. Preclusão, previsibilidade e orientação das partes no processo

É noção básica a ideia de que a marcha procedimental deve seguir adiante, de modo que questões já decididas não podem ser objeto de nova apreciação pelo juízo que as decidiu. Um sistema que permitisse a reapreciação de questões superadas inviabilizaria ou, quando menos, retardaria a prestação de tutela jurisdicional. Para assegurar o prosseguimento do processo, o art. 507 do CPC proíbe expressamente o rejuízo de questões já decididas, em relação às quais tenha se concretizado a preclusão.

Para que o processo avance, as partes são oneradas. Ônus são imperativos do próprio interesse, cujo não atendimento enseja a exclusão de direitos processuais³⁶. Em outras palavras, quando a parte sobre a qual recai determinado ônus deixa de atendê-lo, caracteriza-se a preclusão. Assim, se o réu não oferece resposta à demanda ou não especifica as provas que pretende produzir, os direitos processuais concernentes à resposta e à especificação de provas são atingidos, não podendo mais exercê-los a parte que fora onerada, mas não se desincumbiu do encargo que lhe fora imposto.

A preclusão, portanto, se relaciona com ônus processuais, cujo desencargo ou desatendimento leva à exclusão de direitos, sendo o juiz atingido indiretamente³⁷. Como a preclusão não se limita às hipóteses em que a parte se omite, deixando transcorrer seu prazo em aberto, é mais adequado se referir à exclusão, não à perda de direitos³⁸.

De fato, além da preclusão temporal, ocorrente quando a parte não se desincumbe do ônus no prazo assinalado, há as hipóteses de preclusão consumativa e lógica, nas quais inexiste perda de direito processual. Na primeira, há efetivo desencargo do ônus, esgotando-se o direito da parte, ao passo que na segunda, a prática de ato conflitante com o direito inviabiliza seu exercício pelo titular³⁹. Basta pensar na interposição de recurso, ato cuja realização acarreta a consumação do direito da parte. É nítido que não há extinção ou perda, pois o direito foi

³⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil* (1929), p. 8.

³⁷ TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil* (2015), p. 72. Nas palavras da autora: “Além do mais, ao nosso sentir, a preclusão resultante do *exercício* ou do *desatendimento* de *ônus processuais* opera precisamente sobre *direitos processuais*, implicando sua exclusão, e não sua *perda*, do plexo de posições jurídicas processuais *das partes*, e alcançando apenas de modo *reflexo-indireto o juiz*”. Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil* (1997), p. 170, destaca o nexo da preclusão com o formalismo, afirmando que “a ameaça de preclusão constitui princípio fundamental da organização do processo, sem o qual nenhum procedimento teria fim”. Giuseppe CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, v. I (1.933), p. 515, estabeleceu o conceito de preclusão que por muito tempo prevaleceu na doutrina, ligando o instituto à perda de faculdades processuais e ao decurso do prazo para a prática de atos: “A preclusão é um instituto geral com frequentes aplicações no processo e consistente na *perda* duma faculdade processual por se haverem tocado os extremos fixados pela lei para o exercício dessa faculdade no processo ou numa fase do processo”.

³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas* (2012), p. 126.

³⁹ TOSCAN, Anissara. Op. cit. p. 81.

exercido. Do mesmo modo, quando o réu, condenado a ressarcir, paga o débito, não há perda do direito de recorrer, mas prática de ato com ele não compatível, de modo que o direito à interposição de recurso é excluído, nos termos do art. 1.000, par. ún., do CPC.

A preclusão também pode atingir reflexamente a esfera jurídica das partes, o que ocorre quando a exclusão de um direito acarreta a imposição de ônus à parte contrária⁴⁰. Pense-se na interposição de recurso pelo sucumbente. A prática deste ato acarreta preclusão lógica, fazendo com que recaia, sobre o recorrido, o ônus de oferecer contrarrazões. Destarte, nota-se que a preclusão atinge direitos não apenas direta, mas também reflexamente.

Da ideia de que a preclusão se refere a ônus e acarreta a exclusão de direitos, depreende-se a impossibilidade de que possa atingir diretamente o juiz, conquanto esteja consagrada a locução “preclusão *pro judicato*”. Como o juiz detém poderes-deveres e sobre ele não recaem ônus, é incogitável que o ofício jurisdicional seja atingido diretamente por preclusões. O que há é a impossibilidade de redecidir questões em razão da preclusão a atingir direitos processuais das partes, donde se afirmar que a influência da preclusão é reflexa, não direta⁴¹.

O tema se torna mais controverso quando se leva em consideração a análise das matérias de ordem pública cuja apreciação, nos termos do art. 485, §3º, do CPC, pode ocorrer a qualquer tempo. Sob o código revogado, parte da doutrina defendia a impossibilidade de redecisão⁴². No outro extremo, sustentava-se a viabilidade do reexame da matéria⁴³. Havia, ainda, posicionamento intermediário, de acordo com o qual o reexame estaria vedado ao juízo que realizara a apreciação, mas o tribunal a ele vinculado poderia redecidir a questão⁴⁴.

Apesar de ser majoritário o entendimento de que as questões de ordem pública podem ser objeto de reexame pelo juízo, não parece que esta seja a posição mais acertada sobre o tema. Ao decidir determinada questão, o juiz cria expectativas em relação às partes e elas devem ser protegidas. Permitir a redecisão significa abrir espaço à imprevisibilidade e à insegurança jurídica, com evidente prejuízo à racionalidade do sistema processual. Um exemplo ajuda a ilustrar o alegado. Suponha-se que tenha sido proposta demanda em litisconsórcio passivo. Examinando a legitimidade dos réus, profere o juiz decisão de exclusão de um dos litisconsortes. Se fosse dado ao juiz reanalisar a questão, reintegrando na relação processual o

⁴⁰ TOSCAN, Anissara. Op. cit. p. 84. Dentre outros exemplos, a autora cita o ônus do agravado de comprovar que o agravante não se desincumbira do ônus de juntar aos autos cópia das razões recursais.

⁴¹ Idem, p. 85 e ss. Heitor Vitor Mendonça SICA, *Preclusão processual civil* (2006), p. 105/106, assinala que não recaem ônus sobre o juiz, embora reconheça que a preclusão pode atingir a atividade judicante.

⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro* (1975), p. 54.

⁴³ TALAMINI, Eduardo. *Saneamento do processo* (1997), p. 154.

⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil* (1991), p. 106.

litisconsorte excluído, haveria retrocesso na marcha procedimental, principalmente se a nova decisão fosse proferida após a fase instrutória, pois nesse caso seria necessário retomar a produção probatória. Ainda maior seria o prejuízo se a inclusão fosse determinada de ofício pelo tribunal.

Poder-se-ia, contra essa conclusão, objetar que o CPC, no art. 485, §3º, permite a apreciação de matéria de ordem pública em qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Ocorre que o dispositivo alude à possibilidade de apreciação, e, na hipótese em tela, a questão já fora apreciada. Examinado o tema, o dispositivo não permite o reexame. A decisão sobre a ilegitimidade impôs ao autor o ônus de recorrer. Não tendo exercido o direito que lhe assistia, permitiu o autor que a decisão se estabilizasse.

A questão pode ser analisada por outro enfoque. Ultrapassadas as fases postulatória e instrutória, o juiz terá obtido elementos que permitem a apreciação do mérito da causa. Ser-lhe-á possível emitir pronunciamento sobre o direito material submetido à sua apreciação. Nesse caso, a prolação de sentença terminativa comprometeria a previsibilidade e a confiabilidade do processo, afetando a segurança jurídica. Por esse motivo, as condições da ação devem ser examinadas com fundamento nas alegações do autor, no início da relação processual, quando ainda não é possível ao juiz, em regra, pronunciar-se a respeito do mérito da demanda⁴⁵.

Não por outro motivo o CPC, no art. 4º, estabelece a primazia do exame de mérito. Esse princípio se manifesta em outros dispositivos do código, de que são exemplo os arts. 282, §2º, e 317. De acordo com o primeiro dos artigos citados, a nulidade não será decretada pelo juiz se for possível o julgamento do mérito em favor da parte a quem a decretação de nulidade favoreceria. O segundo, por sua vez, estabelece que não será proferida sentença terminativa sem que antes seja concedido prazo à parte para retificar o vício que levaria à prolação.

Esses dispositivos ajudam a captar a ideia geral do código, segundo a qual o julgamento de mérito tem primazia sobre a decretação de nulidade ou a prolatação de decisões terminativas⁴⁶. É a precedência do mérito que recomenda o seu julgamento quando houver sido ultrapassada a fase instrutória, não sendo apropriado, nesse momento, proferir sentença terminativa.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo* (2006), p. 192. A opinião é endossada por Fernando RUBIN, *A preclusão na dinâmica do processo civil* (2010), p. 168 e ss.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, v. I (2015), p. 558/559, sustentam que se for possível julgar o mérito em favor da parte que seria beneficiada pelo reconhecimento da ausência de pressupostos processuais, deve o juiz fazê-lo. Vê-se, assim, que a primazia do mérito se sobrepõe a sentenças terminativas decorrentes da falta de pressuposto processual.

A rápida análise do instituto da preclusão demonstra que a previsibilidade e a confiabilidade são valores perseguidos no âmbito processual. As partes são oneradas para que o processo seja impulsionado, de modo que a não desincumbência enseja a exclusão de direitos processuais e, conseqüentemente, acarreta a estabilidade do que fora decidido. É indiscutível que as partes se orientam, na relação processual, pelas preclusões e pelas decisões.

Assim, para a proteção da previsibilidade e da confiabilidade, é essencial que o juiz não possa redecidir questões, mesmo quando elas digam respeito a matérias de ordem pública. Ao se omitir, deixando de interpor recurso, o sucumbente permite que a decisão se estabilize. Essa estabilização não é atingida pela possibilidade de conhecimento de ofício das matérias de ordem pública, nos termos do art. 485, §3º, do CPC. Conhecimento *ex officio* não é sinônimo de redecisão. Ademais, superadas as fases postulatória e instrutória, o juiz terá possibilidade de se pronunciar sobre o mérito da demanda, razão pela qual a prolação de sentença terminativa caracterizaria inequívoca afronta à segurança jurídica.

1.3. Tutela do Direito e previsibilidade do resultado do processo

A tutela do direito pode ocorrer no âmbito legislativo, administrativo e jurisdicional. Com efeito, a positivação de regras de direito material é uma das formas de tutela, assim como o são as atividades normativa e executiva desempenhadas pela Administração Pública. No tocante à tutela jurisdicional, adverte-se que nem sempre haverá tutela do direito. Isso não ocorrerá quando forem proferidas decisões e sentenças terminativas ou de improcedência. Nesses casos, há tutela jurisdicional, compreendida como resposta à pretensão formulada pelo autor, mas não há tutela do direito⁴⁷.

A ideia de que a atividade legislativa já compreende uma forma de tutela é importante para evidenciar que na proteção aos direitos os poderes legislativo e judiciário trabalham conjuntamente. A importância da função jurisdicional na tutela dos direitos fica ainda mais evidenciada quando se sabe que as regras não encerram apenas um sentido, impondo-se, portanto, que as normas sejam extraídas mediante interpretação. A atividade legislativa não é suficiente para a tutela do Direito⁴⁸.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos* (2004), p. 112. Com outro entendimento, Cândido Rangel DINAMARCO defende a ideia de que os réus são tutelados pelas sentenças de improcedência. Vide *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I (1986), p. 368.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ...* Op. cit., p. 111. No mesmo sentido, Daniel MITIDIERO, *Cortes superiores...* Op. cit., p. 62. A atividade criativa do juiz, a demonstrar a insuficiência do legislativo, já havia sido reconhecida por Mauro CAPPELLETTI, *Juízes legisladores?* (1984), p. 128.

Quando se fala, nesse quadro, de previsibilidade em relação à tutela jurisdicional do direito, pretende-se sustentar que as funções legislativa e jurisdicional devem propiciar segurança jurídica, permitindo razoavelmente aos cidadãos antecipar quem, diante de determinados fatos, será considerado vencedor. É certo que nem sempre isso será fácil. Frente a uma lei recentemente promulgada, tendo por objeto matéria nunca antes legislada, em relação à qual, portanto, inexistam precedentes ou decisões judiciais, será mais difícil apurar qual dos litigantes tem razão, de modo que a previsibilidade será comprometida. Ocorre que situações como esta não são comuns. Na maioria das vezes a legislação incide sobre matérias já versadas em outros diplomas legais. Há, ainda, casos em que embora o texto normativo não reproduza conteúdo de lei anterior, sua redação se inspira em precedentes ou em doutrina consolidada. Nessas situações a previsibilidade fica resguardada. Em regra, será possível aos agentes ou, em um contexto litigioso, ao juiz, encontrar subsídios que indiquem qual a conduta mais adequada a ser tomada ou como decidir a questão.

O que interessa destacar é a previsibilidade da tutela jurisdicional do direito. Conquanto na pendência de um processo não seja possível ao autor ou ao réu afirmar quem se sagrará vencedor, a previsibilidade decorrente da atuação conjunta do judiciário e do legislativo deve permitir que se possa dizer, analisando os fatos, quem tem razão no caso concreto. Não se olvida, com isso, a dupla indeterminação do Direito, decorrente da equivocidade dos textos e da vagueza das normas, a exigir atividade criativa dos juízes⁴⁹. É certo, ademais, que a controvertibilidade, intrínseca à relação processual, turva a previsibilidade⁵⁰. A parte que tem razão no plano fático pode vir a ser derrotada no processo. Mas isso não elide a circunstância fundamental de que a tutela jurisdicional do Direito deve ser previsível, como resultado da atuação de juízes, legisladores e também da academia⁵¹.

Sustenta-se, aqui, a necessidade de que os cidadãos possam programar suas ações à luz do Direito, de modo que lhes seja possível antecipar o resultado de uma demanda. Conforme

⁴⁹ GUASTINI, Riccardo. Op. cit., p. 59/60: “L’indeterminatezza del significato dei testi normative consiste in questo: che ogni testo esprime – almeno potenzialmente e/o diacronicamente – una pluralità di significati alternativi (ossia ammette diverse interpretazioni, a ciascuna delle quali corrisponde una diversa norma). L’insieme dei possibili significati di un testo – identificabili alla luce delle regole della lingua, dei metodi interpretativi in uso, delle tesi dogmatiche diffuse in dottrina, etc. – possiamo chiamarlo, con Kelsen: la ‘cornice di significato del testo’. Orbene: (a) l’interpretazione cognitiva consiste nell’identificare la cornice, ossia nell’elencare i possibili (plausibili) significati del testo; (b) l’interpretazione decisoria standard consiste nello scegliere uno dei significati inclusi nella cornice; (c) l’interpretazione creativa consiste nell’attribuire al testo un significato che non rientra nella cornice. A rigor di termini, tuttavia, in presenza di una ‘interpretazione creativa’, non dovremmo dire che l’interprete (giurista o giudice) ha ‘interpretato’ il testo in questione: dovremmo dire piuttosto che ha creato una norma nuova, o, come dicono alcuni, cambiato il diritto preesistente”. No mesmo sentido Daniel MITIDIERO, *Precedentes: Da preclusão à vinculação*, p. 65.

⁵⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito material e processo* (2006), p. 77.

⁵¹ Com este sentido, Daniel MITIDIERO, *Precedentes...* Op. cit. p. 63.

indicado na análise da tipologia weberiana, é essa previsibilidade que permite a deflagração de ações racionais com referência a fins. Sem previsibilidade, restringe-se a alocação de recursos, em flagrante prejuízo à economia⁵². Além disso, são prejudicadas as noções de igualdade pelo processo e de liberdade.

1.4. Igualdade e processo

Quando se relaciona a igualdade com o processo, não basta indicar a isonomia com que as partes devem ser tratadas no âmbito processual (CPC, arts. 7º e 139, inc. I). Impõe-se ainda analisar a igualdade pelo processo, entendida como a tutela jurisdicional idêntica que deve ser prestada diante de casos iguais. A abordagem dessa questão será feita a seguir.

1.4.1. Igualdade perante a lei e igualdade na lei

O tratamento isonômico é direito fundamental previsto no art. 5º da Constituição⁵³. A igualdade de todos os cidadãos perante o ordenamento jurídico é um dos elementos estruturantes do Estado brasileiro. A *igualdade perante a lei*, prevista no texto constitucional, incide sobre o Poder Legislativo, a fim de que sejam proibidas distinções ilegítimas⁵⁴. Trata-se da igualdade formal, a garantir que a lei seja aplicada uniformemente, sendo vedadas distinções relacionadas ao gênero, preferência sexual, etnia, idade ou origem.

A *igualdade na lei* se assenta na ideia de que a igualdade formal nem sempre consegue erradicar injustiças, cujo combate deve ocorrer por meio da atribuição de prerrogativas jurídicas não isonômicas desde que sejam baseadas em critérios estabelecidos com a finalidade de promover maior dignidade da pessoa humana⁵⁵. Viola-se a igualdade formal, com vistas a atingir maior igualdade material.

⁵² FONSECA, Eduardo Gianetti. *Vícios privados. Benefícios públicos?* (1993), p. 153, assinala que as “regras do jogo” são insuficientes, por si sós, para garantir os melhores resultados: “As regras do jogo econômico – sejam elas quais forem e por mais brilhantes que sejam – não são capazes de produzir resultados satisfatórios caso os jogadores não possuam os atributos cognitivos e morais necessários para tirar delas bom proveito”. Conquanto possam não ser suficientes, as “regras do jogo” são imprescindíveis para que haja previsibilidade e bons resultados. É certo, por outro lado, que a afirmação pode ser invertida: exímios e bem articulados jogadores, dotados de grande rigor moral, não produzirão resultados satisfatórios se não conhecerem as regras do jogo.

⁵³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional* (2012), p. 575.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 576.

Nos Estados contemporâneos o direito à aplicação da lei, sem distinções, tem sido sobrepujado pela igualdade material, assentada em ações afirmativas que integram políticas públicas voltadas à proteção de minorias. É nítida a tensão entre as duas acepções de igualdade. A realização de prestações positivas, com vistas à consecução da igualdade material, pressupõe que seja violada a igualdade formal.

Com efeito, políticas públicas baseadas no conceito de justiça compensatória violam o direito subjetivo à igualdade de que são titulares os cidadãos não contemplados pelas medidas. Não há como negar que a *igualdade perante a lei* é afastada em benefício da *igualdade na lei*. O exame aprofundado dessa questão, contudo, transcende os limites deste trabalho⁵⁶.

1.4.2. Igualdade no debate processual

No processo a igualdade perante a lei está assegurada nos arts. 7º e 139, inc. I, do CPC. A ideia subjacente aos dispositivos é a de que as partes devem ser tratadas simetricamente. Só há processo justo quando aos litigantes forem outorgadas idênticas oportunidades e meios para atuação no processo⁵⁷. Não é possível falar de contraditório efetivo sem que as partes sejam tratadas igualmente. Seria cabalmente violada a igualdade no processo se o juiz concedesse a apenas um dos litigantes a possibilidade de se manifestar sobre a prova pericial. O direito de influenciar o juízo, participando da construção da decisão, deve ser atribuído às partes igualmente.

Evidentemente há limites para a atuação do juiz na tutela da igualdade no processo. Assim, por exemplo, é frequente inexistir equivalência entre a experiência e o conhecimento dos advogados. Ao juiz, contudo, é vedado atuar no sentido de compensar deficiências técnicas de um dos procuradores. Seria impensável majorar o prazo de uma das partes em atenção à menor experiência do seu representante judicial. Ainda mais inaceitável seria a destituição do

⁵⁶ HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade*, v. II (1976), p. 103/104, analisa que a completa igualdade material pressupõe um governo com poderes totalitários. Ainda que o propósito das medidas governamentais seja mais modesto, a busca por maior igualdade material sempre exige coerção e, por consequência, atinge a esfera jurídica de outros cidadãos. Nas palavras do autor: “Como se vem evidenciando em setores cada vez mais amplos da política de bem-estar social, uma autoridade incumbida de alcançar resultados específicos, em benefício de indivíduos, deve deter poderes essencialmente arbitrários para compelir esses indivíduos a fazerem o que parece necessário para se chegar ao resultado requerido. Completa igualdade para a maioria não pode significar senão a igual submissão das grandes massas ao comando de uma elite que administra as suas atividades. Enquanto num governo sujeito a limitações a igualdade de direitos é possível, constituindo uma condição essencial da liberdade individual, uma reivindicação de igualdade de posição material só pode ser atendida por um governo com poderes totalitários”.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código...* Op. cit., p. 105.

patrono, ao argumento de que não desempenhara adequadamente seu ofício. Não se pode pretender que o princípio da colaboração autorize essa medida.

Vê-se, assim, que a autodeterminação das partes, que procuram no processo um instrumento para a tutela de seus direitos, limita a atuação do juiz com vistas à obtenção de igualdade material, ideal inalcançável no campo do processo. É possível que na relação processual se veja com mais clareza os prejuízos que a busca por igualdade material causa à igualdade formal. Ao procurar compensar deficiências percebidas na atuação de um dos litigantes, o juiz, além de perder sua imparcialidade, fere o direito à igualdade de tratamento previsto nos arts. 7º e 139, inc. I, do CPC.

A igualdade no processo não deve ser buscada somente pelo juiz, mas também pelo legislador. São vedadas distinções ilegítimas que deixem as partes em desigualdade. Sob esse aspecto, pode-se sustentar que os prazos em dobro para manifestação processual concedidos à Fazenda Pública no art. 183 do CPC são injustificados⁵⁸. A advocacia pública é bem aparelhada, tanto no que diz respeito aos profissionais, selecionados mediante concurso público, quanto no que se refere à estrutura. A preocupação com o cumprimento dos prazos se torna justificativa ainda menos legítima quando se nota que o art. 219 do CPC determinou que a contagem ocorra somente em dias úteis, o que amplia o tempo de manifestação.

Ademais, não se pode olvidar que esse privilégio, concedido à Fazenda Pública, atua como estímulo à litigância desnecessária. É lícito supor que haveria concentração de esforços, de modo a tornar menos frequente a impugnação contra posicionamentos pacíficos na jurisprudência, se a Fazenda dispusesse do mesmo tempo para se manifestar que é outorgado aos particulares. O prazo dobrado para a Fazenda Pública é exemplo de violação à igualdade no processo.

1.4.3. Igualdade pelo processo

A processualística preocupa-se sobremaneira com a igualdade no processo, mas termina por olvidar a igualdade pelo processo, entendida como a necessidade de que casos iguais sejam tratados igualmente. Considerando que o Judiciário também constrói o Direito,

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II (2001), p. 580. A crítica do autor foi realizada à luz do código revogado. Luiz Guilherme MARINONI, *Novas linhas do processo civil* (1993), p. 164, afirma que no tratamento desigual devem estar relacionados logicamente “o fator de discriminação e a desequiparação”, sendo que a correlação entre eles deve ser verificada à luz da Constituição. No caso em tela, considerando a estrutura da fazenda, sequer existe motivo para a discriminação, o que torna a desequiparação completamente desnecessária e ofensiva à paridade de armas.

atribuindo significado ao texto legislativo, é essencial preocupar-se com a igualdade que decorre da atuação jurisdicional⁵⁹.

Superada a teoria cognitivista da interpretação, segundo a qual texto é sinônimo de norma e detém apenas um sentido, que lhe é subjacente e só precisa ser revelado pelo intérprete mediante operações lógicas, abre-se espaço para a ideia de que a norma não equivale ao texto, mas resulta da interpretação⁶⁰. A modificação na técnica legislativa, prevendo cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados; a atual teoria da interpretação, segundo a qual textos não se confundem com normas; e a atual teoria das normas, reconhecendo a importância normativa de princípios e postulados, consolidaram cenário propício para a atuação das Cortes Supremas, as quais colaboram com a criação do Direito e têm como função lhe conferir unidade⁶¹.

As Cortes exercem sua tarefa por meio da fixação de precedentes vinculantes, cuja obediência pelos órgãos jurisdicionais de duplo grau assegura a igualdade pelo Direito. Percebe-se que a igualdade perante a lei é insuficiente, pois o texto legal, contrariamente ao que supunha a teoria cognitivista de interpretação, não abriga o Direito e não é suficiente para tutelá-lo⁶². O precedente vinculante, portanto, é técnica adequada para assegurar a igualdade pelo Direito. Conquanto a um texto seja possível adscrever mais de um sentido, diante de fatos e circunstâncias iguais, a resposta jurisdicional deve ser igual.

É preciso acrescentar que o reconhecimento de equivocidade dos textos não significa que se esteja a sustentar a impossibilidade de controle da atividade interpretativa. A interpretação será controlada pela justificação da decisão⁶³. Há, portanto, racionalidade como controle pelo intelecto, uma das acepções empregadas por WEBER. Em outras palavras, o reconhecimento de que os textos legais são equívocos e de que o intérprete pode lhes adscrever mais de um sentido, não afasta a segurança jurídica como ideal a ser alcançado.

1.5. Liberdade e processo

A liberdade, elemento central da dignidade humana, deve ser tutelada pelo processo. Isso ocorre mediante supressão de coerções indevidas praticadas pela administração pública ou por particulares. Nesse sentido, o processo é o instrumento de proteção da liberdade.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ...* Op. cit., p. 163. Daniel MITIDIERO, *Cortes superiores...* Op. cit., p. 62.

⁶⁰ TARELLO, Giovanni. Op. cit., p. 39.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ...* Op. cit., p. 145.

⁶² MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores...* Op. cit., p. 59.

⁶³ TARELLO, Giovanni. Op. cit., p. 75 e ss.

Ocorre que a liberdade não é apenas um possível objeto da tutela jurisdicional, mas atua também no âmbito do processo. Assim, os processos são instaurados mediante provocação do interessado, em conformidade com o princípio da demanda, também denominado de dispositivo material. Trata-se de limite à máxima *iura novit curia*, de acordo com a qual o juiz pode qualificar juridicamente os fatos narrados pelo autor⁶⁴. Não é possível, em decorrência do princípio da demanda, alterar o que foi pedido pelo autor. Após a deflagração do processo, a conduta das partes é presidida pelo princípio dispositivo na acepção processual, de modo que sobre elas recairão diversos ônus cujo desatendimento levará à exclusão de direitos.

A existência de deveres processuais não descaracteriza a disponibilidade que marca a atuação das partes em juízo. O processo cooperativo, que tem como notas essenciais os deveres judiciais de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio, prestigia a liberdade das partes, permitindo que sua atuação em juízo ocorra de forma consciente e desimpedida. Esse tema será analisado nos próximos itens desta tese.

1.5.1. Liberdade em suas acepções negativa e positiva

A liberdade é atributo essencial do homem e elemento indispensável para sua dignidade. Uma vida digna pressupõe que o homem seja livre. O Direito, instrumento de controle do poder e limitação da coerção estatal, é meio para se alcançar e assegurar a liberdade. Apesar de sua capital importância para a humanidade, não é tarefa fácil defini-la. Tantos serão os conceitos, quanto os autores. Contudo, alguns de seus traços podem ser apontados.

No Digesto de Justiniano, D.1.5.4.pr., a liberdade corresponde à faculdade natural de fazer o que quiser, desde que não haja proibição pela força ou pelo Direito⁶⁵. Não deixa de causar admiração que uma compilação do direito romano clássico, realizada no século VI, faça referência à ausência de coação como um dos elementos fundamentais do conceito de liberdade. Também é digno de nota que o Digesto indica o direito como elemento delimitador. Disso se pode depreender, por um lado, que a imposição de regras de convivência limita o livre-arbítrio,

⁶⁴ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir* (2016), p. 287.

⁶⁵ No texto original: “*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*”. Na tradução de Helcio Maciel França Madeira, *Digesto de Justiniano* (533), p. 63: “A liberdade é a faculdade natural de fazer o que a cada um apraz, a não ser que isto seja proibido pela força ou pelo direito”. Não se pretende, com essa citação, trazer o marco inicial da “linha evolutiva” do conceito de liberdade. Consideradas as profundas diferenças culturais entre a Bizâncio de Justiniano I e o ocidente pós-moderno, esse procedimento seria evidentemente artificial. Todavia, é notável que a liberdade tenha sido concebida no Digesto como a possibilidade de ação nos limites do Direito, o que torna o conceito compreensível na contemporaneidade. Tenha-se em mente, apesar disso, que a atual concepção sobre o Direito não se confunde com a que tinham os romanos ou os bizantinos. A análise do tema, entretanto, supera os limites deste trabalho.

de modo a impedir que o homem faça tudo o que lhe apraz. Por outro lado, o conceito sinaliza que não faz sentido falar em liberdade fora da sociedade. Um indivíduo isolado é livre para fazer o que quiser, mas seu isolamento retira a importância de qualquer reflexão sobre a liberdade⁶⁶. Todavia, o conceito nada diz sobre o alcance da delimitação promovida pelo Direito. Segundo a definição, o indivíduo é livre para agir dentro dos limites juridicamente traçados, de modo que a liberdade será menor à medida que os limites forem mais restritos. Sobre esse aspecto, portanto, seria possível antever liberdade mesmo em meio ao despotismo.

Em texto clássico, Benjamin CONSTANT compara a liberdade dos antigos com a dos modernos. Para estes a liberdade equivaleria a não se submeter a nada senão às leis, podendo cada indivíduo expressar suas opiniões, escolher seu trabalho e dispor da sua propriedade. A liberdade, para os modernos, corresponderia ao direito de se reunir e associar, bem como de professar livremente a religião escolhida, de passar os dias segundo seus próprios desejos e de influir na administração. Para os antigos, a liberdade consistia na possibilidade de atuação política, fiscalizando atos e condutas dos dirigentes. A possibilidade de discussão pública não se fazia acompanhar por idêntica liberdade no plano privado⁶⁷.

Ao distinguir entre a liberdade dos antigos e a dos modernos, Benjamin CONSTANT, inserido na modernidade, enfatizou a privacidade como o núcleo da liberdade moderna. A possibilidade de seguir livremente sua própria consciência em assuntos políticos e também no âmbito privado caracteriza a liberdade depois da Revolução Francesa. Para os modernos, a liberdade corresponde, essencialmente, à ausência de coerção, existindo áreas em que não se admite interferência de entes políticos, como a liberdade religiosa e política. É evidente que essa construção não ocorreu sem sobressaltos. No século XX, regimes totalitários, sob os quais o conceito de liberdade individual foi destruído, comprovaram que o devir histórico é constituído por rupturas. Não se pode, portanto, atribuir à história um sentido determinado.

⁶⁶ FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade* (1962), p. 14. No mesmo sentido, Ludwig von MISES, *Ação humana* (1.949), p. 339: “Somente no contexto de um sistema social é que se pode atribuir significado à palavra liberdade”.

⁶⁷ CONSTANT, Benjamin. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes* (1819), p. 260/262. Na passagem mais significativa, retirada da página 262: “Ainsi chez les anciens, l'individu, souverain presque habituellement dans les affaires publiques, est esclave dans tous les rapports privés. Comme citoyen, il décide de la paix et de la guerre; comme particulier, il est circonscrit, observé, réprimé dans tous ses mouvements; comme portion du corps collectif, il interroge, destitue, condamne, dépouille, exile, frappe de mort ses magistrats ou ses supérieurs; comme soumis au corps collectif, il peut à son tour être privé de son état, dépouillé de ses dignités, banni, mis à mort, par la volonté discrétionnaire de l'ensemble dont il fait partie. Chez les modernes, au contraire, l'individu, indépendant dans sa vie privée, n'est même dans les états les plus libres, souverain qu'en apparence. Sa souveraineté est restreinte, presque toujours suspendue; et si, à des époques fixes, mais rares, durant les quelles il est encore entouré de précautions et d'entraves, il exerce cette souveraineté, ce n'est jamais que pour l'abdiquer”.

Retornando ao conceito de liberdade, o homem é livre sempre que lhe for possível, com a finalidade de atingir seus objetivos, escolher entre condutas distintas⁶⁸. Como vive em sociedade, é limitado pelo Estado, associação política especialmente destinada a fazer cumprir, mediante coerção, as regras para a vida comum⁶⁹. A coerção é enxergada, portanto, como a antítese da liberdade. O Direito tem como função delimitar as esferas de livre atuação de cada indivíduo, garantindo, desse modo, que a liberdade dos demais não seja invadida⁷⁰. Contudo, sob o Estado de Direito, prevalece a noção de que não pode haver interferência estatal nas opções políticas, sexuais e religiosas do indivíduo.

Sob a perspectiva liberal, o conceito entrelaça as liberdades política e econômica. Como demonstram os países de economia planificada, sem liberdade econômica não é possível garantir a liberdade política. Por outro lado, o capitalismo é elemento necessário, embora não suficiente, para a liberdade política. Nesse contexto, a liberdade econômica é duplamente relevante para uma sociedade livre: por um lado, representa importante aspecto da própria liberdade; por outro, é meio sem o qual a liberdade política não pode ser alcançada⁷¹.

É denominada *negativa* a liberdade compreendida como abstenção de interferência na esfera de atuação do sujeito⁷². Em sua acepção *positiva*, relaciona-se a liberdade com a autodeterminação do indivíduo, com sua capacidade de se conduzir segundo seus próprios

⁶⁸ MISES, Ludwig von. Op cit, p. 339. Nas palavras do autor: “No sentido praxeológico, o termo liberdade refere-se à situação na qual um indivíduo tem a possibilidade de escolher entre modos de ação alternativos. Um homem é livre na medida em que lhe seja permitido escolher os seus fins e os meios a empregar para atingi-los”.

⁶⁹ MISES, Ludwig von. *Liberalismo segundo a tradição clássica* (1927), p. 64. Do mesmo autor, *Ação humana*, p. 340.

⁷⁰ HAYEK, Friedrich August von. Op. cit., v. II, p. 125. O exame do conceito de ordem espontânea, ou *kosmos*, que orienta a obra do autor e também seu posicionamento frente ao Direito, foge dos objetivos deste trabalho.

⁷¹ FRIEDMAN, Milton. Op. cit., p. 10 e ss. O autor assinala que não há exemplo de país no qual tenha havido ampla liberdade política, sem que simultaneamente tivesse sido praticado regime de mercado, baseado na propriedade privada dos meios de produção e de distribuição. Por outro lado, afirma a existência de países em que a propriedade privada era o meio dominante de produção, embora não houvesse liberdade política. John DEWEY, em *Liberalismo, liberdade e cultura* (1935), p. 103, destaca a importância da cultura para a democracia, e, portanto, para a liberdade política, advertindo que em países totalitários as manifestações culturais são sempre controladas pelo Estado, o que indica o temor das autoridades quanto ao despertar de emoções causado pelas artes. O ponto a reter é a ideia de que o cerceamento da liberdade econômica atinge a liberdade política, também prejudicada pelo controle da liberdade de expressão.

⁷² BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade* (1969), p. 136. Segundo a elaboração do autor: “Diz-se normalmente que alguém é livre na medida em que nenhum outro homem ou nenhum grupo de homens interfere nas atividades desse alguém. A liberdade política nesse sentido é simplesmente a área em que um homem pode agir sem sofrer a obstrução de outros”.

desejos e critérios⁷³. Parece claro que o desejo de não sofrer restrições por outrem é a primeira aceção em que se emprega a palavra liberdade⁷⁴.

Há uma tensão entre os conceitos de liberdade *positiva* e *negativa*. Segundo Isaiah BERLIN, a ideia de autodomínio pode se perverter a partir da noção de que no indivíduo existe um ego dominante e outro dominado, sendo que o primeiro representaria a vontade real do sujeito, seu ego verdadeiro. Quando esse “ego verdadeiro” passa a ser identificado com algo maior que o sujeito, tal como um partido, uma seita ou o Estado, passa-se a admitir que essa associação imponha seus desígnios, pois ao fazê-lo, está, na verdade, buscando a liberdade *superior* do indivíduo. Pressupõe-se, então, que o sujeito é incapaz de perceber o que é melhor para si, ou, o que é ainda mais grave, age-se contra o indivíduo, tolhendo sua liberdade negativa, ao argumento de que, ao fim e ao cabo, é isso o que o sujeito realmente deseja⁷⁵.

A noção de autodomínio é pervertida quando se sustenta que outra pessoa ou organização tem mais condições de definir o que é melhor para o indivíduo do que ele próprio o faria. Isso implica intromissão na esfera de liberdade negativa, com perda de liberdade. Um Estado que avoque para si a função de indicar o que é melhor para os cidadãos em suas diversas esferas de interação social terminará por invadir a liberdade individual, em seu aspecto negativo, em cada um dos pontos em que sua vontade substituir a do indivíduo.

1.5.2. Liberdade das partes e processo colaborativo

A análise da tensão entre as duas aceções de liberdade traz importantes elementos para se compreender a relação entre partes e juiz no processo civil contemporâneo, o qual pode ser organizado segundo três modelos. Trata-se, logo se adianta, de tipos ideais na aceção weberiana. Isso significa que na realidade não serão encontrados, em sua pureza, quaisquer dos

⁷³ BERLIN, Isaiah. Op. cit. p. 142. Por sua importância para a análise, transcreve-se as palavras do autor: “O sentido ‘positivo’ da palavra liberdade tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor. Quero que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo e não de forças externas de qualquer tipo. Quero ser instrumento de mim mesmo e não dos atos de vontade de outros homens. Quero ser sujeito e não objeto, ser movido por razões, por propósitos conscientes que sejam meus, não por causas que me afetem, por assim dizer, a partir de fora”.

⁷⁴ BERLIN, Isaiah. *Ideias políticas na era romântica* (2006), p. 149. Textualmente: “O desejo de liberdade é, em primeiro lugar, o desejo de indivíduos ou grupos de não sofrer interferência de outros indivíduos ou grupos. Esse é o seu significado mais evidente, e todas as outras interpretações tendem a parecer artificiais e metafóricas”.

⁷⁵ BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios...* Op. cit., p. 143 e ss. A maior identificação do autor com o conceito de liberdade negativa é explicitada em entrevista concedida a Ramin JAHANBEGLOO, *Isaiah Berlin: com toda a liberdade* (1990), p. 68: “A única razão pela qual sou suspeito de defender a liberdade negativa contra a positiva é por achá-la mais civilizada, é por pensar que o conceito da liberdade positiva, bem entendido como essencial a uma existência decente, tenha sido amiúde mal conduzido ou corrompido face à liberdade negativa”.

modelos apontados. Sua importância, contudo, é inconteste, pois servem como instrumento para a comparação com os sistemas reais.

Para que um sistema processual se enquadre no perfil colaborativo, é necessário que o Estado esteja organizado de modo a possibilitar a proteção da dignidade da pessoa humana, assegurando uma sociedade marcada pela liberdade, justiça e igualdade. A coordenação entre indivíduo, sociedade civil e ente estatal constitui uma relação cooperativa pautada, no âmbito jurídico, pela argumentação. No plano processual, enfatiza-se o papel do contraditório, a instruir a conduta de todas as partes, de modo que a atuação do juiz será paritária ao dialogar com as partes, mas assimétrica no momento de decidir. O processo é conduzido em atenção aos deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio, tendo a verdade provável como elemento de orientação no processo, a fim de que seja prolatada decisão justa⁷⁶.

As características do tipo colaborativo de processo contrastam vivamente com as dos modelos isonômico e assimétrico. No isonômico, estrutura-se o processo com base na confusão entre sociedade civil, Estado e cidadãos, de modo a constituir relação paritária entre o indivíduo e os poderes políticos. A prática jurídica é conduzida por uma racionalidade instrumental, na qual a dialética ocupa posição de proeminência, consistindo o contraditório em meio para o diálogo. Às partes compete buscar a verdade formal, orientando suas condutas pela boa-fé subjetiva. No modelo assimétrico o processo é projetado a partir do isolamento dos cidadãos, da sociedade civil e do Estado, de modo a prevalecer uma relação marcada pela desigualdade. O Estado se assenhora do Direito, aplicando-o em conformidade com uma racionalidade teórica, baseada na lógica apodítica. O contraditório não passa da noção singela de bilateralidade e somente as partes devem agir com fundamento na boa-fé subjetiva. É o Estado que buscará a verdade ao conduzir o processo⁷⁷.

O processo colaborativo também pode ser visto como *tertium genus* em relação aos modelos inquisitorial e adversarial. No primeiro prevalece o princípio inquisitivo, recaindo sobre o juiz o papel principal ao longo do desenvolvimento do processo. No segundo, prepondera o princípio dispositivo. Costuma-se, ainda, relacionar o processo adversarial a países politicamente pluralistas e liberais, ao passo que o tipo inquisitorial é referido a regimes autoritários. O modelo colaborativo se diferenciaria dos dois outros, baseando-se em nova configuração do princípio do contraditório, de acordo com a qual compete ao juiz participar do

⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil* (2009), p. 98.

⁷⁷ Idem, p. 97/98.

diálogo com as partes⁷⁸. Essa necessidade decorre da constatação de que a controvérsia não chega plenamente delineada ao processo, mas é definida pelas partes e pelo juiz ao longo da tramitação⁷⁹.

Convém destacar que a atribuição de maiores poderes ao juiz não pode, por si só, ser confundida com autoritarismo. No *common law* é conhecida a amplitude do *contempt of court*, sem que isso possa caracterizar como autoritário o processo civil praticado nos EUA e no Reino Unido. Mesmo um Estado mínimo terá as funções de proteger a propriedade, assegurar o cumprimento de contratos e fornecer segurança aos cidadãos, tanto em relação a ameaças externas, quanto internas. É certo, portanto, que ao juiz devem ser atribuídos poderes suficientes para que ele consiga tutelar esses direitos, o que é suficiente para se perceber que um poder judiciário forte, capaz de se sobrepor à vontade dos indivíduos mediante técnicas coercitivas e executivas convive mesmo com um modelo de Estado mínimo. Refuta-se, portanto, a apressada vinculação entre aumento de poderes do juiz e regimes autoritários.

Poder-se-ia reafirmar a mencionada correlação com o argumento de que poderes instrutórios não seriam compatíveis com regimes liberais. Todavia, outorgar ao juiz a possibilidade de produzir provas de ofício é medida adequada para que se possa reconstruir os fatos com vistas ao seu convencimento. Desde que a produção de prova, por iniciativa do juiz, esteja justificada e possa ser controlada pelas partes, não há risco de se caracterizar um processo autoritário.

O princípio da colaboração é expressamente previsto no art. 6º do CPC. Ao assinalar que todos os sujeitos devem cooperar – o que pressupõe a cooperação das partes entre si – o dispositivo termina por afirmar mais do que aquilo que é preconizado pelo princípio⁸⁰. Embora a colaboração das partes possa ocorrer residualmente, não se pode esquecer que elas antagonizam entre si, em busca da vitória no processo. Há situações que permitem a atuação conjunta das partes, como ocorre quando ambas se dirigem ao juízo a fim de informá-lo que determinada decisão está em desacordo com os termos da conciliação judicialmente homologada ou com o que fora estabelecido por ocasião do saneamento compartilhado. Todavia, excetuadas situações como essa, o antagonismo das partes condiciona sua conduta, impelindo-as a buscar a vitória no processo, à custa da sucumbência do adversário. Por esse

⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português* (2.010), p. 44 e ss. O autor critica corretamente o simplismo encerrado na correlação entre o modelo adversarial e regimes liberais e o modelo inquisitorial e países autoritários. Quanto ao conteúdo do princípio da cooperação, para o autor ele estaria atrelado, na condição de subprincípio, aos princípios do devido processo legal e da boa-fé processual.

⁷⁹ CANOVA, Augusto Cerino. *Commentario del codice di procedura civile* (1.980), p. 136.

⁸⁰ Nesta tese são empregados indistintamente os termos colaboração e cooperação para indicar o princípio abrigado no art. 6º, do CPC, assim como o modelo processual a ele correspondente.

motivo, ao assentar que “todos os sujeitos do processo” devem cooperar entre si, o art. 6º do CPC ampliou, incorretamente, o alcance do princípio⁸¹.

Considerada como princípio, a cooperação determina que o processo seja organizado de modo a permitir a prolação de decisão justa, redimensionando, para essa finalidade, o papel do juiz, que passa a ser paritário ao longo da tramitação, conservando-se assimétrico no momento de decidir⁸². O princípio da colaboração, como visto alhures, tem como conteúdo os subprincípios do esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio. Sua previsão no art. 6º é acompanhada pela densificação em outros dispositivos, como o 9º, 10, 191 e 317, todos do CPC.

Saliente-se que o perfil cooperativo do processo civil brasileiro, decorrente da incidência do princípio da cooperação, não pode ser deturpado e se desnaturar em paternalismo. Conquanto seja certo que o processo interessa também ao Estado, como mecanismo de resolução de conflitos e de efetivação do direito positivo, não se pode perder de vista o atendimento aos interesses das partes em juízo.

A maior autonomia concedida às partes pelo código vigente, a admitir o saneamento compartilhado (CPC, art. 357, §2º) e a celebração de convenções processuais (CPC, art. 190), assenta-se na noção de que os litigantes, por integrarem o conflito e sofrerem os percalços a ele inerentes, são os principais interessados no processo, razão pela qual deve ser respeitada sua liberdade na postulação, sendo vedadas intromissões de cunho paternalista.

Não pode o juiz, por exemplo, em atenção aos princípios da demanda e da correlação, alterar a causa de pedir ou o pedido. O mérito da demanda é demarcado pelas partes⁸³. O autor delimita o objeto litigioso do processo quando narra a causa de pedir e formula o pedido. Por seu turno, o réu também participa da demarcação do *meritum causae* quando oferece reconvenção ou exceção substancial. O tema será examinado mais pormenorizadamente no capítulo III.

Saliente-se que a causa de pedir e o pedido, além da defesa substancial e da reconvenção, ao delimitarem o objeto litigioso do processo, também definem os limites

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código...* Op. cit., p. 102, afirmam categoricamente que as partes não cooperam entre si: “As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes”. No mesmo sentido, Daniel MITIDIERO, *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter?* (2011), p. 62.

⁸² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração... como prêt-à-porter?* Op. cit., p. 61.

⁸³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...* Op. cit., p. 113. O autor enfatiza que não cabe ao juiz qualquer papel na definição do mérito, em razão do disposto nos arts. 2º e 141, ambos do CPC. Ao órgão jurisdicional, contudo, recairia o dever de examinar a suficiência da narrativa e a correlação entre os fatos e o pedido.

objetivos da coisa julgada, cuja ampliação para as questões prejudiciais está prevista no art. 503, §1º, incs. I a III, e §2º, do CPC⁸⁴.

Importa, aqui, destacar a inviabilidade de modificação do pedido ou da causa pedir *ex officio*, assim como a proibição de produção de prova contrariamente ao que foi estipulado pelas partes em convenção processual⁸⁵. Tampouco será possível que o juiz determine, em atenção ao interesse da parte, a substituição de seu advogado. É certo, além disso, que a busca pelo convencimento não pode levar à perda da imparcialidade, o que exige especial atenção na determinação de produção de provas de ofício, a fim de que não seja violada a igualdade no processo.

1.5.3. Tutela jurisdicional do direito e liberdade

A mais evidente vinculação entre a tutela jurisdicional do Direito e a liberdade está traduzida nos princípios da demanda e dispositivo, previstos no art. 2º do CPC. Incumbe à parte interessada provocar o Poder Judiciário com vistas à obtenção de tutela do Direito⁸⁶. Cabe destacar que os princípios da demanda e dispositivo não se confundem. O primeiro diz respeito à disponibilidade do interessado em acionar a estrutura judiciária, submetendo ao juiz certa causa de pedir e formulando pedido, em relação aos quais o órgão jurisdicional está adstrito. O princípio dispositivo, por sua vez, limita a atuação do juiz no âmbito da demanda proposta. Todavia, à medida que é outorgada ao juiz a possibilidade de produzir provas, há uma suavização desse princípio (CPC, art. 370, *caput*)⁸⁷.

⁸⁴ Adiante, nos itens 3.4.4 e 3.4.5 serão indicadas outras hipóteses de ampliação do objeto litigioso.

⁸⁵ Poder-se-ia supor, em uma primeira mirada, que a questão atinente à modificação do pedido e da causa de pedir diz respeito somente à liberdade das partes. Todavia, o sentido da modificação do pedido é a compensação da deficiência na postulação de uma das partes, em evidente prejuízo à igualdade no processo. Logo, é inequívoca a ligação do tema com a igualdade.

⁸⁶ FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication* (1977), p. 385/387. O autor enfatiza que existem sólidas razões para que o processo não seja iniciado pelo próprio julgador. Primeiramente, a instauração de ofício pressupõe certo compromisso e, não raras vezes, uma teoria sobre os fatos, o que poderia comprometer a imparcialidade. Ademais, a instauração *ex officio* do processo reduziria a participação dos litigantes mediante provas e razões fundamentadas. Em terceiro lugar, a maioria das pretensões se baseia em contratos e acordos, cabendo aos interessados verificar a necessidade de instaurar o processo.

⁸⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. I (1987), p. 65. Nas palavras do jurista: “O primeiro princípio preserva a soberania das partes na determinação das ações sobre as quais elas pretendam litigar, ao passo que o outro – uma vez já determinadas as causas sobre que há de versar o litígio – define e limita o poder de iniciativa do juiz com relação a *essas causas* efetivamente ajuizadas pelas partes, no que respeita à condução do processo e à coleta do material probatório”. Enrico Tullio LIEBMAN, *Problemi del processo civile* (1962), p. 4. No mesmo sentido, Sérgio Cruz ARENHART, *A tutela coletiva de interesses individuais* (2013), p. 165 e ss., afirma que o princípio da demanda se relaciona com o objeto do processo, delimitando a atuação jurisdicional, ao passo que o princípio dispositivo se vincula à maneira como o processo deve tramitar. O jurista salienta que o princípio dispositivo é mitigado pelos poderes instrutórios concedidos ao juiz. Por sua vez, o princípio da demanda é suavizado pela possibilidade de concessão de meios executivos diferentes do que foi postulado pelo autor.

Há exceções ao princípio da demanda. O CPC/73 previa a possibilidade de instauração *ex officio* de inventário (art. 989) e realização, por iniciativa do juiz, de alienação judicial (art. 1.113). A CLT, no art. 878, prevê a deflagração *ex officio* do cumprimento de sentença por execução. No código processual vigente, o art. 536 autoriza o juiz a determinar de ofício as medidas necessárias para a satisfação de obrigação de fazer ou de não fazer. Da mesma forma que ocorria sob o código revogado, o princípio da demanda é mitigado pela possibilidade de cominação de medidas não requeridas pela parte ou, ainda, de medidas diferentes da que fora postulada, no objetivo de que seja satisfeita a obrigação.

A conservação da imparcialidade é o principal fundamento para impedir que o juiz instaure processos de ofício. É lícito supor que ao constatar a necessidade de instauração do processo o juiz perceba, simultaneamente, a imprescindibilidade da tutela jurisdicional⁸⁸. Em outras palavras, ao deflagrar o processo o juiz está inclinado a conceder a tutela correlacionada ao objeto litigioso.

Mencionou-se, no tópico anterior, que o juiz não pode adotar postura paternalista ou assistencialista perante as partes. A modificação da causa de pedir e do pedido, ao bel-prazer do magistrado, é completamente incompatível com a igualdade das partes e com a imparcialidade. Mas também o é com a liberdade das partes de demarcarem o mérito da demanda, sem interferência estatal, recebendo tutela jurisdicional nos limites do pedido. É certo, todavia, que o princípio da colaboração autoriza ao juiz apontar problemas na correlação entre a causa de pedir e o pedido, evitando a extinção do processo sem resolução de mérito, conforme assenta o art. 317 do CPC. A propósito, como reflexo do dever de prevenção, não é possível decretar a inépcia da petição inicial sem que antes o autor seja intimado a suprir eventual defeito⁸⁹.

Questão mais delicada diz respeito à possibilidade de o juiz informar a parte sobre a insuficiência do pedido ou, em outros termos, sobre a possibilidade de obtenção de bem da vida

Mesmo reconhecendo a importância do princípio da demanda na assecuração da imparcialidade do juiz, ARENHART afirma que é recomendável a ampliação dos poderes do juiz, não exatamente para a instauração de processos *ex officio*, mas para esclarecer as partes sobre suas pretensões. Nesse contexto, essa majoração de poderes decorre do princípio do contraditório e tem o louvável objetivo de tutelar a parte hipossuficiente. Crê-se, todavia, que mesmo este abrandamento do princípio da demanda exige previsão legal. Acrescente-se que o dever de prevenção contido no princípio da colaboração não autoriza o juiz a tutelar direitos não postulados ou decidir sobre fatos não submetidos à sua apreciação.

⁸⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda* (2006), p. 572 e ss. O autor indica o caráter disponível dos direitos objeto de tutela no processo civil e a proteção à imparcialidade como fundamentos do princípio da demanda. O primeiro dos fundamentos é descartado. O segundo é suavizado, ao argumento de que o juiz pode, em circunstâncias nas quais seja manifesto o equívoco, sem perder a imparcialidade, sugerir a modificação da causa de pedir e do pedido.

⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...* Op. cit., p. 113.

mais vantajoso do que o que fora postulado. Tome-se, como hipótese, o pedido de implantação de determinado benefício previdenciário, menos vantajoso do que aquele que poderia ser implementado em favor do autor à luz das circunstâncias fáticas. Se o juiz, baseando-se no princípio da cooperação, alertar a parte sobre essa circunstância, estará violando a imparcialidade. É inequívoco, em tal situação, que o juiz favorece o autor, indicando a possibilidade de concessão de benefício que será efetivamente concedido.

Poder-se-ia argumentar que o *apontamento* do juiz não significa deferimento do benefício, à medida que não teriam, ainda, sido averiguadas as circunstâncias narradas na inicial. Ocorre que a mera *indicação* sobre a possibilidade de majorar o pedido já caracteriza quebra da imparcialidade. Admitida a exceção neste exemplo, forçosamente ter-se-ia de admiti-la em quaisquer outros casos em que a parte tenha pedido menos do que o *entendimento do juiz* reputa adequado.

A eventual hipossuficiência econômica do autor não conduz a solução diversa. A litigância responsável pressupõe profissionais competentes. A incúria do procurador deve ser combatida na esfera administrativa, perante o órgão de classe. Ademais, tratando-se de incorreção do pedido, sob o ponto de vista técnico é possível a propositura de nova demanda, já que a alteração de um dos elementos – o pedido – impede a caracterização de litispendência ou de coisa julgada.

Crê-se que a possibilidade de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais, *ex vi* do art. 503, §1º, pode ser enquadrada como outra exceção ao princípio da demanda. Note-se que a hipótese encerra ampliação do mérito, pois o juiz decide, com força de coisa julgada, parcela do objeto litigioso sobre a qual não havia pedido expresso. Diferentemente do que ocorria no sistema anterior, a decisão sobre a questão prejudicial estabiliza-se, sendo coberta pela coisa julgada. Não há qualquer diferença entre o que ocorre com a questão prejudicial e com o que acontece com o pedido efetivamente submetido à apreciação jurisdicional.

O saneamento compartilhado (CPC, art. 357, §2º) e a celebração de convenções processuais (CPC, art. 190) são outros exemplos da relação entre liberdade e processo civil, mas o estudo do tema supera os propósitos deste trabalho. Nestes limites, contudo, cabe destacar que apesar de o art. 329, inc. II, limitar a modificação ou aditamento da causa *petendi* e do pedido até o saneamento do processo, nada obsta que as partes, mediante convenção processual,

estabeleçam a possibilidade de alteração ou acréscimo de causa de pedir ou de pedido em momento posterior⁹⁰.

Por fim, além da liberdade no processo, é possível vislumbrar a liberdade pelo processo. Pretende-se aludir, com essa expressão, à segurança jurídica, nos aspectos da previsibilidade e da confiabilidade na tutela jurisdicional. Seguros de que seus direitos serão garantidos, os cidadãos podem projetar suas ações com maior liberdade. Ademais, o Direito, inclusive aquele criado por meio da tutela jurisdicional, estabelece os limites dentro dos quais a liberdade é exercida, promovendo-a também nesse aspecto.

1.6. Síntese de ideias

A segurança jurídica se assenta na cognoscibilidade, confiabilidade e previsibilidade do Direito. Superada a ideia de que os textos legais encerram o sentido unívoco que deve ser descoberto pelo intérprete, reconhece-se que a norma é resultado da atividade de interpretação, por meio da qual o sentido lhe é adscrito. Admite-se, portanto, que a dupla indeterminação do Direito permite que mais de um significado seja adscrito à mesma proposição normativa.

Percebe-se que a tarefa do Judiciário é imprescindível para a criação do Direito, pois cabe a ele definir a norma aplicável ao caso concreto. Dado o caráter equívoco dos textos, a adoção da técnica de precedentes vinculantes se torna essencial para a obtenção de unidade do Direito e, conseqüentemente, para a igualdade pelo processo e a liberdade dos cidadãos. A possibilidade de que casos iguais sejam julgados diferentemente impede que haja o mínimo de segurança jurídica, sem o qual a dignidade humana é comprometida.

Para que as pessoas sejam tratadas igualmente perante o Direito, o processo deve lhes dar a mesma decisão quando estiverem diante da mesma constelação de fatos. Isso assegurará não apenas a confiabilidade na decisão, mas também a previsibilidade. A partir do momento em que se torna possível antecipar determinada decisão, em razão da existência de precedente sobre o tema, os agentes passam a se conduzir utilizando essa decisão como baliza. Por esse

⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...* Op. cit., p. 121/122. O autor destaca a possibilidade de modificação do pedido e da causa de pedir durante todo o procedimento em primeira e segunda instâncias, o que pode ser depreendido da diferença de tratamento concedido ao tema pelo art. 329, inc. II, do CPC, em relação ao art. 264, par. ún., do CPC/73. O dispositivo do código revogado empregava locução categórica – “em nenhuma hipótese será permitida” – para proibir modificações no objeto litigioso após o saneamento processual. O artigo vigente, ao não se valer de tão restritiva expressão, permite a modificação da causa de pedir e do pedido, depois do saneamento, desde que as partes, em convenção processual homologada pelo juízo, tenham admitido a modificação do objeto litigioso.

motivo, a ruptura com o que foi decidido atinge a igualdade pelo processo e agride a liberdade de iniciativa dos sujeitos.

Como já visto, o modelo cooperativo de processo civil, resultante da incidência do princípio da cooperação (art. 6º, CPC), redefine o papel do juiz, impondo-lhe o dever de dialogar com as partes, limitando-se a assimetria ao momento de decidir. Se a previsibilidade das decisões judiciais, requisito para a igualdade e liberdade, deve ser buscada no processo a fim de que terceiros possam se orientar com base no que fora decidido, razões ainda mais fortes exigem que haja segurança jurídica em relação às próprias partes.

Para que o conteúdo da decisão não seja objeto de permanente questionamento, o que violaria a confiabilidade e impediria as partes de programar seu futuro, mantendo-as em situação de imprevisibilidade, o direito disciplina a estabilização das decisões por meio da coisa julgada. O Código de Processo Civil, alterando o posicionamento legislativo anterior, prevê a possibilidade de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais, sem a necessidade de ajuizamento de ação declaratória incidental, desde que cumpridos determinados requisitos (art. 503, §1º, incs. I a III e §2º). Além disso, o art. 506 do *códex* assinala que a coisa julgada não pode prejudicar terceiros, o que autoriza concluir em favor da possibilidade de beneficiá-los. Esse tema, contudo, não integra o objeto desta tese.

A estabilização da questão prejudicial, sem pedido expresso da parte interessada, abre novas perspectivas para a segurança jurídica no âmbito da tutela jurisdicional do processo. Trata-se de tema que contribui para o incremento da segurança jurídica, permitindo maior igualdade e liberdade nas interações sociais. Pretende-se, nos próximos capítulos, elucidar a maneira como isso ocorre à luz do CPC. Para tanto, já na sequência, será retratado o panorama geral sobre a coisa julgada, base na qual se assentam as considerações posteriores.

Capítulo II – Coisa Julgada: Noções Gerais

2.1. Definição segundo o direito positivo

Em uma primeira aproximação já se verifica o vínculo estreito entre coisa julgada e segurança jurídica⁹¹. O instituto tem a finalidade de imutabilizar a decisão jurisdicional de mérito, evitando a rediscussão sobre o objeto litigioso. Trata-se de elemento de encerramento fundamental ao discurso jurídico, pois a jurisdição seria irrelevante se as decisões sobre o mérito pudessem ser livremente rediscutidas⁹². A imutabilidade da tutela jurisdicional do direito é constitucionalmente prevista no ordenamento jurídico brasileiro (CF, art. 5º, inc. XXXVI⁹³). Todavia, ainda que inexistisse texto expresso sobre o tema, a coisa julgada decorreria do Estado de Direito, como reflexo dos princípios da segurança jurídica, em seu aspecto objetivo, e da proteção da confiança⁹⁴.

A importância do instituto estimulou teorias que viam na coisa julgada o elemento distintivo da jurisdição em relação à atividade administrativa ou, até mesmo, a própria finalidade do processo civil⁹⁵. Todavia, tem-se como premissa que o objetivo do processo é a tutela jurisdicional do Direito⁹⁶. A *res judicata* é imprescindível para assegurar estabilidade à proteção outorgada pela jurisdição, o que não autoriza concluir que se trata do propósito da atividade jurisdicional.

⁹¹ SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil* (1938), p. 270: “La cosa juzgada material, es un precioso medio de evitar resoluciones contradictorias, y con ello velar por la seguridad jurídica; pero es sólo uno de los medios de que se sirve el orden jurídico para conseguir sus fines, no siendo por sí un fin propio; tampoco puede estimarse como el centro de gravedad del proceso civil; es una de las muchas instituciones formales del orden jurídico, por lo cual como todas las restantes encuentra una limitación en las buenas costumbres y en la idea de comunidad, según la jurisprudencia; [...]”. Não se concorda com a limitação da coisa julgada pelos bons costumes. Todavia, a concepção de SCHÖNKE é equilibrada e está correta ao vislumbrar a importância da *res judicata* para a segurança jurídica, ressaltando o autor que o instituto não é a finalidade do processo civil. Esta consiste – SCHÖNKE não o diz – na tutela jurisdicional dos direitos.

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 56/59.

⁹³ Art. 5º, inc. XXXVI. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 62/67.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. II (2015), p. 620. Eduardo TALAMINI, *Coisa julgada...* Op. cit., p. 47, critica a concepção de que a coisa julgada seja “atributo essencial da jurisdição”. Com efeito, essa ideia acarretaria o caráter não jurisdicional de processos cujas decisões não fossem recobertas pela coisa julgada, tal como ocorre com aqueles que são encerrados por sentenças terminativas, em razão da existência de pressupostos processuais negativos ou ausência de condições da ação (CPC, art. 485, incs. V e VI). Todavia, o autor enfatiza que a coisa julgada é traço exclusivo da atividade jurisdicional, a caracterizar “reserva de sentença”, pois somente outro ato jurisdicional pode cassar ou alterar decisão anteriormente proferida pelo Poder Judiciário.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual...* Op. cit., p. 120 e ss.

No plano infraconstitucional, a coisa julgada está disciplinada no art. 6º, §3º, da LINDB⁹⁷, e no art. 502 do CPC. O primeiro dos dispositivos proíbe, repetindo a Constituição, que lei contradiga a coisa julgada. Essa proibição compreende não apenas atos do Poder Legislativo, mas também os do Executivo e do próprio Judiciário⁹⁸. O segundo, conceitua a denominada coisa julgada material, caracterizando-a como a autoridade que torna indiscutível e imutabiliza a decisão de mérito contra a qual não caiba mais recurso⁹⁹.

É notável a superioridade da redação do art. 502, quando comparado ao art. 467 do código revogado¹⁰⁰. O dispositivo vigente, contrariamente ao seu correlato no Código Buzaid, deixa claro que apenas a decisão de mérito pode ser coberta pela coisa julgada. O emprego do vocábulo “decisão” não é destituído de significado. Faz-se alusão às decisões interlocutórias que julgam antecipadamente o mérito, nos termos dos arts. 354, par. ún., 355, incs. I e II, e 356, incs. I e II, do CPC¹⁰¹. Diferentemente do que sucedia no sistema anterior, também decisões interlocutórias podem resolver o mérito definitivamente, sendo passíveis de rescisão, nos termos do art. 966, *caput*, do CPC.

Não é suficiente, contudo, que a decisão tenha versado sobre o mérito do processo. Exige-se ainda o trânsito em julgado, compreendido como impossibilidade de impugnação do *decisum* na relação processual em que fora proferido¹⁰². O trânsito em julgado ocorre em uma data definida, mas isso evidentemente não significa que tenha como causa apenas o transcurso em aberto do prazo para interposição do recurso¹⁰³.

⁹⁷ Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. §3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. A referência ao não cabimento do recurso diz respeito somente à irrecorribilidade. A caracterização da coisa julgada como “a decisão judicial de que já não caiba recurso” é atécnica, pois a coisa julgada evidentemente não se confunde com o próprio ato decisório.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 61.

⁹⁹ Como se verá no item 2.2, discorda-se da utilidade dessa classificação. A coisa julgada formal nada mais é que preclusão. Não sendo usado o adjetivo *formal*, torna-se desnecessário se referir à coisa julgada *material*. O emprego da expressão no texto decorre da opção legislativa.

¹⁰⁰ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. O dispositivo comete excessiva generalização ao se referir a sentenças contra as quais não seja cabível recurso. A coisa julgada, no regime anterior, não atingia todas as sentenças irrecorríveis, mas somente aquelas que tivessem decidido o mérito. Consulte-se, sobre o tema, Eduardo TALAMINI, *Coisa julgada...* Op. cit., p. 31.

¹⁰¹ DA SILVA, Ricardo Alexandre, *Breves comentários ao código de processo civil* (2016), p. 1.020 e ss.

¹⁰² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 32, ao tratar do trânsito em julgado, menciona o “aspecto cronológico do esgotamento dos meios internos de revisão da sentença”. Note-se que à época do texto citado não havia previsão expressa de julgamento antecipado do mérito por meio de decisões interlocutórias, o que justifica a menção a “sentença”.

¹⁰³ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo* (1969), p. 14. “Decorre o trânsito em julgado não somente da preclusão (no sentido de *perda*) da faculdade de recorrer, como também de ato voluntário da parte (a aquiescência à decisão, a desistência do recurso interposto) ou ainda da natureza mesma da decisão (se irrecorrível)”. O autor aponta, talvez inadvertidamente, as três modalidades de preclusão. Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III (2001), p. 304 e ss., assinala que a

Com efeito, a inimpugnabilidade pode se originar de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer. Quando o sucumbente aquiesce expressamente com a decisão (CPC, art. 1.000, *caput*), pratica ato incompatível com a irresignação recursal (CPC, art. 1.000, par. ún.) ou renuncia ao direito de recorrer (CPC, art. 999), caracteriza-se fato extintivo¹⁰⁴. São fatos impeditivos a desistência do recurso (CPC, art. 998) ou o inadimplemento de multas fixadas no código, tal como ocorre nos arts. 1.021, §5º e 1.026, §3º¹⁰⁵. Quando desiste do recurso que interpôs, não é dada ao recorrente a possibilidade de interpor novo recurso contra a mesma decisão.

A classificação dos fatos impeditivos e extintivos do poder de recorrer não é uniforme na doutrina. Há quem sustente que o reconhecimento da procedência do pedido (CPC, art. 487, inc. III, alínea “a”), a renúncia à pretensão sobre a qual se funda a ação (CPC, art. 487, inc. III, alínea “c”), a transação (CPC, art. 487, inc. III, “b”), a renúncia ao recurso e a aquiescência seriam fatos impeditivos, de modo que apenas a desistência do reclamo caracterizaria fato extintivo¹⁰⁶.

Sublinhe-se que também a desistência da demanda levará ao trânsito em julgado (CPC, art. 485, inc. VIII). Todavia, nesse caso, inexistindo decisão sobre o mérito, não se caracteriza a coisa julgada, o que igualmente ocorre na hipótese de desistência de recurso interposto contra decisão terminativa. Há de se acrescentar que a intempestividade (CPC, 223) também acarreta a extinção do direito de recorrer, caracterizando o trânsito em julgado.

O art. 502 do CPC completa sua definição se referindo à coisa julgada como a *autoridade* que imutabiliza a decisão de mérito. Também nesse ponto se evidencia a superioridade da redação do dispositivo vigente em relação ao que dispunha o código revogado. De fato, o art. 467 do CPC/1973 se referia à coisa julgada material, considerando-a *eficácia* do ato jurisdicional. Todavia, não se pode defini-la como eficácia ou efeito da sentença, mas como autoridade ou, segundo Enrico Tullio LIEBMAN, como “qualidade ou modo de ser dos efeitos”¹⁰⁷.

irrecorribilidade corresponde à preclusão, que pode ser temporal, lógica ou consumativa. A exclusão do direito de recorrer, como se vê, decorre não apenas do transcurso do tempo para a prática do ato, mas também da realização de ato incompatível ou da própria interposição de recurso. É um erro, portanto, associar o trânsito em julgado apenas com o transcurso *in albis* do prazo para recorrer.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 518.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 521.

¹⁰⁶ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos* (2003), p. 113 e ss.

¹⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença* (1935), p. 5. A ideia é complementada na página seguinte da mesma obra: “A linguagem induziu-nos, portanto, inconscientemente, à descoberta desta verdade: que a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças”. Luiz

Merece atenção a ideia presente tanto no art. 502 do código vigente, quanto no art. 467 do diploma revogado, de acordo com a qual a coisa julgada tornaria imutável e indiscutível a decisão. Essa concepção foi censurada por José Carlos Barbosa MOREIRA, para quem o trânsito em julgado – e não a coisa julgada – acarretaria a imutabilidade e a imodificabilidade do *decisum*. Segundo o autor, a coisa julgada surge apenas quando a decisão se torna imutável e imodificável, de modo que não se pode atribuir à *res judicata* a aptidão de produzir a imutabilidade¹⁰⁸.

É possível, todavia, conceber sistema em que se possa revisar as decisões após o trânsito em julgado. Nesse caso, nada impediria que, transitada em julgado a decisão, o mérito fosse reexaminado em demanda subsequente. Isso demonstra que é a coisa julgada, não o trânsito em julgado, que estabiliza a decisão, imutabilizando-a¹⁰⁹. A imodificabilidade na mesma relação processual é menos abrangente que a imutabilidade a impedir a rediscussão do tema em outro processo.

A definição trazida pelo art. 502 do CPC reproduz, em linhas gerais, os elementos que a doutrina brasileira, a partir de LIEBMAN, passou a empregar para a conceituação da coisa julgada. A definição legal, contudo, deixa em aberto importante questão. Não fica claro se a coisa julgada recai sobre todo o conteúdo da decisão ou se somente o efeito declaratório será por ela atingido. Essa questão será abordada adiante no item 2.4.

Acrescente-se que de um conceito legal não se pode esperar nada além dos traços gerais de determinado instituto, de modo que o art. 502 do CPC cumpre o objetivo de indicar ao intérprete as características fundamentais da coisa julgada. O conceito, construído à luz de aportes teóricos, será retomado adiante (item 2.6).

Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO, *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 624/625, aplaudem a redação do dispositivo vigente ao definir a coisa julgada como autoridade. Todavia, contrariamente a LIEBMAN, sustentam que ela não se vincula a todos os efeitos da sentença, mas somente ao declaratório. Guilherme ESTELLITA, *Da coisa julgada* (1936), p. 104, manifestou-se contrariamente à ideia de que a *res judicata* não seria um dos efeitos da decisão. Segundo o autor, a caracterização da *res judicata* como efeito decorreria de sua definição como imutabilidade, a qual seria o mais importante dos efeitos do ato jurisdicional. Todavia, há atos jurisdicionais que não se estabilizam, o que mostra a incorreção da premissa do autor.

¹⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada* (1981), p. 107. Eduardo TALAMINI, *Coisa julgada...* Op. cit., p. 44, assinala que a coisa julgada seria “efeito anexo do trânsito em julgado da sentença”.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 626: “Melhor explicando: a coisa julgada é uma qualidade que torna imutável o efeito declaratório da sentença”.

2.2. Coisa julgada formal e coisa julgada material

O art. 502 faz alusão à coisa julgada material, repercutindo conhecida classificação doutrinária, de acordo com a qual ela corresponderia à imutabilidade do que fora decidido. Por sua vez, a coisa julgada formal consistiria na impossibilidade de se discutir a decisão no mesmo processo em que foi proferida¹¹⁰. Apesar de doutrinariamente consagrada, referida classificação merece críticas, inexistindo justificativa para sua adoção no código¹¹¹.

Ao abordar o tema, Antônio do Passo CABRAL refuta a ideia de que somente sentenças de mérito irradiariam efeitos para fora do processo. Outros atos processuais também repercutem extraprocessualmente, tal como ocorre com as alegações, que não podem futuramente ser contrariadas pela parte que as apresentou. Também são exemplos as decisões terminativas pelas quais se reconhece a ilegitimidade *ad causam*. Conquanto não haja análise do mérito, não é razoável supor que a demanda possa ser reproposta contra a parte ilegítima. A classificação da coisa julgada tem origem na teoria material e não encontra respaldo no direito

¹¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...* Op. cit., v. I, p. 516: “Assim é que se verifica a preclusão definitiva das questões propostas (ou proponíveis). Quando no processo se obteve uma sentença não mais sujeita a impugnações. Sentença passada em julgado (coisa julgada em sentido formal) é como essa sentença se denomina”. Ernesto HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata* (1937), p. 3: “Per cosa giudicata in senso formale si vuol intendere il fatto che la sentenza non è più possibile avere l’anullamento della decisione da parte di un organo superiore”. Embora se refira à anulação do julgado, não à reforma por órgãos superiores, a abordagem traz a ideia de que a coisa julgada formal inviabiliza a modificação da decisão no processo em que foi proferida. Enrico Tullio LIEBMAN, *Eficácia...* Op. cit., p. 60, refere-se à coisa julgada formal como a irrecorribilidade, assinalando que a coisa julgada formal se caracteriza pela incontestabilidade dos efeitos em outro processo. O conceito foi adotado no Brasil, dentre muitos outros, por Luiz Machado GUIMARÃES, *Preclusão...* Op. cit., p. 14/15. O jurista assinalava que as decisões produziram coisa julgada formal quando dissessem respeito a questões lógicas, fossem fáticas ou jurídicas, bem como quando o processo fosse encerrado sem exame do mérito. Havendo decisão meritória, seria produzida a coisa julgada material. Mais recentemente, Sérgio Gilberto PORTO, *Coisa julgada civil* (1996), p. 61 e ss., correlacionou a coisa julgada formal com o duplo grau de jurisdição, caracterizando-a como “o fenômeno que torna a sentença imodificável, no processo em que foi prolatada, em face da ausência absoluta da possibilidade de impugnação da decisão”. Eduardo TALAMINI, *Coisa julgada...* Op. cit., p. 131/132, baseia-se na lição liebmaniana para sustentar que a coisa julgada, em qualquer uma de suas modalidades, caracteriza imutabilidade do comando sentencial. Na formal, torna-se imodificável o comando que encerra o processo. Na material, é imutabilizado o comando que concede tutela.

¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada* (1967), p. 62, aprovava as críticas ao abandono da nomenclatura *coisa julgada formal*. No mesmo sentido, manifestou-se Celso Agrícola BARBI, *Da preclusão no processo civil* (1955), p. 63: “Substituir o conceito de coisa julgada formal pelo de preclusão de questões será apenas reconhecer a superação de um conceito que se demonstrou imprestável e apto somente para gerar confusões”. Essa também era a opinião de Alfredo de Araújo Lopes da COSTA, *Manual elementar de direito processual civil* (1956), p. 195/196: “A coisa julgada (também sem necessidade chamada *coisa julgada material*, ou *coisa julgada interna*) não influi apenas sobre o processo como a irrecorribilidade, mas também sobre o fundo do processo, o seu mérito”. O mesmo autor, em *Direito processual civil brasileiro*, v. III (1946), p. 423, assinalou: “A coisa julgada formal nada mais é que a preclusão, isto é, a impossibilidade de modificar a decisão, desde que ela nasceu, por ser irrecorrível ou, sendo recorrível, desde que se esgotou o prazo do recurso”. Ambos os autores são indicados no referido texto de Barbosa MOREIRA.

brasileiro. A justificativa, no direito estrangeiro, é a possibilidade de fracionamento do mérito, a qual não existia, de forma expressa, no código revogado¹¹².

É correta a percepção de que não apenas as sentenças de mérito produzem efeitos fora do processo. Essa constatação retira muito da relevância conceitual que a divisão da coisa julgada, em formal e material, poderia apresentar. Cabe verificar se a conhecida bipartição é adequada no sistema processual vigente, em que o fracionamento do mérito é expressamente admitido nos arts. 354, *caput* e par. ún., 355, incs. I e II e 356, incs. I e II, todos do CPC. Segundo CABRAL, a coisa julgada formal seria relevante, nos ordenamentos jurídicos que admitem o julgamento antecipado parcial do mérito, para se conceder estabilidade às decisões proferidas ao longo do processo, as quais vinculariam a sentença extintiva, proferida ao final¹¹³.

Com o fracionamento do mérito a decisão proferida se estabiliza, produzindo efeitos fora do processo. Ocorre que essa estabilidade, no processo civil brasileiro, é a coisa julgada, denominada inadequadamente pelo adjetivo *material*. Essa conclusão é respaldada no CPC pelo art. 502, que se refere às decisões de mérito, assim como pelo art. 966, que estabelece a rescindibilidade do *decisum* meritório. Isso significa que a decisão de mérito contra a qual não for interposto agravo de instrumento (CPC, art. 1.015, inc. II) será coberta pela *res judicata*. Não é necessário, portanto, conceber a mera imodificabilidade no processo em que o *decisum* é proferido. Tratando-se de porção do mérito, a estabilidade que recobre a decisão é a coisa julgada.

Tome-se como exemplo a decisão que reconhece a prescrição. É certo, como reconhece CABRAL, que ao se estabilizar este *decisum* vincula os demais atos processuais, de modo a impedir futura apreciação divergente. Mas a imutabilidade da decisão não diz respeito apenas ao processo no qual foi prolatada. A coisa julgada impede apreciação da questão em outro processo, irradiando efeitos extraprocessuais. Não há mera imodificabilidade no processo, mas imutabilidade decorrente da autoridade designada como coisa julgada material.

Vê-se, assim, que a tradicional bipartição do fenômeno da *res judicata* não encontra justificção à luz do direito vigente. Por um lado, reconhece-se que não apenas as sentenças de mérito se estabilizam, o que ocorre igualmente com as terminativas. Por outro, percebe-se que as decisões interlocutórias, sempre que versarem sobre o mérito, serão imutabilizadas. Disso decorre a desnecessidade teórica de classificar a coisa julgada em formal e material.

¹¹² CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 282 e ss.

¹¹³ Idem, p. 287 e ss.

Além disso, não é consistente a separação entre coisa julgada formal e preclusão. Como visto no capítulo anterior, a preclusão se refere à exclusão de um direito em razão do não exercício de um ônus¹¹⁴. O mesmo fenômeno é retratado pela coisa julgada formal, na qual ocorre a exclusão do direito de impugnar o *decisum*. Isso pode acontecer em razão da não desincumbência do ônus de recorrer, da prática de ato incompatível com o recurso ou da sua própria interposição.

Crê-se, assim, que a caracterização da coisa julgada formal como preclusão seja o argumento definitivo a demonstrar a desnecessidade teórica de classificar a coisa julgada como formal ou material. Há, na realidade, diferença entre a coisa julgada – dir-se-ia material, caso se adotasse a bipartição ora combatida – e a preclusão. A impossibilidade de discutir a decisão no processo em que fora proferida caracteriza preclusão. Por outro lado, quando se menciona a imutabilidade do *decisum* fora do processo, faz-se referência à coisa julgada¹¹⁵.

O CPC, inadvertidamente, consagrou classificação injustificável sob o ponto de vista teórico. Neste trabalho, quando se fizer referência à coisa julgada, estar-se-á aludindo àquela estabilidade que a doutrina tradicionalmente denomina de coisa julgada material. A chamada coisa julgada formal não detém autonomia conceitual, sendo na realidade manifestação do fenômeno da preclusão.

2.3. Cognição e coisa julgada

De acordo com a conhecida lição de Kazuo WATANABE, a cognição no plano horizontal diz respeito à amplitude do conhecimento do juiz, podendo ser classificada em parcial e plenária, ao passo que no plano vertical ela se refere à profundidade com que o objeto litigioso é apreciado, classificando-se em sumária ou exauriente¹¹⁶.

¹¹⁴ TOSCAN, Anissara. Op. cit., p. 72.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 620/621. Os autores salientam que a coisa julgada material sempre se refere à indiscutibilidade em outros processos, sendo a coisa julgada formal endoprocessual, logo, concernente à impossibilidade de redecisão sobre determinada questão no mesmo processo. E acrescentam (p. 621): “Por isso mesmo a chamada coisa julgada formal em verdade não se confunde com a verdadeira coisa julgada (ou seja, com a coisa julgada material). É, isso sim, uma modalidade de preclusão (preclusão temporal), a última do processo, que torna insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença nele proferida. A coisa julgada formal constitui, portanto, o simples trânsito em julgado de determinada decisão”. O trânsito em julgado, como visto no item anterior, refere-se a determinada data. Contudo, pode se originar não somente do transcurso em aberto do prazo para interpor o recurso cabível, mas da prática de ato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer ou mesmo do exaurimento das instâncias recursais. Considerando a preclusão como a exclusão de um direito, não se pode restringi-la ao aspecto temporal, de modo que a denominada coisa julgada formal não será, necessariamente, preclusão relacionada ao tempo, embora a certificação de trânsito em julgado sempre indique uma data específica.

¹¹⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil* (1987), p. 111/112.

Concebe-se a cognição parcial como a técnica por meio da qual ocorre reserva de exceções, seja mediante indicação do objeto litigioso, seja por meio da restrição da matéria de defesa¹¹⁷. Isso significa que o processo não resolve inteiramente o conflito de interesses entre as partes, mas somente parcela dele¹¹⁸. O exemplo clássico são os interditos possessórios, nos quais não se admite discussão sobre a propriedade (CC, art. 1.210, §2º¹¹⁹), reservando-se essa matéria para o juízo petitorio. Desse modo, o esbulho possessório praticado pelo proprietário autoriza o possuidor direto a ajuizar ação de reintegração na posse, na qual é proibida a discussão sobre a propriedade. A derrota do proprietário o legitima a propor subsequente demanda reivindicatória, na qual se discutirá sobre a propriedade.

A técnica da cognição parcial tem como objetivo evitar a lentidão inerente ao procedimento ordinário, cuja aptidão para receber a integralidade do conflito entre as partes tem como contraponto a demora na tramitação, inerente à necessidade de exaurimento da lide¹²⁰. A ela, no plano horizontal, contrapõe-se a cognição plenária, típica do procedimento comum, em que são admitidas todas as alegações e defesas, a fim de que o conflito de interesses seja resolvido em sua totalidade.

Poder-se-ia argumentar que a reserva de exceções contraria a busca por celeridade, à medida que pressupõe duplicação de processos para a resolução plena do conflito de interesses. Ocorre que com a cognição parcial se pretende tutelar de forma mais rápida bens da vida a que o legislador concedeu especial relevância. Tome-se novamente a posse como exemplo. A impossibilidade de discussão sobre a propriedade leva à duplicação de demandas, postergando a composição integral do conflito havido entre as partes. Por outro lado – e esse é o objetivo –

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela* (1995), p. 34.

¹¹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso...* Op. cit., v. I, p. 115/116. Note-se que o autor se refere à *sumarização* para indicar a adoção da técnica da cognição parcial, o que fica ainda mais claro em seu ensaio intitulado *O contraditório nas ações sumárias* (2001), p. 255: “Nas hipóteses de verdadeira sumarização *vertical*, ao juiz é vedado conhecer de toda uma parcela de questões litigiosas que, não fosse uma determinação do direito material, poderiam ser suscitadas pelo demandado”. Quanto mais sumarizada é uma demanda, maiores serão as parcelas do conflito de interesses que serão decididas em processos subsequentes. Em *Demandas plenárias e sumárias* (2004), p. 151 e ss., o mesmo autor critica o procedimento ordinário e aponta outras modalidades de contraditório além do antecipado, típico da cognição exauriente. Sempre que for possível o deferimento de liminar sem a oitiva da parte contrária, há contraditório diferido. Por sua vez, caracteriza-se o denominado contraditório eventual quando a defesa do réu exigir a propositura de demanda própria. Ovídio BAPTISTA indicava como exemplo as demandas possessórias, cuja proibição de discussão sobre matéria petitoria levava à propositura de demanda reivindicatória pelo réu do interdito possessório. A primeira demanda seria caracterizada pela parcialidade no plano horizontal, proibindo a apreciação de todo o conflito havido entre as partes. No código vigente, encontra-se como exemplo de contraditório eventual a propositura de ação para reformar ou invalidar a tutela provisória satisfativa que tenha se estabilizado em razão da não interposição de recurso pelo réu (CPC, art. 305, §2º).

¹¹⁹ Art. 1.210, §2º. Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.

¹²⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso...* Op. cit., v. I, p. 120.

a cognição parcial permite que a posse seja tutelada com maior celeridade. Certamente maior do que se o réu pudesse invocar sua condição de proprietário, instaurando debate sobre a propriedade no juízo possessório.

A cognição sumária é caracterizada por restrição no plano vertical, levando à prolação de decisões baseadas em verossimilhança¹²¹. Tem como contraponto a cognição exauriente, marcada por contraditório antecipado, de acordo com formas e prazos previstos em lei, por meio dos quais as partes alegam e produzem provas, em busca da verdade processual, não apenas da verossimilitude típica da cognição sumária, de modo que a declaração inerente ao *decisum* adquira consistência necessária para que sobre ela recaia a autoridade da coisa julgada¹²². Por esse motivo, é fundamental definir critério seguro para diferenciá-la da sumária, a fim de que se possa perceber com segurança as hipóteses em que ocorre imutabilização por força da *res judicata*.

A referência ao contraditório antecipado como fundamento da cognição exauriente ilumina a questão. Percebe-se que a sumariedade, no plano vertical, pressupõe restrição no tocante à atividade probatória¹²³. Em outras palavras, o provimento baseado em cognição sumária pressupõe que não tenha sido esgotada a atividade probatória.

Nota-se, assim, que a diferenciação entre as duas modalidades de cognição no plano vertical não pode se basear na convicção do juiz. Com efeito, é possível que haja decisão, após o encerramento do iter procedimental, baseada em ônus da prova (CPC, art. 373, incs. I e II), hipótese na qual há cognição exauriente apesar da incerteza do julgador, evidenciada precisamente pela necessidade de se socorrer da regra de julgamento. Crê-se que a possibilidade de instrução e debate no momento em que a decisão é proferida seja critério mais adequado para diferenciar as modalidades de cognição¹²⁴. Desse modo, mesmo quando não seja possível

¹²¹ Não confundir com a sumarização no plano horizontal, em que se traduz a cognição parcial.

¹²² PISANI, Andrea Proto. *La tutela sommaria* (1979), p. 314/315. No original o autor emprega a locução “cognizione piena ed esauriente”, embora esteja a tratar do que se denomina, na doutrina brasileira, de cognição exauriente, a qual, como visto, não se confunde com a plenária. Luiz Guilherme MARINONI, *Antecipação...* Op. cit., p. 39, também enfatiza o contraditório prévio como pressuposto da cognição exauriente, da qual resultam provimentos jurisdicionais sobre os quais recai a coisa julgada. Acrescente-se que a menção, feita no corpo do texto à verdade processual, parte da premissa de que a “verdade real” é inalcançável no processo. Isso, contudo, não impede que a verdade seja um dos critérios norteadores da atividade jurisdicional. Consulte-se, sobre o tema, Michele TARUFFO, *Notas sobre a verdade no processo* (2009), p. 95 e ss., texto no qual é enfatizada a importância ética da verdade e sua relevância para a democracia. Se o que se pretende é um processo justo, então se pode afirmar que a verdade deve ser buscada na reconstrução dos fatos. O aprofundamento da questão, contudo, transcende os limites deste trabalho.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação...* Op. cit., p. 38. O autor destaca que a cognição sumária depende da relação entre as alegações e as provas. Disso se pode inferir que há cognição sumária quando a decisão é proferida sem que tenham sido produzidas todas as provas admitidas na demanda.

¹²⁴ TALAMINI, Eduardo. *Cóisa julgada...* Op. cit., p. 55/56 e 59/60.

ao juiz se pronunciar com fundamento em um juízo de certeza, há cognição exauriente à medida que o objeto do processo é examinado segundo a “maior dimensão de cognição possível”¹²⁵

A ideia inerente à cognição sumária é a incompletude da atuação das partes com vistas ao convencimento do juiz, notadamente no que diz respeito à produção das provas, no momento em que a decisão é proferida. Quando o iter procedimental tiver sido percorrido em sua plenitude, há cognição exauriente, de modo que a profundidade da análise permite que sobre o efeito declaratório da decisão recaia a coisa julgada. É irrelevante, para esse fim, que o julgamento tenha ocorrido com fundamento no ônus da prova ou em decorrência da revelia. Em ambos os casos há cognição exauriente.

A afirmação não pode surpreender. O juiz aplica o ônus da prova como regra de julgamento quando, a despeito da instrução probatória, eventualmente permeada pela produção de provas *ex officio*, o autor fracassa na demonstração do fato constitutivo de seu direito, sendo o réu inexitoso na comprovação de fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor. Em tais casos, ambas as partes puderam participar do procedimento em contraditório. O insucesso na comprovação do que fora alegado não caracteriza a cognição como sumária. Continua havendo profundidade na apreciação do juiz. A não demonstração do fato constitutivo conduz à improcedência da demanda, ressalvadas as hipóteses de inversão de ônus da prova (CPC, art. 373, §1º), nas quais o malogro do réu na comprovação de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos leva à procedência do pedido. Em ambos os casos as sentenças são imutabilizadas pela coisa julgada¹²⁶.

Também há cognição exauriente no julgamento antecipado em decorrência de revelia (CPC, art. 355, inc. II). Para tanto, é necessária a presunção de veracidade das alegações do autor (CPC, art. 344), a omissão do revel no requerimento de provas em momento adequado à sua produção (CPC, art. 349) e a não concretização de quaisquer das hipóteses elencadas no art. 345, cujo inc. IV assenta que alegações destituídas de verossimilhança ou contrariadas pela prova dos autos não autorizam a consolidação dos efeitos da revelia.

¹²⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva* (2003), p. 407.

¹²⁶ Há exceções a essa afirmação. Como demonstra Eduardo TALAMINI, *Coisa julgada...* Op. cit., p. 60/61, quando a ação popular é julgada improcedente por falta de provas (Lei n. 4.717/65, art. 18), o que significa que o autor não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo do direito, não há coisa julgada. O mesmo ocorre nas ações coletivas destinadas à tutela de direitos coletivos ou difusos (CDC, art. 103, incs. I e II, assim como Lei n. 7.347/85, art. 16) e no mandado de segurança quando ausente prova documental apta a demonstrar o direito líquido e certo invocado (Lei n. 12.016/09, arts. 6º, *caput*, 10, *caput* e 19, além da Súmula 304 do STF). No tocante ao mandado de segurança, Luiz Guilherme MARINONI, *Antecipação...* Op. cit., p. 40 e ss., afirma que é aplicada a técnica da cognição exauriente *secundum eventum probationis*, de modo que o impetrante poderá promover outra demanda se faltarem documentos para a comprovação do direito afirmado. Ovídio BAPTISTA, *Curso...* Op. cit., v. I, p. 128 e ss., refere-se ao procedimento do mandado de segurança como *sumário documental*, pois somente são admitidas provas documentais.

Os requisitos são cumulativos e, se verificados, determinam o julgamento antecipado baseado em presunção. Disso não se pode deduzir que a cognição seja sumária. As circunstâncias do caso – alegações corroboradas pela prova constante dos autos, produzidas pelo próprio autor – autorizam que o juiz profira julgamento com a profundidade necessária para que a decisão seja imutabilizada pela coisa julgada¹²⁷.

As diferentes técnicas de cognição se interpenetram. Tome-se como exemplo a prolação de sentença nos interditos possessórios. A cognição é parcial no plano horizontal, pois restrita à posse, sendo exauriente no plano vertical, em razão da possibilidade de aprofundamento no exame do objeto litigioso, atuando as partes em conformidade com o contraditório. Por sua vez, liminares possessórias são proferidas à luz de cognição parcial no plano horizontal, pois é proibida a discussão sobre propriedade (CC, art. 1.210, §2º), e sumária no vertical, inexistindo possibilidade de aprofundamento sobre a questão. A cognição também pode ser verticalmente sumária, embora seja plenária no plano horizontal, tal como se dá com as liminares proferidas nas demandas reivindicatórias. A plenariedade decorre da possibilidade de se invocar quaisquer alegações relacionadas à propriedade¹²⁸.

2.3.1 Cognição no julgamento antecipado parcial do mérito

O código vigente sistematizou o julgamento antecipado parcial do mérito nos arts. 354, *caput* e par. ún., 355, incs. I e II e 356, incs. I e II, §§ 1º a 5º¹²⁹. O fracionamento do mérito já ocorria corriqueiramente no sistema anterior, tal como se dava quando o juiz reconhecia decadência ou prescrição¹³⁰. O CPC procurou sistematizar a matéria, prevendo expressamente

¹²⁷ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 55/56. Para o autor, conceber como sumária a cognição baseada em presunção, na hipótese de julgamento antecipado em razão da revelia, levaria à necessidade de considerar como igualmente sumária a cognição realizada em demandas nas quais o julgamento esteja fundamentado na ausência de impugnação específica às alegações do autor (CPC, art. 341).

¹²⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil* (1990), v. II, p. 227.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código...* Op. cit., p. 379/380, referem-se ao instituto como “julgamento imediato parcial do mérito”.

¹³⁰ TALAMINI, Eduardo. *Saneamento do processo*, p. 306 e ss., apontou a possibilidade de julgamento antecipado parcial de mérito, por ocasião do despacho saneador, sob o CPC/1973. Segundo o autor, em posição com a qual se concorda, embora o art. 330 do código revogado não contivesse previsão expressa, a viabilidade do julgamento parcial do mérito resultava da finalidade do despacho saneador, consistente na redução do objeto de conhecimento do juiz. Diferentemente do que ocorre à luz do código vigente, decisões parciais de mérito não faziam coisa julgada, de modo que até a sentença era possível examinar matérias de ordem pública concernentes à fração já decidida do objeto litigioso. No regime atual, o trânsito em julgado de parcela do mérito, julgada mediante decisão interlocutória, enseja a estabilização por meio da coisa julgada. Eventual sentença terminativa não atingirá a porção do mérito já decidida e estabilizada. Assim, se um dos pedidos tiver sido julgado com fundamento no art. 356, inc. I, do CPC, a posterior extinção do processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse processual (CPC, art. 485, inc. VI), não o atingirá. A mesma conclusão é válida para outras hipóteses de cisão do mérito. Contra as decisões de julgamento parcial caberá ação rescisória (CPC, art. 975), cujo prazo começa a correr a partir do

as hipóteses de cabimento, o recurso cabível e a possibilidade de deflagração de execução provisória. O direito positivo torna evidente a superação do princípio da unicidade, de acordo com o qual o exame do mérito deveria ocorrer em apenas uma decisão.

Nos termos do CPC, viabiliza-se o julgamento antecipado parcial do mérito quando um ou mais pedidos, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (art. 356, inc. I). Também poderá ocorrer quando não for necessário produzir outras provas além da documental (art. 356, inc. II c/c art. 355, inc. I) ou quando, caracterizando-se a revelia, deixar o réu de requerer outros meios prova no momento oportuno (art. 356, inc. II, c/c art. 355, incs. I e II). O art. 354, par. ún., refere-se à possibilidade de fracionamento do mérito nos casos em que o juiz dispuser sobre prescrição ou decadência (CPC, art. 487, inc. II) ou quando homologar o reconhecimento da procedência de pedido em ação ou reconvenção, transação ou renúncia à pretensão formulada na pretensão ou na reconvenção (CPC, art. 487, inc. III).

A divisão do mérito se relaciona com o tema dos capítulos de sentença ou decisão, mas com ela não se identifica. Segundo clássica conceituação, os capítulos seriam as “unidades autônomas do decisório da sentença”¹³¹. Certamente pedidos diferentes compõem capítulos distintos do *decisum*, de modo que é correto sustentar que o julgamento do mérito ocorre em diferentes capítulos. Saliente-se, contudo, que com a possibilidade de estabilização das questões prejudiciais sem necessidade de ajuizamento de ação declaratória incidental (CPC, art. 503, §1º, incs. I a III, e §2º), a apreciação do *meritum causae* não depende de pedido da parte. O julgamento dessas questões também enseja capítulos específicos, tal como se dá com os temas atinentes às condições da ação ou aos pressupostos processuais, os quais dão margem a capítulos distintos, apesar de não se referirem ao mérito.

A cognição é exauriente em qualquer das hipóteses de julgamento antecipado parcial do mérito. Isso significa que as decisões são cobertas pela coisa julgada e se submetem à ação rescisória, conforme resulta do art. 966, dispositivo que se refere ao cabimento da ação rescisória contra “decisão de mérito”. A locução compreende tanto as sentenças, quanto as decisões interlocutórias.

trânsito em julgado da decisão, extinguindo-se dois anos após o último *decisum* proferido. Sobre o tema, Ricardo Alexandre da SILVA, *Breves comentários ao novo código de processo civil*, p. 1.028.

¹³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença* (2002), p. 35. Acrescenta o jurista na mesma página: “Capítulo é porção, parte, parcela, segmento, ou seja, a unidade decorrente de uma divisão”. A ideia já era defendida por Francesco CARNELUTTI, *Capo di sentenza* (1933), p. 118: “La sentenza ha tanti capi quanti sono questi fili”.

A propósito, é importante destacar que o código não empregou a técnica das sentenças parciais¹³². Com efeito, os provimentos jurisdicionais que resolvem parcela do mérito são decisões interlocutórias, pois não encerram a etapa cognitiva do procedimento (CPC, arts. 203, §§1º e 2º e 316). O recurso cabível é o agravo de instrumento (CPC, arts. 356, §5º, e 1.015, inc. II).

2.3.2. Cognição nas tutelas de urgência e de evidência

Nos arts. 294 a 311 o CPC disciplina o que denominou como tutela provisória, subdividida em tutela de urgência e tutela da evidência. Cinde-se a tutela provisória de urgência, segundo a terminologia do código, em tutela cautelar e antecipada (CPC, art. 294, par. ún.). É nítida a contraposição, embora mediante terminologia inadequada, entre as tutelas satisfativa e cautelar. Na realidade, como destaca a doutrina, a antecipação é uma técnica, ao passo que o termo cautelar se refere a uma modalidade de tutela¹³³. Referida técnica pode permitir a

¹³² Por ocasião da Lei n. 11.232/2005, que modificou a redação do art. 162, §1º, do CPC/1973, parte da doutrina passou a sustentar a admissão, no direito processual brasileiro, de sentenças parciais. Nesse sentido, Luciano Vianna ARAÚJO, *Sentenças parciais?* (2011), p. 105 e ss., Sidney Pereira de SOUZA JUNIOR, *Sentenças parciais no processo civil* (2009), p. 55 e ss., Jorge de Oliveira VARGAS, *O novo conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo: apelação ou agravo de instrumento* (2007), p. 111 e ss., ao esposar a possibilidade de prolatação de sentenças parciais, sustentou que o recurso cabível seria a apelação por instrumento. A solução era totalmente coerente com suas premissas. Nada obstante, prevaleceu a ideia, incorporada expressamente no art. 203, §1º, do código vigente, segundo a qual sentença é o provimento jurisdicional que encerra a etapa cognitiva do procedimento.

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação...* Op. cit., p. 33: “Note-se que os procedimentos, as sentenças, os meios de execução e a possibilidade de antecipação são técnicas para a prestação da adequada tutela dos direitos. É nesta linha que é oportuna a distinção entre tutela e técnica para a sua concessão”. O tema é desenvolvido pelo mesmo autor em *Técnica processual...* Op. cit., p. 119 e ss., ocasião na qual é enfatizada a necessidade de que as técnicas processuais sejam projetadas à luz dos reclamos do direito material, a fim de que possam tutelá-lo adequadamente. Daniel MITIDIERO, *Antecipação da tutela* (2013), p. 42 e ss., sublinha que tanto a tutela cautelar, quanto a satisfativa, são tutelas finais, destinadas a proteger adequadamente certa situação fático-jurídica. A sumariedade, segundo o autor, refere-se à técnica antecipatória, não à tutela cautelar, de modo que é correto assentar que a liminar acautelatória consiste em antecipação da tutela cautelar. Ovídio BAPTISTA, *Curso de processo civil*, v. III (1993), p. 42 e ss., baseia a distinção entre tutela cautelar e “antecipatória” na natureza assecuratória da primeira, sendo a segunda satisfativa. Em abordagem muito influente no direito processual brasileiro, o autor assinalou que a tutela cautelar era identificada, pela doutrina majoritária, como provisória, sendo a definitividade dos provimentos relacionada à sua satisfatividade (p. 48). Todavia, a satisfatividade pode ocorrer no âmbito da tutela provisória do direito, tal como se dá quando a técnica antecipatória permite a tutela não definitiva da posse ou dos alimentos. A tutela cautelar teria como finalidade proteger uma situação cautelanda, referível a um direito subjetivo, pretensão, exceção, ação de direito material ou interesse do requerente (p. 51 e ss.). Alcides Alberto Munhoz da CUNHA, *A lide cautelar no processo civil* (1992), p. 73, sustentava a existência de lide especificamente cautelar, desvinculada da lide objeto do processo principal. Segundo o autor, a pretensão à proteção da pretensão principal seria ela mesma um bem protegido pelo ordenamento jurídico contra o perigo de lesão, caracterizando-se como pretensão autônoma, constitutiva da lide cautelar. A tutela cautelar, tendo como objeto uma lide específica, seria nesse sentido autônoma em relação à lide e ao processo principal. Em sentido oposto se manifesta José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada* (1998), p. 125, para quem os provimentos cautelares se prestariam apenas a assegurar a utilidade do resultado das tutelas cognitivas e satisfativas. Eduardo TALAMINI, *Medidas urgentes (“cautelares” e “antecipadas”)* (2003), p. 22 e ss., defende

antecipação de tutela não somente contra o dano, mas também contra ato ilícito (CPC, art. 498, *caput* e par. ún.¹³⁴).

É bastante claro que a cognição é verticalmente sumária nos provimentos de urgência disciplinados nos arts. 300, 303 e 305 do CPC¹³⁵. Quer se trate de tutela satisfativa, quer se trate de tutela cautelar, a sumariedade da cognição decorre da técnica antecipatória¹³⁶. Já se viu que a sumariedade no plano vertical caracteriza a emissão de juízo fundado em probabilidade, de modo que o provimento jurisdicional liminarmente deferido não pode ser recoberto pela coisa julgada.

O código disciplina o requerimento e concessão de tutela satisfativa em caráter antecedente, no qual se prevê a estabilização do provimento contra o qual não tiver sido interposto recurso (CPC, art. 304). Considerando a sumariedade da cognição, em conformidade com a técnica antecipatória, não pode haver dúvida sobre a impossibilidade de se caracterizar referida estabilização como coisa julgada. A própria possibilidade de revisão, reforma ou invalidação do que fora decidido (CPC, art. 304, §2º) já demonstra que o provimento liminar não é imutabilizado pela *res judicata*.

Ademais, caracterizar-se-ia inconstitucionalidade na estabilização pela coisa julgada de provimentos baseados em cognição sumária, emitidos em procedimento concentrado, sem contraditório efetivo, a restringir demasiadamente a possibilidade de prolação de decisão justa¹³⁷. A estabilidade máxima que caracteriza a coisa julgada exige cognição exauriente e seria não isonômico equiparar, no tocante à estabilização, decisões proferidas no “rito sumaríssimo” descrito nos arts. 303 e 304, com aquelas prolatadas no procedimento comum. A esses argumentos, adicione-se o direito positivo: o art. 304, §6º, assenta que a estabilidade em análise não corresponde à coisa julgada.

Tampouco os provimentos que caracterizam a tutela da evidência (CPC, art. 311) fazem coisa julgada. A propósito, é digno de nota que sequer se estabilizam na forma

que a diferença entre a tutela antecipada e a tutela cautelar não está na essência, mas no conteúdo que prepondera no provimento.

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela contra o ilícito* (2015), p. 119 e ss. e p. 125 e ss. No mesmo sentido, Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO, *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 199.

¹³⁵ Sob o código revogado, Alcides Alberto Munhoz da CUNHA, *Antecipação e antecipações...* (2005), p. 237, sustentava que o abuso de defesa caracterizava cognição exauriente. Todavia, a possibilidade de que o posicionamento adotado provisoriamente pelo juiz fosse modificado, bem demonstrava que se tratava de provimento provisório, amparado em cognição sumária.

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 210. Os autores assinalam que a cognição sumária está na base da técnica antecipatória, de modo que o provimento emanado pode ser revogado com o aprofundamento da cognição.

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código...* Op. cit., p. 317/318. A argumentação é apresentada pelos mesmos autores no *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 217.

preconizada pelo art. 304 do CPC, o que demonstra o tratamento incoerente da matéria pelo código. Com efeito, não há justificativa sistemática para que se estabilizem as medidas satisfativas proferidas no âmbito da tutela de urgência, mas o mesmo não ocorra com os provimentos amparados no art. 311, igualmente baseados em cognição sumária.

A análise das hipóteses de cabimento da tutela da evidência demonstra que a sumariedade vertical da cognição, típica da técnica antecipatória, é traço comum nas quatro hipóteses previstas no código. No art. 311, inc. I, a decisão é proferida com fundamento na inconsistência da defesa, sem que haja encerramento da instrução em relação ao pedido apreciado em medida liminar¹³⁸. Como haverá produção de provas, malgrado a fragilidade da resposta, a cognição é indiscutivelmente sumária¹³⁹.

Poderia surgir alguma dúvida em relação à hipótese versada no art. 311, inc. II, dispositivo que prevê a concessão de tutela provisória quando as alegações puderem ser comprovadas apenas mediante prova documental e houver tese consolidada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante¹⁴⁰. Há semelhança entre esse dispositivo e o

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código...* Op. cit., p. 322. O código se vale das expressões “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório da parte”. Luiz Guilherme MARINONI, *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda* (2007), p. 56, embasa a antecipação de tutela da evidência no oferecimento de exceção de mérito indireta inconsistente. À medida que a apresentação de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos supõe o reconhecimento do fato constitutivo, o tempo do processo deve ser redistribuído, a fim de que o autor não tenha de suportar o tempo consumido pelas provas requeridas em defesa inconsistente. A premissa para a antecipação é a inconsistência da defesa. MARINONI também admite que haja antecipação da tutela da evidência no oferecimento de defesa de mérito direta, desde que as alegações e provas do autor gerem convicção – insuficiente para o julgamento antecipado parcial do mérito – e o réu não consiga demonstrar que a instrução levará à improcedência da demanda (p. 107). MARINONI não diferencia as duas expressões, considerando-as como cláusulas abertas que demonstram a possibilidade de concessão de tutela satisfativa provisória, por meio da técnica antecipatória, sempre que a defesa se mostrar pouco consistente. Por outro lado, Fredie DIDIER JR., Paula Sarno BRAGA e Rafael Alexandria de OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, v. II (2007), p. 634 ss., procuram estabelecer distinção, apontando que a locução “abuso do direito de defesa” referir-se-ia a atos intraprocessuais, ao passo que “manifesto propósito protelatório da parte” seria remissão a condutas extraprocessuais. Em ambos os casos a tutela estaria baseada na probabilidade.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Abuso de defesa...* Op. cit., p. 131.

¹⁴⁰ Deve ser criticada a orientação adotada no código, por meio da qual se restringe a tutela provisória da evidência às hipóteses de incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos repetitivos e súmulas vinculantes, pois a fragilidade da defesa não decorre da chancela da pretensão do autor em decisões exaradas por meio das técnicas apontadas, mas da existência de precedente em favor do autor, sendo incompleto o rol elencado no art. 311, inc. II, do CPC. Nessa linha, Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO, *Novo código...* Op. cit., p. 322. Deve-se compreender por precedente as razões necessárias e determinantes das decisões proferidas pelas Cortes Supremas, a quem incumbe uniformizar o direito federal nos planos constitucional e infraconstitucional, como demonstra Luiz Guilherme MARINONI, *Precedentes ...* Op. cit., p. 156 e ss., 161 e ss. e 180 e ss. Do mesmo autor, destacando o papel das Cortes Supremas na formação dos precedentes obrigatórios, *O STJ enquanto...* Op. cit., p. 113 e ss. No mesmo sentido, Daniel MITIDIERO, *Cortes superiores...* Op. cit., p. 29 e ss. Fredie DIDIER JR., Paula Sarno BRAGA e Rafael Alexandria de OLIVEIRA, *Curso...* Op. cit., p. 638, também criticam a redação do art. 311, inc. II, afirmando que o dispositivo deveria se aplicar a todas as hipóteses previstas no art. 927 do CPC. Este posicionamento é menos extensivo que aquele adotado por MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, autores que criticam o limitado alcance do art. 927 do CPC, como se vê no *Novo código...* Op. cit., p. 873.

juízo antecipado parcial do mérito versado nos arts. 356, inc. II, c/c 355, I, ambos do CPC, pois também neste caso não há necessidade de produzir outras provas além da documental.

No julgamento antecipado parcial do mérito a cognição é exauriente, de modo que a decisão proferida é atingida pela coisa julgada. O mesmo não ocorre com o provimento exarado à luz do art. 311, inc. II, do CPC. Este dispositivo se restringe a permitir que o juiz conceda tutela provisória, com base em cognição sumária, quando a pretensão do autor estiver amparada em precedente e a comprovação das alegações puder ocorrer apenas por meio de prova documental. Nesses casos é elevada a probabilidade de acolhimento da pretensão do autor ao final do processo, de modo que seria injusto fazê-lo aguardar a proteção de seu direito (CF, art. 5º, inc. LXXVIII c/c CPC, art. 4º). Assim, o art. 311, inc. II, e par. ún., permite que ocorra tutela provisória do direito, com base na evidência, mediante provimento liminar, até o julgamento do pedido com fundamento em cognição exauriente.

A aplicação do dispositivo se limita à concessão de liminar baseada na evidência. Após a apresentação da defesa, se estiver convencido das alegações do autor, o juiz deve julgar antecipadamente parcela do mérito (CPC, arts. 356, inc. II, c/c 355, inc. I), ou a integralidade do processo quando houver somente um pedido (CPC, art. 355, inc. I), o que ocorrerá sempre que o réu não estabelecer distinção entre o precedente invocado e o caso concreto. Após a resposta terá ocorrido contraditório suficiente para que seja proferida decisão final sobre o tema se o juiz considerar desnecessária a produção de outras provas. Embora no art. 311, par. ún., haja referência à *possibilidade* de concessão de liminar, a hipótese abrigada no art. 311, inc. II, exige que a tutela seja concedida antes da resposta. Depois que o réu tiver respondido, a desnecessidade de produção de outras provas leva à tutela definitiva do pedido (CPC, arts. 356, inc. II, c/c 355, inc. I).

Com efeito, a duração razoável do processo (CF, art. 5º, inc. LXXVIII e CPC, art. 4º) impõe que haja resolução definitiva do mérito sempre que isso seja possível, de modo que o juiz não pode prorrogar a tutela da evidência quando for viável decidir definitivamente. Trata-se de reflexo do princípio da segurança jurídica. Em outras palavras, materializando-se a hipótese do art. 355, inc. I, incumbe ao juiz conceder tutela jurisdicional definitiva, extinguindo o processo quando se tratar de apenas um pedido, ou fracionando o julgamento do mérito se houver pluralidade de pretensões.

No art. 311, inc. III, o CPC disciplina a tutela a ser concedida nas ações de depósito. A emissão de ordem de entrega do objeto, sob pena de multa, a retratar a concessão de

provimento mandamental, deixa claro que se trata de decisão provisória, lastreada em cognição sumária. Como visto, a concessão de liminar antes da resposta é expressamente autorizada no art. 311, par. ún., do CPC.

O art. 311, inc. IV, prevê a tutela da evidência quando o fato constitutivo tiver sido demonstrado de forma suficiente, limitando-se o autor a apresentar defesa incapaz de infundir dúvida razoável no juiz. Nesse caso, assim como ocorre no art. 311, inc. I, compete ao réu arcar com o tempo necessário para a produção das provas que requereu. Considerado o papel do primeiro inciso como cláusula geral, sequer seria necessária a especificação constante no quarto. Tanto em um caso, quanto em outro, trata-se de defesa pouco consistente. Nem se diga que a diferença reside no acento que o inc. IV concedeu à prova documental, pois considerado o momento em que a tutela provisória é concedida – fase postulatória – em ambos os casos as partes não terão produzido outra modalidade de prova¹⁴¹.

A ideia subjacente ao dispositivo em análise é que não seria justo impor ao autor, exitoso na tarefa de demonstrar a probabilidade de seu direito com fundamento na prova documental, os custos inerentes ao tempo necessário para a produção dos meios probatórios requeridos na resposta frágil do demandado. Sendo necessária a ampliação da atividade probatória, a decisão provisória prolatada após a resposta é baseada em cognição sumária.

2.3.3. Cognição e procedimento monitório

O art. 701, *caput*, prevê a expedição de mandado de pagamento, entrega de coisa, obrigação de fazer ou de não fazer, quando for evidente o direito do autor, amparado em prova escrita sem eficácia de título executivo. No art. 701, §2º, é disciplinada a formação de título executivo judicial sempre que o réu deixar de apresentar embargos. Discute-se, na doutrina, se a cognição, no plano vertical, seria sumária ou exauriente.

Por um lado, afirma-se que a impossibilidade de o juiz determinar a produção de provas antes de constituir o título, mesmo que não esteja convencido sobre a executividade,

¹⁴¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso...* Op. cit., p. 641/642, indicam a limitação do réu ao requerimento de produção de prova documental para que a tutela provisória seja concedida com fundamento no art. 311, inc. IV. Alegam que se o réu produzir prova documental insuficiente, requerendo outros meios de prova para complementá-la, a tutela provisória com base na evidência não poderá ser concedida. Discorda-se desse posicionamento. É precisamente neste caso que se deve conceder a tutela provisória, a fim de evitar que o autor seja penalizado pelo tempo necessário à produção das provas requeridas pelo réu em sua defesa inconsistente. Fosse correto o entendimento ora criticado, bastaria ao réu requerer a produção de outros meios de prova para inviabilizar o deferimento da tutela provisória, sendo então recompensado pela fragilidade de sua defesa.

demonstra que a cognição é sumária¹⁴². Por outro, argumenta-se que a amplitude cognitiva é exauriente por ficção legal, em conjugação com a técnica da cognição *secundum eventum defensionis*¹⁴³.

O inadimplemento e a não apresentação de embargos bastam para a constituição do título executivo, e a decisão proferida é passível de ataque por meio de ação rescisória, conforme assenta o art. 701, §3º. Como a coisa julgada sempre se vincula com a cognição exauriente, é necessário concluir, em atenção ao direito positivo, que o provimento que constitui o título executivo não é proferido com fundamento em cognição sumária. Contudo, o caráter exauriente da cognição decorre da omissão do réu em opor embargos. Por isso se enfatiza que se trata de cognição exauriente *secundum eventum defensionis*, decorrente de ficção legal¹⁴⁴.

O título executivo é constituído tal como ocorreria se tivesse havido prolação de sentença condenatória após amplo contraditório. Pretende-se, com essa técnica, evitar morosidade na atribuição de eficácia executiva a documento escrito capaz de infundir no juiz convicção sobre a evidência do direito do autor.

2.4. Coisa julgada e estabilização do efeito declaratório

Superada a ideia de coisa julgada como eficácia, sendo o instituto reconhecido inclusive pelo direito positivo como *autoridade* (CPC, art. 502), cabe definir sobre o que essa qualidade recai. A controvérsia sobre o tema é imensa. Refutando a concepção então corrente, LIEBMAN demonstrou que a coisa julgada não era um dos efeitos da sentença, nem se identificava com o efeito declaratório. Tratava-se, isso sim, de qualidade que a eles se agregava, para torná-los mais estáveis¹⁴⁵.

¹⁴² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 55/56.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação...* Op. cit., p. 45. Do mesmo autor, *Abuso de defesa...* Op. cit., p. 95.

¹⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *As presunções e a prova* (1988), p. 65 assinala que ao estabelecer ficções a lei considera ocorrentes fatos que sabidamente não aconteceram. Há diferença em relação às presunções absolutas, em que a ocorrência do fato presumido é irrelevante. A confissão presumida, quando o réu pessoalmente intimado não comparece à audiência de instrução e julgamento (CPC, art. 385, §1º), é exemplo de ficção legal apontado por Barbosa MOREIRA. Como sublinha Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA, *Presunções e ficções no direito probatório* (2011), p. 18, por meio da ficção legal surge elemento de convicção anteriormente inexistente. Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições...* Op. cit., v. III, p. 116, equipara incorretamente ficções legais a presunções absolutas. No tocante ao procedimento monitorio, a omissão do réu em apresentar defesa oportuniza a criação de título com fundamento em autêntica ficção legal. Com efeito, o título executivo é constituído como se tivesse havido contraditório prévio, o qual evidentemente não ocorreu. Há, portanto, ficção, pois se considera existente, por força de lei, algo que não aconteceu.

¹⁴⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia...* Op. cit., p. 23. Mais adiante, na mesma obra, afirma o autor: “Da premissa há pouco enunciada deriva uma só e necessária consequência: a autoridade da coisa julgada não é efeito da

Os efeitos da sentença são independentes da coisa julgada. A decisão os produz porque consiste em ato imperativo, praticado por órgão estatal ao qual se atribui competência para a resolução de conflitos, substituindo-se às partes. Todavia, há decisões judiciais que não são estabilizadas pela coisa julgada, tal como ocorre com as sentenças terminativas. Como já visto, resulta do direito positivo que somente as decisões de mérito serão cobertas pela coisa julgada (CPC, art. 502). Todavia, é preciso definir a extensão dessa cobertura. Em outras palavras, impõe-se determinar se a coisa julgada atinge o conteúdo das decisões em sua integralidade, ou se apenas o efeito declaratório seria imutabilizado. Para abordar essa questão, é preciso compreender os conceitos de “eficácia”, “efeitos” e “conteúdo”.

Entende-se por eficácia a capacidade de um ato de produzir efeitos¹⁴⁶. Em outras palavras, os efeitos são gerados pelo ato jurídico eficaz. Considerando como objeto a atividade jurisdicional, tem-se que a decisão judicial eficaz irradia efeitos. O conteúdo da decisão corresponde ao conjunto de eficácias, constituído pelas pretensões acolhidas. Geralmente uma decisão terá em seu conteúdo mais de uma eficácia, conforme assinalara Pontes de MIRANDA¹⁴⁷.

Suponha-se a convivência, pública e habitual, destinada à constituição de família, realizada por João e Maria. Encerrada a relação, a demanda para a dissolução da união estável terá diferentes capítulos, com distintas eficácias. Como não havia sido celebrado prévio acordo de vontades, será necessário primeiramente declarar existente a união, mediante decisão declaratória. Na sequência, haverá de ser desconstituída a união, por meio de capítulo decisório constitutivo negativo. A atribuição de alimentos para Maria ocorrerá em capítulo condenatório. Caso se faça necessário retirar o convivente do lar, haverá capítulo com eficácia mandamental. Eventual imissão da convivente na posse do imóvel em que habita, ocorrerá com suporte na

sentença, como postula a doutrina unânime, mas sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado”.

¹⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema* (1985), p. 175/176: “Eficácia, enfim, é palavra que se costuma usar, na linguagem jurídica, para designar a qualidade do ato enquanto gerador de efeitos. Em correspondência com o duplo enfoque dos efeitos, acima exposto, pode-se falar em eficácia como simples aptidão para produzir efeitos (em potência) ou como conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos (em ato)”.

¹⁴⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*, t. I (1970), p. 131 e ss. Embora a abordagem do jurista tenha sido importantíssima para demonstrar que, em regra, determinado provimento jurisdicional contém mais de uma eficácia, considera-se inexata a ideia de que isso *sempre* ocorrerá. Basta pensar em provimento meramente declaratório, o qual conterà somente os capítulos atinentes à declaração e à condenação em verba honorária, não sendo identificáveis outras eficácias. Ademais, embora a teoria da constante quinze – de acordo com a qual a soma das cinco eficácias do ato decisório sempre corresponderia a quinze, valendo cinco a carga preponderante, ou força da decisão, e um a menos relevante – contribua para a visualização da eficácia prevalecente, por meio da qual o ato será classificado, distribuir as eficácias segundo rígida ordem de valores é artifício matemático desnecessário.

eficácia executiva do *decisum*. Os honorários advocatícios serão fixados em capítulo condenatório¹⁴⁸.

No exemplo referido, a sentença abriga em seu conteúdo as cinco possíveis eficácias, com as quais é composto seu conteúdo. Houve cumulação sucessiva, de modo que o acolhimento do primeiro pedido – declaração de existência da união estável – levou ao acolhimento do segundo – desconstituição da união estável. Além da cumulação sucessiva, houve cumulação simples, concernente aos pedidos de alimentos e de imissão na posse. A classificação da sentença é dada em atenção ao capítulo no qual se resolve o pedido principal, correspondente, no caso, à declaração de existência da união estável. Cabe investigar, assimilada a ideia de que o conteúdo abriga as diferentes eficácias do ato decisório, se também os efeitos poderiam integrá-lo.

De acordo com Ovídio BAPTISTA, não se aplica às decisões judiciais o que usualmente ocorre nos fenômenos naturais, em que os efeitos sempre são externos ao ato que os produz. A complexidade inerente às sentenças levaria à presença, em seu conteúdo, de alguns dos efeitos¹⁴⁹. A decisão condenatória abrigaria não apenas o *ato consistente em condenar*, mas igualmente a *condenação*, efeito do primeiro. O *status* de condenado, todavia, não equivale ao efeito condenatório. Por sua vez, nas decisões constitutivas, além do *ato modificador*, a *modificação* integraria o conteúdo, assim como o *estado de modificado*, sendo impossível imaginar o ato modificador sem a respectiva modificação¹⁵⁰.

Contra esse posicionamento se manifestou Barbosa MOREIRA, para quem os atos judiciais, à semelhança do que ocorre com os naturais, não apresentariam os efeitos em seu conteúdo¹⁵¹. O caráter equívoco da palavra modificação na língua portuguesa, a significar tanto

¹⁴⁸ LAZZARINI, Alexandre Alves. *A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução da união estável* (1999), p. 84. Ao tratar da cumulação de pedidos o autor se refere à declaração de existência da união estável, seguida da declaração de seu encerramento, a qual, por sua vez, poderia ensejar outros pedidos, referentes à partilha de bens, alimentos e guarda. Crê-se que o segundo pedido, na cumulação sucessiva, será constitutivo negativo se ainda houver união à época de propositura da demanda. Ultrapassado prazo razoável do encerramento, haverá declaração de extinção da união.

¹⁴⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso...* Op. cit., v. I, p. 489.

¹⁵⁰ Idem, p. 491/492: “É fácil, portanto, perceber que toda sentença condenatória apresentará dois fenômenos distintos: o *condenar*, que é o agir do magistrado em substituição ao agir privado do titular do direito, a tanto impedido pelo ordenamento jurídico, e a *condenação*, que é o estado resultante do ato de condenar. Se examinarmos a sentença, diremos que houve condenação; se dirigirmos a análise para o réu, veremos um ‘réu condenado’. O ato de condenar e a condenação estão na sentença. Haverá desde logo um réu condenado. Não se pode, todavia, confundir o *estar condenado* com o efeito executivo da sentença condenatória. [...] Tal como a sentença condenatória, também a constitutiva apresentará o *ato de modificar*, a *modificação* e o estado subsequente de *estar modificado*”.

¹⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Conteúdo e efeitos da sentença...* Op. cit., p. 177: “Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra. O que se disse dos atos jurídicos em geral diz-se igualmente, em particular, da sentença. Também quanto a esta distinguem um conteúdo, algo que está nela, que a integra, e

o ato de modificar, quanto o resultado deste ato, poderia levar ao equívoco de supor que a nova situação jurídica também integrasse o conteúdo, o que não ocorreria¹⁵².

Considerando os efeitos como projeções do conjunto eficaz, sustenta-se sua integração junto ao conteúdo das decisões judiciais quando se tratar de provimentos condenatórios, constitutivos e declaratórios. Contudo, diferentemente do posicionamento de Ovídio BAPTISTA, não se crê que o *estado de modificado*, o *status de condenado* ou o *estado de declarado* façam parte do conteúdo das decisões. Trata-se de consequências da decisão projetadas no mundo dos fatos, de modo que não podem integrar o conteúdo.

Destarte, pode-se identificar, no provimento condenatório, a presença do ato de condenar e da condenação, o que não acontece com o *estado de condenado*, efeito fático da decisão condenatória. Ocorre idêntico fenômeno em relação às decisões constitutivas. Seu conteúdo encerra o ato modificativo e, nesse sentido, a modificação. Mas não inclui a nova situação jurídica. Quanto aos provimentos declaratórios, o conteúdo é composto pelo ato de declarar e pela declaração que dele resulta.

Chegado esse ponto, afirma-se que a coisa julgada não recai sobre todos os efeitos, mas somente sobre o declaratório. Compreenda-se: o efeito declaratório resulta do ato de declarar. Trata-se da declaração existente em todos os provimentos jurisdicionais¹⁵³. É este componente que fica estabilizado pela coisa julgada. Entendimento contrário, a estender a *res judicata* para os efeitos constitutivo e condenatório, acarretaria o engessamento da vida social dos litigantes. Ora, a sentença proferida na ação de divórcio não impede que os antigos cônjuges voltem a se casar. Do mesmo modo, a anulação do contrato não inviabiliza que as partes, exercendo sua liberdade, voltem a celebrar nova avença ou, se assim preferirem, concedam validade à anterior por meio de aditamento ao que fora contratado. Tal se dá porque a coisa julgada se limita ao efeito declaratório das decisões judiciais, compreendido como a declaração, a qual se encontra presente em todos os provimentos¹⁵⁴.

vários efeitos que, nascendo dela, se manifestam fora, se projetam *ad extra*. Esses efeitos variam segundo o conteúdo, são determinados por ele, mas nem por isso com ele se confundem”.

¹⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Conteúdo e efeitos da sentença...* Op. cit., p. 178/179.

¹⁵³ CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti* (1928), p. 215, assinala que a declaração é o “efeito essencial de todas as sentenças”: “[...] e l’ accertamento è l’ effetto essenziale di tutte le sentenze, anche se con esso, in certi specialis tipi di sentenze, possono andar cumulati altri effetti accessori, dei quali l’ accertamento è in ogni caso la necessaria premessa”. No mesmo sentido, Alcides Alberto Munhoz da CUNHA, *Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada* (2008), p. 366. O processualista também defendia que apenas o efeito declaratório ficava coberto pela coisa julgada.

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 626, destaque no original: “De modo que nem todos os efeitos tornam-se imutáveis em decorrência da coisa julgada. Somente o efeito declaratório é que pode, efetivamente, tornar-se imutável em decorrência da coisa julgada. Deixe-se claro, porém, que todas as sentenças têm algo de declaratório”. Com o mesmo entendimento se manifestara Ovídio BAPTISTA, *Eficácias da sentença e coisa julgada* (2003), p. 74. Na mesma linha, *Conteúdo*

Esse entendimento foi combatido por Barbosa MOREIRA, para quem a coisa julgada imutabiliza a “norma jurídica concreta nela contida” ou, dito de outro modo, a integralidade do ato decisório, não seus efeitos¹⁵⁵. Assim, tratando-se de provimento constitutivo, a *modificação* é coberta pela coisa julgada, ficando protegida contra futuros questionamentos, a fim de que seja preservada a decisão¹⁵⁶.

A fim de contrastar as duas posições, convém formular novo exemplo. Que ocorre quando o juiz anula o contrato, por reconhecer vício na vontade de um dos contratantes? Segundo Barbosa MOREIRA, julgaria mal o juiz que, após a anulação do contrato, concedesse a um dos contratantes alguma prestação, ao argumento de que somente se estabilizara o direito à anulação, não a anulação em si¹⁵⁷. Ocorre que o reconhecimento do direito à anulação – em outras palavras, a declaração de que o contrato deve ser anulado por vício da vontade – por si só inviabiliza a tentativa do contratante de obter melhor sorte em outra demanda. A coisa julgada impede que haja discussão sobre o contrato, não por conta de suposta estabilidade concedida à modificação, mas em razão do efeito declaratório contido no provimento anteriormente exarado. Para verificar o acerto desse entendimento, pergunta-se: poderão as partes elaborar nova avença, na qual se limitem a revalidar o contrato anterior?

A resposta é afirmativa. Trata-se de direito disponível, de modo que as partes, no livre exercício de suas prerrogativas jurídicas, podem pactuar contrariamente ao que fora decidido.

da sentença e mérito da causa (2003), p. 243/244, assim como o *Curso...* Op. cit., v. I, p. 496: “Pelas considerações precedentes, cremos que se pode concluir com LIEBMAN, que a coisa julgada não é um efeito, mas uma qualidade que se junta não, como ele afirma, ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença, tornando-a imutável, e sim apenas ao efeito declaratório, tornando-o indiscutível (que é o meio de a declaração tornar-se imutável!) nos futuros julgamentos”. Identicamente, quanto ao ponto, Celso NEVES, *Coisa julgada civil* (1971), p. 494: “A definição do seu conteúdo vincula-se, portanto, ao que foi pedido na ação e constituiu objeto do julgamento, de seu lado restrito ao elemento *declaratório* da sentença”. Manifestando-se com fundamento no art. 2.909, do Código Civil italiano, afirmou Giovanni PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)* (1969), p. 862/863: “Il giudicato, come si desume dall’art. 2909 c.c., si forma sull’accertamento, il quale di conseguenza ‘fa stato’: mentre, dunque, non è specificamente la condanna del convenuto o la pronunzia costitutiva del giudice a ‘fare stato’, ossia non è il provvedimento giurisdizionale come tale a essere coperto dal giudicato, bensì soltanto l’accertamento, d’altro lato, questo ha una portata vincolante più ampia di quella che avrebbero lo specifico provvedimento di condanna e lo specifico provvedimento costitutivo, se fossero essi l’oggetto del giudicato”. Colhe-se na jurisprudência: “[...] A coisa julgada material, qualidade de imutabilidade e de indiscutibilidade que se agrega aos efeitos da sentença de mérito, atinge apenas a carga declaratória contida no dispositivo do *decisum*” (STJ, REsp. n. 1298342/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 27/06/2014).

¹⁵⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença...* Op. cit., p. 110 e ss. Na página 112, colhe-se o seguinte excerto: “A imutabilidade consequente ao trânsito em julgado reveste, em suma, o *conteúdo* da sentença, não os seus efeitos. Reveste, convém frisar, *todo* o conteúdo decisório. [...] Não deixa de fora, entretanto, os elementos do *decisum* de natureza não puramente declaratória. Se a sentença é, por exemplo, constitutiva, fica coberta pela autoridade da coisa julgada material não apenas a declaração do direito à modificação jurídica, senão também essa modificação, em si mesma: não se poderá jamais, desde o trânsito em julgado, contestar de maneira juridicamente relevante que a modificação se operou, muito embora possam cessar ou alterar-se os respectivos efeitos (a nova situação constituída)”.

¹⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa julgada e declaração* (1971), p. 83.

¹⁵⁷ Idem, p. 83.

Ocorre, no caso, situação semelhante à que resulta do divórcio, cuja decretação não impede os divorciados de contraírem novas núpcias. O que as partes não poderão é obter da jurisdição o reexame da matéria decidida (CPC, art. 337, §4º, c/c art. 485, inc. V). A isso obsta a coisa julgada. Só pode haver validação do que fora anulado, com a observância da mesma avença pelas partes, porque a modificação não se estabiliza, mas apenas o efeito declaratório consistente no direito a anular¹⁵⁸.

A restrição da coisa julgada ao efeito declaratório não acarreta qualquer diminuição na estabilidade da tutela jurisdicional. O autor não poderá promover demanda relacionada à validade do contrato. Não apenas lhe falta interesse processual, em decorrência da anulação anteriormente pleiteada e concedida, como seu pedido colidirá com a coisa julgada. O réu, por sua vez, não pode invocar a restrição da coisa julgada ao referido efeito para postular judicialmente o cumprimento de determinada prestação, pois esse pleito encontra óbice precisamente na *declaração* anterior relacionada ao direito de obter a anulação. Contudo, autor e réu, contratantes no plano fático, podem convencionar em sentido oposto ao que fora decidido, o que somente é possível porque a *modificação* não é acobertada pela coisa julgada, o que fora reconhecido por CHIOVENDA¹⁵⁹. A coisa julgada, segundo o jurista, não recaía sobre o novo

¹⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* Op. cit., v. III, p. 308. Eduardo TALAMINI, *Coisa julgada...* Op. cit., p. 38 e ss. invoca a possibilidade de as partes disporem em sentido contrário ao que fora decidido no processo como argumento para sustentar que a coisa julgada recai sobre todo o conteúdo, não sobre o efeito declaratório. O entendimento foi adotado por Antonio do Passo CABRAL, *Coisa julgada...* Op. cit., p. 84, no contexto da discussão sobre o caráter material ou processual da coisa julgada. Também segue esse posicionamento Paulo Mendes de OLIVEIRA, *Coisa julgada e precedente* (2015), p. 87. TALAMINI assinala que as partes podem reconhecer a existência de direito disponível declarado como inexistente, assim como podem considerar inexistente direito disponível que tenha sido judicialmente reconhecido. Isso decorreria da não vinculação das partes à declaração, o que demonstra que a coisa julgada recai sobre todo o conteúdo. O jurista afirma que os demandantes não poderiam obter decisão em sentido contrário à proferida previamente, pois a tanto estariam impedidos pela coisa julgada. Concorde-se com essa afirmação, mas não com a premissa da qual ela decorre. O efeito declaratório é coberto pela coisa julgada e a consequência é justamente a impossibilidade de que o tema decidido seja judicialmente reapreciado, impondo-se, ainda, sua observância em demandas futuras. Isso não significa que as partes não possam convencionar em sentido contrário. A consequência da imutabilização do acerto, insista-se, é a proibição de nova discussão judicial sobre o que fora decidido, bem como a necessária adoção do *decisum* quando se tratar de questão prejudicial. O ato de declarar traz como efeito a declaração, que nada mais é que o acerto, ou, em termos chiovendianos, a vontade concreta da lei. Crê-se que a estabilização de todo o conteúdo, preconizada por Barbosa MOREIRA e acatada por TALAMINI, é que levaria ao engessamento das relações sociais. A afirmação de que a desconstituição de um contrato – efeito desconstitutivo – é coberta pela coisa julgada, tem como consequência a inviabilidade de que as partes disponham em sentido contrário ao que fora decidido. Reconheça-se, contudo, que para Barbosa MOREIRA e TALAMINI os efeitos, sendo projeções da decisão, não integram o conteúdo, de modo que não seriam estabilizados. Mas isso levaria à conclusão de que a *res judicata* cobre apenas as eficácias da decisão. Ocorre que as eficácias, consistindo na potencialidade de geração de efeitos, não podem ser cobertas pela coisa julgada. São mera virtualidade, inseparáveis, ademais, dos efeitos declaratório, constitutivo e condenatório. Contudo, por divergentes que sejam em suas premissas, as duas concepções aqui debatidas assinalam que a coisa julgada impede as partes de discutir judicialmente sobre o que já fora decidido. Ambas, do mesmo modo, assinalam que juízes em processos posteriores terão de observar o que se decidiu sobre questões prejudiciais à debatida.

¹⁵⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...* Op. cit., v. I, p. 287: “No concernente ao efeito comum da sentença de mérito, isto é, a ‘coisa julgada’, acompanha as sentenças constitutivas tanto quanto as outras; o que, porém, passa

estado jurídico, mas sobre a afirmação ou negação da vontade da lei. É nítida a referência ao efeito declaratório da sentença.

Poder-se-ia questionar se a concepção aqui defendida, ao restringir a coisa julgada à declaração, não suprimiria a diferença, quanto aos limites objetivos da coisa julgada, entre as sentenças declaratória e condenatória¹⁶⁰. Os limites objetivos da coisa julgada dizem respeito às questões jurídicas estabilizadas em decorrência do pronunciamento jurisdicional. Quando se menciona que a coisa julgada recai apenas sobre o efeito declaratório, faz-se alusão àquilo que CHIOVENDA definiu como aplicação da vontade da lei ao caso concreto. Tanto o efeito condenatório não fica coberto pela *res judicata*, que o condenado pode adimplir a prestação após a condenação. Contudo, a declaração de inadimplemento é atingida pela coisa julgada e se estabiliza. Por esse motivo, não se pode voltar a discutir judicialmente a questão. A extensão da coisa julgada aos demais efeitos afetaria o prosseguimento da vida social das partes.

Os efeitos condenatório e constitutivo integram o conteúdo, mas não são imunizados pela coisa julgada. Os limites objetivos da *res judicata* não se referem aos efeitos imutabilizados, mas às questões resolvidas pela decisão de mérito. O conjunto de questões resolvidas não se relaciona com a eficácia preponderante do provimento jurisdicional, de modo que nada prova a respeito da limitação da coisa julgada ao efeito declaratório ou de sua extensão a todo o conteúdo do *decisum*.

Acrescente-se que a possibilidade de as partes convencionarem em sentido oposto à decisão judicial encontra suporte no direito positivo, pois o art. 850, CC, considera nula a transação sobre “litígio decidido por sentença passada em julgado” somente quando algum dos transatores não tiver conhecimento sobre o processo. Assim, a *contrario sensu*, poderão as partes – obviamente cientes do processo – dispor em sentido contrário à decisão¹⁶¹. Esse posicionamento, contudo, tem sua validade circunscrita aos direitos disponíveis.

Com efeito, a indisponibilidade do direito inviabiliza que as partes adotem posição contrária ao provimento jurisdicional. Suponha-se *decisum* favorável à propriedade de

em julgado, não é o ato do juiz enquanto produz um novo estado jurídico, mas enquanto *afirma* ou *nega* a vontade da lei de que o novo estado se produza. Por conseguinte, verifica-se a coisa julgada tanto se a sentença opera a mudança (sentença constitutiva) quanto se nega poder operá-la”.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Op. cit., p. 87. O autor formula a pergunta e a responde, assentando que a teoria da restrição da coisa julgada ao efeito declaratório suprime a diferença, no tocante aos limites objetivos, entre as sentenças declaratória e condenatória.

¹⁶¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 42/43. O entendimento é antigo. Sob a vigência do CPC/1939 e do CC/1916, Francisco Cavalcanti Pontes de MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, t. IV (1947), p. 96, afirmara: “Demais, a força material da coisa julgada, se tem de ser levada em conta pelo juiz, de ofício, precisa ser provada em caso de dúvida, e não impede às partes a renúncia às consequências dela, nem, sequer, à transação sobre ela (Código Civil, art. 1.036), ou de lançar mão do compromisso arbitral para o exame da força material da coisa julgada (Código Civil, arts. 1.048 e 1.036, a que aquele se refere)”.

determinado imóvel pela Fazenda Pública. Será nulo eventual ajuste do cidadão com o ente público no qual este disponha sobre a propriedade. Todavia, isso decorre não da coisa julgada, mas da indisponibilidade do direito reconhecido pela sentença, de modo que ainda quando não houvesse *res judicata*, as partes estariam proibidas, por força da indisponibilidade do direito, de convencionar em sentido oposto à decisão¹⁶².

Quando houver necessidade de intervenção judicial para que os efeitos do ato jurisdicional sejam cancelados, o provimento jurisdicional inviabiliza a modificação pretendida pelas partes. Continua ocorrendo estabilização apenas do efeito declaratório, mas a necessidade de recorrer ao juízo impede que seja consumada a alteração pretendida pelas partes. Imagine-se hipótese em que a paternidade do réu tenha sido reconhecida judicialmente. Essa declaração não pode ser revogada, mesmo se as duas partes convierem nesse sentido. A modificação exige pronunciamento judicial, o que encontra obstáculo na coisa julgada. Chega-se a conclusão diversa na hipótese de improcedência da demanda de reconhecimento de paternidade, pois as partes poderiam, à luz do art. 1.609, incs. II e III, do Código Civil, reconhecer extrajudicialmente o vínculo parental¹⁶³.

Contrariamente ao que sustenta Enrico ALLORIO, afirmar que a coisa julgada recobre o efeito declaratório não significa sustentar sua imprescindibilidade para a própria eficácia declaratória¹⁶⁴. É possível, afinal, que haja declaração sem coisa julgada, tal como ocorre com os atos declaratórios exarados pela Administração e com as sentenças terminativas, as quais declaram inexistente algum pressuposto processual ou condição da ação¹⁶⁵.

¹⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* Op. cit., v. III, p. 308. No mesmo sentido, Eduardo TALAMINI, *Coisa julgada...* Op. cit., p. 43.

¹⁶³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 40/41. O autor formulou os exemplos da procedência e da improcedência da demanda de paternidade usados no texto. A solução aqui adotada é a mesma preconizada no texto citado.

¹⁶⁴ ALLORIO, Enrico. *La cosa juzgada frente a terceros* (1992), p. 41. A diferença entre a abordagem de Ovídio BAPTISTA, aqui endossada, e a concepção que via na coisa julgada a própria declaração, é reconhecida por Eduardo TALAMINI, *Coisa julgada...* Op. cit., p. 38.

¹⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 85/86. Também Enrico Tullio LIEBMAN, *Eficácia...* Op. cit., p. 23, aludia às declarações administrativas para demonstrar que a declaração pode existir sem coisa julgada. Em sentido contrário se manifestou Francisco Cavalcanti Pontes de MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, v. V (1974), p. 206: “O que se há de entender por eficácia de coisa julgada material é a eficácia que o elemento declarativo da sentença produz, chamada força (se prepondera), ou efeito (se se junta à força específica da sentença)”. Em outra passagem da mesma obra (p. 208): “Quem diz ‘eficácia’ declarativa diz ‘coisa julgada material’, pois o ato administrativo revogável declara sem ter eficácia declarativa (ou de coisa julgada material)”. Todavia, pode-se conceber declaração sem coisa julgada. É o que acontece, por exemplo, com as sentenças terminativas, que declaram a inexistência de pressuposto processual ou condição da ação sem que sejam atingidas pela coisa julgada. Essas observações de Pontes de MIRANDA o filiam à concepção anterior a LIEBMAN, de acordo com a qual a coisa julgada seria uma das eficácias da sentença. O desacerto dessa assertiva é comprovado, repita-se, pela possibilidade de se conceber provimentos jurisdicionais declaratórios que não sejam cobertos pela coisa julgada.

Ainda sobre o tema da disponibilidade das partes, acrescente-se que LIEBMAN, ao analisar as sentenças dispositivas, quais sejam, aquelas proferidas sob certas circunstâncias, referira-se à presença, em todas as decisões, da cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que fatos supervenientes não excepcionariam a estabilização propiciada pela *res judicata*¹⁶⁶. DINAMARCO, baseando-se nessa lição, aludiu à coisa julgada *rebus sic stantibus*, pretendendo com isso salientar que as partes podem agir contrariamente ao que fora decidido e estabilizado sempre que se tratar de direitos disponíveis¹⁶⁷. A expressão mereceu a justa censura de Barbosa MOREIRA, para quem mesmo nas decisões sobre alimentos, exemplo clássico de provimentos dispositivos, nada haveria de especial em relação aos fatos supervenientes. Também nesses casos a coisa julgada cobre determinada situação, de modo que, alterando-se a constelação de fatos, pode ser proferida outra decisão¹⁶⁸.

Acrescente-se que a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, autorizada no art. 503, §1º, incs. I a III, do CPC, não altera a posição aqui adotada no tocante à limitação da coisa julgada ao efeito declaratório da decisão. Tome-se o exemplo clássico da ação de alimentos na qual o autor tenha deixado de pedir o reconhecimento da paternidade. O juiz pode declará-la, sem a necessidade de propositura de ação declaratória incidental, além de condenar o autor aos alimentos. Todavia, a despeito da ampliação dos limites objetivos, a coisa julgada continua a recair apenas sobre o efeito declaratório, consistente no reconhecimento da paternidade e no accertamento do direito a alimentos.

2.5. Teorias substancial e processual da coisa julgada

A discussão sobre a natureza material ou processual da coisa julgada suscitou grande debate na processualística. A teoria substancial propugna que a coisa julgada constitui fundamento da relação jurídica declarada em juízo, o que seria evidenciado pelas sentenças injustas, cuja prolação cria direito ou extingue o que até então existia¹⁶⁹. Por sua vez, a teoria processual assinala que o vínculo entre coisa julgada e segurança jurídica demonstra que não há relação da *res judicata* com o direito material¹⁷⁰.

¹⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia...* Op. cit., p. 26 e ss.

¹⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* Op. cit., v. III, p. 308 e *Coisa julgada rebus sic stantibus, transação superveniente, aquiescência e ação rescisória inadmissível*, p. 1.170/1.171. Neste estudo o conceito é abordado para demonstrar que a finalidade eminentemente prática da coisa julgada, de evitar novos julgamentos sobre a mesma questão, não impede o juiz de outro processo de considerar fatos supervenientes.

¹⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença...* Op. cit., p. 111/112.

¹⁶⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia...* Op. cit., p. 43

¹⁷⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 80.

Analisando o debate desenvolvido perante o direito alemão, ALLORIO procurou indicar as premissas da discussão. A função do processo, de acordo com a teoria substancial, é resolver o conflito, ao passo que para a abordagem processual a finalidade da jurisdição corresponderia à aplicação do direito. Daí decorre a impossibilidade, de acordo com a teoria processual, de que o processo crie relações jurídicas¹⁷¹. ALLORIO assinala que o processo de conhecimento é o campo no qual se aplica a ideia de que a finalidade da jurisdição é a resolução da controvérsia havida entre as partes, ao passo que no processo executivo prevaleceria a concepção de que o fim da atividade jurisdicional é a aplicação do direito¹⁷². Baseando-se nessa premissa, ALLORIO adota a teoria substancial da coisa julgada¹⁷³.

A pedra de toque da teoria substancial é a ideia de que podem ser proferidas sentenças injustas, o que comprovaria que o processo cria direito. Com efeito, se há sentenças em desconformidade com o direito material, isso só poderia significar que criaram relação jurídica que antes não existia, ou que extinguiram relação antes existente. Segundo ALLORIO, defensores radicais da teoria processual – lastreada na ideia de que o processo aplica direitos, em vez de resolver conflitos – afirmariam que a sentença confirma o direito, de modo que não poderia ser injusta. Por outro lado, adeptos moderados da teoria processual veriam a possibilidade de que a sentença criasse direitos como uma anomalia, decorrente de circunstâncias do caso concreto¹⁷⁴.

De sua parte, ALLORIO explicava as sentenças injustas, à luz da teoria substancial, ao argumento de que a relação jurídica criada ou extinta por referidos provimentos teria como única causa justificadora as próprias decisões, ao passo que com a sentença justa, agregar-se-ia, à relação jurídica, nova justificação além do componente previamente reconhecido pelo direito que já a justificava¹⁷⁵. Dito de outro modo, a sentença justa reforçaria a justificação da relação jurídica, ao passo que a injusta seria seu único elemento de legitimação.

Analisando o tema, LIEBMAN afirmou categoricamente que a coisa julgada não seria nem material, nem processual, tendo a disputa se assentado sob falsa premissa¹⁷⁶. Com efeito, quando se considera que a coisa julgada não é uma eficácia, mas qualidade que se agrega à

¹⁷¹ ALLORIO, Enrico. *La cosa juzgada frente a terceros*, p. 16.

¹⁷² *Idem*, p. 24/25.

¹⁷³ *Idem*, p. 27: “En efecto, dado que 1) la sentencia es el acto final del proceso declarativo; 2) que en tal proceso la finalidad preponderante es la solución de la controversia, y 3) que la teoría substancial de la cosa juzgada se deriva directamente del planteamiento que concibe el proceso como un instrumento para la solución de controversias, es claro que la teoría substancial de la cosa juzgada es la verdadera”.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 18/19.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 28.

¹⁷⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia...* Op. cit., p. 44/45.

decisão – seja aos seus efeitos, na opinião de LIEBMAN, seja ao seu conteúdo, na visão de Barbosa MOREIRA, seja ainda ao efeito declaratório, de acordo com Ovídio BAPTISTA – fica esvaziada a disputa nos termos propostos, conforme reconhecido pelo próprio ALLORIO¹⁷⁷.

É certo que a engenhosa construção de ALLORIO, bem como as dos demais participantes da célebre polêmica, radicavam-se na premissa de que a coisa julgada constituiria a sentença (concepção material) ou asseguraria o bem da vida ao vencedor do processo, atrelando juízes de processos futuros (concepção processual)¹⁷⁸. Ocorre que a coisa julgada, como visto, não é uma eficácia ou um dos efeitos da sentença. Daí se deduz que ela não cria a situação jurídica, nem atribui a qualquer das partes o bem da vida disputado. Trata-se, repita-se uma vez mais, de autoridade que se agrega ao efeito declaratório da decisão. A constituição de nova situação jurídica, a declaração de determinada relação ou a condenação do devedor ao pagamento de determinada soma, são efeitos das respectivas eficácias constitutiva, declaratória e condenatória. Não se relacionam com a coisa julgada, que somente estabiliza o resultado da prestação jurisdicional ao se atrelar à eficácia declaratória.

Será mais adequado, considerando que a coisa julgada é autoridade que atinge o efeito declaratório da decisão, reconhecer-lhe caráter precipuamente processual, sem que isso signifique inexistência de relação com o direito material, conforme postulava a teoria processualista da coisa julgada. O que não se admite é a ideia de que a própria coisa julgada constitua a relação jurídica. Sua relação com o direito material é nítida porque ela atinge o provimento jurisdicional, o qual recai sobre a esfera jurídica das partes, repercutindo em seus direitos materiais¹⁷⁹.

Contra a abordagem liebmaniana, ALLORIO sustentou que a coisa julgada não recai sobre os efeitos, mas sobre a própria sentença. Ocorre que a imutabilidade da decisão jurisdicional seria a coisa julgada formal, de modo que LIEBMAN teria confundido os institutos da coisa julgada material, com a formal¹⁸⁰. Todavia, a referida bipartição não é teoricamente justificável, pois coisa julgada formal nada mais é que preclusão, conforme visto alhures (item

¹⁷⁷ ALLORIO, Enrico. Op. cit., p. 40.

¹⁷⁸ Idem, p. 20 e 35.

¹⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 46.

¹⁸⁰ ALLORIO, Enrico. Op. cit., p. 42. É digno de nota que para o autor a coisa julgada não impediria as partes de dispor diversamente ao que fora decidido, o que demonstra que sequer para a teoria substancial da *res judicata* estaria proibida a regulação de direitos disponíveis contrariamente ao que fora estabelecido na sentença. Essa constatação é relevante para demonstrar que a concepção de coisa julgada como a qualidade que se agrega ao efeito declaratório não impede as partes de convencionar em sentido oposto à decisão. Note-se que para ALLORIO (p. 12) a coisa julgada corresponderia à “eficácia normativa da decisão”, tornando inúteis discussões sobre sua justiça e vinculando partes e juízes de outros processos, fazendo com que “en virtud de la sentencia, lo que fue decidido se convierte en Derecho”.

2.2). A imutabilidade, ademais, atinge o efeito declaratório da decisão, não ela própria. Ao se falar que a coisa julgada é precipuamente instituto de direito processual, enfatiza-se sua função de estabilizar o *sentido* da decisão, impedindo que haja posterior controvérsia perante o Judiciário, concomitantemente à determinação de que seja adotado o *decisum* quando ele for premissa para outra decisão. Embora processual, o instituto reflete na esfera jurídico-material das partes.

Pode-se considerar como superada a polêmica sobre a natureza da *res judicata*. Mais importante do que a discussão em si, são as questões de maior indagação que ela suscita. Viu-se que ao abordar o tema, ALLORIO o vincula à função que se pretende atribuir à jurisdição. Seria a aplicação do Direito ou a resolução de conflitos? CABRAL, ao apreciar o embate entre as teorias substancial e processual, assinalou que essa questão tem suas raízes nas concepções monista e dualista de ordenamento jurídico. De acordo com a primeira, o processo cria o direito, ao passo que na concepção dualista os direitos existem antes do processo, que os declara¹⁸¹. A aplicação de direitos, viu-se com ALLORIO, estaria correlacionada com a teoria processual, sendo que a resolução do caso concreto se vincularia à abordagem substancial da coisa julgada.

A análise da questão supera a finalidade deste trabalho. Todavia, dentro dos limites aqui propostos, pode-se afirmar que se reconhece a jurisdição como fonte do Direito. Conforme abordado no primeiro capítulo desta tese, o Judiciário, por meio do processo, confere sentido às proposições jurídicas, criando o Direito. Essa tarefa fica ainda mais evidente quando se leva em consideração as Cortes Supremas, a quem incumbe atribuir significado ao Direito constitucional e infraconstitucional federal. Mas essa atividade, ao levar em consideração o direito positivo, tem caráter certificativo. Declara-se o direito à luz das proposições normativas, mediante atribuição de significado. Na elegante definição de ALLORIO, “com a sentença, o que foi decidido se converte em Direito”. Essa ponderação é essencial para que se evite abordagem da coisa julgada centrada exclusivamente no processo, sem perceber que o instituto é fundamental para a racionalidade do discurso jurídico e para a segurança dos cidadãos.

Optou-se por restringir a análise às linhas gerais das teorias substancial e processual da coisa julgada, abordagens cuja importância, como visto, foi em grande parte diminuída por conta da concepção liebmaniana de que a coisa julgada não é um dos efeitos da sentença, com eles não se confundindo. Apesar dessa opção metodológica, não se ignora que essas teorias apresentavam diversas nuances a depender do autor. Assim, como aponta CABRAL, a teoria

¹⁸¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 81/82.

material se dividia nas abordagens da coisa julgada como presunção e ficção da verdade e como *lex specialis*. Por seu turno, a teoria processual ramificava-se nas concepções da coisa julgada como presunção de autoridade, como eficácia da declaração e como extinção do dever jurisdicional¹⁸². Contudo, a indicação pormenorizada dessas variações é desnecessária para os propósitos deste trabalho.

2.6. Conceito de coisa julgada

Uma influente definição concebe a coisa julgada como a situação jurídica, decorrente da preclusão de recursos, na qual o *decisum* se torna imune a impugnações, sendo essa estabilidade denominada *autoridade da coisa julgada*¹⁸³. Tratar-se-ia de efeito anexo, atribuído por lei, que teria como fato jurídico a decisão de mérito transitada em julgado¹⁸⁴. Segundo esse posicionamento, com a preclusão dos recursos interponíveis contra a decisão meritória se caracteriza a situação jurídica da *res judicata*, efeito anexo do *decisum* transitado em julgado. Nessa situação a decisão se torna estável e essa imunidade ante eventuais questionamentos se denomina autoridade da coisa julgada. Há indiscutibilidade em razão da imutabilidade¹⁸⁵.

Com fundamento na concepção de LIEBMAN, afirmou-se várias vezes, ao longo do texto, que a coisa julgada não é efeito ou eficácia. Trata-se, isso sim, de autoridade que se agrega ao efeito declaratório da sentença de mérito transitada em julgado. Quando se conceitua a *res judicata* como situação jurídica, corre-se o risco de vê-la como *efeito* do provimento transitado

¹⁸² CABRAL, Antônio do Passo. Op. cit., p. 64 e ss. Paulo Mendes de OLIVEIRA, Op. cit., p. 65 e ss., traz ligeiro panorama das concepções de coisa julgada esposadas por POTHIER, SAVIGNY e HELLWIG.

¹⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 88: “Essa nova situação, a que a sentença tem acesso mediante a preclusão dos recursos, é que se denominará com propriedade, segundo oportunamente sugeria MACHADO GUIMARÃES, *coisa julgada*. Nela ingressando, reveste-se a sentença de atributo também novo, que consiste na imunidade a contestações juridicamente relevantes. A isso se chamará *autoridade da coisa julgada*”. No mesmo sentido, também de José Carlos Barbosa MOREIRA, *Eficácia da sentença...* Op. cit., p. 113: “Mais exato parece dizer que a coisa julgada é uma situação jurídica: precisamente a situação que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável. É a essa estabilidade, característica da nova situação jurídica, que a linguagem jurídica se refere, segundo pensamos, quando fala da ‘autoridade da coisa julgada’”. O conceito fora originalmente formulado por Luiz Machado GUIMARÃES, *Preclusão...* Op. cit., p. 14: “A coisa julgada, em ambas as suas modalidades – formal e substancial – pertence ao campo das *situações processuais* consequentes à preclusão dos recursos (*rectius*: consequentes ao trânsito em julgado da decisão). Há, portanto, uma relação lógica de antecedente – a – consequente (não de causa-e-efeito) entre o trânsito em julgado e a coisa julgada”. A ele adere Antonio do Passo CABRAL, *Coisa julgada...* Op. cit., p. 79.

¹⁸⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 44/45. Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições...* Op. cit., v. III, p. 307, refere-se à “situação de absoluta firmeza quanto aos direitos e obrigações”, “*status*, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas”, consistindo na “intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas”. Na sequência (p. 309) o jurista assinala: “A coisa julgada é somente uma capa protetora, que imuniza esses efeitos e protege-os contra as neutralizações que poderiam acontecer caso ela não existisse”.

¹⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 88, nota de rodapé 17.

em julgado. Há, portanto, uma indesejada aproximação com as teorias combatidas por LIEBMAN, segundo as quais a coisa julgada seria um dos efeitos da decisão.

É bem verdade que Barbosa MOREIRA, ao analisar o art. 467 do código revogado, enfatizou que a eficácia de tornar imutável e indiscutível a decisão não era dela mesma, o que caracterizaria a coisa julgada como um dos seus efeitos, mas sim, do fato de não caber mais recurso contra o *decisum*, ou seja, do trânsito em julgado¹⁸⁶. Contudo, ainda assim há indevida aproximação com a teoria que vê na coisa julgada um dos efeitos da decisão. Ora, é perfeitamente possível conceber sistema jurídico em que as decisões transitadas em julgado – inimpugnáveis na relação processual em que foram proferidas – não sejam imutabilizadas em relação a outros processos. Isso ocorre, a propósito, com as decisões terminativas. O trânsito em julgado não é, portanto, fato jurídico a ensejar a coisa julgada, pois esse fenômeno só ocorre com as sentenças de mérito. É adequado, nesse contexto, visualizá-la como efeito anexo, externo à eficácia, determinado pela lei¹⁸⁷. Em outras palavras, seja qual for o conteúdo da sentença de mérito, o sistema processual determina que a decisão seja imutabilizada, o que ocorre com a agregação da coisa julgada ao efeito declaratório.

Também não é adequada a proposição de Barbosa MOREIRA segundo a qual a sentença é “indiscutível *porque* imutável”. Dir-se-ia antes o oposto: a imutabilidade decorre da indiscutibilidade, embora se saiba que ambas são “faces da mesma moeda”¹⁸⁸.

Tendo como premissa a superação da dicotomia entre coisa julgada formal e material, entende-se que o trânsito em julgado, decorrente da preclusão relacionada ao ônus de recorrer, torna a decisão inimpugnável na relação processual em que fora proferida. Da incontrovertibilidade decorre a imutabilidade. A estabilização da decisão de mérito ocorre por meio da adição da coisa julgada ao efeito declaratório do provimento jurisdicional. A coisa julgada, portanto, é uma qualidade agregada ao efeito declaratório das decisões de mérito transitadas em julgado¹⁸⁹. Pode-se vê-la como efeito anexo das decisões de mérito transitadas em julgado, inteiramente alheio à eficácia do *decisum*. A coisa julgada, destarte, é a qualidade

¹⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença...* Op. cit., p. 107/108.

¹⁸⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso...* Op. cit., v. I, p. 507, indica o caráter externo como o elemento definidor dos efeitos anexos da sentença: “A característica dos chamados *efeitos anexos* da sentença é serem eles *externos*, não tendo a menor correspondência com seu respectivo *conteúdo*, de tal modo que, se o legislador os omitir, ou os suprimir, a sentença permanecerá íntegra em todos os seus elementos eficaciais”. Eduardo TALAMINI, como visto alhures, definiu a coisa julgada como *efeito anexo* em *Coisa julgada...* Op. cit., p. 44.

¹⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 88, nota de rodapé 17.

¹⁸⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso...* Op. cit., v. I, p. 496: “Pelas considerações precedentes, cremos que se pode concluir, com LIEBMAN, que a coisa julgada não é um *efeito*, mas uma *qualidade* que se ajunta não, como ele afirma, ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença, tornando-a imutável, e sim apenas ao efeito declaratório, tornando-o indiscutível (que é o meio de a declaração tornar-se imutável!) nos futuros julgamentos”.

que atinge o efeito declaratório e torna imutável a decisão, cuja indiscutibilidade decorria do trânsito em julgado. À imutabilidade decorrente da *res judicata*, costuma-se chamar de autoridade da coisa julgada.

2.7. Eficácias negativa e positiva da coisa julgada

Quando se alude à eficácia negativa da coisa julgada, faz-se menção à impossibilidade de que a questão de mérito decidida seja reapreciada em outro processo. Trata-se de pressuposto processual negativo, a inviabilizar o reexame da questão (CPC, art. 337, inc. VII e §4º, c/c art. 485, inc. V). Isso significa que a coisa julgada acarreta a extinção do processo, sem resolução de mérito. Ademais, a eficácia negativa da coisa julgada pode se tornar fundamento da demanda quando houver desrespeito à sua autoridade. É a hipótese que autoriza a propositura de ação rescisória fundada no art. 966, inc. IV, do CPC¹⁹⁰.

A eficácia positiva, por sua vez, impõe que em processos futuros seja considerada a questão prejudicial anteriormente decidida e imutabilizada. Em outras palavras, a coisa julgada fundamenta a dedução de novo pedido. Assim, a procedência de demanda declaratória em que se reconheça a existência de união estável, vincula, a respeito dessa questão, o juiz de processo no qual se debata sobre o direito da convivente a alimentos ou a certo bem adquirido na constância da união.

LIEBMAN criticou a ideia de eficácia positiva, afirmando que ela não teria qualquer relação com a coisa julgada, ao argumento de que a projeção da sentença a outros processos seria sua eficácia natural¹⁹¹. Giovanni PUGLIESE afirmou, contra esse posicionamento, que a eficácia positiva é suficiente para explicar o que ocorre em processos diferentes sobre a mesma lide, mas não justifica a adoção do julgado anterior na hipótese de julgado posterior dele dependente. O jurista elabora exemplo por meio do qual demonstra a correção de seu entendimento. Demanda reivindicatória, proposta por A contra B, a respeito do terreno X, é julgada procedente, reconhecendo-se A como proprietário. Na sequência, A promove demanda negatória contra B, para impugnar a servidão por este exercida¹⁹².

Se a coisa julgada dissesse respeito apenas à eficácia negativa, apenas estaria proibida a rediscussão sobre a propriedade. A hipótese em tela, porém, encerra mais que isso. O juiz da

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 635.

¹⁹¹ LIEBMAN, *Eficácia...* Op. cit., p. 55. No mesmo sentido, Clarisse Frechiani Lara LEITE, *Prejudicialidade no processo civil* (2008), p. 146.

¹⁹² PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato civile (dir. vig.)*, Op. cit., p. 820.

demanda negatória está vinculado à decisão proferida na reivindicatória, em razão da eficácia positiva da *res judicata*. Em outras palavras, em decorrência do que fora decidido na demanda anterior, o juízo do segundo processo deve partir da premissa de que A é o proprietário do imóvel X.

Considerando a ampliação de limites objetivos, prevista no art. 503, §1º, incs. I a III, do CPC, cabe acrescentar que para a concretização da eficácia positiva é irrelevante que a questão tenha sido suscitada como pedido. Com efeito, a vinculação também ocorre em relação às questões estabilizadas por força da ampliação de limite objetivo disciplinada no código.

Capítulo III – Mérito e Tríplice Identidade

3.1. Conceito de lide: inadequação para definir o mérito

Na “Exposição de Motivos” do CPC/1973, ao enfatizar a precisão terminológica do código que entraria em vigor, Alfredo BUZAID afirmou que o termo “lide” fora empregado exclusivamente para definir o mérito do processo¹⁹³. Essa conhecida passagem é suficiente para demonstrar a importância do conceito para o CPC/1973 e, conseqüentemente, para o processo civil brasileiro construído à luz daquele diploma.

De acordo com Francesco CARNELUTTI, lide “é um conflito intersubjetivo de interesses, qualificado por uma pretensão resistida”, compreendendo-se por pretensão a “exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio”. A resistência, de acordo com o jurista italiano, seria a “não adaptação à subordinação de um interesse próprio ao interesse alheio”¹⁹⁴.

Para CARNELUTTI, o interesse sempre tem um bem como objeto, em torno do qual se constitui o conflito intersubjetivo¹⁹⁵. Por sua vez, a pretensão das partes é “um ato, não um poder; algo que alguém faz, não que alguém tem”, de modo a se caracterizar como uma “declaração de vontade”, que não corresponde ao direito subjetivo, nem o pressupõe¹⁹⁶.

BUZAID afirmou na “Exposição de Motivos” que cabia ao juiz se manifestar sobre o conflito de pretensões, a fim de acolher ou rejeitar o pedido, pronunciando-se em favor de uma das partes por meio de sentença de mérito, de modo a julgar a lide, que seria o “objeto principal do processo”¹⁹⁷. A identificação da lide ao mérito da causa já havia sido assinalada pelo autor

¹⁹³ BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do código de processo civil* (1972), capítulo II, item 6, p. 528.

¹⁹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, v. I (1941), p. 28. Do mesmo autor, *Sistema del diritto procesuale*, v. I (1938), p. 352: “Risulta da quanto ho detto allora come, affinché una lite ci sai, occorra anzitutto che esistano *due persone* e, di contro ad esse, un bene. Questi sono gli elementi semplici del conflitto di interessi. Il conflitto di interessi è una lite in quanto una delle due persone formuli contro l’altra una *pretesa* e l’altra vi opponga una *resistenza*”. Também de Francesco CARNELUTTI, *Lezioni del diritto processuale civile*, v. II (1929), p. 88, passagem na qual afirma que a função do processo é a composição da lide por meio da formação de um comando concreto. No Brasil, dentre muitos outros autores, Alfredo BUZAID adotou a concepção carnelluttiana, como se nota em *Do Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil* (1945), p. 102 e ss. Alcides Munhoz da CUNHA, *A lide cautelar...* Op. cit., p. 80 e ss., empregou o conceito para defender a autonomia das demandas e do processo cautelar. Emilio BETTI, *Ragione e azione* (1932), p. 208/209, fornece conceito ligeiramente diferente: “Il conflitto fra due apprezzamenti unilaterale circa la sussistenza o il modo di essere di un rapporto o stato giuridico (rapporto o stato *litigioso*) e quindi fra due opposte *aspirazioni ad aver ragione* è quello che io chiamerei *lite*”. BETTI afirmava (p. 209) que o conflito não se confunde com a relação jurídica e que a relação litigiosa não passaria de objeto hipotético da lide, sendo esses os pontos em que sua teoria, segundo ele mesmo, distanciava-se daquela de CARNELUTTI.

¹⁹⁵ Idem, p. 30.

¹⁹⁶ Idem, p. 31.

¹⁹⁷ BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos...* Op. cit. p. 528.

anteriormente, ocasião na qual foi afirmado o papel da lide como o “objeto fundamental do processo”¹⁹⁸. Ao examinar a teoria de CARNELUTTI em obra posterior, BUZAID reitera a equivalência entre julgamento da lide e julgamento do mérito segundo a doutrina carneluttiana¹⁹⁹.

Em texto clássico sobre o tema, Piero CALAMANDREI apresentou crítica incisiva à formulação carneluttiana. Sua análise se inicia com a assertiva de que caracterizar a jurisdição como atividade voltada exclusivamente à resolução da lide representa o retorno à ideia vigente no direito italiano medieval, segundo a qual inexistiria função jurisdicional se não houvesse controvérsia. Embora não seja inerentemente errado prestigiar concepções antigas, CALAMANDREI pontua que no Estado de Direito moderno a função jurisdicional apresenta contornos mais amplos, impondo ao juiz a tarefa de aplicar no caso concreto os preceitos legais formulados previamente em abstrato, de modo a controlar o cumprimento da vontade estatal registrada na elaboração da lei. No contexto moderno, é insuficiente resolver o conflito. Impõe-se, para além, que a resolução seja obtida mediante aplicação do direito objetivo²⁰⁰.

Prosseguindo na crítica, CALAMANDREI assinala que a concepção carneluttiana, ao restringir a atividade jurisdicional à justa composição da lide, termina por caracterizar execução como atividade administrativa, à medida que no processo executivo não há resolução do conflito, mas apenas atividades destinadas à realização prática do direito. Nem mesmo o conceito de *função processual*, adotado no lugar de função jurisdicional, parece resolver esse problema. Com efeito, se a função processual tem como característica a justa composição da lide e isso incorre no âmbito da execução, tem-se que, ou esta não se configura como verdadeira *função processual*, ou a justa composição da lide é critério inadequado para distinguir a *função processual* das atividades legislativa e administrativa²⁰¹.

¹⁹⁸ BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição...* Op. cit., p. 103/104: “Parece-nos, todavia, que o conceito de lide se presta de modo fecundo a caracterizar o mérito da causa. [...] O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo, ou rejeitando o pedido, dá razões a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma decisão definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto fundamental do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”. BUZAID reconhecia que a lide, antes de ser objeto do processo, era fenômeno social, que poderia não se tornar “realidade processual” em razão da possibilidade de composição extrajudicial dos interesses das partes. Como será analisado adiante, a existência de direitos que precisam do processo para sua concretização, haja ou não litígio entre as partes, é o principal desmentido à teoria de CARNELUTTI abraçada por BUZAID.

¹⁹⁹ BUZAID, Alfredo. *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso* (1980), p. 122. A utilização do vocábulo lide como conceito que designa o objeto litigioso do processo é justificada em *A ação declaratória no direito brasileiro* (1943), p. 388: “Estamos empregando a palavra *lide* para significar o objeto do processo, porque ela exprime um conceito *unitário* apto a abranger todos os possíveis tipos de pedidos suscetíveis de serem formulados no processo civil. [...] A virtude do vocábulo ‘lide’ está, pois, em designar, numa construção dogmática, o objeto do processo civil. A missão do juiz é a de decidir a lide, que contém relação jurídica; não de decidir fatos”.

²⁰⁰ CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti* (1928), p. 203/205.

²⁰¹ CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 206/207.

Depois de demonstrar que o conceito de lide não se aplica à execução, CALAMANDREI sustenta que mesmo no âmbito do processo cognitivo sua adoção é problemática, pois em vários processos inexistente controvérsia, sendo incorreta a suposição de que haja lide. Desse modo, a construção carneluttiana termina por alijar da atividade jurisdicional os processos de jurisdição voluntária, que somente por uma contingência estariam agregados à *função processual*. Ademais, o conceito de lide repele categoricamente da jurisdição o denominado *processo civil inquisitório*, resolvido por sentença constitutiva necessária. Nesses casos, ainda que as partes estejam concordes com a criação, modificação ou desconstituição de determinada relação jurídica, o efeito constitutivo pretendido só pode ser obtido mediante acesso à jurisdição. O provimento jurisdicional é necessário ainda que inexista conflito, de modo que a presença da lide é irrelevante²⁰².

Exemplo de *processo civil inquisitório* é a demanda de anulação de casamento, disciplinada no art. 1.549 do CC. Ainda que seja desejada pelos cônjuges, a anulação só pode ocorrer mediante atuação do juiz. Há, nesse caso, atividade jurisdicional, embora a concordância dos cônjuges com a anulação demonstre a inoccorrência de lide, tal como sublinhara CALAMANDREI.

O jurista acrescenta que a irrelevância da lide é a regra no âmbito do processo penal, o que faz cair por terra a concepção de unidade esposada por CARNELUTTI. Mesmo que o réu se considere culpado, a sanção só pode ser estabelecida mediante decisão judicial. Da mesma forma, ainda que o Ministério Público postule a absolvição, esta não será decretada senão por meio do juiz. Tanto no processo penal, quanto no civil inquisitório, a indisponibilidade do direito faz com que a lide preconizada por CARNELUTTI perca sua relevância²⁰³.

Desse modo, segundo CALAMANDREI, a abordagem carneluttiana também se equivoca ao derivar o interesse de agir da existência objetiva da lide e a legitimidade da presença de alguma situação objetiva concernente à lide. Como o interesse surge ante a impossibilidade de obtenção, no plano extrajudicial, dos efeitos que serão conseguidos judicialmente, da lide não decorre o interesse processual nos casos em que o interessado não possa obter extrajudicialmente os efeitos desejados mesmo que haja anuência da outra parte. Nesses casos, não há lide, embora o interesse seja manifesto. Do mesmo modo, pode não haver nas demandas declaratórias, que podem se originar não de um litígio, mas de simples incerteza²⁰⁴.

²⁰² CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 208/210.

²⁰³ Idem, p. 212/213.

²⁰⁴ CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 217.

CALAMANDREI censura a contraposição aos três elementos da demanda – partes, causa de pedir e pedido – realizada por CARNELUTTI, que em seu lugar apresenta os três elementos da lide – as partes, o bem e os interesses em contraste –, os quais deixam claro o caráter sociológico do conceito, à medida que não fazem referência à tutela jurídica. Para que a lide seja apreciada no processo, CARNELUTTI empregou o conceito de questões, consideradas como pontos controvertidos de fato ou de direito. Quando o juiz as decidisse, a lide entraria no processo. Ocorre que a própria teoria carneluttiana assinala que a demanda delimita o ingresso da lide no processo, de modo que esta não é o objeto imediato daquele. As questões que não são deduzidas na demanda são irrelevantes para o direito processual, de modo que CALAMANDREI sustenta que a relação substancial se faz inteiramente presente na demanda²⁰⁵.

O jurista encerra sua crítica enfatizando que a irrelevância do pedido, na indicação dos elementos da lide, levou CARNELUTTI a considerar que inexistiria diferença entre as demandas possessórias e as petições, bem como entre as declaratórias e as condenatórias, à medida que o conflito de interesses seria o mesmo. Essa conclusão, porém, está em manifesta discordância com a doutrina²⁰⁶.

A concepção de lide desenvolvida por CARNELUTTI e incorporada por BUZAID ao código processual de 1973 também foi severamente censurada por Enrico Tullio LIEBMAN, para quem as partes poderiam submeter ao juízo apenas parcela do conflito de interesses, de modo que o objeto do processo é constituído somente por essa fração do litígio, sendo então delimitado pelo pedido, não pelo conflito que ocorre no mundo dos fatos²⁰⁷.

Ademais, segundo LIEBMAN, não basta ao autor informar o juiz sobre o conflito de interesses. Cabe-lhe, ainda, qualificá-lo juridicamente, indicando o provimento jurisdicional capaz de atender sua pretensão. Isso demonstraria que o conflito não ingressa no processo da mesma forma como ocorreu no mundo dos fatos, mas que é apreciado pelo juiz em conformidade com o pedido²⁰⁸. Assim, fica comprovada, para LIEBMAN, a importância do pedido na delimitação do objeto do processo, concluindo o jurista que “o pedido do autor é o objeto do processo”²⁰⁹.

A contraposição entre pedido e contestação seria para LIEBMAN a “matéria lógica do processo e o elemento formal de seu objeto”, tendo o conflito de interesses como substrato

²⁰⁵ CALAMANDREI, Piero. Op. Cit. p., 222/223.

²⁰⁶ Idem, p. 225.

²⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito* (1.945), p. 85.

²⁰⁸ Idem, p. 87.

²⁰⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *O despacho saneador...* Op. cit., p. 88.

material. Lide ou mérito da causa seria o conflito de interesses “depois de moldado pelas partes, e vazado nos pedidos formulados ao juiz”²¹⁰. Desse modo, embora critique o conceito carneluttiano de lide, LIEBMAN continua a empregá-lo, identificando-a como o conflito de interesses delimitado pela contraposição entre os pedidos do autor e do réu.

Este desenvolvimento de LIEBMAN foi censurado por Cândido Rangel DINAMARCO, para quem o conceito não seria capaz de explicar a revelia e o reconhecimento jurídico da pretensão, situações nas quais inexistente contraposição de pedidos e, portanto, não haveria objeto, já que LIEBMAN o definia pela contraposição entre os pedidos do autor e do réu. Idêntica situação ocorre, segundo DINAMARCO, antes de o réu oferecer contestação e no processo executivo ou no cumprimento de sentença por execução, em que não há pedidos contrapostos²¹¹.

O mérito do processo, para DINAMARCO, é a pretensão, visualizada como a postulação submetida à análise do juiz com vistas à satisfação de um interesse, de modo que julgar o mérito corresponde a acolher ou rejeitar a pretensão²¹². Compreendida, em termos carneluttianos, como sujeição de um interesse alheio a um interesse próprio, a pretensão está contida na demanda, concebida como a postulação da tutela jurisdicional²¹³. Sob o ponto de vista formal, demanda é o ato de submeter a pretensão ao juízo, correspondendo à própria pretensão sob o ponto de vista material. Em nenhum desses sentidos o termo se confunde com petição inicial, a qual seria somente a representação física do ato de demandar²¹⁴.

Ovídio BAPTISTA reprovou a identificação entre lide e mérito, defendida por BUZAID, ao argumento de que pode ocorrer apreciação da lide sem que haja julgamento do mérito, o que acontece quando o juiz defere liminar de reintegração de posse ou de despejo. Apesar de as expressões “julgar o mérito” e “julgar a lide” serem sinônimas, o mérito, par o autor gaúcho, restringe-se à declaração de procedência ou de improcedência da demanda, sendo mais restrito que a lide. O julgamento do mérito diz respeito à procedência da demanda, mas

²¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit. p., 89.

²¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*, p. 321/322. Piero CALAMANDREI, *Il concetto di “lite”...* Op. cit., p. 210, sustentava que não se podia afirmar que a atividade do juiz mudaria de natureza conforme houvesse decisão sobre a procedência ou a improcedência, ou resolução do mérito, com base no reconhecimento jurídico da pretensão ou na renúncia ao direito sobre o qual se funda o pedido. Disso se conclui que para CALAMANDREI as hipóteses de resolução eram inequivocamente jurisdicionais e poderiam surgir de um litígio, embora ele não se concretizasse no processo.

²¹² Idem, p. 322.

²¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II (2.001), p. 102.

²¹⁴ Idem, p. 104.

no conteúdo da sentença que acolhe a pretensão do autor pode haver outras eficácias além da declaração²¹⁵.

Ao enfatizar a restrição do conceito de mérito ao julgamento de procedência da demanda, Ovídio BAPTISTA demonstra que a ideia de jurisdição repousa sobre uma concepção declaratória, de acordo com a qual a finalidade do processo é o julgamento definitivo do mérito. Todavia, excetuadas as demandas puramente declaratórias, ao provocar o Poder Judiciário o autor não busca apenas o reconhecimento de sua pretensão, mas a tutela efetiva do direito. Assim, retomando a ação de reintegração de posse como exemplo, pode-se afirmar que o autor esbulhado pretende que o Estado-juíz, além de reconhecer a posse anterior e o esbulho, conceda-lhe a efetiva reintegração no imóvel²¹⁶.

Essa concepção está correta e demonstra a impossibilidade de se reduzir a lide ao mérito da demanda. É certo que ao apreciar o mérito o juiz julga a lide. A procedência ou improcedência da demanda certamente se refere ao conflito de interesses entre as partes. Todavia, a mera decretação de procedência, ressalvadas as ações meramente declaratórias e constitutivas, é incapaz de propiciar a tutela jurisdicional do direito. Ademais, o conteúdo da sentença ou da decisão interlocutória de mérito encerra outras eficácias além da simples declaração²¹⁷.

A lide, contrariamente ao que defendia BUZUID, não corresponde ao mérito, mas o abrange²¹⁸. Para o processo interessa tão-somente a parcela da lide submetida à apreciação jurisdicional, mediante exercício do direito de ação. Sob essa perspectiva, o conceito de lide é

²¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Conteúdo da sentença e mérito da causa*, p. 238/239. Quando limita o mérito à procedência ou improcedência da demanda, o autor tem como objeto de análise o julgamento, a resposta jurisdicional. DINAMARCO, sob outra perspectiva, afirma que o mérito é composto pela pretensão. Nessa afirmação o objeto de análise não é o ato decisório, mas o objeto do processo. A afirmação de que o julgamento de mérito é a declaração referente à procedência ou improcedência da demanda pode ser sustentada simultaneamente, sem contradição, com concepção ampla sobre o conteúdo do mérito, a englobar não apenas a pretensão, mas também a causa de pedir e a exceção substancial indireta eventualmente alegada pelo réu.

²¹⁶ *Idem*, p. 238.

²¹⁷ A possibilidade de fracionamento do mérito, mediante prolação de decisão interlocutória, é expressamente prevista pelo CPC nos arts. 356, incs. I e II, 355 e 354, *caput* e par. ún. Tal como se dá com as sentenças, também as decisões interlocutórias de mérito em regra apresentarão outras eficácias em seu conteúdo, além da mera declaração. Todavia, somente o efeito declaratório das decisões, elemento integrante de seu conteúdo, é coberto pela coisa julgada.

²¹⁸ CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 223, assinala que a lide, entendida sob o ponto de vista processual, corresponde à relação material que constitui o *thema decidendum* do processo, manifestando-se nele sempre integralmente. O que está fora do processo seria “*la parte non litigiosa della lite*: ossia quella parte del disaccordo, su cui gli interessati...si trovan d'accordo!”. A jocosa observação, levada às últimas consequências, nega a existência de demandas parciais, em que as partes estão proibidas de discutir todo o conteúdo do litígio. Tome-se por exemplo as ações possessórias, limitadas à discussão da posse por força do art. 1.210, §2º, do CC. O litígio entre as partes envolve frequentemente também a questão petitoria, mas elas não podem discuti-la nos interditos. Fica clara, nesse caso, a existência de um litígio maior, submetido apenas parcialmente à apreciação do juiz, o que refuta a crítica de CALAMANDREI quanto à inexistência de demandas parciais.

pouco útil para a delimitação do mérito. Em consequência, é inservível para a abordagem da estabilização dos provimentos jurisdicionais por meio da coisa julgada. Com efeito, não é possível demarcar, por meio da lide, os limites objetivos da *res judicata*.

Ademais, CALAMANDREI demonstrou que na esfera civil há processos em que o conflito de interesses é irrelevante, pois os interessados terão necessariamente de recorrer à jurisdição para obter os efeitos jurídicos pretendidos. A irrelevância da lide, nesses casos, é suficiente para que não se empregue o conceito como elemento fundante da atividade jurisdicional. A propósito, nem a concepção de BETTI, apoiada na ideia de que a relação litigiosa é meramente afirmada pelas partes, donde decorre a possibilidade de que não haja relação, nem conflito, resiste à refutação proporcionada pelas demandas do processo civil inquisitório²¹⁹. Uma coisa é reconhecer que pode não haver conflito. Outra é perceber que há demandas nas quais o litígio não apresenta qualquer relevância.

A concepção de CALAMANDREI soa excessivamente estatista, presumindo a existência de vontade do Estado nas leis e sua reafirmação pelo processo²²⁰. A ideia de que haja uma intenção definida na lei é combatida contemporaneamente²²¹. Além disso, é ainda menos crível o conceito de vontade do Estado. Há, quando muito, primazia do interesse público, que com a vontade do Estado não se confunde. As imperfeições da teoria de CALAMANDREI não são suficientes para refutar suas críticas ao conceito de lide. Há de se considerar, contudo, que a teoria geral do processo não pode mais se basear na vetusta ideia de vontade do Estado. Tampouco é admissível menosprezar a importância da resolução de conflitos para a caracterização da jurisdição. Entretanto, como visto, há jurisdição mesmo quando inexistente conflito, como se vê no processo civil inquisitório, na jurisdição voluntária, nas ações declaratórias fundadas em incerteza e no processo penal. Mas isso não afasta a importância do processo como elemento de resolução de litígios, no qual as partes exercem sua vontade com vistas à resolução justa e adequada.

²¹⁹ BETTI, Emilio. Op. cit., p. 209.

²²⁰ CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 204/205: “Por questo fu detto autorevolmente che nello Stato moderno la funzione giurisdizionale è una integrazione e una prosecuzione della funzione legislativa; perchè lo Stato, dopo aver manifestato nella legge la sua volontà in forma generale ed astratta, riafferma attraverso i giudici questa sua volontà nei casi concreti, e quindi, col controllare che i suoi precetti siano fedelmente adempiuti, viene, nei processi civili, a riconfermare la propria autorità e la propria ragion d’essere”.

²²¹ DWORKIN, Ronald. *O fórum do princípio* (1.985), p. 50 e ss. O texto aborda a intenção dos constituintes, mas é útil para demonstrar que não se pode falar em intenção qualquer que seja o diploma legal em análise. É possível que o congressista, ao votar o projeto de lei, não tenha qualquer intenção, ou que ela não possa ser determinada. Será ainda mais difícil averiguar a intenção do Congresso, pois mesmo que as intenções individuais dos parlamentares pudessem ser verificadas, seria necessário se certificar de que uma posição individual foi sustentada por um conjunto grande o suficiente para que ela se tornasse a intenção de todo o parlamento.

A importância das partes no processo civil contemporâneo é comprovada não somente pela inércia da jurisdição, mas igualmente pela imprescindibilidade de sua atuação na delimitação do objeto litigioso e pela ampla esfera de liberdade para a celebração de convenções processuais (CPC, art. 190). Esses pontos demonstram a insuficiência de posicionamentos teóricos que deixam em segundo plano o escopo do processo como instrumento de tutela jurisdicional do direito invocado pelas partes, terminando por subordinar o interesse destas àquele perseguido pelo Estado.

3.2. Debate sobre o objeto litigioso do processo

Como visto, o conceito de lide, mesmo na reestruturação de LIEBMAN, é incapaz de definir o mérito do processo. Essa incapacidade torna imprescindível a análise do debate em torno do objeto litigioso. Pretende-se verificar se o mérito está vinculado ao direito material e se, além do pedido, outros elementos, como a causa de pedir e a defesa, desempenham papel na sua delimitação. Para evitar confusões conceituais, esclareça-se que objeto litigioso não se confunde com objeto do processo, termo por meio do qual se designa todo o material levado à apreciação do juiz²²².

Inicia-se a análise com o posicionamento de Friedrich LENT, para quem a afirmação do direito corresponde ao objeto litigioso do processo. De acordo com o jurista, o objeto da decisão, em uma ação condenatória, corresponde a uma pretensão no mesmo sentido em que o termo vem empregado no §194 do BGB, mas isso não ocorre nas declaratórias e constitutivas²²³. Ao autor cabe indicar o efeito jurídico dedutível dos fatos narrados, não sendo admissível, nos termos do §253 da ZPO, que a indicação dos fatos não seja seguida pela afirmação de direito. Segundo LENT, somente o efeito jurídico afirmado pelo autor constitui o objeto do processo e da decisão, não podendo o juiz verificar se dele decorrem outras consequências jurídicas²²⁴.

²²² SANCHES, Sydney. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo* (1979), p. 101. No mesmo sentido, Daniel MITIDIÉRO *Colaboração...* Op. cit., p. 108.

²²³ LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco* (1947), p. 88/89. Ver, ainda, Friedrich LENT, *Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo* (1953), p. 432: "Il punto di vista per la determinazione di ciò che concettualmente è l'oggetto del processo è fornito dal rilievo che codesto oggetto del processo è determinato dall'attore".

²²⁴ Idem, p. 90/91. Em passagem posterior (p. 92), LENT enfatiza que ao autor incumbe, já na inicial, indicar com precisão os pontos sobre os quais requer uma decisão, cabendo somente às partes ampliar o objeto do processo ou modificar a demanda, alterações que não poderiam ocorrer por iniciativa do juiz: "Quando si dice che l'oggetto del procedimento non è costituito da un concreto effetto giuridico qualunque, ma da quello affermato dall'attore, si afferma nello stesso tempo che le asserzioni di diritto di quest'ultimo hanno importanza decisiva per determinarlo. Già la domanda deve precisare nel più chiaro dei modi il punto sul quale è chiesta una decisione; e successivi cambiamenti possono avvenire soltanto per volontà delle parti (ampliamento o modificazione della domanda, domanda riconvenzionale), non su iniziativa d'ufficio".

De acordo com o autor, o objeto litigioso do processo é um direito meramente afirmado²²⁵. Eventual modificação concernente apenas à classificação jurídica não o altera²²⁶. Contudo, a decisão requerida pode fazê-lo, de modo que o pedido de declaração caracteriza mudança de objeto em relação ao de condenação²²⁷.

Para LENT, os fatos em torno dos “episódios de vida” (*Lebensvorgang*) se alteram em conformidade com o enfoque pelo qual os acontecimentos são levados em consideração. Os fatos ocorrem continuamente, razão pela qual seu enfeixamento em determinada *fattispecie* decorre sempre de um determinado ponto de vista. Desse modo, não é possível definir com segurança a integração de um fato a determinado “episódio de vida”²²⁸.

Precisamente em razão da dificuldade em delimitar os “episódios da vida”, para LENT é mais correto correlacionar o objeto litigioso do processo não à unidade do acontecimento externo, mas à unidade ou pluralidade dos direitos violados em que se baseia a pretensão. Desse modo, cada violação caracteriza uma *fattispecie* e, portanto, um objeto processual²²⁹. A dedução do autor baseada no direito material constitui o objeto litigioso do processo, de modo que as circunstâncias fáticas não o integram, sendo apenas o fundamento para a formulação do autor²³⁰. Logo, é o direito material individualizado pelo demandante, não o episódio de vida – causa de pedir – que constitui objeto da declaração jurisdicional e da coisa julgada. Havendo pretensões concorrentes, somente aquela deduzida pelo autor é apreciada, razão pela qual a exceção de coisa julgada não inviabiliza a apresentação de outras pretensões com fundamento na mesma causa de pedir apresentada no processo anterior²³¹.

Vê-se, assim, que de acordo com LENT a pretensão processual tem seu conteúdo determinado pelo direito material, conquanto seja um conceito do processo civil. A causa de pedir não integra o objeto litigioso e mesmo quando dela possam decorrer várias pretensões materiais, há um só objeto se somente um pedido tiver sido apresentado²³².

²²⁵ LENT, Friedrich. *Contributto alla dottrina...* Op. cit., p. 437: “Se il nucleo dell’oggetto della causa è reso palese dalla deduzione del diritto, ne consegue che oggetto del processo non è un diritto in quanto effettivamente esistente, ma un diritto in quanto soltanto affermato”.

²²⁶ Idem, p. 439.

²²⁷ Idem, p. 446.

²²⁸ Idem, p. 466.

²²⁹ Idem, p. 467.

²³⁰ Idem, p. 471/472.

²³¹ Idem, p. 473. José Rogério Cruz e TUCCI, *A causa petendi no processo civil* (1993), p. 98/99, sustenta que LENT concebe o objeto litigioso como a afirmação do direito material, sendo desnecessária a especificação do fato constitutivo nas ações em que se litiga com fundamento em direitos reais. Por outro lado, nas ações constitutivas e obrigacionais seria necessário apontar os fatos constitutivos.

²³² SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil* (1954), p. 18/19, afirma que a opinião de LENT se modificou sobre o tema, pois primeiramente o autor sustentara que a multiplicidade de pretensões materiais levaria à cumulação de ações, ainda quando somente um pedido fosse apresentado pelo autor. Conforme SCHWAB, a passagem em que LENT sustenta que a pluralidade de pretensões materiais não caracteriza

O jurista concebeu o objeto litigioso como a afirmação de um direito subjetivo material (*Rechtsbehaftung*), ao qual o juiz está atrelado, embora desfrute de liberdade para aplicar os dispositivos jurídicos. LENT nega que os “episódios de vida” (*Lebensvorgang*) sejam relevantes para a delimitação do objeto litigioso, ao argumento de que no transcurso ininterrupto dos fatos, um acontecimento só será relevante quando corresponder a determinada *fattispecie*²³³.

É certo que fatos incapazes de respaldar o direito do autor são irrelevantes para a definição do objeto litigioso do processo. Também é correto afirmar que a delimitação do fato constitutivo apresenta dificuldades em razão do fluxo incessante de acontecimentos. Isso, contudo, não suprime a imprescindibilidade da afirmação de um fato em juízo que seja capaz, ao menos em tese, de propiciar a tutela jurisdicional postulada pelo autor. A abordagem substancialista, esposada por LENT, comete um equívoco fundamental ao conceber o objeto litigioso como o direito substancial afirmado pelo autor. Ocorre que a pretensão processual, exercida contra o Estado, não se confunde com o direito material invocado pelo demandante. Ademais, o autor não postula apenas o direito substancial, mas igualmente a técnica processual capaz de permitir a tutela jurisdicional. Essa constatação é suficiente para que se perceba que o objeto litigioso do processo é constituído por elementos processuais.

Contrapondo-se à concepção substancial de LENT, Leo ROSENBERG sustenta que o objeto litigioso é puramente processual. Cada pretensão, sob o ponto de vista do processo, tem um objeto que não equivale ao direito material que a fundamenta e não há correspondência entre a pretensão processual e a pretensão apontada no §194 do BGB²³⁴. Nem mesmo nas ações condenatórias seria possível estabelecer essa equivalência. A pretensão material fundamenta a processual, sendo exercida contra o devedor. Dela se pode afirmar que existe ou não. A pretensão processual, por sua vez, é exercida contra o Estado e sua existência é *afirmada* no processo²³⁵. ROSENBERG conceitua a pretensão processual como a demanda por meio da qual

cumulação de ações fora escrita levando em consideração as ações condenatórias, mas suas consequências modificam a teoria do autor sobre o objeto litigioso também no que diz respeito às ações declaratórias e constitutivas.

²³³ TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile di cognizione* (1989), p. 109/111.

²³⁴ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. II (1954), p. 28/29. O autor enfatiza que somente as demandas condenatórias poderiam realizar as pretensões de direito civil tal como o conceito é descrito no §194 do BGB. Esse entendimento é seguido por Mariacarla GIORGETTI, *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio* (2008), p. 29, para quem as demandas declaratórias ou constitutivas não têm como objeto a “pretensão” abrigada no dispositivo do Código Civil alemão, o que é suficiente para inviabilizar a identificação da pretensão processual com a *pretensão* (*Anspruch*) a que faz referência o Código Civil alemão.

²³⁵ ROSENBERG, Leo. Op. cit. p. 29.

se busca a declaração de determinada consequência jurídica com autoridade de coisa julgada, sendo constituída pelo pedido e pelas circunstâncias fáticas que lhe dão fundamento²³⁶.

O pedido não é suficiente para a definição do objeto litigioso do processo. Apesar disso, ROSENBERG sustenta que há apenas um objeto litigioso, inexistindo cumulação de demandas, quando da pluralidade de causas de pedir se originar somente uma pretensão. Assim, se um passageiro lesionado pleitear indenização, existirá somente uma pretensão processual, mesmo que seu pedido se fundamente no contrato, no ato ilícito ou na responsabilidade legal. Por outro lado, para o jurista há cumulação de ações quando mais de um pedido for articulado sobre as mesmas circunstâncias de fato, tal como ocorre quando o vendedor postula o pagamento do preço e a devolução da mercadoria na hipótese de decretação de inexistência ou nulidade da relação contratual²³⁷.

De acordo com ROSENBERG, há modificação de demanda quando o autor substitui o pedido formulado ou altera as circunstâncias de fato sobre as quais o pleito se fundamenta²³⁸. Nota-se contradição entre o posicionamento do autor sobre a cumulação de demandas e sua compreensão a respeito da modificação. Se as circunstâncias de fato – causa de pedir, conforme a terminologia usual na processualística brasileira – não são relevantes para caracterizar a cumulação de ações, também não poderiam sê-lo no que diz respeito à modificação.

Quanto à coisa julgada, após enfatizar que as sentenças somente se pronunciarão sobre as pretensões exercidas nas demandas, ROSENBERG assinala que o autor poderá formular em outro processo determinada pretensão, baseada em diferente circunstância fática, desde que não tenha sido julgada no anterior. Se houver várias pretensões e a decisão se pronunciar apenas sobre uma delas, as demais não poderão ser formuladas em outro processo²³⁹. Disso se pode concluir que na abordagem do autor a causa *petendi* é relevante para a definição dos limites objetivos da coisa julgada, pois pedidos não apreciados em um processo, poderão sê-lo em outro desde que haja modificação da causa de pedir.

A relevância da causa *petendi* para a fixação dos limites objetivos da *res judicata* torna ainda mais inusitada a desimportância que ROSENBERG a ela atribui no tocante à cumulação de demandas. Sendo as circunstâncias fáticas pertinentes para a delimitação objetiva da coisa julgada, não se vê como possam ser negligenciadas no que se refere à cumulação. Só não têm relevância os fatos incapazes de sustentar por si mesmos a pretensão esposada pelo autor. Mas

²³⁶ ROSENBERG, Leo. Op. cit., p. 35/36.

²³⁷ Idem, p. 38/39.

²³⁸ Idem, p. 40.

²³⁹ Idem, p. 41/42.

esses também não têm importância na alteração da demanda, na caracterização da litispendência e na definição dos limites objetivos da coisa julgada.

O ponto a reter é a relevância que ROSENBERG atribui à causa de pedir na constituição do objeto litigioso. A pretensão é integrada não apenas pelo pedido, mas também pelas circunstâncias fáticas que lhe dão embasamento. Em outras palavras, o objeto litigioso é composto pela causa de pedir e pelo pedido. A exposição de mais de uma causa de pedir caracteriza cumulação objetiva²⁴⁰. Do mesmo modo, a substituição da causa *petendi* acarreta a alteração da demanda e inviabiliza a exceção de litispendência e de coisa julgada.

Por sua vez, Karl Heinz SCHWAB sustenta que o objeto litigioso é definido somente pelo pedido, e o autor deve apresentar no mesmo processo tudo quanto possa fundamentar sua pretensão²⁴¹. O requerimento ocupa o lugar central do litígio, que ocorre à luz de determinado fundamento. É decisivo, portanto, que o pedido seja interpretado em conformidade com o “estado de coisas”, definido na processualística brasileira como causa de pedir²⁴².

Sendo o objeto litigioso delimitado pelo pedido, a pluralidade de fundamentos não o influencia. Há apenas um objeto se o autor tiver formulado pedido singular, sendo irrelevante a pluralidade de pretensões materiais²⁴³. A demanda será alterada se o autor postular condenação a prestação diversa, o reconhecimento de distinta relação jurídica ou diferente consequência de uma determinada constituição²⁴⁴.

Quanto à litispendência, para SCHWAB sua caracterização exige a formulação do mesmo pedido²⁴⁵. A coisa julgada não atinge o “estado de coisas”, nem a relação jurídica prejudicial ou o direito material²⁴⁶. O autor não poderá, em outro processo, apresentar fatos discrepantes do “estado de coisas” descrito no processo anterior²⁴⁷. Ser-lhe-á permitido,

²⁴⁰ SCHWAB, Karl Heinz. Op. cit., p. 187. O autor enfatiza que a formulação de diferentes causas de pedir – “estados de coisa” ou “Sachverhalt” no original alemão – leva à existência de diversos objetos litigiosos.

²⁴¹ Idem, p. 185.

²⁴² Idem, p. 243/244: “La solicitud ocupa pues el lugar clave en el litigio. Las partes litigan sobre el fundamento de esa solicitud. Se las solicitudes son varias, habrá pluralidad de objetos litigiosos. [...] *Tenemos pues que lo decisivo es siempre la solicitud interpretada*. Para interpretarla debe recurrirse al estado de cosas. Por consiguiente, sería muy natural definir el objeto litigioso como la solicitud del actor de que se dicte una sentencia descrita en esa solicitud”. No original alemão, *Der streitgegenstand im zivilprozess*, p. 184/185: “Der Antrag steht daher im Mittelpunkt des rechtsstreits. Um die Begründetheit dieses Antrags streiten die Parteien. Stellt der Kläger mehrere Anträge, so liegen mehrere Streitgegenstände vor. [...] Immer kommt es also auf den ausgelegten Antrag an. Zur Auslegung aber muss der Sachverhaltherangezogen werden. Es liegt nun sehr nahe, den Streitgegenstand als den Antrag des Klägers auf Erlass eines in ihm näher bezeichneten Urteils zu definieren”.

²⁴³ Idem, p. 241. O autor aponta crédito fundamentado em contrato de compra e venda e em letra de câmbio para indicar hipótese na qual há somente um objeto litigioso, embora haja duas diferentes pretensões materiais.

²⁴⁴ Idem, p. 242.

²⁴⁵ Idem-ibidem.

²⁴⁶ Idem, p. 195. No direito brasileiro vigente os limites objetivos da coisa julgada podem atingir relação jurídica prejudicial, conforme resulta do art. 503, §1º, incs. I a III, e §2º, do CPC.

²⁴⁷ Idem, p. 196.

contudo, submeter ao juízo diferentes causas de pedir, mesmo que já pudessem ter sido alegadas no processo anterior, quando delas decorrer novo pedido²⁴⁸. A coisa julgada recai sobre a subsunção realizada pelo juízo como um todo, com a aplicação do direito material à luz de determinado “estado de coisas”²⁴⁹.

A concepção de SCHWAB foi criticada por Walter HABSCHEID, para quem a causa de pedir é elemento imprescindível da demanda, não somente para que ela seja individualizada, mas também para que o réu saiba contra quais alegações deve se defender. Embora ao autor incumba descrever a causa de pedir, a qualificação jurídica dos fatos constitutivos é tarefa do juiz²⁵⁰. O objeto litigioso é constituído pela pretensão à prolação de decisão que tenha por objeto certa causa de pedir²⁵¹. Em decorrência da regra *iura novit curia*, a rejeição da demanda impede que o autor a reproponha baseando-se nos mesmos fatos, ainda que lhe atribuindo diversa qualificação jurídica. Com base no mesmo fato constitutivo, não pode ser formulada idêntica pretensão, resultando da coisa julgada a impossibilidade de discussão a respeito de fatos pertencentes ao mesmo “estado de fato” sobre o qual se pronunciara a decisão²⁵².

HABSCHEID se contrapõe diretamente a SCHWAB ao afirmar que a causa *petendi* é exigência legal, impondo-se sua indicação pelo autor, de modo que seu papel não seria apenas o de permitir a individualização da relação jurídica, mas igualmente o de propiciar que o réu possa se defender, impugnando os fatos constitutivos²⁵³. Ademais, como assinala Giuseppe TARZIA, ao limitar o objeto litigioso ao pedido, SCHWAB teria de reconhecer que quaisquer fatos que não tivessem sido alegados na primeira demanda estariam excluídos de outro processo. Contudo, SCHWAB limita a exclusão aos fatos que eram conhecidos pelo autor no momento de propositura da demanda²⁵⁴.

Com efeito, SCHWAB admite a formulação do mesmo pedido com base em outros fundamentos, desde que não fossem conhecidos pelo autor à época em que propusera a primeira ação. Disso se depreende que a causa de pedir influencia os limites objetivos da coisa julgada, repercutindo no objeto do processo. A propósito, já na ideia segundo a qual o pedido deve ser interpretado com base na causa de pedir se percebe que esta é elemento integrante do objeto

²⁴⁸ SCHWAB, Karl Heinz. Op. cit., p. 213 e 221. O autor se refere a “estado de coisas” ou, no original alemão, “Sachverhalt”.

²⁴⁹ Idem, p. 195, 198.

²⁵⁰ HABSCHEID, Walter Jakob. *L'Objetto del processo nel diritto processuale civile tedesco* (1980), p. 460/461.

²⁵¹ Idem, p. 462: “Possiamo dunque definire la nozione di oggetto del processo nel diritto processuale tedesco nel modo seguente: l'oggetto del processo è costituito dalla pretesa (le conclusioni) dell'attore di ottenere una sentenza pronunciata in un procedimento che abbia ad oggetto un determinato stato di fatto (oggetto della domanda)”.

²⁵² Idem, p. 463.

²⁵³ Idem, p. 461.

²⁵⁴ TARZIA, Giuseppe. Op. cit. p. 119.

litigioso. Se bastasse o pedido, a causa *petendi* seria desnecessária inclusive para interpretá-lo, já que ele seria elemento suficiente para a prestação da tutela jurisdicional.

No tocante aos limites objetivos da coisa julgada, Adolf SCHÖNKE destacara que só haveria identidade entre demandas se fosse invocado, no segundo processo, o mesmo fato constitutivo com base no qual o autor formulara sua pretensão²⁵⁵. Decorre dessa concepção, conforme notou SCHWAB, a importância exclusiva do “estado de coisas” – *Sachverhalt* – para a definição da identidade do objeto litigioso²⁵⁶. A coisa julgada impede que a parte invoque, em outro processo, fatos contemporâneos à primeira demanda, capazes de levar a decisão oposta, além de vincular o juízo em outros processos, caracterizando-se como efeito positivo, não como exceção²⁵⁷.

Segundo Renato BENEDUZZI, prevalece na Alemanha a ideia de que o objeto litigioso do processo corresponde ao pedido e ao episódio da vida, não qualificado juridicamente, a lastrear o requerimento. O pedido não se restringe à técnica jurídica, mas se refere também ao bem da vida, consistindo, portanto, na postulação concreta deduzida perante o juízo²⁵⁸.

3.3. Análise da doutrina brasileira sobre objeto litigioso

Já se apontou a insuficiência do conceito de lide para a definição do mérito, em razão de sua feição indiscutivelmente sociológica²⁵⁹. Interessa, ao processo, apenas a porção do conflito submetida à apreciação jurisdicional²⁶⁰. Assim, o objeto litigioso do processo (*Streitgegenstand*) é conceito metodologicamente mais apropriado para a análise e definição do

²⁵⁵ SCHÖNKE, Adolf. Op. cit., p. 268: “Sólo se produce el efecto de cosa juzgada, si el juicio posterior versa sobre el mismo objeto. Hay identidad cuando el acontecimiento o hecho del cual una parte deriva su pretensión, ha permanecido siendo el mismo”.

²⁵⁶ SCHWAB, Karl Heinz. Op. cit. p. 86: “Según esto, la identidad del objeto litigioso depende únicamente de la igualdad del suceso, del estado de cosas. No se dice si la solicitud tiene que ser también la misma. Pero del ejemplo citado debería inferirse que lo único decisivo es la identidad del suceso”.

²⁵⁷ SCHÖNKE, Adolf. Op. cit. p. 269.

²⁵⁸ BENEDUZZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão* (2015), p. 77. Para uma resenha sobre o debate a respeito do objeto litigioso na Alemanha, ver Alfredo BUZAID, *Da lide...* Op. cit., p. 95 e ss. Um vasto panorama é traçado por Karl Heinz SCHWAB, Op. cit., p. 11-98.

²⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* (1987), p. 261 e ss. Após enfatizar o caráter sociológico do conceito de lide o autor apresenta crítica contundente à ideia carneluttiana de “justa composição da lide”, elencando argumentos pelos quais deve prevalecer a ideia de que a finalidade da jurisdição é a “atuação da vontade concreta da lei”, relacionada à teoria dualista (declaratória) do Direito.

²⁶⁰ Não se perca de vista, por outro lado, que o conceito de lide também pode ser criticado com fundamento na existência de processos em que não há conflito de interesses, tal como ocorre nos procedimentos de jurisdição voluntária e sempre que houver julgamento antecipado em razão da revelia, reconhecimento jurídico do pedido ou renúncia ao direito sobre o qual se funda a pretensão.

mérito. As expressões se referem ao mesmo fenômeno, de modo que ao discutir sobre o *Streitgegenstand* a doutrina alemã procura definir o *meritum causae*.

No Brasil, em razão da grande influência do processo civil italiano, as discussões em torno do mérito ocorreram à luz do conceito de “ação”²⁶¹. A doutrina se dedicou à análise e aprofundamento dos três elementos identificadores da demanda – *tria eadem* – de modo que não muitas abordagens levaram em conta o *Streitgegenstand*. É preciso considerar, porém, que ao partirem das ideias de “ação”, de “lide” ou de “objeto litigioso”, os processualistas têm como objetivo definir o mérito e, a partir disso, oferecer soluções para os problemas concernentes à modificação e cumulação de demandas, à litispendência e à coisa julgada²⁶². Assim, ainda que as pesquisas partam de orientações metodológicas diferentes, almeja-se solucionar problemas práticos frequentes no processo civil.

Arruda ALVIM sustenta que no processo se discute sobre a pretensão, caracterizada como a afirmação de direito realizada pelo autor. É o demandante, portanto, que delimita o objeto litigioso com seu pedido. O réu poderá ampliá-lo se reconvier. De acordo com o jurista, para a verificação da litispendência há de se considerar “o tipo de tutela jurídica”, de modo que a propositura, pelo devedor, de demanda declaratória de inexistência de relação jurídica, não inviabiliza o ajuizamento, pelo credor, de ação condenatória para a cobrança do crédito. Isso, porém, não ocorre com a coisa julgada. A improcedência de ação declaratória impede, em razão da estabilização propiciada pela coisa julgada, que o autor promova demanda condenatória, contra o mesmo réu, fundamentando-se no fato que fora anteriormente invocado²⁶³.

Embora o jurista se refira ao “tipo de tutela jurídica”, é mais correto falar em técnica processual. As sentenças condenatórias, declaratórias, constitutivas, mandamentais e executivas são técnicas por meio das quais se concede tutela jurisdicional ao direito²⁶⁴. A abordagem de Arruda ALVIM deixa clara a dificuldade em formular um conceito unitário de objeto litigioso. Para a verificação da litispendência, há de se considerar a técnica processual por meio da qual se requer a tutela do direito²⁶⁵. Por outro lado, esse elemento não apresenta a

²⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito...* Op. cit., p. 335. No mesmo sentido, Araken de ASSIS, *Cumulação de ações* (1992), p. 105. Alfredo BUZAID, *Da lide...* Op. cit., p. 111, assinala que a definição do objeto litigioso na Itália partiu do conceito de ação, contrariamente ao que ocorreu na Alemanha, em que o ponto de partida foi a ideia de pretensão.

²⁶² ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. I (1977), p. 449: “A nossa doutrina denomina de *fundo de litígio, mérito* ou *lide* aquilo que os alemães chamam de objeto litigioso”.

²⁶³ Idem, p. 452 e ss.

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica...* Op. cit., p. 120.

²⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* Op. cit., v. II, p. 49, realiza importante esclarecimento conceitual, afirmando que a litispendência não se confunde com o impedimento à instauração de processo idêntico. Esse impedimento é um dos efeitos da litispendência, situação definida pelo autor como “o estado do processo que

mesma relevância na aferição da eficácia negativa da coisa julgada. Adiante os problemas em torno desse tema serão examinados mais pormenorizadamente.

Em conhecido estudo sobre o objeto litigioso, Sydney SANCHES defendeu sua limitação ao pedido formulado pelo autor. Dito de outro modo, a pretensão processual se limita ao pedido, podendo o autor alterá-la ou ampliá-la. Também o réu pode ampliar o objeto litigioso, o que ocorre com o oferecimento de reconvenção ou na deflagração de chamamento ao processo ou denunciação da lide, hipóteses em que se formula pretensão processual contra terceiros. Estes também podem ampliar o objeto litigioso, tal como ocorre com a oposição. Ademais, autor e réu ampliam o objeto litigioso do processo quando propõem ação declaratória incidental, instituto expressamente previsto no CPC/1973, mas incabível à luz do novo código. Tanto a coisa julgada em seus limites objetivos, quanto a litispendência, são definidos pelo pedido²⁶⁶. Para SANCHES a causa de pedir não integra o objeto litigioso do processo.

Também DINAMARCO adotou posição enfática em favor da ideia de que o objeto litigioso do processo é composto somente pelo pedido. Os atos processuais são praticados em razão do pedido de tutela jurisdicional apresentado pelo autor. Consistindo a decisão na resposta concedida ao pedido, conclui o jurista que apenas este integra o mérito. Nessa perspectiva, os fundamentos do pedido e da decisão têm apenas a finalidade de apoiar a pretensão e a tutela jurisdicional, não integrando o objeto litigioso. O processo não tem como finalidade decidir sobre as questões fático-jurídicas suscitadas pelas partes, o que demonstra sua irrelevância na delimitação do mérito²⁶⁷.

Em estudo clássico sobre a causa de pedir, José Rogério Cruz e TUCCI passa em revista as principais concepções desenvolvidas pela doutrina alemã em torno do objeto litigioso do processo. Conclui que este é constituído pela afirmação da situação substancial. O autor apresenta, *in statu assertionis*, a “circunstância jurídica concreta”, particularizada pelo contexto

pende”. Todavia, é corriqueiro o emprego do termo na alusão ao impedimento de propositura de demanda idêntica. Neste sentido, a propósito, utiliza-o Arruda ALVIM na passagem analisada.

²⁶⁶ SANCHES, Sydney. Op. cit., p. 101/102. Destas páginas colhe-se a seguinte passagem: “Mas, de qualquer maneira, o *objeto litigioso do processo*, aquele sobre o qual versará o *judicium* (não apenas da *cognitio*) é limitado sempre por um desses *pedidos* do autor, do réu ou de terceiro”. A limitação da pretensão processual (objeto litigioso do processo) ao pedido é respaldada na sexta conclusão do trabalho: “6ª) *só uma parte do ‘objeto do processo’ constitui o ‘objeto litigioso do processo’*: é o mérito, assim entendido o *pedido do autor* formulado na inicial ou nas oportunidades em que o ordenamento jurídico lhe permita ampliação ou modificação; o *pedido do réu na reconvenção*; o *pedido do réu, formulado na contestação, nas chamadas ações dúplices*; o *pedido do autor ou do réu nas ações declaratórias incidentais* (sobre questões prejudiciais); o *pedido do autor ou do réu contra terceiro na denunciação da lide*; o *pedido do réu no chamamento ao processo*; o *pedido do terceiro contra autor e réu, formulado na oposição*”. A falta de interesse processual no ajuizamento de ação declaratória incidental, à luz do código vigente, será objeto de análise posterior.

²⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito...* Op. cit., p. 348. A posição sobre a restrição do mérito ao pedido é enfatizada em nota de rodapé, na mesma página, na qual o autor repudia a inclusão da causa de pedir no objeto litigioso do processo.

fático discrepante do padrão estabelecido pelo direito. De acordo com o processualista, essa concepção prestigia a causa de pedir, harmonizando-a com a abordagem que vislumbra no direito subjetivo o núcleo do processo²⁶⁸. Vê-se, assim, que ao buscar tutela jurisdicional o autor submete à apreciação do juiz situação fática diversa daquela projetada pelo direito material. Essa “situação substancial”, meramente afirmada, abrange os fatos constitutivos. Disso se pode concluir que segundo o processualista o objeto litigioso é composto pelo pedido e pela causa de pedir, elemento integrante da situação substancial alegada pelo demandante.

Também Araken de ASSIS, na abordagem sobre o objeto litigioso do processo, analisou a doutrina alemã. Segundo o processualista, a lide, compreendida como conflito de interesses, explica a “causa do processo”, mas não é conceito capaz de delimitar o mérito. Este é demarcado pela ação material. O mérito é analisado a partir da afirmação do demandante, *in status assertionis*, de modo que até a decisão não há certificação sobre a ação ou pretensão material²⁶⁹.

3.4. Mérito e seu conteúdo: pedido, causa de pedir e exceção substancial

A breve análise sobre os conceitos de lide e objeto litigioso teve como propósito obter aportes teóricos que auxiliem na delimitação do conteúdo do mérito. Pretende-se, em resumo, definir se ele é constituído exclusivamente pelo pedido, se também é integrado pela causa de pedir, bem como investigar o papel que a resposta exerce na sua delimitação.

3.4.1. Objeto litigioso, pretensão e mérito: sinonímia

Primeiramente, afirma-se que as expressões objeto litigioso e mérito do processo são sinônimas. Ambas podem ser traduzidas pelo conceito de pretensão processual, o qual não se

²⁶⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...* Op. cit., p. 131: “O objeto litigioso do processo, portanto, identifica-se com a circunstância jurídica concreta deduzida em juízo *in statu assertionis*, que aflora tão individualizada pela situação de fato contrária ao modelo traçado pelo direito material”.

²⁶⁹ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, Op. cit., p. 121: “Explica-se, com a lide, a causa do processo e a função jurisdicional. Quanto ao mérito, porém, a ação material fornece o contorno exato, e, por isso, relativamente à cumulação, se examina o cúmulo de ‘ações’”. Ao aludir à “ação material”, refere-se o processualista à “ação de direito material”, conceito desenvolvido por Pontes de MIRANDA e Ovídio BAPTISTA, analisado adiante.

confunde com a pretensão material²⁷⁰. Saliente-se que a referência à pretensão processual não significa restringir o mérito ao pedido²⁷¹.

Em segundo lugar, sustenta-se que o conceito de lide, de tão grande tradição no processo civil brasileiro, presta-se a justificar a atividade jurisdicional, não correspondendo ao mérito do processo²⁷². O conflito entre as partes é sociológico. Justamente por isso é inservível para a definição do objeto litigioso do processo. Este é apenas a fração do conflito que é levada ao judiciário. A resolução de litígios por meio do processo tem como pressuposto a redução da amplitude do conflito. Poder-se-ia questionar essa afirmação, ao argumento de que o litígio pode apresentar dimensão diminuta, de modo a estar integralmente representado no processo. Todavia, isso não ocorre. Elementos do conflito irrelevantes para a obtenção da tutela jurisdicional não integram nem mesmo o objeto do processo.

Com efeito, mesmo o mais singelo conflito de interesses apresenta nuances que serão ignoradas na marcha processual. O inadimplemento contratual pode causar, além de prejuízos, diversos incômodos. Estes, contudo, são irrelevantes para o Direito. Em outras palavras, o mero aborrecimento não oportuniza a tutela jurisdicional por danos extrapatrimoniais. Nada obstante, trata-se de dimensão palpável do conflito. Tal se dá identicamente em relação aos atos ilícitos. A responsabilidade, a ensejar tutela ressarcitória, despreza aspectos juridicamente irrelevantes do conflito de interesses.

Ademais, mesmo nos litígios individuais permanece oculta certa dimensão coletiva. Um mero acidente de trânsito não afeta somente os condutores, mas igualmente seus núcleos familiares. Basta imaginar a mudança de rotina ocasionada pela indisponibilidade do veículo abalroado. Tudo isso demonstra que o processo civil reduz a complexidade dos litígios, de modo que no bojo da relação processual não é possível encontrá-los com a mesma amplitude com que se manifestam no plano social. O mérito, portanto, é fração da lide, o que basta para perceber que este conceito não pode defini-lo.

²⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito...* Op. cit., p. 344/345. No mesmo sentido, Eduardo TALAMINI, *Coisa julgada...* Op. cit., p. 79.

²⁷¹ Idem, p. 345. Após afirmar que o debate alemão sobre o *Streitgegenstand* levou à exclusão das questões, da lide e da demanda inicial como elementos caracterizadores do mérito, bem como à separação dos conceitos de pretensão material e pretensão processual, o jurista adverte que a processualística alemã não chegou a consenso sobre o conteúdo do objeto litigioso do processo: “Não chegaram porém os germânicos a pacificar-se sobre se a pretensão processual assim considerada coincide com o *Antrag* (pedido) ou se é integrada por este mais o *Sachverhalt* (*estado de coisas*, ou causa de pedir)”. Vê-se, assim, que a alusão à pretensão processual não pressupõe adesão à ideia de que somente o pedido integra o mérito do processo, embora esta seja a clara posição de DINAMARCO.

²⁷² ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, Op. cit., p. 121.

3.4.2. Inadequação do conceito de ação de direito material para definir o mérito

Antes de investigar o papel desempenhado no conteúdo do mérito pelo pedido, pela causa de pedir e pela resposta, convém averiguar se o objeto litigioso pode ser definido pela denominada “ação de direito material”, categoria que corresponde, segundo Pontes de MIRANDA, ao agir do sujeito, anterior à demanda, com o objetivo de satisfazer seu direito. Trata-se de situação inconfundível com a pretensão material. Essa corresponde à exigibilidade. Quem age, além de exigir, busca efetivar seu direito²⁷³. Ao tratar do tema, Ovídio BAPTISTA destacou precisamente a atuação do sujeito ativo como a nota distintiva da ação de direito material em relação à pretensão²⁷⁴.

A categoria pressupõe a separação entre os planos material e processual. Caracteriza-se a ação de direito material como o agir, com vistas à satisfação, tornando dispensável qualquer conduta do sujeito passivo. De acordo com essa concepção, a ação de direito material seria transportada ao processo por meio do exercício da demanda. Seria este, portanto, o elemento de ligação entre o direito e o processo. Nessa medida, o mérito da demanda seria representado pela categoria referida.

O conceito, entretanto, foi severamente criticado²⁷⁵. Primeiramente, há diversas situações em que a conduta do sujeito passivo é imprescindível²⁷⁶. É o que ocorre com as demandas condenatórias, mandamentais, constitutivas e declaratórias. A propósito, em relação às duas primeiras, os próprios defensores da categoria reconhecem a inexistência da ação de

²⁷³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*, Op. cit., v. I, p. 64: “De ordinário, a pretensão contém a ação, que é exigência + atividade para a satisfação. A ação não é só exigência: se digo ao vendedor que desejo que me pague o que me deve, *exijo-o*; porém, ainda não *ajo* contra ele: se lhe tomo a coisa, que me deve, *ajo* condenatoriamente, *condeno* e *executo*. A pretensão contém exigir; a ação, além de exigir (*ex-igere*), que é premir para que outrem aja, leva consigo o *agere* do que pretende: ação sua; não de outrem, premido. A ação é, existe, antes de ser exercida pela dedução em juízo e antes, portanto, de qualquer invocação da pretensão à tutela jurídica”.

²⁷⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso...* Op. cit., v. I, p. 80: “O exercício da pretensão, pois, ainda não realiza meu direito subjetivo, uma vez que sua satisfação ficará na dependência da ação do obrigado, prestando, cumprindo, satisfazendo a obrigação. O exigir, que é conteúdo da pretensão, não pode prescindir do agir *voluntário do obrigado*, ao passo que ação de direito material [...] é um agir do titular do direito *para sua realização, independentemente da vontade ou do comportamento do obrigado*”. O jurista retoma o conceito em *Curso...* Op. cit., v. II, p. 354: “Como temos reiteradamente afirmado, concebemos a *ação de direito material* como o agir próprio de cada direito, capaz – independentemente de qualquer participação ativa do obrigado – de realizar inteiramente o respectivo direito”.

²⁷⁵ SILVA, Ricardo Alexandre da. *Condenação e cumprimento de sentença* (2011), p. 37 e ss., nas quais são analisados os principais argumentos apresentados contra a ação de direito material.

²⁷⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O problema da eficácia da sentença* (2006), p. 48: “Apesar da assertiva, casos há em que se torna indispensável a participação ativa do obrigado, o que retira validade ao conceito, ou pelo menos à generalidade que se lhe pretende atribuir”.

direito material, já que em seu âmbito não há um agir para a satisfação, independentemente de qualquer conduta do obrigado²⁷⁷.

Ressalvadas as ações executivas, não há nas demais classes de ação algo que corresponda a um agir para a satisfação independentemente de qualquer conduta do sujeito passivo. Nas condenatórias, com efeito, o descumprimento do obrigado apenas oportuniza a instauração de execução. A regra é que o desfazimento de relações jurídicas, sua modificação ou criação, exija condutas dos envolvidos, razão pela qual não há algo que se possa qualificar como ação de direito material nas ações constitutivas. Nessa categoria, convém acrescentar, sequer existe pretensão material. Trata-se de direitos potestativos, em que não há nem pretensões materiais, nem, muito menos, ações de direito material.

Também não se cogita de ação de direito material nas declaratórias. O que se pretende com essas demandas é a certificação jurisdicional da existência ou inexistência de determinada relação jurídica. A vocalização isolada do titular do direito é rigorosamente inócua se não contar com a concordância da parte *ex adversa*. Também nas mandamentais a recalcitrância do sujeito passivo gerará consequências que não se confundem com o agir para a satisfação que caracteriza a ação de direito material. A aplicação de multa cominatória, a restrição a direito ou até mesmo prisão por descumprimento da ordem apenas demonstram que a conduta do sujeito passivo é imprescindível para a realização do direito, de modo que a ação de direito material inexistente.

Bem vistas as coisas, apenas nas ações executivas, como a reintegração de posse ou despejo, é possível vislumbrar um agir para a satisfação, capaz de assegurar a satisfação do direito, independentemente de qualquer atitude do sujeito passivo. Além da crítica concernente à restrição do conceito às ações executivas, afirma-se a diferença entre o agir do particular e a conduta estatal. Somente esta é imparcial e imperativa, de modo que a conduta do titular do direito quando busca efetivá-lo – ação de direito material – não pode ser comparada com o agir estatal, que não é seu correspondente direto. Tanto isso é verdade que a afirmação de uma ação de direito material mandamental pode ensejar a concessão de uma medida executiva.

²⁷⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ação de imissão de posse* (1981), p. 44/45: “Esta ‘ação’, no entanto, contrariando de frente o conceito de ‘ação de direito material’, não corresponde a um ‘agir capaz de realizar a pretensão’. Se exerço ‘ação’ condenatória, consigo apenas ‘outra ação’, agora de natureza executiva, que, esta sim, *satisfará* minha pretensão a obter pagamento. [...] Isso significará simplesmente que a verdadeira ação (de direito material) que se oculta sob a ‘ação’ processual condenatória é a ação executiva”. Essa conclusão é enfatizada pelo processualista em *A ação condenatória como categoria processual*, p. 233. No mesmo sentido se manifesta Fábio Cardoso MACHADO, *‘Ação’ e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material* (2005), p. 157: “Ações de direito material que se possam qualificar de condenatórias ou mandamentais não há, e nisto Pontes de Miranda foi incoerente apenas por não levar suas premissas às últimas consequências”.

Um exemplo ajuda a comprovar a assertiva. Imagine-se que seja requerida a restrição do funcionamento de determinado estabelecimento, após as 22:30, em decorrência de poluição sonora, sob pena de imposição de multa. Caracteriza-se, aqui, o figurino clássico da ação mandamental. O juiz, nada obstante, pode deferir tutela executiva, determinando o fechamento do estabelecimento. O oposto também é verdadeiro. O autor pode requerer o encerramento das atividades, mas o juiz pode se limitar a deferir a aplicação de multa caso seja descumprida a proibição de números musicais após determinado horário.

Ocorre que a teoria da ação de direito material pressupõe a equivalência entre a conduta do particular e a estatal, o que simplesmente não corre. Tampouco é possível equiparar o agir privado com o agir do estado. Ademais, não se pode visualizar a ação de direito material no âmbito dos direitos difusos, cujo exercício em juízo exige a participação do Ministério Público como substituto processual²⁷⁸. Nesse caso, portanto, haveria ação de direito material insuscetível de afirmação no bojo de demanda pelo titular do direito, o que nega um dos aspectos essenciais da teoria.

Poder-se-ia contraditar o argumento com a assertiva de que o demandante apenas afirma a ação de direito material. Essa saída, contudo, é visivelmente insatisfatória. A ideia da mera afirmação é o reconhecimento de que inexistente um agir para a satisfação que dispense qualquer conduta do sujeito passivo. O desacerto dessa postura metodológica foi corretamente percebido pela doutrina²⁷⁹.

Dois outros argumentos conduzem à refutação da ação de direito material. Em primeiro lugar, não há no Código Civil dispositivo análogo ao art. 75 do CC/1.916²⁸⁰, indicado como fundamento positivo da ação de direito material²⁸¹. Em segundo, a teoria desenvolvida em torno do conceito é incapaz de explicar o que acontece quando é prolatada sentença injusta, compreendida como tal aquela que não tem fundamento no direito. Inexistiria, nesse caso, ação de direito material a que pudesse corresponder o ato imperativo do estado²⁸². Com isso fica definitivamente descartada a ideia de equivalência entre os provimentos jurisdicionais e o agir

²⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral...* Op. cit., p. 298: “Note-se, além disso, que o conceito de ação de direito material é imprestável para explicar o que acontece diante dos direitos difusos. [...] O direito à tutela jurisdicional dos direitos difusos, *que é de todos e de cada um*, somente pode ser exercido por ente legitimado”.

²⁷⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Direito material, processo e tutela jurisdicional* (2006), p. 297: “Mais grave ainda, tal inflexão de rumo termina por reduzir a ação de direito material a um mero *slogan*, uma simples ideia platônica, que não chega sequer a adquirir existência”.

²⁸⁰ Art. 75. A todo direito corresponde uma ação, que o assegura.

²⁸¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso...* Op. cit., v. I, p. 82: “A todo direito exigível (pretensão) há de corresponder uma *ação*. Tal o princípio que está expresso no art. 75 do CC. Este agir para a satisfação inerente a todos os direitos é o que se chama *ação de direito material*”.

²⁸² SILVA, Ricardo Alexandre da. *Condenação...* Op. cit., p. 56.

privado com vistas à satisfação. Não será demais recordar, presente esse contexto, que o exercício arbitrário das próprias razões é crime tipificado no art. 345 do Código Penal.

Demonstrada a insubsistência do próprio conceito de ação de direito material, decorre sua inutilidade para a definição do objeto litigioso. Em outras palavras, o mérito do processo não é delimitado pela referida categoria. Chegado esse ponto, impõe-se verificar se o objeto litigioso do processo é constituído apenas pelo pedido, ou se também é constituído pela causa de pedir e qual o papel que nele desempenha a defesa.

3.4.3. Análise do pedido e da causa de pedir na definição do mérito

Na doutrina brasileira é majoritário o entendimento de que somente o pedido constitui o mérito, o qual prevalece também entre os autores para quem o objeto litigioso do processo corresponde à lide²⁸³. Contra esse entendimento se manifestam vozes autorizadas da processualística civil brasileira, italiana e alemã, para quem a causa *petendi* é elemento integrante do mérito²⁸⁴. Entende-se que este seja o posicionamento correto.

²⁸³ BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição...* Op. cit., p. 107: “A característica do autor é, desta forma, a de apresentar a lide que deve ser julgada, haja, ou não contestação, o tema da decisão de mérito é sempre a lide proposta pelo autor”. E o processualista complementa na sequência: “A sentença de mérito é, portanto, a resposta do juiz à pretensão do autor, ou mais precisamente, o julgamento da lide formulada na petição inicial”. No mesmo sentido, José Joaquim Calmon de PASSOS, *Comentários ao código de processo civil* (1974), v. III, p. 213. A adesão do autor ao conceito de lide fica nítida na página 311 da mesma obra: “A composição das lides foi retirada, normalmente, da área de poder dos particulares. [...] A lide posta como objeto de conhecimento do juiz se denomina *mérito*”. Identicamente, Adroaldo Furtado FABRÍCIO, *Ação declaratória incidental* (1975), p. 58. O autor é enfático ao assinalar que a contestação não modifica os limites do objeto litigioso, podendo ampliar apenas a “área” sobre a qual o juiz realiza sua atividade cognitiva. A delimitação do mérito, portanto, decorre do pedido. Em passagem anterior da mesma obra, lançada na página 26, FABRÍCIO assinala que a processualística “já não prescinde” da teoria da lide, indicando sua clara filiação a essa abordagem. O assentimento do processualista à teoria da lide fora manifestado em *Extinção do processo e mérito da causa* (1990), p. 355: “Admitido que, para o Código como para a maioria da doutrina, o *meritum causae* seja o próprio conflito de interesses motivador do processo, sua resolução, isto é, a superação da lide pela atribuição ou denegação ao autor do ‘bem da vida’ por ele pretendido é o escopo natural da função jurisdicional”. Arruda ALVIM, *Manual...* Op. cit., v. I, p. 453, estabeleceu sinônima entre objeto litigioso e lide, assinalando que sua delimitação compete ao demandante. Cândido Rangel DINAMARCO, *O conceito de mérito...* Op. cit., p. 348, restringe o mérito ao pedido, mas, como visto anteriormente, critica o conceito de lide.

²⁸⁴ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil* (1974), v. II, p. 45, sustentava que a *res in iudicium deducta* compreendia a alegação de existência de uma relação jurídica entre as partes e o pedido: “Pode-se dizer, portanto, que a *res in iudicium deducta*, ou objeto litigioso, compreende: a) a afirmativa do autor de que entre as partes existe determinada relação jurídica causal (*causa petendi*); b) o pedido, baseado nessa relação jurídica, para obter a condenação do réu, ou uma sentença declaratória, ou uma sentença constitutiva”. Na mesma passagem MARQUES conclui: “Assim sendo, a *res in iudicium deducta* se estrutura especificamente através desses elementos. Ela não é só o pedido, mas também a causa do pedido nos seus componentes de fato e de direito”. Araken de ASSIS, *Cumulação de ações*, Op. cit. p. 154, assinala que os limites da demanda se originam do pedido e da causa *petendi*. Acrescente-se, contudo, que para o autor o objeto litigioso corresponde à ação de direito material. Também José Rogério Cruz e TUCCI, *A causa petendi...* Op. cit., p. 131, ao se referir à “situação substancial”, inclui a *causa petendi* no mérito da demanda. Na mesma linha, Daniel MITIDIERO, *Colaboração...* Op. cit., p. 110, nota de rodapé 4: “Em outros termos, o conceito de mérito é composto da causa de pedir e do pedido (e não simplesmente do pedido, como pretendeu, entre outros, Karl Heinz Schwab. *Der Streitgegenstand*

Ao postular em juízo, o demandante deve indicar o fato e o fundamento jurídico do pedido. Trata-se da causa *petendi*, compreendida não apenas como o fato constitutivo, mas como a relação entre ele e a tutela jurisdicional almejada²⁸⁵. Essa exigência não é construção doutrinária, mas imperativo decorrente da lei (CPC, art. 319, inc. III). A omissão do autor na indicação da causa de pedir caracteriza inépcia da petição inicial, levando à extinção do processo, sem resolução de mérito, se o demandante, instado a deduzir os fundamentos em que baseia sua pretensão, permanecer inerte (CPC, art. 330, inc. I e §1º, inc. I). Ademais, no art. 337, §§1º a 4º, ao caracterizar a litispendência e a coisa julgada como pressupostos processuais negativos, o CPC assinala que a identidade entre ações ocorre quando forem comuns as partes, a causa de pedir e o pedido.

Poder-se-ia argumentar que a exigência do código em relação à indicação da causa de pedir (CPC, art. 319, inc. III), bem como o conceito legal de identidade de demandas para a caracterização da litispendência e da coisa julgada (art. 337, §§1º a 4º), não são critérios decisivos para a inclusão da causa *petendi* como elemento integrante do mérito do processo. Nesse caso, contudo, caberia redarguir sobre o sentido dessas prescrições legais. Por que exigir a apresentação da causa *petendi* na petição inicial, se ela não integra a *res in iudicium deducta*?

*im Zivilprozess. [...]". O autor ampliou o conceito no *Novo curso...* Op. cit., v. I, p. 556, escrito em coautoria com Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART: "O mérito da causa é constituído pela causa de pedir, por eventual defesa indireta alegada pelo demandado e pelo pedido. Julgar o mérito, portanto, significa apreciar as alegações fático-jurídicas formuladas pelas partes na causa de pedir e na defesa e a partir daí julgar procedente ou improcedente, no todo ou em parte, o pedido formulado (arts. 141 e 490)". A concepção de que as defesas materiais também integram o mérito fora apresentada por Galeno LACERDA, *As defesas de direito material no novo código de processo civil* (1974), p. 166: "[...] integra efetivamente o litígio não apenas a pretensão do autor, mas também a defesa do réu. É toda a *litiscontestatio*, porque o réu tem igual direito ao do autor, de reclamar a jurisdição para a sua defesa, em toda a extensão dela, para todas as questões que ele suscitar". Em passagem anterior (p. 163), o processualista afirmara que a contestação encerra pretensão do réu. Na Itália, Piero CALAMANDREI, *Il concetto di "lite"...* Op. cit., p. 223, sustentou que a causa *petendi* integraria o objeto do processo. Elio FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo* (1957), p. 138, assinala que o *thema decidendum* equivale à situação substancial deduzida em juízo, donde se pode concluir que a causa *petendi* integra o objeto litigioso do processo. Textualmente: "Ma la presenza di tale situazione nel processo può essere considerata da un ulteriore punto di vista. Gli e che, dedotta in giudizio, tale situazione costituisce, poi, il *thema decidendum*, l'oggetto della cognizione". O jurista acrescenta que essa perspectiva, conquanto rica, não esgota as relações entre direito e processo, mas capta apenas um de seus momentos. Também Andrea Proto PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile* (1994), p. 60/61, assinala que a *res in iudicium deducta* consiste no direito afirmado pelo demandante, somado aos fatos constitutivos ou, por sua vez, extintivos, modificativos e impeditivos da pretensão do autor: "Alla stregua di questa ricostruzione, la *res in iudicium deducta* destinata a divenire al termine del processo *res iudicata* sarebbe solo il diritto affermato dall'attore e mai i fatti costitutivi o, volta a volta, impeditivi, modificativi o estintivi che a livello di fattispecie legale rilevano ai fini della esistenza o inesistenza del diritto". Na Alemanha, como já visto, a inclusão da causa *petendi* no objeto litigioso é defendida por Walter Jakob HABSCHEID, Op. cit., p. 460/461 e por Leo ROSENBERG, Op. cit., t. II, p. 35/36. Neste sentido, colhe-se na jurisprudência: "[...] A coisa julgada contida no dispositivo da decisão judicial transitada em julgado está delimitada pelo pedido e pela causa de pedir apresentadas na petição inicial do processo de conhecimento. 2. Conquanto somente o dispositivo da sentença seja abarcado pela coisa julgada material, é certo que os efeitos da *res iudicata* apenas se abatem sobre as matérias cujos contornos fáticos e jurídicos tenham sido efetivamente examinados e decididos pelo Poder Judiciário de forma definitiva" (STJ, RMS n. 30.414/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 24/04/2012).*

²⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 72.

Seria adequado cominar ao autor a grave sanção de indeferimento da inicial para a hipótese de persistência da omissão em relação à descrição do fato constitutivo, quando este não compõe o objeto litigioso? Por que, ao estabelecer a identidade entre ações, para finalidade de verificação da litispendência e da coisa julgada, o código teria apontado a causa de pedir, se ela não integra o mérito?

As reflexões suscitadas por essas perguntas demonstram que à luz do direito positivo a causa de pedir integra o objeto litigioso. Porém, mesmo que se desconsidere esse dado, a análise do que ocorre no processo demonstra a presença da causa de pedir e do pedido na constituição do *meritum causae*. Tome-se como exemplo demanda corriqueira na prática forense, na qual o autor requer a condenação do réu ao pagamento do preço em razão do inadimplemento de prestação de contrato de compra e venda. É correto supor que somente o pedido basta para a definição do mérito? Certamente não!

O demandante postula a condenação do réu ao pagamento em razão do inadimplemento de determinado contrato. Não se trata de pedido avulso, dissociado do fundamento fático que lhe dá substrato. O pedido imediato – sentença condenatória – e o mediato – crédito que constitui o objeto da prestação – nascem de um fato constitutivo, qual seja, a relação jurídica obrigacional estabelecida entre demandante e demandado. A prestação jurisdicional requerida surge de um fato jurídico delimitado. Com a modificação deste, tem-se outra demanda. Em outras palavras, a alteração da causa de pedir acarreta a modificação da demanda, do mesmo modo que a indicação de dois fatos constitutivos caracteriza cumulação.

A hipótese foi formulada levando em conta relação obrigacional. Nada muda, contudo, quando se leva em consideração os direitos absolutos. Suponha-se o esbulho possessório que leva à deflagração de demanda de reintegração de posse. O autor postula a concessão de provimento executivo – pedido imediato – por meio do qual ocorra sua restituição na posse de determinado imóvel – pedido mediato. Trata-se de violação específica sobre determinado imóvel. Havendo outra violação, caracteriza-se fato constitutivo diferente, a ensejar o ajuizamento de outra demanda, ainda que se refira ao mesmo esbulhador.

Poder-se-ia questionar a solução proposta sob o argumento de que o novo esbulho se referiria à violação anteriormente ocorrida, de modo que inexistiria modificação da demanda. A assertiva, contudo, não é correta. O esbulho pressupõe a perda da posse (CC, art. 1.223). Perdida a posse, o remédio cabível é a ação de reintegração. Assim, novo ato espoliativo corresponde à causa *petendi* de nova demanda reintegratória. Mesmo que a relação entre o fato invocado e o pedido de tutela jurisdicional seja a mesma, por certo não há identidade entre os

fatos constitutivos. Em outras palavras, outro é o fato constitutivo do direito alegado pelo demandante, de modo que a causa de pedir não é a mesma.

Ainda no âmbito das ações possessórias, saliente-se que a ocorrência de turbação não leva a entendimento diverso. Pode existir certa dificuldade na individualização dos atos de ameaça à posse. Basta, todavia, atentar para a existência de encadeamento dos atos turbativos. Se houver continuidade, tal como ocorre quando o agressor continuamente transita sobre a posse alheia, o primeiro ato já consoma a turbação. Contudo, se entre os atos houver autonomia, como ocorre quando o agressor remove as divisas ou colhe os frutos, cada conduta oportunizará a propositura da demanda de manutenção de posse²⁸⁶.

Vê-se, assim, que a indicação de nova causa de pedir, também nos direitos absolutos, ocasiona a propositura de demanda diversa da que fora ajuizada. O posicionamento não se altera diante dos direitos potestativos²⁸⁷. Suponha-se que o inadimplemento do contrato leve a parte prejudicada a pleitear sua resolução. É inequívoco que a rejeição do pedido, seguida de novo descumprimento, autoriza a propositura de outra demanda. Há, na hipótese, causa de pedir diversa.

Também aqui se poderia objetar, alegando que diferentes inadimplementos constituirão a mesma causa *petendi*. Suponha-se que o comprador não tenha pago o preço por três meses consecutivos. Nesse caso, a causa de pedir será o inadimplemento por falta de pagamento. A narração, na inicial, dos três descumprimentos, compõe a mesma causa *petendi*, ainda que cada um deles possa ensejar a propositura de demanda na qual se requer a resolução do contrato. Trata-se, nos termos do art. 508 do CPC, de *alegação* constitutiva da mesma causa de pedir, incumbindo ao demandante argui-la sob pena de exclusão em processo futuro por força da eficácia preclusiva da coisa julgada. Tanto isso é verdade, que eventual inadimplemento futuro é causa para o ajuizamento de nova demanda, da mesma forma que o é

²⁸⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao código de processo civil*, v. VIII (1.980), p. 389. Não somente a solução, mas também os exemplos indicados foram retirados dessa obra.

²⁸⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...* Op. cit., p. 40/41: “Em muitos casos, a lei concede a alguém o poder de influir, com sua manifestação de vontade, sobre a condição jurídica de outro, sem o concurso da vontade deste: a) ou fazendo cessar um direito ou um estado jurídico existente; b) ou produzindo um novo direito, ou estado ou efeito jurídico”. Prossegue o jurista se referindo às declarações de vontade, com destaque no original: “Têm todas de comum tender à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção”. A submissão do sujeito passivo à vontade do titular do direito também aparece como nota definidora dos direitos potestativos, por ele denominados formativos, em Pontes de MIRANDA, *Tratado das ações*, Op. cit., v. I, p. 56 e ss. e em Miguel REALE, *Lições preliminares de direito* (1.973), p. 263/264, para quem haveria situações jurídicas, a exemplo do pátrio poder, em que aos poderes outorgados pelo ordenamento jurídico corresponde não uma prestação, mas a sujeição do sujeito passivo.

o descumprimento de qualquer outra obrigação, pelo comprador, que não seja o pagamento do preço.

Observe-se que a qualificação jurídica atribuída pelo demandante ao fato constitutivo não tem relevância. O que interessa são os efeitos reconhecidos pelo provimento jurisdicional. Isso significa que a coisa julgada, atuando como pressuposto processual negativo, inviabilizará a propositura de demanda em que o autor procure atribuir ao mesmo fato invocado em processo anterior, qualificação jurídica diversa. Assim, será irrelevante que o autor narre determinado fato, qualificando-o como *erro* e, posteriormente, em razão do insucesso na primeira demanda, atribua ao fato a roupagem de *coação*²⁸⁸. Em outras palavras, o juiz repelirá, com a extinção do processo sem resolução de mérito (CPC, art. 485, inc. V), a tentativa do autor sucumbente de ver reapreciado o mesmo fato que fora alegado na ação anteriormente proposta.

Essa discussão demonstra a importância da causa de pedir para o *meritum causae*. Não apenas o código exige que o autor narre os fatos constitutivos, mas também considera expressamente, para a caracterização de litispendência e de coisa julgada, que a causa *petendi* integra o objeto litigioso do processo, de modo que, à luz do exemplo exposto, a formulação do pedido de anulabilidade por *coação*, baseado no mesmo fato constitutivo em que se fundamentara o pleito de anulabilidade por *erro*, levará à extinção do processo sem resolução de mérito.

Destarte, o conceito de mérito, objeto litigioso ou pretensão processual, apresenta em seu conteúdo a causa de pedir delineada pelo autor. É por meio deste elemento da demanda, também integrante da *res in iudicium deducta*, que o direito material se comunica com o processo. O fato constitutivo é relacionado com a tutela jurisdicional pretendida. De forma mais ampla, poder-se-ia dizer que o autor dele extrai os efeitos que, de acordo com sua narrativa, levarão à tutela jurisdicional almejada.

Vê-se, assim, que um pedido jamais existirá avulsamente. Sempre decorrerá de determinada causa *petendi*. Esses dois elementos constituirão a *pretensão processual*, que

²⁸⁸ DELGADO, Jaime Guasp. *La pretensión procesal* (1981), p. 83, nota de rodapé 84, afirma que o fundamento da pretensão processual são os acontecimentos, não a qualificação jurídica: “Afirmamos, desde luego, que fundamento del objeto del proceso en general lo constituye una suma de acaecimientos concretos, históricos, prescindiendo de su individualización jurídica o calificación jurídica. Esta, desde luego, se incorpora también al proceso, pero no como parte de la pretensión, sino como actividad distinta, en la que incluso el órgano jurisdiccional puede suplir la actividad de las partes”. No mesmo sentido, Eduardo TALAMINI, *Coisa julgada...* Op. cit., p. 72. O autor destaca que a qualificação do fato em determinada moldura jurídica não faz parte da causa de pedir. Esta é não apenas a afirmação dos fatos constitutivos, mas igualmente a correlação lógico-jurídica entre estes e a tutela jurisdicional (no original, “consequência jurídica”) postulada.

evidentemente não se confunde com a material²⁸⁹. Esta existe no plano material. A pretensão processual, por seu turno, é afirmada pelo demandante e será apreciada mesmo que no plano material inexistia direito. Outro entendimento configuraria retorno à concepção imanentista da ação. O ponto a reter é que o objeto litigioso do processo, expressão sinônima à de mérito ou pretensão processual, é integrado pela causa de pedir e pelo pedido.

Sustenta TALAMINI que a pretensão processual é veiculada pelo pedido. Segundo o processualista, a causa *petendi*, conquanto imprescindível para a identificação da pretensão não é componente do objeto litigioso do processo²⁹⁰. Pode-se afirmar, em sentido contrário, que justamente a imprescindibilidade da causa de pedir para a identificação da pretensão processual, leva à sua inclusão no mérito da causa²⁹¹. O pedido não existe isoladamente. Não se pleiteia somente a condenação do réu ao pagamento de determinada quantia. O que se postula é a condenação ao pagamento em decorrência de determinado fato constitutivo, relacionado ao pedido. O réu é instado a se defender levando em consideração a pretensão processual integrada pelo pedido de tutela jurisdicional e pela causa de pedir.

²⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito...* Op. cit., p. 345. O processualista indica a compreensão de que a pretensão processual é inconfundível com a material, prevista no §194 do BGB, como um dos resultados a que chegou a doutrina alemã na polêmica em torno do objeto litigioso do processo.

²⁹⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 80. O argumento é apoiado em elegante analogia: “Permita-se aqui uma comparação: a causa de pedir está para a pretensão assim como a vida de uma pessoa está para essa pessoa. Não se pode dizer que a vida de alguém *seja* alguém. Um aspecto é o *ser*, sua *essência*, seu *espírito*; o outro, sua *experiência*. No entanto, não há como tentar compreender o que alguém é ou foi senão compreendendo sua vida, o que fez, disse, pensou, deixou de fazer...Qualquer tentativa de compreensão que prescindir disso, será, quando muito, um simples retrato, um resumo de dados burocráticos (nome, endereço, documento de identificação, telefone...) ou coisa que o valha. Do mesmo modo, a tentativa da compreensão e identificação da pretensão processual sem a consideração da causa de pedir incidiria no mesmo defeito”. No mesmo sentido, Ricardo de Barros LEONEL, *Causa de pedir e pedido* (2006), p. 104.

²⁹¹ DELGADO, Jaime Guasp. Op. cit., p. 67 e ss., afirma que a estrutura da pretensão processual é constituída pelos elementos subjetivo (partes e juiz), objetivo (substrato material sobre o qual recaem as condutas) e pela atividade modificativa da realidade praticada pelos titulares da pretensão. O objeto da pretensão processual, na concepção de GUASP, é o bem litigioso. Cuida-se de declaração de vontade realizada ante o juiz e sobre o objeto litigioso. Tratando-se de declaração de vontade com significação jurídica, a pretensão é essencialmente uma petição fundada, tendo como fundamento os fatos que a delimitam. Segundo essa abordagem, há pretensão ainda que não haja motivos, mas sempre há fundamento, consistente nos acontecimentos que demarcam a pretensão processual, que corresponde ao objeto do processo, em sentido que pode ser compreendido como o de objeto litigioso. A pretensão não se confunde com a demanda, que é apenas o ato com o qual se deflagra a marcha processual. A exposição de GUASP demonstra claramente que o fundamento pode não ser autêntico. O que interessa é a afirmação do fundamento, que pode não ter ocorrido. Essa abordagem é importante por destacar o papel de individualização realizado pelos “acontecimentos” na pretensão processual. Embora o autor afirme que a pretensão é essencialmente uma petição, o que remete obviamente ao pedido, há de se destacar que este se fundamenta em determinado fato, sem o qual a própria ideia de pretensão é inconcebível. Por esse motivo a abordagem de GUASP termina por corroborar o entendimento de que a causa de pedir integra o objeto litigioso. Merece destaque a ênfase com que o processualista sustentou que os “acontecimentos” são elementos de delimitação. Eis o conceito de pretensão processual, elaborado à luz do critério estrutural (p. 84/85): “En definitiva, queda así establecido que la pretensión procesal, por su estructura, es una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra, ante un tercero supraordinado a ambas, un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada, esto es, acotada o delimitada, según los acaecimientos de hecho que expresamente se señalen”.

Da ideia de que o objeto litigioso corresponde à pretensão processual não se pode extrair a conclusão de que a causa de pedir não o integra. Essa circunstância já foi assinalada quando se enfatizou que na Alemanha os processualistas empregam o conceito de pretensão processual, prevalecendo no país a ideia de que o mérito é constituído pelo pedido e pela causa *petendi*. Ou seja: adotar o conceito de pretensão não significa endossar a restrição do mérito ao pedido. Quando se enfatiza que a causa de pedir é elemento de individualização do objeto litigioso, dá-se margem à ideia de que ela também constitui o *meritum causae*. O pedido, afinal, é indissociável da causa de pedir que o fundamenta. Essa constatação, aliada aos elementos de direito positivo, é o quanto basta para demonstrar que o objeto litigioso do processo é formado pela causa de pedir e pelo pedido.

3.4.4. Resposta e conteúdo do mérito

Cabe verificar o papel exercido pela resposta, gênero que compreende a contestação e a reconvenção. Primeiramente, indaga-se se as alegações de defesa do réu integram o mérito, conforme assinala autorizada doutrina²⁹². Faz-se alusão, aqui, às exceções substanciais, excluindo-se as defesas meramente processuais²⁹³. A resposta é positiva.

É certo que a defesa do réu gravita em torno da pretensão processual delineada pelo autor. É este que apresenta inicialmente os contornos do mérito do processo ao deduzir o pedido lastreado em determinada causa de pedir. Reconhece-se, já no primeiro momento, que os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão do autor ampliam o objeto do processo, com o aumento da matéria sobre a qual recairá a cognição do juiz. Isso implica aumento do objeto litigioso do processo? Em outras palavras, a exceção substancial indireta acarreta a ampliação do mérito?

²⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. I, p. 556. Esse também é o entendimento já referido de Andrea Proto PISANI, *Lezioni...* Op. cit., p. 60/61.

²⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação...* Op. cit., p. 347. O jurista estabelece a distinção entre defesas processuais e de mérito. Estas, por sua vez, são divididas em defesas diretas, nas quais se nega o fato constitutivo, e indiretas, em que são opostos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos à pretensão do demandante. As defesas processuais, baseadas em ausência de pressuposto processual ou carência da demanda, evidentemente não se incluem no mérito do processo. O contrário ocorre com as defesas substanciais. Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio ARENHART e Daniel MITIDIERO, *Novo curso...* Op. cit., v. I, p. 181, assinalam que o réu apresenta defesa substancial direta também quando impugna as consequências jurídicas do fato constitutivo invocado pelo demandante. Fredie DIDIER JR., *Curso de direito processual*, v. I (2007), p. 643 e ss., indica a conhecida diferença entre exceções e objeções. Estas podem ser conhecidas de ofício, dividindo-se em substanciais (p. ex. decadência) e processuais (incompetência absoluta e carência da demanda). Aquelas devem ser suscitadas pela parte. Também podem ser processuais (p. ex. exceção de incompetência relativa) ou substanciais (p. ex. compensação).

Suponha-se que o demandante tenha ingressado com ação de cobrança, fundamentando seu pedido na prestação de serviços advocatícios. Em sua defesa o réu alega prescrição. Trata-se de hipótese clássica de exceção substancial indireta, na qual se alega fato impeditivo do direito do autor²⁹⁴. Essa defesa está correlacionada com a causa de pedir e o pedido, o que poderia levar à suposição de que não há alargamento do mérito. Contudo, basta constatar que o acolhimento da defesa ocasiona a improcedência da demanda para que se perceba que a alegação do réu integra o objeto litigioso.

Poder-se-ia afirmar que a alegação apenas se encaixa no objeto litigioso delineado pelo autor, de modo que não haveria ampliação do mérito. Note-se, contudo, que a prescrição é fato impeditivo, constituindo questão específica evidentemente não trazida pelo autor. Precisamente por integrar o mérito, tem-se que a rejeição da exceção substancial indireta também fica coberta pela coisa julgada. A prescrição da pretensão creditória se torna imutável quando reconhecida e também quando recusada.

O posicionamento aqui defendido, no tocante à imutabilização da decisão que rejeita a alegação de prescrição, fora apresentado por Fredie DIDIER JR., para quem essa defesa corresponde a exercício de contradireito pelo réu. Entender que a prescrição rejeitada não se estabiliza significa defender a existência de coisa julgada *secundum eventum litis*, com violação à isonomia, à medida que ninguém discorda da imutabilização da decisão que acolhe a prescrição. Desse modo, segundo o processualista, o art. 269, inc. IV do CPC/1.973 (art. 487, inc. II, CPC/2.015), não poderia ser interpretado *a contrario sensu*, como se apenas as decisões de acolhimento da prescrição fossem cobertas pela coisa julgada²⁹⁵.

²⁹⁴ Embora não haja dúvida sobre a qualificação da prescrição como defesa substancial indireta, há alguma controvérsia em seu enquadramento como fato extintivo ou impeditivo do direito do autor (CPC, art. 350). Joel Dias FIGUEIRA JR., *Comentários ao código de processo civil* (2001), p. 423 afirma que a prescrição é fato extintivo. No mesmo sentido se manifestam Nelson NERY JR. e Rosa Maria de Andrade NERY, *Código de processo civil comentado* (1994), p. 521. Ovídio BAPTISTA, *Curso...* Op. cit., v. I, p. 319, afirma que com a prescrição o direito não desaparece, de modo que o credor pode invocar a compensação como matéria de defesa em outro processo. Do mesmo modo, ocorrendo pagamento de crédito atingido pela prescrição, não pode o devedor requerer a repetição. Depreende-se, com base nessas lições, que para o processualista a prescrição consiste em fato impeditivo do direito do autor. Não há extinção, pois o direito continua a existir. Arruda ALVIM, *Manual...* Op. cit., v. I, p. 505, sustenta que o escoamento do prazo, sem que haja exercício do direito de ação, acarreta, de acordo com a teoria civilista, a prescrição da ação. O direito continuaria a existir, embora, como assinala o jurista, a falta de ação que a ele corresponda, faça com que na prática dificilmente a pretensão venha a ser exitosa: “Em termos práticos, porém, dificilmente prosperará a pretensão (na verdade, a pretensão não podendo prosseguir pela exceção de prescrição, errado é dizer-se que existiria o direito)”. O direito positivo, ao se referir a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do *direito* do autor sinaliza que a prescrição é fato impeditivo. O direito, como corretamente afirmou Ovídio BAPTISTA, continua a existir. Tanto isso é verdade, que pode ser invocado em exceção de compensação.

²⁹⁵ DIDIER JR., Fredie. *Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência* (2013), p. 99.

Os contradireitos são concebidos como reação a determinado direito. Ao invocá-los o réu não age, mas reage ao direito alegado pelo autor. Sua finalidade é a neutralização ou a extinção do direito. As exceções de prescrição e de *non adimpleti contractus* representam contradireitos neutralizantes, ao passo que a exceção de compensação é hipótese de contradireito extintivo²⁹⁶. A abordagem de DIDIER JR. autoriza a extensão do conceito mérito e, conseqüentemente, da coisa julgada, aos contradireitos exercidos pelo réu, os quais são sinônimos de exceção substancial indireta²⁹⁷.

Contudo, nem toda defesa é exercício de contradireito. Com efeito, nas exceções substanciais diretas, o demandado se limita a negar o fato constitutivo ou a consequência jurídica que dele pretende extrair o autor. Nesse caso não há exercício de contradireito, nem ampliação do mérito. Restringe-se o réu, afinal, a negar a postulação do autor, nada acrescentando ao objeto litigioso do processo. A negativa do fato constitutivo caracteriza questão de fato, cuja apreciação pressupõe a produção de provas. Se o demandado se limita a questionar a consequência jurídica extraída do fato constitutivo pelo autor, há questão jurídica a ser dirimida. Nesse caso, não é necessária a produção de prova sobre o fato, pois o réu não nega que ele tenha acontecido. A discussão se circunscreve ao efeito jurídico. Apesar de não o ampliarem, as exceções substanciais diretas fazem parte do objeto litigioso do processo.

O acolhimento da defesa direta baseada na negativa de fato não enseja, por expressa previsão legal (CPC, art. 504, inc. II), a estabilização da inocorrência fática. Isso significa que embora o juiz tenha se convencido que o fato constitutivo invocado pelo autor não aconteceu, tal fato pode vir a ser reconhecido em outro processo, já que a imutabilização decorrente da coisa julgada não o atinge. Tampouco será estabilizada a alegação, subjacente à exceção direta,

²⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Contradireitos...* Op. cit., p. 90.

²⁹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso...* Op. cit., v. I, p. 639. Com o mesmo entendimento, Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio ARENHART e Daniel MITIDIERO, *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 181. A ideia de exceção como contradireito “destinado à anulação da ação” fora defendida por Giuseppe CHIOVENDA, *Instituições...* Op. cit., v. I, p. 469. Fredie DIDIER JR., em *Contradireitos...* Op. cit., p. 91, afirma que o demandado, quando exerce contradireito, não se limita a invocar fato modificativo ou extintivo, mas exerce direito próprio, afirmando situação jurídica ativa que se caracteriza por ser exercida contra o direito sustentado pelo demandado. Essa distinção permitiria supor a existência de defesas substanciais de mérito indiretas que não configurariam exercício de contradireito. A suposição, contudo, é descartada pela afirmação de DIDIER JR., apresentada no *Curso*, de acordo com a qual “exceção substancial e contradireito são expressões sinônimas”. Heitor Mendonça SICA, *O direito de defesa no processo civil brasileiro* (2011), p. 301 e ss., classifica a resposta do réu como demanda, na qual são visualizados os três elementos (partes, causa de pedir e pedido). Em consequência, oferecida resposta de mérito, ocorrerá ampliação do objeto litigioso do processo. Na Itália, Giovanni PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, Op. cit., p. 862 defendeu que também o réu, com suas exceções, pode ampliar a lide: “Naturalmente bisogna tenere presente che anche il convenuto può contribuire con le sue eccezioni a determinare l’oggetto della lite, estendendo il *thema decidendum* o introducendo nuovi temi, il che può riflettersi sul *petitum* e sulla *causa petendi*”. Salvatore SATTA, *Accertamento incidentale* (1958), p. 244, ao criticar a teoria da declaração incidental, assinalou que ela partira da ideia de que as exceções do réu não ampliariam o objeto litigioso do processo, de modo que seria necessário propor ação declaratória para que questões prejudiciais de mérito fossem imutabilizadas.

consistente na recusa da consequência jurídica invocada pelo autor²⁹⁸. Identicamente ao que acontece com a verdade dos fatos, também os motivos não são cobertos pela coisa julgada (CPC, art. 504, inc. I). A atribuição de diferente consequência jurídica aos fatos narrados pelo autor está abrangida no conceito de “motivos” indicado pelo código²⁹⁹.

Também quando reconvém o demandado aumenta não apenas o rol de questões a serem decididas, mas igualmente a pretensão processual. Em outras palavras, o mérito se amplia com a reconvenção. Sob o código revogado o réu podia expandir o objeto litigioso do processo quando ajuizasse ação declaratória incidental. Como o código vigente admite a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais (CPC, art. 503, §1º, incs. I a III), essa modalidade de resposta não é mais cabível.

Os limites do mérito também serão alargados pelo réu quando ele realizar denúncia da lide (CPC, arts. 125 a 129). Com efeito, por meio dessa modalidade interventiva, exercida pelo demandado na resposta, há ajuizamento de demanda regressiva contra o terceiro, simultaneamente à constituição de litisconsórcio entre denunciante e denunciado, contra o adversário do denunciante³⁰⁰. A ampliação do *meritum causae* é nítida. Embora aqui se faça alusão apenas à denúncia da lide realizada pelo réu, também o autor poderá deflagrá-la (CPC, art. 127). Nesse caso, o objeto litigioso certamente é maior do que aquele que existiria

²⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* Op. cit., v. II, p. 327: “O réu nega a eficácia jurídica dos fatos alegados pelo autor quando sustenta que a norma invocada não se aplica ao caso, ou propõe uma interpretação diferente para o texto, ou procura demonstrar que a orientação dos tribunais o favorece etc”.

²⁹⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*, v. I (1975), p. 326, afirmou, sob o código revogado, que “motivos” não são sinônimos dos “fundamentos de fato” indicados no art. 458, inc. II, do CPC/1973. Esse entendimento foi adotado por Egas Moniz de ARAGÃO, *Sentença e coisa julgada* (1992), p. 247/248. Os motivos seriam as razões pelas quais o pedido foi acolhido ou rejeitado. Ainda que se adote essa concepção, chegue-se à conclusão de que a inaplicabilidade do dispositivo invocado ou a interpretação jurídica diversa, são motivos e, como tais, não são cobertos pela coisa julgada.

³⁰⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros* (1982), p. 75: “A denúncia da lide, como já exposto anteriormente, é prevista no vigente Código de Processo Civil como uma ação regressiva, ‘*in simultaneus processus*’, proponível tanto pelo autor como pelo réu, sendo citada como denunciada aquela pessoa contra quem o denunciante terá uma pretensão indenizatória, pretensão de ‘reembolso’, caso ele, denunciante, venha a sucumbir na ação principal”. Sobre a posição do denunciado, junto ao denunciante, perante o adversário deste, dividia-se a doutrina erigida sob o código revogado. Para alguns, como Ovídio BAPTISTA, *Curso...* Op. cit., v. I, p. 297 e Eduardo Arruda ALVIM, *Direito processual civil* (1998), p. 283, o denunciado seria assistente simples. Cândido Rangel DINAMARCO, *Denúnciação da lide* (1997), p. 165, sustenta que o denunciado seria assistente litisconsorcial. Essa posição é refutada pela constatação de que a assistência litisconsorcial pressupõe relação entre o assistente e o adversário do assistido (CPC, art. 124). Ocorre que inexistente relação jurídica entre o denunciado e o adversário do denunciante, o que inviabiliza a caracterização de assistência litisconsorcial. Terceira posição afirma a existência de litisconsórcio entre denunciante e denunciado na demanda principal. Esse entendimento, sob o Código Buzaid, contou com a adesão de Athos Gusmão CARNEIRO, *Intervenção de terceiros*, Op. cit., p. 109, Arruda ALVIM, *Manual...* Op. cit., v. II, p. 186 e de Humberto THEODORO JR., *Curso de direito processual civil* (1985), v. I, p. 142. Analisando o tema à luz do código vigente, Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio ARENHART e Daniel MITIDIERO, *Novo código...* Op. cit., p. 203/204, assinalam a posição de litisconsorte. Esse é o entendimento encampado pelo CPC, como se nota nos arts. 127, 128, inc. I e parágrafo único, nos quais a alusão ao litisconsórcio é expressa.

se não fosse a denunciação. Todavia, não se pode falar em ampliação do mérito, à medida que já na petição inicial a pretensão processual é constituída pela demanda regressiva formulada pelo autor denunciante contra o denunciado.

No chamamento ao processo (CPC, arts. 130 a 132) há formação de litisconsórcio passivo ulterior, por força de requerimento do réu na contestação, de modo que a pretensão do autor passa a ser também dirigida contra terceiro³⁰¹. Ocorre ampliação do objeto do processo, à medida que o juízo terá de apreciar as alegações apresentadas pelo chamado³⁰². Há, também, aumento do objeto litigioso, pois o réu apresenta pedido de condenação do chamado³⁰³. Pode haver sucessiva ampliação do mérito se o terceiro apresentar exceção substancial indireta.

3.4.5. Intervenção espontânea de terceiros e ampliação do mérito

As modalidades de intervenção de terceiros se classificam em espontâneas e provocadas. Nas primeiras, de que são exemplos a denunciação da lide e o chamamento ao processo, o terceiro é trazido à relação processual por alguma das partes. Nas segundas, a participação do terceiro decorre de sua própria iniciativa³⁰⁴. São exemplos de intervenção espontânea a assistência simples, a litisconsorcial e a oposição, ora elencada entre os procedimentos especiais, mas que nem por isso deixa de ser forma típica de intervenção de terceiros no processo.

Os terceiros podem ampliar o objeto litigioso. É o que acontece no ajuizamento de oposição (CPC, arts. 682 a 686), modalidade interventiva em que o oponente apresenta pretensão processual simultaneamente contra o demandante e o demandado do processo original, os quais integram litisconsórcio na demanda de oposição³⁰⁵. Como o oponente formula nova pretensão, o objeto litigioso resta inequivocamente ampliado.

Na assistência litisconsorcial não há alargamento do mérito. Mesmo quando corretamente se considere que o interveniente é parte, não mero assistente, inexistente exercício de nova pretensão, mas adesão ao pedido formulado pelo autor³⁰⁶. Tome-se como exemplo a

³⁰¹ USTÁRROZ, Daniel, *A intervenção de terceiros no processo civil brasileiro* (2004), p. 131.

³⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Chamamento ao processo*, p. 183.

³⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*, Op. cit. p. 67. Identicamente, Clarisse Frechiani Lara LEITE, Op. cit., p. 130/131.

³⁰⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*, Op. cit., p. 61. Identicamente, Daniel USTÁRROZ, Op. cit., p. 29.

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 675.

³⁰⁶ USTÁRROZ, Daniel. Op. cit., p. 40 e ss.

clássica hipótese em que o devedor principal intervém, aliando-se ao fiador na demanda de cobrança em que este é réu. O simples ingresso no processo não ocasiona ampliação do objeto litigioso, embora isso possa acontecer se for apresentada exceção substancial indireta diversa da que tenha sido invocada pelo réu. O mérito também aumentará se o assistente apresentar exceção substancial quando o assistido tiver se limitado a oferecer defesa estritamente processual. Essas hipóteses demonstram que a assistência, em si mesma considerada, não amplia o objeto litigioso.

Não se chega a outro resultado quando o assistente litisconsorcial atua no polo ativo. Imagine-se a propositura de demanda de dissolução de sociedade, na qual um dos sócios intervém como assistente litisconsorcial do autor. Há adstrição ao pedido que este formulou, de modo que a pretensão processual não é ampliada. Destarte, a posição processual do assistido não altera a conclusão de que a assistência litisconsorcial, por si só, é incapaz de aumentar o mérito.

O terceiro apenas auxilia uma das partes na assistência simples. Não exerce pretensão própria. Tampouco a parte contrária ao assistido formula pedido contra o assistente. Nesse sentido, inexistente ampliação do objeto litigioso. Há, todavia, interessante especificidade nessa modalidade de intervenção. Com o trânsito em julgado o assistente não poderá discutir em outro processo a justiça da decisão (CPC, art. 123, *caput*). Isso significa que o assistente fica vinculado aos motivos, contrariamente ao que ocorre com as partes, adstritas ao dispositivo e às questões prejudiciais na forma do art. 503, do CPC³⁰⁷.

Essa ampliação dos limites objetivos, a atingir os fundamentos da decisão, tem como objetivo atrelar o terceiro interveniente ao resultado do processo, algo que dificilmente ocorreria caso a vinculação se restringisse ao dispositivo³⁰⁸. Considerando que no tocante às partes a coisa julgada ficava restrita ao dispositivo da sentença, sob o código revogado foi criticada a extensão da imutabilidade aos motivos em relação ao assistente, pois sua eventual desvinculação ao resultado da decisão não seria justificativa jurídica suficiente para a adoção de regime diferenciado³⁰⁹. Argumentou-se, também, que a eficácia interventiva seria

³⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código...* Op. cit., p. 200. Os autores chamam a vinculação do assistente aos fundamentos da decisão de “efeito de intervenção”.

³⁰⁸ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 118/119. Para o processualista, a “eficácia da assistência” ou “resultado da intervenção” é simultaneamente mais rígida e mais flexível que o regime da coisa julgada. A maior rigidez decorre do atingimento dos fundamentos, algo que incoorre na *res judicata*, limitada ao dispositivo e às questões prejudiciais, desde que cumpridos os requisitos elencados pelo art. 503 do CPC. A maior flexibilidade consiste na possibilidade de o terceiro não se vincular aos motivos desde que alegue e comprove as circunstâncias descritas no art. 123, incs. I e II, do CPC.

³⁰⁹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada* (2012), p. 33.

manifestação da eficácia preclusiva da coisa julgada, caracterizando-se como situação próxima, mas inconfundível, com a *res judicata* e seus limites subjetivos³¹⁰.

Parece mais adequado conceber a *eficácia interventiva* como a estabilização dos motivos da decisão, em autêntica ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. A diferença de regime jurídico em relação àquele consagrado às partes, em que a estabilização atinge, sob o código vigente, o dispositivo e as questões prejudiciais decididas em conformidade com o art. 503 do CPC, tem por finalidade atrelar o assistente à decisão. Nesse sentido, a ampliação de limites objetivos, típica da eficácia interventiva, está em relação de causalidade adequada com a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada disciplinada no art. 503 do CPC. Em outras palavras, trata-se de manifestação do direito positivo tendente a estabilizar as decisões, em nome da segurança jurídica e da previsibilidade. O terceiro que detenha interesse jurídico pode intervir, mas deve saber que ficará vinculado aos motivos do provimento jurisdicional, ressalvadas as hipóteses indicadas no art. 123, incs. I e II, do CPC.

O fenômeno pelo qual os motivos da decisão são estabilizados é manifestação da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. Não se trata de corolário da eficácia preclusiva, pois o código expressamente se refere à impossibilidade de o assistente “discutir a justiça da decisão”. Isso significa que em relação a ele os motivos são estabilizados, não podendo ser discutidos em outro processo. Se se tratasse de reflexo da eficácia preclusiva, a proibição se limitaria à tentativa de modificar o resultado do processo com a propositura de outra demanda baseada em fato integrante da causa de pedir já deduzida em juízo. Na eficácia interventiva há mais que isso, pois o terceiro fica atrelado aos fundamentos do que foi decidido.

Quanto às ações dúplices, assim consideradas aquelas nas quais as figuras do autor e do réu se confundem, já que a pretensão processual pode ser exercida por ambos, não há aumento do objeto litigioso. Exemplo clássico são as demandas de divisão e de demarcação de terras (CPC, art. 569). SANCHES afirma que nas ações dúplices o pedido do réu amplia o mérito³¹¹. O fundamento para essa afirmação parece ser o requerimento de tutela jurisdicional que o réu deve realizar nas ações possessórias, a fim de que a ele seja concedida tutela jurisdicional (CPC, art. 556). Entretanto, os interditos possessórios não são essencialmente dúplices, o que decorre da própria necessidade de que o réu formule pedido³¹². Em outras

³¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*, p. 38/39.

³¹¹ SANCHES, Sydney. Op. cit., p. 104.

³¹² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, *Comentários ao código de processo civil*, v. XIII (2000), p. 215.

palavras, a duplicidade das demandas possessórias se origina de opção legislativa³¹³. Sendo assim, não são o melhor exemplo para a caracterização da duplicidade.

De qualquer forma, o pedido do réu, nas possessórias, propicia o aumento do objeto litigioso do processo. A necessidade de pedido expresso decorre do fato de que os interditos não são intrinsecamente dúplices. Nas ações em que a duplicidade é inerente, como as de divisão e de demarcação de terras, a rejeição da pretensão do autor acarreta automática prestação de tutela jurisdicional em favor do demandado, de modo que o pedido deste é dispensável e ampliação do mérito inconcebível. Disputa-se, afinal, sobre a mesma pretensão.

3.4.6. Arremate da discussão

Resulta do exposto que a resposta do réu, consistindo em exceção substancial indireta, reconvenção, denúncia da lide e chamamento ao processo, ensejará o alargamento do *meritum causae*. Na assistência litisconsorcial e na simples, não ocorre ampliação do objeto litigioso do processo, a qual acontece na oposição³¹⁴. Nos interditos possessórios, ações dúplices por determinação legislativa, para obter tutela jurisdicional o réu não precisa reconvir. Bastar-lhe-á requerer a reintegração ou manutenção de posse na própria contestação. Este requerimento amplia o objeto litigioso do processo.

3.5. Tríplex identidade

Segundo o art. 337, §2º, do CPC, duas demandas são idênticas quando lhes forem comuns as partes, a causa de pedir e os pedidos. Trata-se da conhecida concepção da tríplex identidade ou *tria eadem*³¹⁵. A definição da identidade de ações é elaborada pelo código em atenção à litispendência e à coisa julgada, como se nota pela leitura do art. 337, §§1º a 4º. Todavia, a causa *petendi* e o *petitum* também são elementos identificadores nas hipóteses de cumulação e de modificação de demandas.

³¹³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Comentários...* Op. cit., v. VIII, t. III, p. 368.

³¹⁴ Nessas modalidades há ampliação apenas no que diz respeito ao elemento subjetivo da estrutura da pretensão processual, indicado por GUASP. Isso significa tão-somente que um terceiro participará do processo. Sustentar que nesse caso há ampliação do mérito causaria confusão, pois não é a isso que se referem os processualistas quando discutem as hipóteses de aumento do objeto litigioso.

³¹⁵ A jurisprudência sempre adotou pacificamente a tríplex identidade como critério na identificação das demandas, principalmente para a aferição da coisa julgada e da litispendência: “[...] Não há falar em coisa julgada material quando inexistente tríplex identidade entre as partes, causa de pedir e pedido”. (STJ, AgRg no AREsp. n. 345.367/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 06/12/2013).

Com a alteração ou exclusão de causa de pedir ou de pedido, modifica-se o mérito. Do mesmo modo, a inclusão acarreta cúmulo de demandas. Isso ocorre em razão da mudança do objeto litigioso, concepção metodológica adequada para a compreensão dos fenômenos da cumulação e modificação de demandas, bem como da litispendência e da coisa julgada. Nesta tese, a análise do objeto litigioso tem como finalidade demarcar os limites objetivos da coisa julgada. Em outras palavras, pretende-se averiguar o que fica estabilizado pela autoridade da *res judicata* e de que modo isso ocorre no que diz respeito às questões prejudiciais.

Adota-se como premissa a correlação entre objeto litigioso do processo e limites objetivos da coisa julgada. De forma mais ampla, afirma-se que o mérito, definido pela causa de pedir e pelo pedido, assim como pelas exceções substanciais e reconvenção, é imutabilizado pela autoridade da coisa julgada.

A vinculação entre a demanda, o objeto litigioso, o objeto da sentença e os limites objetivos da *res judicata* foi criticada na doutrina. Argumenta-se que o *objeto da sentença* define os limites objetivos, o que fica claro quando se analisa os provimentos *extra*, *ultra* ou *citra petita*, cujo conteúdo, de acordo com esse posicionamento, é imutabilizado apesar da diferença em relação ao objeto litigioso, o qual, desse modo, desempenharia papel indireto na definição. A crítica prossegue com a afirmação de que o objeto da sentença não seria sempre capaz de demarcar os limites objetivos, os quais decorrem de opção legislativa³¹⁶.

Há, inequivocamente, julgamentos que se distanciam do objeto litigioso, seja por conceder pedido não realizado, seja por levar em consideração causa de pedir não afirmada, seja ainda por não apreciar alguma causa de pedir ou pedido. Nesses casos certamente se pode falar em desvinculação entre o objeto litigioso e o objeto da sentença. Os limites objetivos da coisa julgada são, por força dessa contingência, delineados pelo conteúdo da decisão. Pondere-se, todavia, que isso decorre de equívoco da prestação jurisdicional. A causa de pedir e o pedido, bem como a exceção substancial ou a reconvenção eventualmente oferecidas pelo réu, compõem o objeto litigioso sobre o qual o juiz deve se pronunciar. A correlação só é quebrada em decorrência de erro grave na prestação jurisdicional.

Responde-se a isso, para manter a crítica à correlação, com o argumento de que a incompatibilidade entre o objeto litigioso e o objeto da sentença ocorre mesmo em hipóteses nas quais não há equívoco, tais como o julgamento de pedidos alternativos ou a imposição de sanções processuais³¹⁷. Os pedidos alternativos, disciplinados no art. 325 do CPC, pressupõem

³¹⁶ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* Op.cit., p. 18.

³¹⁷ Idem, p. 18/19.

a possibilidade de a obrigação ser satisfeita por meio de mais de uma prestação (CC, art. 252). Inexiste cumulação de demandas³¹⁸.

Desse modo, o acolhimento do pedido do autor não acarreta descompasso entre o objeto litigioso e o objeto da sentença, pois a possibilidade de satisfação da obrigação por mais de um modo decorre do direito material. Ainda que o demandante não formule pedido alternativo, se a escolha da prestação couber ao obrigado, deve o juiz assegurar a este o cumprimento da obrigação da maneira que melhor lhe aprouver (CPC, art. 325, par. ún.). Mesmo nesse caso não há quebra da correlação entre o objeto litigioso e o objeto da decisão. A obrigação é alternativa e o mérito do processo é delineado à luz dessa alternatividade, de modo que a formulação do pedido, em atenção a uma das formas de cumprimento da prestação, não incompatibiliza o objeto do *decisum* com o mérito.

Na hipótese de cumulação alternativa eventual (CPC, art. 326), em que o autor realiza um pedido principal e, caso não haja acolhimento, requer a concessão de pedido subsidiário, também não se cogita de incompatibilidade entre o objeto litigioso e o objeto da decisão. Se for concedido o principal, o subsidiário não o será. Mas essa circunstância decorre da especificidade do objeto litigioso. O demandante prefere um dos pedidos em relação ao outro, de modo que, acatado o primeiro, o segundo não será sequer apreciado. Mas, nesse caso, a decisão de procedência está em conformidade com a tutela jurisdicional projetada pelo objeto litigioso. Idêntico fenômeno acontece se for acolhido o pedido subsidiário ou se ambos forem rejeitados em atenção à defesa.

Resta examinar o argumento relacionado às sanções processuais. É certo que sua cominação afeta a esfera jurídico-patrimonial da parte contra quem ela tenha sido estipulada. Mas a sanção processual não se refere ao objeto litigioso. Dito de outro modo, não se pode depreender, do sancionamento de uma das partes, que tenha havido modificação do objeto litigioso. Suponha-se que o autor tenha sido condenado por litigância de má-fé, em razão de ter deflagrado incidente manifestamente infundado, relacionado à falsidade de prova documental (CPC, art. 80, inc. VI). Apesar disso, nada impede que saia vitorioso da demanda, sendo acolhido seu pedido. A aplicação da multa, fundamentada em conduta processual reprovável, não modifica o objeto litigioso. Isso ocorre também nas hipóteses em que o demandado é

³¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código ...* Op. cit., p. 345. No mesmo sentido, Araken de ASSIS, *Cumulação de ações*, Op. cit., p. 244. O processualista afirma que também são compreendidas no pedido alternativo as “obrigações facultativas e com faculdade de substituição”. Há obrigações com faculdade de substituição quando o comprador, depois de pagar o sinal, cumprir a prestação do vendedor perante credor hipotecário, ocasião na qual ocorre adimplemento da prestação.

condenado por litigância ímproba, mas, a despeito disso, é decretada a improcedência da demanda.

Assim, concorda-se com a afirmação de que nos julgamentos *extra, ultra* ou *citra petita* existe quebra da correlação entre objeto litigioso e objeto da sentença. Nesse caso, a disciplina dos limites objetivos da coisa julgada é delineada apenas indiretamente pelo objeto litigioso, como afirma Bruno LOPES. Mas isso acontece em razão de erro grave na prestação jurisdicional. Quando o objeto litigioso é examinado em sua integralidade, mantém-se a vinculação entre ele e o objeto da sentença. Nesses casos, o objeto litigioso é a base sobre a qual incidirá a demarcação dos limites objetivos da coisa julgada.

3.5.1. Causa de pedir

Mencionou-se alhures (item 3.4.3) que a causa *petendi* deve ser compreendida como o fato constitutivo do direito alegado pelo autor, relacionado com a tutela jurisdicional pretendida. O CPC exige a indicação da causa *petendi* (art. 319, inc. III), cominando a decretação de inépcia da inicial na hipótese de omissão (art. 330, inc. I, e §1º, inc. I)³¹⁹. Como já analisado, a causa de pedir também é indicada pelo código como elemento para a caracterização da litispendência e da coisa julgada (art. 337, §§1º a 4º).

Apesar da previsão no direito positivo e da importância da categoria para o processo civil, persiste grande divergência na doutrina quanto à caracterização da causa de pedir. A análise do tema é imprescindível para o estabelecimento dos limites objetivos da coisa julgada e para a delimitação do alcance da eficácia preclusiva.

3.5.1.1. Teorias da individualização e da substanciação

Em obra clássica sobre os limites objetivos da coisa julgada, Ernesto HEINITZ afirma que a máxima “*da mihi factum, dabo tibi ius*” impõe ao juiz a valoração da pretensão afirmada pelo autor “sob todos os possíveis pontos de vista jurídicos”. Todavia, o jurista austríaco ressalva que a conduta do demandante não pode se resumir à mera alegação de fatos, cabendo-lhe ainda indicar respectiva consequência. A demanda deve ser concreta. Por esse motivo, indaga-se se a causa *petendi* é a celebração de contrato de mútuo ou a circunstância de que o

³¹⁹ Decorre da feição colaborativa do processo civil (CPC, arts. 6º, 9º e 10) a impossibilidade de decretação da inépcia sem que o autor seja primeiramente instado a indicar a causa de pedir.

autor, à época dos fatos, era credor do réu por força da avença³²⁰. Essa questão resume adequadamente a polêmica em torno da delimitação da causa de pedir. O autor deve apresentar os fatos constitutivos ou indicar a relação jurídica em que seu pedido está fundamentado? Como se relacionam esses diferentes aspectos da causa de pedir?

É conhecido o nexa entre a teoria da substanciação e o princípio da eventualidade, ligado à estrutura do procedimento alemão do Direito intermédio, o qual previa a realização de duas audiências. Na primeira, eram fixadas as alegações objeto de instrução probatória. Na segunda, deliberava-se sobre as provas. Em sua forma original, a substanciação se relacionava com a concepção, abandonada na contemporaneidade, de que o processo correspondia a uma série de juízos sobre fatos. O conceito de pretensão, adotado na moderna processualística alemã, já assinalava que o processo se desenvolvia para a declaração sobre a existência ou inexistência de um direito³²¹.

A substanciação se baseia na necessidade de indicação dos fatos sobre os quais se fundamenta o litígio e se vincula à ideia de preclusão. Fatos não alegados não podem ser apreciados no processo já instaurado, tal como ocorria no antigo direito alemão, no qual a primeira audiência era destinada à fixação dos fatos. A essa teoria se contrapõe a da individualização, de acordo com a qual a causa de pedir corresponde à relação jurídica afirmada pelo autor.

Adotar uma teoria em vez da outra acarreta consequências. Empregada a individualização, tem-se que a indicação de outro título aquisitivo não modifica a demanda, de modo que a coisa julgada cobriria todos os fundamentos de aquisição possíveis³²². Obtém-se solução oposta no âmbito da substanciação, em que o apontamento de outro fato constitutivo caracteriza alteração da demanda e a coisa julgada atinge todos os fundamentos jurídicos relacionados aos fatos constitutivos invocados pelo autor³²³.

Retomando o exemplo do contrato de mútuo, HEINITZ sustenta que o fato constitutivo corresponde à contratação, de modo que causa de pedir não é a obrigação decorrente do empréstimo, mas “o fato alegado pelo autor em apoio à afirmação de que fora realizado contrato

³²⁰ HEINITZ, Ernesto. Op. cit., p. 145. A pergunta que resume a discussão em torno da causa de pedir é formulada pelo jurista mais adiante (p. 149): “O per *causa petendi* si intende il fatto nel significato proprio della parola, allegato dall’attore per giustificare la sua pretesa, o invece quel rapporto o stato giuridico, su cui egli si basa”.

³²¹ CANOVA, Augusto Cerino. Op. cit., p. 47. Miguel Teixeira de SOUSA. *O objeto da sentença e o caso julgado material* (1985), p. 145, afirma que na teoria da substanciação a causa de pedir corresponde ao conjunto de fatos pelo qual a pretensão processual é individualizada.

³²² HEINITZ, Ernesto. Op. cit., p. 147. No mesmo sentido, afirmando que para a teoria da individualização a modificação dos títulos aquisitivos é irrelevante, José Rogério Cruz e TUCCI, *A causa petendi...* Op. cit., p. 115.

³²³ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *A causa petendi nas ações reivindicatórias* (1967), p. 141. Com idêntico entendimento, Bruno Vasconcelos Carrilho LOPES, *Limites objetivos...* Op. cit., p. 151.

de mútuo”³²⁴. Os fatos constitutivos estão previstos no suporte fático da regra jurídica, de modo que sua incidência faz surgir o direito. Isso, todavia, não significa que eles efetivamente tenham ocorrido. Há somente afirmação na petição inicial, sendo a incerteza uma das características da causa de pedir³²⁵.

Analisando a jurisprudência italiana, HEINITZ indicou julgado da Corte de Cassação em que o tribunal afirmou que cabe às partes deduzir os fatos, incumbindo ao juiz qualificá-los juridicamente, o que significa que a *causa petendi* se limita ao fato constitutivo, impondo-se ao juiz a análise de todos os direitos que dele decorrem³²⁶. Apesar desse posicionamento jurisprudencial, para o processualista a teoria da individualização era preferível, pois o conceito de pretensão processual que dela se origina estaria mais próximo ao de pretensão substancial que aquele decorrente da teoria da substanciação. Para esta, determinada pretensão processual pode se assentar em vários direitos subjetivos, ao passo que a teoria da individualização, mais rente ao direito material, assenta que cada direito subjetivo conduz a uma diferente pretensão³²⁷.

Ao analisar as duas concepções, Gian Franco RICCI afirma que a teoria da individualização é preferível sob o ponto de vista da dogmática pura, pois um sistema processual pautado na certeza deveria permitir que se soubesse, desde o início do processo, o que realmente as partes pretendem com a postulação. Contudo, o próprio jurista reconhece que só raramente a demanda é apresentada de forma completa já na sua propositura. A substanciação, segundo RICCI, apresenta contornos mais práticos, mas acarreta perda da economia processual, à medida que o mesmo direito pode ser postulado à luz de outro fato constitutivo. Essa afirmação, contudo, deve ser harmonizada com o reconhecimento de que a coisa julgada cobre, de acordo com a substanciação, todos os direitos que poderiam nascer do fato constitutivo invocado³²⁸.

³²⁴ HEINITZ, Ernesto. Op. cit., p. 150.

³²⁵ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, Op. cit., p. 207/208.

³²⁶ HEINITZ, Ernesto. Op. cit., p. 151.

³²⁷ Idem, p. 151/152. O ponto é articulado com grande precisão por José Ignácio Botelho de MESQUITA, *A causa petendi...* Op. cit., p. 143/144. Como para HEINITZ cada direito leva somente a uma pretensão processual, o provimento jurisdicional, ao decidir apenas sobre um direito, permite que se possa submeter ao juízo nova pretensão, reflexo de outro direito, baseada no *mesmo* fato constitutivo e em “diverso suporte jurídico, donde não se poder prescindir, na definição da *causa petendi*, de todos os elementos de direito”.

³²⁸ RICCI, Gian Franco. “*Individuazione*” o “*sostanziazione*” *nella riforma del processo civile* (1995), p. 1.235. ss. Augusto Cerino CANOVA, Op. cit. p. 136, destaca que sistemas jurisdicionais em que os juízos sobre fatos detêm proeminência se baseiam em regras rigidamente preclusivas, de modo que a omissão sobre determinado elemento fático inviabiliza seu exame. Contudo, na mesma linha de RICCI, afirma CANOVA que o ganho com a aceleração procedimental é perdido pela possibilidade de repetição da discussão com base em outros fatos.

3.5.1.2. Ações autodeterminadas e heterodeterminadas

A diferença entre as teorias se acentua quando se considera as ações autodeterminadas, em que seria suficiente, para a singularização da demanda, invocar a relação jurídica. O exemplo recorrentemente citado são os direitos absolutos, como os direitos reais. Assim, para individuar a demanda reivindicatória, é suficiente que o autor invoque sua condição de proprietário. A indicação do título aquisitivo, ou seja, do fato jurídico do qual sua propriedade decorre, tem importância limitada à questão probatória. O autor aponta o fato constitutivo apenas para comprovar a relação jurídica³²⁹. HEINITZ ilustra o ponto enfatizando que o mútuo é identificado pelos fatos de que decorre. A indicação da relação de propriedade, contudo, dispensa o apontamento de título aquisitivo, bastando ao autor afirmar sua condição de proprietário³³⁰.

Com efeito, nas ações reivindicatórias a adoção da teoria da substanciação ou da individualização conduz a resultados diversos já na propositura da demanda. Segundo a primeira, cabe ao autor indicar o fato constitutivo (título aquisitivo) em que se assenta o direito de propriedade. A substituição do título ensejará modificação da demanda. A improcedência não inviabiliza a propositura de ação em que se postule o mesmo bem, desde que fundamentada em outro fato constitutivo. Por outro lado, de acordo com a teoria da individualização, a ação é caracterizada com a mera afirmação do direito de propriedade. Os títulos aquisitivos podem ser modificados ao longo da tramitação sem que isso implique modificação da demanda. Ademais, a *res judicata* cobrirá quaisquer fatos constitutivos, não apenas aquele invocado pelo demandante na inicial³³¹.

³²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...* Op. cit., v. I, p. 499. O processualista assenta sua afirmação na natureza continuativa da propriedade, identificada pela coisa sobre a qual o direito incide: “A propriedade apresenta-se como estado continuativo, que se identifica plenamente por meio da coisa sobre a qual incide. Dizendo: ‘sou proprietário’, indico com toda a precisão o grupo de utilidades produzidas pelo objeto a que aspiro”. Também, Ernesto HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Op. cit., p. 146, afirma que para a identificação da propriedade é suficiente a afirmação da relação jurídica, destinando-se a alegação de eventual fato constitutivo apenas à prova do direito invocado.

³³⁰ HEINITZ, Ernesto. Op. cit., p. 146. Sobre a teoria da individualização, assinala o jurista: “Quest’ultima teoria richiedeva che la pretesa fatta valere dovesse essere iudicata con una tale precisione rispetto alla causa, che non vi potesse essere alcun dubbio intorno al rapporto giuridico, formante, l’oggetto del processo”. Também Giovanni PUGLIESI, *Giudicato civile (dir vig.)*, Op. cit., p. 863, indica a distinção corrente na Itália, segundo a qual as demandas sobre direito obrigacional são heterodeterminadas, pois sua identificação exige referência aos fatos constitutivos, ao passo que demandas sobre direitos reais são autodeterminadas, à medida que para identificá-las bastaria se referir à relação jurídica.

³³¹ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *A causa petendi...* Op. cit., p. 147. Na Itália, Sergio MENCHINI, *Il giudicato civile* (1988), p. 81, sustenta que em relação aos direitos reais, doutrina majoritária e jurisprudência uniforme sinalizam que a causa de pedir corresponde à relação jurídica real, de modo que, com a manutenção desta, eventual modificação de título aquisitivo não caracteriza modificação de demanda. Nas palavras do processualista: “Restando invariato il rapporto reale posto a fondamento del *petitum*, il mutamento del titolo di

As demandas individualizadas por meio do direito são chamadas de autodeterminadas, ao passo que se denomina heterodeterminadas aquelas cuja identificação ocorre pelo fato constitutivo. As ações autodeterminadas têm como premissa a existência singular do direito, que se concretiza de forma única entre as partes. Exemplo é a propriedade. Ninguém pode ser duplamente proprietário do mesmo bem, de modo que para a identificação da demanda seria suficiente a alegação de titularidade do direito³³².

Por sua vez, as ações heterodeterminadas, cuja identificação exige a narrativa do fato constitutivo, notabilizam-se pela possibilidade de exercício plural e simultâneo do direito em relação aos mesmos sujeitos³³³. São exemplos os créditos pecuniários e os direitos reais de garantia³³⁴. Dito de outro modo, precisamente porque podem existir de forma múltipla em relação aos mesmos sujeitos, os direitos creditórios, para serem identificados, requerem a indicação do fato constitutivo. A relação jurídica é incapaz, por si só, de singularizar o direito afirmado pelo demandante, sobre o qual se assenta o pedido de tutela jurisdicional.

Considerando que em relação às ações heterodeterminadas é imprescindível a indicação do fato constitutivo, vê-se que a disputa entre as teorias da substanciação e da individualização tem grande relevância prática em relação às demandas autodeterminadas³³⁵. Nas heterodeterminadas, como visto, a identificação do direito exige a indicação do fato constitutivo, também necessária no âmbito da substanciação.

A divisão entre ações autodeterminadas e heterodeterminadas é corretamente criticada no Brasil ao argumento de que embora ninguém seja duplamente proprietário do mesmo bem, é certo que o direito de propriedade pode ser exercido com base em diferentes fundamentos, como a aquisição, a sucessão e a usucapião, donde resulta que a improcedência da demanda

acquisto allegato (usucapione, compravendita, successione *mortis causa*), non importa novità di azionee non vale ad impedire l'operare della preclusione del giudicato. I rapporti reali sono, infatti, identificati in forza dei soli elementi di struttura, vale a dire, oltre che dai soggetti, dall'oggetto su cui insiste il diritto e dall'utilità pretesa sul bene; [...]"

³³² TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...* Op. cit., p. 117. O processualista cita outros direitos cuja postulação em juízo dispensa a indicação de fatos constitutivos segundo a teoria da individualização, como os direitos reais de gozo, os direitos de família e de personalidade. Em todos esses casos o elo comum é a unicidade do direito. Só se é pai uma vez em relação ao mesmo filho, do mesmo modo que se é marido apenas singularmente em relação à mesma esposa. Obviamente é possível que após o divórcio o casal torne a se casar. Mas isso não significa que a mulher será duplamente esposa. Identicamente, não se pode ser duplamente usufrutuário ou usuário do mesmo bem.

³³³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...* Op. cit., v. I, p. 500. O jurista assinala que a afirmação da relação obrigacional é incapaz de identificá-la, já que facilmente se concebe a multiplicidade de relações entre as mesmas partes, com o mesmo conteúdo. Nesses casos, impõe-se apontar o fato constitutivo em que se assenta o direito: "Pelo contrário, nas ações oriundas de direitos de obrigação, não basta indicar a *relação jurídica* para que possa dizer-se identificada a ação. São, efetivamente, concebíveis diversas relações de obrigação com conteúdo idêntico: de cada uma delas nasce uma relação de prestação diferente (*saepius autem deberi potest*)".

³³⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. cit., p. 118.

³³⁵ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* Op. cit., p. 54

não impede a postulação do direito, em outra ação, com fundamento em título aquisitivo diferente³³⁶.

3.5.1.3. Balanço da polêmica

Menciona-se que as teorias da substanciação e da individualização seriam o verso e anverso da mesma moeda³³⁷. Todavia, essa constatação não pode obnubilar as diferentes consequências a que se chega com a adoção de cada uma das teorias, como a limitação do julgado ao fato constitutivo, conforme preconiza a substanciação³³⁸. De acordo com essa abordagem o julgado, ao atingir o fato constitutivo, torna irrelevantes quaisquer outros fundamentos jurídicos que poderiam ser invocados pela parte sucumbente. Viu-se que a individualização acarreta situação jurídica diversa. Como a identificação do objeto litigioso ocorre à luz da relação jurídica, serão atingidos todos os fatos constitutivos que o autor poderia ter invocado³³⁹. As consequências, como se vê, não são suprimidas com as ideias de que as teorias se complementam.

No Brasil, a redação do art. 282, inc. III, do CPC/1.973 levou a doutrina a apontar o endosso legislativo à teoria da substanciação³⁴⁰. Sob o código vigente, cujo art. 319, inc. III,

³³⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 75.

³³⁷ FAZZALARI, Elio. Op. cit., p. 118: “Mi pare, peraltro, che le contrapposte soluzioni siano poco o punto distante e che, anzi, si possano giustapporre come due face della stessa realtà: propugnare, infatti, l’allegazione dei fatti costitutivi o quella del rapporto giuridico significa porsi, rispettivamente, dal punto di vista della fattispecie (sostanziale) e da quello degli effetti che ne promanano, cioè da due punti di vista perfettamente compatibili, anzi corrispondenti”. Também assim se manifesta Crisanto MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di “petitum” e di “causa petendi”* (1984), p. 473, que após indicar o dilema em que se encontra a doutrina alemã, dividida entre os defensores da substanciação e da individualização, acrescenta: “Ed è altrettanto noto che la dottrina più recente, specialmente italiana, tende a superare il dilemma osservando che queste due teorie non sono che le due facce di una medesima medaglia; nel senso che l’accadimento storico non ha significato, agli effetti della individuazione della domanda, si non riferito ad una fattispecie giuridica e che vice-versa la fattispecie giuridica non può concretare la domanda se non riferita a determinati fatti nel senso di concreti accadimenti storici”. No Brasil, José Rogério Cruz e TUCCI, *A causa petendi...* Op. cit., p. 122, também aponta para a superação do dilema entre as teorias. Augusto Cerino CANOVA, *Comentário...* Op. cit. p. 48, posiciona-se contra a teoria da substanciação. Segundo ele, referida abordagem não permite o debate sobre a definição dos fatos que compõem a demanda, pois o direito é que os define. Assim, quando o debate migrou da estrutura do processo, para a determinação do direito, a teoria da substanciação perdeu seu potencial explicativo.

³³⁸ RICCI, Gian Franco. *“Individuazione” o “sostanziazione” nella riforma del processo civile*, p. 1.232.

³³⁹ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil* (2009), p. 74. Bruno Vasconcelos Carrilho LOPES. *Limites objetivos...* Op. cit., p. 55.

³⁴⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários...* Op. cit., v. III, p. 202, filia o CPC/1973 à teoria da substanciação. No mesmo sentido, José Frederico MARQUES, *Manual de direito processual civil*, v. I (1974), p. 175, Arruda ALVIM, *Manual...* Op. cit., v. II, p. 227 e Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, v. I (1981), p. 95. Esses autores e seus posicionamentos foram também indicados por Cruz e TUCCI, *A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação* (1993), p. 39. No mesmo texto, Cruz e TUCCI refere as posições de José Ignácio Botelho de MESQUITA, *A causa petendi ...* Op. cit., p. 154 e de Ovídio BAPTISTA, *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*, p. 134, autores para quem o Código Buzaid não havia amparado a teoria da substanciação. Com efeito, para MESQUITA o código encampara posição

reproduz o dispositivo contido no diploma revogado, essa orientação também tem prevalecido³⁴¹. Com efeito, considerando que segundo a teoria da individualização seria suficiente indicar a relação jurídica, há de se concluir que o código adota a teoria da substanciação, já que exige a indicação do fato e fundamentos jurídicos do pedido. Não basta a exposição da relação jurídica, mas se impõe a indicação do fato constitutivo. Inequívoco, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da substanciação, ainda que ela seja suavizada pela necessidade de indicação dos fundamentos jurídicos.

Discorda-se da ideia de que a individualização seria mais conforme a um processo efetivo, voltado à pacificação, à medida que seria apta a resolver a integralidade da lide, atingindo todos os fatos constitutivos subjacentes ao pedido³⁴². Se, por um lado, de acordo com a individualização ficam abrigados nos limites objetivos da coisa julgada todos os fatos constitutivos, basta alterar o fundamento jurídico para que a nova demanda escape aos limites anteriormente delineados³⁴³.

Sob o ponto de vista do direito positivo, crê-se que o código incorpora forma mitigada da teoria da substanciação. A razão pela qual se espousa esse entendimento, não coincide com o motivo alegado por Ovídio BAPTISTA, para quem a necessidade de narração apenas dos fatos essenciais representaria refutação à forma pura da referida concepção³⁴⁴. Na realidade, como já dito, o código exige que também os fundamentos jurídicos sejam elencados, o que demonstra a insuficiência da mera narração do fato constitutivo para que a demanda seja adequadamente identificada. Tanto é necessário afirmar o fato constitutivo do pedido, que a omissão do autor leva à inépcia da petição inicial (CPC, art. 319, inc. III, c/c art. 321, par. ún.).

Impõe-se, portanto, definir o que são os fundamentos jurídicos. Para MESQUITA, correspondem à “relação jurídica controvertida e o direito particular dela decorrente”³⁴⁵. Não se trata dos dispositivos legais invocados, mas da correlação entre o fato alegado e o pedido,

de equilíbrio entre as teorias, pois tanto o fato constitutivo, quanto o “elemento de direito”, deveriam ser indicados pelo demandante. É importante destacar que MESQUITA concebia os fundamentos jurídicos, aludidos no art. 282, inc. III, do CPC/1973, como “a relação jurídica controvertida e o direito particular dela decorrente” (p. 154). Ovídio BAPTISTA, por sua vez, sustentava que as exigências do CPC/1973 caracterizavam “atenuação da teoria da substanciação”, à medida que somente a exposição dos fatos essenciais era exigida. Joel Dias FIGUEIRA JR., *Comentários...* Op. cit., v. IV, t. II, p. 43 e ss., reconhecia que a teoria da substanciação era mais acatada na doutrina. Para o processualista, contudo, referida concepção seria incapaz de resolver a lide sociológica, de modo que a teoria da individualização seria superior (p. 46).

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. 2, p. 154. Com idêntico posicionamento, Luiz Rodrigues WAMBIER e Eduardo TALAMINI, *Curso avançado de processo civil*, v. I (1998), p. 213 e Fredie DIDIER JR., *Curso...* Op. cit., v. I, p. 560.

³⁴² FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários...* Op. cit., v. IV, t. II, p. 46.

³⁴³ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *Limites objetivos...* Op. cit., p. 56/57.

³⁴⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*, p. 134.

³⁴⁵ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A causa petendi...* Op. cit., p. 154. Com o mesmo entendimento, Joel Dias Figueira Jr., *Comentários...* Op. cit., v. IV, t. II, p. 48.

indicando-se os motivos pelos quais o fato leva à concessão da tutela jurisdicional requerida³⁴⁶. Em outras palavras, compete ao autor alegar o fato e relacioná-lo com o efeito jurídico almejado, o qual, por sua vez, vincula-se à tutela pleiteada³⁴⁷. Os fatos afirmados em juízo são denominados causa de pedir remota, ao passo que os fundamentos jurídicos constituem a causa de pedir próxima³⁴⁸.

A questão é de grande relevância. Quando ocorrerem os fatos previstos no suporte fático do dispositivo legal, diz-se que ele incidiu³⁴⁹. A incidência acontece independentemente da vontade das partes. São fatos essenciais, correspondentes à causa de pedir remota, aqueles que incidirem no suporte fático. Atente-se, todavia, para a profunda imbricação entre os planos fático e jurídico. O fato não é ontologicamente essencial ou secundário. Sua classificação depende do dispositivo invocado na qualificação jurídica³⁵⁰. Mas a causa de pedir remota sempre corresponderá, no caso concreto, ao fato essencial invocado pelo demandante.

Tome-se como hipótese o corriqueiro requerimento de condenação do réu ao pagamento da prestação contratual inadimplida. O fato constitutivo – causa de pedir remota – é a celebração do contrato. Por sua vez, o fundamento jurídico – causa de pedir próxima – é o inadimplemento. Na petição inicial o autor correlaciona esse fundamento ao pedido de tutela jurisdicional, pleiteando que o devedor seja condenado. No tocante à demarcação das causas de pedir próxima e remota, o cenário não muda perante os direitos reais. Ocorre que também no âmbito dos direitos absolutos, por força do art. 319, inc. III, do CPC, é necessário indicar o fato constitutivo³⁵¹. Assim, na ação possessória de reintegração, o autor invocará a posse – causa de

³⁴⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários...* Op. cit., v. III, p. 200.

³⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 154. Araken de ASSIS, *Cumulação de ações*, Op. cit., p. 149: “Em síntese, entre a *causa petendi* e o pedido há de existir nexo de causa e efeito”.

³⁴⁸ FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários...* Op. cit., v. IV, t. II, p. 46 e ss. O processualista assinala que em uma demanda ressarcitória assentada em acidente de trânsito, o fundamento jurídico – causa de pedir próxima – vem a ser o dano originário do ato ilícito, ao que se pode acrescentar que a causa *petendi* remota é o sinistro do qual o dano se origina. Do mesmo modo, FIGUEIRA JR. afirma que em uma demanda reivindicatória o fundamento jurídico é a violação do direito de propriedade em decorrência do injusto desapossamento do proprietário, de forma que o fato constitutivo – causa de pedir remota – é a ocupação do réu. Com idêntico entendimento quanto ao ponto, caracterizando a causa de pedir remota como o fato jurídico e a próxima como fundamento jurídico, Araken de ASSIS, *Cumulação de ações*, Op. cit., p. 149 e Milton Paulo de CARVALHO, *Do pedido no processo civil* (1992), p. 94.

³⁴⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. I, Op. cit., p. 3: “Há o fato de legislar, que é edictar a regra jurídica; há o fato de existir, despregada do legislador, a regra jurídica; há o fato de incidir sempre que o ocorra o que ela prevê e regula”. Na mesma linha se manifesta Marcos Bernardes de MELLO, *Teoria do fato jurídico, plano da existência* (1985), p. 148: “O efeito fundamental da incidência consiste em criar fatos jurídicos. Sempre que incide, a norma cria fato jurídico que corresponde a seu suporte fático”.

³⁵⁰ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. Op. cit. p. 265 e ss. Miguel Teixeira de SOUSA, Op. cit., p. 145, afirma que na causa de pedir devem constar fatos capazes de individualizar determinada pretensão de natureza processual. Para o processualista, a causa de pedir não exerce qualquer função na fundamentação da demanda.

³⁵¹ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A causa petendi...* Op. cit., p. 153: “Ainda que a relevância do fato constitutivo residisse, apenas, na sua data, isto já seria definitivo para que não se pudesse dispensar, para o efeito

pedir remota – e o esbulho praticado pelo réu – causa *petendi* próxima. As alegações de posse e de esbulho são componentes da causa de pedir.

É possível que diante dos fatos articulados pelo autor o juiz perceba a incorreção da qualificação jurídica. Ocorre que os fundamentos jurídicos não se confundem com a qualificação jurídica, de modo que essa circunstância não ocasiona a improcedência, sendo possível alterar o quadro jurídico descrito pelo demandante³⁵². Sequer haverá modificação da demanda. Nesse caso, o juiz, em atenção ao princípio da colaboração, deve reenquadrar juridicamente os fatos, intimando as partes³⁵³.

Esse entendimento, contudo, não é pacífico. Em sentido contrário, aponta-se que o princípio da demanda limita a máxima *iura novit curia*, de modo que o juiz não poderia alterar o enquadramento jurídico, modificando com isso a situação jurídica deduzida em juízo. Desse modo, se um escritório de contabilidade processar determinada empresa e certo advogado, alegando a prestação de serviços, a não comprovação da participação da empresa no negócio jurídico impõe a improcedência da demanda, sendo vedada a condenação motivada na responsabilidade extracontratual. Da mesma forma, se proposta demanda declaratória, não poderia o juiz corrigir a postulação e condenar o réu³⁵⁴.

Concorda-se que no primeiro exemplo o juiz não poderia condenar a empresa por responsabilidade extracontratual. Da mesma forma, requerida a declaração, não pode ser proferida decisão condenatória. Ocorre que no primeiro caso não há mera alteração da qualificação jurídica, mas mudança da causa de pedir. O fato constitutivo é a celebração de contrato e o inadimplemento do réu, de tal sorte que o acolhimento do pedido com base em responsabilidade extracontratual seria *extra petita*, pois assentado em causa de pedir diversa daquela invocada pelo autor.

Note-se que a improcedência da demanda decorre do insucesso na comprovação dos fatos alegados ou da ocorrência de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos, sendo irrelevante para esse fim a inexatidão na qualificação jurídica. Suponha-se que o autor alegue ter sido induzido em erro na aquisição de automóvel. A incorreta qualificação pelo demandante

da identificação das ações, a indicação do fato de onde brotou o direito afirmado pelo autor”. No mesmo sentido, Eduardo TALAMINI, *Coisa julgada...* Op. cit., p. 74 e Araken de ASSIS, *Cumulação de ações*, p. 147.

³⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo...* Op. cit., p. 16, afirma a impertinência, na delimitação da causa de pedir, da qualificação jurídica e dos dispositivos legais invocados pelo demandante.

³⁵³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...* Op. cit., p. 168: “Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório”.

³⁵⁴ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. Op. cit., p. 289 e ss. As hipóteses indicadas no texto são retiradas dessa obra.

desse fato como coação não impede o juiz de enquadrá-lo como dolo, deferindo a tutela requerida se o fato for comprovado.

Pode-se apontar, como desfecho da análise das teorias da substanciação e da individualização, o abrigo, no código processual, da primeira, mas despida de seus contornos rígidos, eis que o autor, além do fato constitutivo (causa *petendi* remota), também deve apontar os fundamentos jurídicos (causa *petendi* próxima), compreendidos como a correlação entre o fato alegado e o pedido. A exclusiva narração do fato constitutivo, portanto, é insuficiente e enseja a inépcia da inicial (CPC, art. 319, inc. III, c/c art. 321, par. ún.).

3.5.1.4. Causas de pedir ativa e passiva, abrangentes e não abrangentes

A causa de pedir também é classificada como ativa ou passiva. Barbosa MOREIRA formula hipótese de empréstimo, assinalando que o fato jurídico – empréstimo – é a causa ativa, ao passo que o inadimplemento, a caracterizar ato lesivo, constitui a causa passiva³⁵⁵. Segundo ASSIS, a causa ativa corresponde ao fato jurídico, ao passo que a causa passiva é o “fato constitutivo do interesse de agir”³⁵⁶. A utilidade dessa classificação é questionada na doutrina³⁵⁷.

Também se fala em causas de pedir abrangentes e não abrangentes. Quando ajuizada ação desconstitutiva de negócio jurídico, fundamentada em vício de consentimento, a improcedência do pedido não inviabiliza o ajuizamento de outra demanda, na qual seja narrado outro fato constitutivo do pedido de anulabilidade. Nesse caso, fala-se em causa de pedir não abrangente³⁵⁸. Assim, se o autor tiver invocado a ocorrência de dolo, nada impede que em outra demanda seja alegada coação, desde que o fato constitutivo seja diferente daquele que correspondia à causa de pedir remota na primeira demanda. O CPC, como já dito, adota a teoria

³⁵⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo...* Op. cit., p. 15.

³⁵⁶ ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*, Op. cit., p. 152.

³⁵⁷ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A causa petendi...* Op. cit., p. 145. Também Araken de ASSIS, *Cumulação de ações*, Op. cit., p. 152, para quem a classificação, além de não ter relevância no tema da cumulação de ações, não é visualizável nas demandas declaratórias propostas após a violação do direito, em que o interesse de agir é caracterizado pelo descumprimento do direito, havendo coincidência entre as figuras do fato jurídico e do fato caracterizador do interesse. Milton Paulo de CARVALHO, Op. cit., p. 94, incorpora na causa de pedir remota tanto o fato constitutivo, quanto o fato ilícito, do qual decorre o interesse processual: “A causa remota compreende tanto o *fato constitutivo* do vínculo quanto o fato particular, ou seja, o fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor, que vem a constituir o interesse de agir. A causa próxima compõe-se da relação jurídica que vincula autor e réu (chamaremos de direito constitutivo) *mais* o direito particular (*diritto singolo*) invocado pelo autor como causador do efeito pretendido”. Ao integrar na causa remota tanto o fato constitutivo, quanto a violação do direito, o processualista elimina a utilidade da separação entre causa de pedir ativa e passiva.

³⁵⁸ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 75. O jurista menciona que as ações desconstitutivas e as declaratórias de inexistência, nulidade e ineficácia seriam exemplos de demandas com causa de pedir não abrangente, pois restrita ao fato narrado pelo autor.

da substanciação mitigada, de modo que a indicação de fato constitutivo diverso é fundamental para a caracterização de nova demanda, não sendo relevante a qualificação jurídica realizada pelo autor. Não basta, portanto, invocar o mesmo fato, qualificando-o diferentemente. É preciso submeter ao juízo outro fato constitutivo.

Por outro lado, demanda em que se postule a declaração de existência da relação jurídica, encerra causa de pedir abrangente, pois no fundamento são incorporados todos os fatos que poderiam acarretar sua inexistência³⁵⁹. A procedência inviabiliza o ajuizamento de ação posterior na qual seja alegada a invalidade. Reconhecida a validade, a estabilização da sentença impede a propositura de demanda, pelo réu, para questioná-la.

3.5.1.5. Cumulação de demandas, fatos essenciais e secundários

A substanciação mitigada, incorporada no CPC, faz com que cada fato constitutivo represente uma causa de pedir. Como se trata de um dos elementos da demanda, a pluralidade de *causae petendi* leva à cumulação de ações. Isso significa que se houver um pedido, mas duas causas de pedir, terá ocorrido cumulação. Do mesmo modo, caso seja rejeitado o pedido, a apresentação de nova causa de pedir autoriza a propositura de demanda sem que a coisa julgada, na qualidade de pressuposto processual negativo, inviabilize o prosseguimento e exame de mérito do novo processo. Havendo mais de uma causa de pedir, sendo idênticas as partes e único o pedido, caracteriza-se o denominado concurso próprio. Por outro lado, assentando-se mais de um pedido, na mesma causa *petendi*, tem-se concurso impróprio.

É imprescindível distinguir entre diferentes *causae petendi* e causa de pedir assentada em mais de um fundamento. Considere-se, por hipótese, demanda em que se postule a anulabilidade de contrato de compra e venda de imóvel em razão de dolo do vendedor, dada sua omissão quanto à existência de procedimento administrativo em que se discute a proibição de moradia no local (CC, arts. 145 a 150). Se a municipalidade deliberar pela interdição do imóvel, a evicção permitirá que o comprador obtenha seu ressarcimento perante o vendedor. Antes da perda do direito por força da decisão administrativa, pode ser postulada a anulabilidade do contrato, em razão de dolo.

Suponha-se que, proposta a demanda anulatória, o réu comprove que o autor estava ciente do procedimento administrativo, descaracterizando-se o dolo, pois não houve omissão de informações. Seria possível, nesse caso, o ajuizamento de outra demanda anulatória, na qual

³⁵⁹ TALAMINI, Eduardo. *Cosa julgada...* Op. cit., p. 75.

também se alegasse dolo, ao argumento de que o vendedor omitiu a existência de ação de reintegração de posse? E se o fato constitutivo da nova demanda fosse a omissão do vendedor sobre a iminente construção de aterro sanitário no terreno contíguo, o qual também pertencia ao vendedor, que tinha ciência do assunto, mas dolosamente omitiu informações? Poderia o comprador, por outro lado, invocar coação (CC, arts. 151 a 155)?

Principia-se a análise pela última pergunta. Não há óbice à alegação de coação, pois se trata de outra causa de pedir. Contudo, para caracterizá-la, deve o demandante invocar fato que ao menos em tese represente ameaça capaz de lhe infundir fundado temor. É preciso que o fato articulado autorize a incidência do art. 151, do CC. Nessa hipótese, haveria nova causa *petendi*, a permitir o ajuizamento da demanda sem o óbice da coisa julgada formada no processo anterior, em que fora invocado dolo. Não se trata de diferente qualificação jurídica em torno do mesmo fato, mas de causa *petendi* remota diferente.

Há uma importante distinção a fazer no tocante às omissões relacionadas à ação de reintegração de posse e à iminente instalação de aterro sanitário. Trata-se, primeiramente, de fatos autônomos, cada um deles capaz de caracterizar dolo. Nesse sentido, pode-se categorizá-los como fatos essenciais, cuja ocorrência isolada permite, em tese, a caracterização de conduta dolosa a ensejar a anulabilidade do negócio jurídico. Visualizando o problema à luz da distinção entre causas de pedir remota e próxima, tem-se que as omissões do vendedor quanto à existência de interdito possessório e da iminente instalação de aterro sanitário no imóvel vizinho são fatos constitutivos da demanda anulatória, cujo fundamento jurídico – causa *petendi* próxima – é a existência de dolo. Essa percepção é o quanto basta para se concluir pela existência da mesma causa *petendi*, embora ela esteja baseada em diferentes fundamentos.

Ciente o comprador das três omissões do vendedor, consistentes na existência de procedimento administrativo, ação possessória e iminente instalação de aterro sanitário no imóvel contíguo, deve trazê-las como fundamento do pedido de dolo, sob pena de incidência da eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 508). O ponto a reter é que a afirmação de duas ou mais causas de pedir ocasiona cumulação de demandas, o que não acontece quando mais de um fato respalda a mesma causa de pedir.

Em relação aos fatos, como visto no item 3.5.1.3 a classificação usual na doutrina os denomina essenciais ou secundários. Os primeiros correspondem ao suporte fático do dispositivo legal. São esses fatos que fazem nascer o direito invocado pelo demandante. Na ação indenizatória por ato ilícito, consistente em agressão causada ao autor pelo réu, a agressão é o fato essencial, conducente, em tese, à condenação do demandado. O emprego de algum

instrumento para causar as lesões é fato secundário. Sob outro prisma, cada um dos golpes sofridos pela vítima é fato simples ou secundário, de modo que a agressão, considerada em seu conjunto, é fato complexo³⁶⁰. Se tiverem ocorrido diferentes agressões, em dias diversos, cada uma delas autorizará a propositura da ação e permitirá, ao menos em tese, a condenação. Mas todas levam à caracterização da mesma causa de pedir, qual seja, a ocorrência de ato ilícito. Se o autor omitir uma das agressões, não poderá invocá-la como causa de pedir em nova ação, por força da eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 508).

3.5.2. Pedido

Outro dos elementos da demanda é o pedido. Trata-se da providência requerida pela parte ao juiz, a fim de que lhe seja concedida a tutela jurisdicional do direito alegado. O pedido pode ser dividido em seus elementos imediato e mediato. O primeiro se refere ao provimento jurisdicional capaz de propiciar a tutela pretendida. O segundo consiste no bem da vida almejado pelo demandante³⁶¹.

Na identificação de demandas para caracterização de litispendência e de coisa julgada há de se considerar tanto o pedido imediato, quanto o mediato³⁶². Essa premissa traz interessantes desdobramentos no tocante à relação entre demandas declaratória e condenatória ajuizadas pelos mesmos interessados. Pendente ação declaratória de inexistência de débito, inexistente óbice ao ajuizamento de ação condenatória de cobrança pelo titular do direito creditório. A relação entre ambas as demandas é de continência, na forma preconizada pelo art. 56, do CPC. Por outro lado, ajuizada ação de cobrança, o provimento condenatório que dela decorre encerra verdadeira declaração, representando óbice, por força da litispendência, ao prosseguimento do processo instaurado pelo devedor³⁶³. A condenatória, como se sabe, abriga a declaração do direito³⁶⁴. Todavia, ao condenar, o juiz não se limita a declarar a existência do direito, mas vai além, constituindo título apto a ensejar o cumprimento de sentença por

³⁶⁰ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, Op. cit., p. 141 e ss. Eduardo TALAMINI, *Coisa julgada...* Op. cit., p. 77/78, Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio ARENHART e Daniel MITIDIERO, *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 636 e ss.

³⁶¹ CARVALHO, Milton Paulo de. Op. cit., p. 97. A lição é assente na doutrina brasileira, como se percebe em Frederico MARQUES, *Manual...* Op. cit., v. II, p. 47, Barbosa MOREIRA, *O novo processo...* Op. cit., p. 10 e DINAMARCO, *Instituições...* Op. cit., v. II, p. 118.

³⁶² PASSOS, Joaquim José Calmon de. *Comentários...* Op. cit., v. III, p. 313.

³⁶³ Idem, p. 313/314. Para o jurista a relação entre a ação condenatória e a declaratória seria de conexão, não de continência.

³⁶⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado* (1931), p. 116.

execução³⁶⁵. Por esse motivo, proposta a demanda condenatória, ocorre identidade de objeto em relação à declaratória negativa posteriormente ajuizada pelo devedor, o que leva ao reconhecimento da litispendência

Considerando a distinção entre as ações declaratórias e condenatórias, é possível que seja ajuizada demanda destinada unicamente à declaração do direito, com base na qual o autor vitorioso postulará, no momento seguinte, a condenação do réu. A sentença proferida no primeiro processo, estando coberta pela coisa julgada, impede que se rediscuta o direito declarado. Na afirmação de Humberto THEODORO JR., a sentença prolatada no primeiro processo seria a causa *petendi* da demanda condenatória, na qual o réu poderia alegar apenas fatos supervenientes à coisa julgada³⁶⁶. Esse entendimento corrobora a ideia aqui defendida, de acordo com a qual a declaração está incorporada na condenação.

Pode-se criticar o entendimento de que a identidade de pedidos, para fim de reconhecimento de litispendência e de coisa julgada, seja definida sempre pelos pedidos imediato e mediato. Em relação a este, pondera-se que no processo executivo a escolha de diferente meio executório não leva à identidade de demanda, o que ocorre da mesma maneira em relação aos pedidos alternativos, em que o réu pode escolher o meio de satisfazer a prestação, cumprindo a obrigação por meio de objeto mediato diferente do que fora postulado pelo demandante, sem que isso caracterize cumulação de demandas³⁶⁷.

Ainda no que se refere ao objeto mediato, a identidade deve ocorrer qualitativa e quantitativamente. CHIOVENDA assinalava que se impõe verificar casuisticamente se a recusa de um bem abrange também a do outro, acrescentando que quando um dos bens puder ser

³⁶⁵ Esse entendimento, assente na doutrina, passou a ser questionado a partir da Lei n. 11.232/2005, que modificou o CPC/1.973, permitindo que o cumprimento de sentença por execução ocorresse na mesma relação processual, de modo que o processo se desdobraria nas fases cognitiva e executiva. Com a modificação ensejada pela referida lei, o código passou a considerar títulos executivos “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia” (CPC, art. 475 – N, inc. I). Essa redação permitiu que se sustentasse a ideia de que as sentenças declaratórias também permitiriam a deflagração do cumprimento de sentença por execução. Parte da doutrina resistia a esse posicionamento, como se vê em Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio ARENHART, *Execução* (2007), p. 108/109, Eduardo TALAMINI, “‘Sentença que reconhece obrigação’ como título executivo (CPC, art. 475 - N, I – acrescido pela lei n. 11.232” (2006), p. 19/43 e Ricardo Alexandre da SILVA, *Sentenças declaratórias: títulos executivos?* (2012), p. 679/685. O código vigente, ao indicar os títulos executivos judiciais, manteve a redação do diploma revogado (CPC, art. 515, inc. I). Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio ARENHART e Daniel MITDIERO, *Novo código ... Op. cit.*, p. 531, argumentam que as sentenças declaratórias, tal como as constitutivas, são autossuficientes, não necessitando de atividades posteriores para sua efetivação. Ocorre que os provimentos exarados com fundamento no art. 515, inc. I, carecem de atividades executivas, de modo que não são autossuficientes, o que afasta a possibilidade de classificá-los como declaratórios. São, na realidade, decisões condenatórias, a exigir a deflagração da fase de cumprimento de sentença para que o direito seja tutelado. Assim, também sob o código vigente deve prevalecer o entendimento de que a natureza das decisões emanadas à luz do art. 515, inc. I, é condenatória.

³⁶⁶ THEODORO JR., Humberto. *Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória* (1996), p. 96/97.

³⁶⁷ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, Op. cit., p. 156/157.

considerado individualmente e também como fração do mais amplo, a recusa do maior não enseja obrigatoriamente a do menor³⁶⁸. Ao autor incumbe indicar o bem com suas especificações³⁶⁹.

3.5.2.1. Cumulação de pedidos

Os pedidos podem ser cumulados. Na denominada cumulação própria, dividida nas modalidades simples e sucessiva, mais de uma demanda é submetida à apreciação jurisdicional. Na cumulação simples (CPC, art. 327), o autor deduz mais de um pedido, sendo ambos independentes, mas compatíveis entre si. Exemplo corriqueiro é o da cumulação entre os pedidos de danos material e moral³⁷⁰. Na cumulação sucessiva há relação entre os pedidos, de modo que o segundo só será apreciado na hipótese de acolhimento do primeiro. O primeiro pedido pode ser prejudicial ou preliminar em relação ao segundo. Há prejudicialidade quando a improcedência do antecedente acarretar igualmente a do subsequente³⁷¹. A análise das questões prévias e prejudiciais será realizada minudentemente no próximo capítulo.

A cumulação imprópria abrange hipóteses em que verdadeiramente não há pluralidade de demandas. Na denominada cumulação alternativa eventual (CPC, art. 326), o autor formula seus pedidos em atenção à preferência pela concessão de um deles. Assim, o segundo será subsidiário, sendo apreciado tão-somente se o primeiro não tiver sido acolhido. Não é possível que mais de um pedido seja concedido simultaneamente. Na cumulação alternativa (CPC, art. 326, par. ún.), a satisfação da pretensão do demandante ocorre por meio da procedência de um dos pedidos arrolados, inexistindo preferência. Trata-se de hipótese inconfundível com a do pedido alternativo, compreendido como aquele em que a obrigação pode ser satisfeita por mais de um meio (CPC, art. 325)³⁷².

³⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...* Op. cit., v. I, p. 494: “Pode um bem encontrar-se em relação de mais ou menos com outro bem; é questão de fato averiguar, caso por caso, se a negação de um compreende a negação do outro; quando o bem menor se pode conceber não só como *parte* do maior, mas também por si, a negação do bem maior não é necessariamente negação do bem menor”.

³⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile* (1906), p. 636.

³⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 161.

³⁷¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso...* Op. cit., v. I, p. 576/577. O processualista indica como exemplo de prejudicialidade a relação entre os pedidos de investigação de paternidade e de alimentos e de declaração de inexistência de relação jurídica e repetição do indébito. Por outro lado, na ação rescisória o pedido rescindente é preliminar em relação ao rescisório, pois a rejeição do *ius rescindens* inviabiliza a apreciação do *ius rescissorium*.

³⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 163. Com o mesmo posicionamento, Fredie DIDIER JR., *Curso...* Op. cit., v. I, p. 577 e ss.

3.5.3. Partes

As partes são o terceiro elemento de identificação das demandas. Considerados os propósitos desta tese, focalizada nos limites objetivos da coisa julgada, basta, quanto ao ponto, sublinhar a diferença entre o litisconsórcio, compreendido como a pluralidade de sujeitos no mesmo polo da relação processual e a cumulação subjetiva, em que além da multiplicidade de indivíduos, cada um deles requer a tutela jurisdicional de seus próprios direitos. No litisconsórcio necessário não há cumulação de demandas³⁷³.

³⁷³ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, Op. cit., p. 160. Após se referir à hipótese em que o litisconsórcio é indispensável, acrescenta o processualista: “Disto resulta a singela e relevantíssima diferença entre o cúmulo subjetivo, ou cumulação de ações em consequência da pluralidade de partes, e o litisconsórcio: a simples e formal pluralidade de sujeitos não implica, *tout court*, cúmulo subjetivo, que só ocorre quando cada um deduz direitos subjetivos autônomos. Em alguns casos os litisconsortes vêm ao processo baseados no mesmo e único direito, e, assim, desaparece a cumulação de ações”.

Capítulo IV. Questões prejudiciais de mérito e ampliação dos limites objetivos da coisa julgada

A leitura do art. 503, §§1º e 2º, do CPC, é suficiente para que se possa perceber a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, não mais restrita ao dispositivo do *decisum*. Todavia, para compreender o alcance da mudança implementada pelo código, é necessário analisar quais questões são atingidas pela *res judicata* e como se aplicam os requisitos previstos no texto legal. É o que se pretende fazer neste capítulo.

Principia-se com a indicação da forma pela qual a prejudicialidade se manifesta na relação processual³⁷⁴. No estudo da matéria são frequentes as referências à conhecida lição de CARNELUTTI, de acordo com a qual a afirmação contida nas razões se transforma em questão quando ensejar dúvidas, precisando então ser comprovada, de modo que as questões podem ser conceituadas como pontos duvidosos de fato ou de direito³⁷⁵.

Antes de CARNELUTTI, já assinalava Francesco MENESTRINA que há pontos prejudiciais na hipótese de alegações não impugnadas do autor³⁷⁶. Trata-se, segundo sua definição, do precedente lógico não controvertido ou cuja controvérsia já foi resolvida³⁷⁷. A questão prejudicial surge como o ponto de discordância, consistindo, então, na contestação de um ponto prejudicial³⁷⁸. Quando o ponto se torna controvertido, transforma-se em questão.

É possível que a indeterminação, causada pela impugnação de uma das partes, refira-se a um fato ou ao efeito jurídico, de modo que as questões podem ser fáticas ou jurídicas, de acordo com a natureza do ponto controvertido³⁷⁹. Não se pode supor, contudo, que a existência

³⁷⁴ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Op. cit., p. 99, faz referência, em um dos tópicos de seu abrangente trabalho, às “formas em que se apresenta a figura prejudicial”, indicando as modalidades de “ponto, questão e causa”.

³⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema...* Op. cit., p. 353: “In quanto una affermazione, compressa nella ragione (della pretesa o della contestazione), possa generare un dubbio e così debba essere verificata, diventa una questione. Perciò la questione si può definire un punto dubbio, di fatto o di diritto, e la sua nozione è correlativa a quella di affermazione”. Identicamente, Alfredo BUZAID, *Do agravo de petição...* Op. cit., p. 112. Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições...* Op. cit., v. II, p. 187, afirma que um ponto se converte em questão por meio da controvérsia das partes a seu respeito: “A controvérsia das partes sobre um ponto erige-o em *questão* – e daí ser esta conceituada como *dúvida em torno de um ponto de fato ou de direito* ou, como também se diz, *ponto controvertido de fato ou de direito*”.

³⁷⁶ MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile* (1903), p. 137.

³⁷⁷ Idem, p. 139: “Il punto pregiudiziale è dunque il precedente logico su cui le parti non sollevano una controvérsia – sia che non possano sollevarla, sia che non vogliano – o su cui la controvérsia è già stata risolta”.

³⁷⁸ Idem-ibidem. No texto original: “Unico scopo della *questione* pregiudiziale è di fissare entro alla cerchia del pendente processo un punto pregiudiziale, su cui le parte sono discordi; essa pressupone dunque la contestazione d’un punto pregiudiziale che è stato proposto da una parte al ragionamento del giudice”.

³⁷⁹ BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição...* Op. cit., p. 112. O processualista acrescenta, referindo-se à teoria carnелuttiana, que a questão é condição para a lide, não seu elemento: “*Questão*, no sistema de CARNELUTTI, é todo ponto duvidoso de fato, ou de direito, toda incerteza em torno da realidade de um fato, ou em torno da sua eficácia jurídica. Não é, portanto, um elemento, é, antes, uma *causa*, ou *condição*, da lide. A lide existe, então,

de pontos leva necessariamente ao acolhimento da demanda. Mesmo quando ocorram os efeitos da revelia (CPC, art. 344), é possível o julgamento desfavorável ao autor³⁸⁰.

Nas causas prejudiciais manifesta-se a prejudicialidade de modo que a sentença proferida em um processo é apenas um dos elementos de ligação do raciocínio do juiz em outro. Para que essa modalidade de relação entre questões prejudiciais possa ocorrer, impõe-se que ambos os processos corram concomitantemente, ainda que por breve período de tempo. Se já tiver ocorrido julgamento no processo subordinante, não há que se falar em causa prejudicial, mas em mero ponto a ser assimilado pelo juiz da demanda subordinada³⁸¹.

Em outras palavras, a questão, objeto de causa que seria prejudicial se houvesse simultaneidade na tramitação dos processos, transforma-se em ponto com o encerramento da causa subordinante. Note-se que a causa prejudicial sempre ingressa no processo prejudicado na forma de ponto, ou seja, tema sobre o qual inexistente controvérsia, pois já foi decidida no processo prejudicial. MENESTRINA acrescenta que a causa prejudicial pode tomar lugar no mesmo juízo, envolver as mesmas partes e seguir o mesmo rito processual, mas isso não necessariamente ocorrerá³⁸². Acrescente-se, de acordo com o CPC, que havendo relação de prejudicialidade externa entre demandas, impõe-se a suspensão da causa subordinada, pelo prazo máximo de um ano, nos termos do art. 313, inc. V, alínea “a” e §4º.

4.1. Questões prévias: preliminares e prejudiciais

No seu clássico estudo sobre a relação de prejudicialidade, MENESTRINA destaca que todo o desenrolar do processo tem como objetivo a tomada de decisão. Para o autor, a conclusão não é a parte mais relevante do raciocínio judicial e as atividades preparatórias ao ato de decidir merecem exame atento. Ainda segundo o jurista, são as premissas do *decisum* que apresentam alguma independência, pois a conclusão do juiz a elas deve estar adstrita.

porque existe uma questão em torno dos pressupostos de fato, ou de direito da tutela pretendida por cada um dos contendores; (...).”

³⁸⁰ MENESTRINA, Francesco. Op. cit., p. 137: “Se il convenuto è contumace, ma la pretesa dell’attore è in base alla sua stessa narrazione infondata, la petizione viene respinta”. Com posicionamento semelhante, Clarisse Frechiani Lara LEITE, Op. cit., p. 124, afirma que o juiz pode transformar pontos em questões quando, por seu conhecimento jurídico e à luz das máximas da experiência, discordar das razões invocadas pelo demandante.

³⁸¹ Idem, p. 152: “Il processo dunque aspetta il verbo d’un altro processo, cui forse ha appositamente dato vita; e in quest’ultimo la meta finale è un anelo intermédio della catena logica che viene proposta al giudicante nell’altro”. No mesmo sentido, Clarisse Frechiani Lara LEITE, Op. cit., p. 102.

³⁸² Idem, p. 153. O termo “prejudicial” é empregado em sentido amplo. Trata-se, contudo, de espécie do gênero “questões prévias”, como se verá no item subsequente.

MENESTRINA acrescenta que é possível decompor a cadeia decisória, identificando os componentes que levaram à decisão³⁸³.

Quando se faz referência a pontos, questões ou causas prejudiciais, parte-se da ideia de que diversos elementos são encadeados para que a decisão seja tomada. Dito de outro modo, para chegar à conclusão do ato decisório, o juiz deve examinar pontos e questões prévias, cuja resolução ensejará o acolhimento ou a improcedência do pedido. Analisada a atividade instrutória sob esse prisma, pode-se afirmar que o objetivo dos atos de preparação é transformar em pontos todas as questões que porventura tiverem surgido no processo. O juiz decide o processo quando leva em consideração os pontos ou julga as questões prejudiciais.

O termo prejudicial, nesse contexto, é empregado em sentido amplo, considerando a relação entre duas ou mais questões³⁸³ no processo. Mas sua utilização dessa forma encerra alguma inexatidão conceitual. Ocorre que uma questão subordinante pode afetar de maneira diferente a que lhe está subordinada. Assim, para a melhor compreensão do tema, dá-se o nome de questões prévias às questões subordinantes, cuja categorização é realizada em conformidade com a maneira como atingem as questões prejudicadas.

As questões prévias são classificadas em preliminares e prejudiciais. Na doutrina há diferentes critérios para o enquadramento. Ao abordar o tema, em uma primeira passagem Pontes de MIRANDA sugere que as preliminares dizem respeito à relação processual, ao passo que as prejudiciais se vinculam ao *meritum causae*. Porém, na sequência de seu raciocínio, afirma que a relação entre duas prejudiciais pode apresentar conteúdo atrelado ao processo ou ao mérito. O próprio jurista reconhece que na maioria das vezes a vinculação entre questões prejudiciais diz respeito ao mérito, não aos pressupostos para a admissibilidade de seu exame no processo³⁸⁴. Essa abordagem reconhece a separação entre as categorias, mas não apresenta critérios seguros para sua identificação.

³⁸³ Idem, p. 46 e ss. Paula Pessoa PEREIRA, *Legitimidade dos precedentes*, p. 79 e ss., analisa a motivação e o raciocínio jurídico à luz de uma perspectiva contemporânea, desdobrada no particularismo e no universalismo.

³⁸⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários...* Op. cit., v. IV, p. 62 e ss. Eduardo TALAMINI, *Código de processo civil anotado* (2016), p. 716, afirma que as prejudiciais são relevantes para a solução do mérito, ao passo que as preliminares consistem em questões processuais: “Qualificam-se como prejudiciais as questões atinentes à existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica que, embora sem constituir propriamente o objeto da pretensão formulada (mérito da causa), são relevantes para a solução desse mérito (por exemplo, relação de filiação na ação de alimentos ou de petição de herança; validade do contrato na ação de cobrança de uma de suas parcelas). São inconfundíveis com as questões preliminares, que concernem à existência, eficácia e validade do processo. As preliminares podem conduzir apenas à impossibilidade do julgamento do mérito, não contribuindo para a sua solução (são questões meramente processuais)”. Será visto adiante que pode haver relação preliminar entre questões de mérito, como também pode ocorrer relação prejudicial entre questões estritamente processuais. Thereza ALVIM, *Questões prévias e os limites da coisa julgada* (1977), p. 14, já havia apontado a hesitação de Pontes de MIRANDA sobre o tema.

Coube a Barbosa MOREIRA o mérito de estabelecer a orientação doutrinária prevalecente no Brasil para a classificação das questões prévias. A especificação deve ocorrer segundo a diferente influência que a questão subordinante pode exercer sobre a subordinada. São prejudiciais as questões cuja solução se refere ao “teor ou conteúdo” da resolução de outras. Questões preliminares, por sua vez, são aquelas cujo exame atinge não o “modo de ser”, mas o “ser” das questões que lhes são subordinadas, o que ocorre mediante inserção de obstáculo ou remoção de óbice à análise, sem que haja interferência sobre o sentido da decisão³⁸⁵.

De acordo com Barbosa MOREIRA, a legitimidade *ad causam* é questão preliminar no tocante à decisão de mérito, pois seu acolhimento impede a apreciação da matéria meritória. Por outro lado, o afastamento da preliminar não condiciona o julgamento do mérito, de modo que o sentido da decisão *de meritis* não é influenciado³⁸⁶. Logo, é preliminar a relação entre a questão prévia da legitimidade com a questão atinente ao mérito. Algo diverso ocorre na relação entre a questão da paternidade e a dos alimentos. O julgamento da primeira questão favoravelmente ao demandante, deixa em aberto o exame daquela concernente à verba alimentar, cujo desate dependerá da apreciação da possibilidade do réu e da necessidade do autor (CC, art. 1.695). É certo, por outro lado, que a negativa de paternidade prejudica o pedido de alimentos e, nesse sentido, impõe sua improcedência. A questão subordinante, nesse caso, tem o poder de influenciar o sentido em que é julgada a questão subordinada.

Destarte, não é correto restringir as questões preliminares aos temas processuais. Como visto, uma questão é preliminar quando puder atingir o “ser” da decisão que lhe é subordinada. Isso pode ocorrer entre duas questões atinentes ao mérito. Basta pensar na cumulação alternativa eventual (CPC, art. 326). O acolhimento do pedido principal inviabiliza

³⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais...* Op. cit., p. 29/30.

³⁸⁶ Idem, p. 30: “Na perspectiva que este trabalho adota, o critério discretivo entre prejudiciais e preliminares há de ser buscado na diferenciação entre os dois tipos de influência acima descritos. Cabendo a qualificação de ‘prejudiciais’ às questões de cuja solução dependa o teor ou conteúdo da solução de outras reservar-se-á a expressão ‘questões preliminares’ para aquelas de cuja solução vá depender a de outras não no seu modo de ser, mas no seu próprio ser; isto é, para aquelas que, conforme o sentido em que sejam resolvidas, oponham ou, ao contrário, removam um impedimento à solução de outras, sem influírem, no segundo caso, sobre o sentido em que estas outras hão de ser resolvidas. Assim, e.g., a solução concernente à *legitimatío ad causam* será preliminar em relação à decisão *de meritis*: se o juiz acolher a arguição de ilegitimidade, ficará barrado o caminho para a definição do mérito; se a rejeitar, o caminho estará aberto, mas nada será lícito inferir daí no tocante ao desfecho da controvérsia – a demanda tanto poderá ser julgada procedente como improcedente”. Esse posicionamento conta com o aplauso de Thereza ALVIM, Op. cit., p. 15 e de Antônio Scarance FERNANDES, *Prejudicialidade* (1988), p. 51: “O critério mais apropriado para a distinção entre as questões prejudiciais e preliminares é este baseado na diversidade de subordinação imposta à questão subordinada. A preliminar impede, impossibilita a decisão sobre a subordinada. A prejudicial condiciona o teor da decisão sobre a subordinada”. No mesmo sentido, Cândido Rangel DINAMARCO, *Capítulos de sentença*, Op. cit., p. 45, nota de rodapé 20 e Clarisse Frechiani Lara LEITE, Op. cit., p. 49: “Enquanto as preliminares condicionam a existência, a admissibilidade da decisão condicionada, as prejudiciais condicionam o seu teor”.

a apreciação do subsidiário. Trata-se de obstáculo insuperável. Isso significa que o julgamento da questão preliminar influencia o “ser” da subordinada, erigindo óbice à sua verificação³⁸⁷.

Ademais, uma questão de natureza processual pode influenciar o sentido da decisão de outra questão, igualmente processual, que lhe está subordinada. Barbosa MOREIRA formulou a conhecida hipótese sobre o tema. Proposta ação popular, que tem na cidadania brasileira um dos seus requisitos (LAP, art. 1º), a nulidade do processo de naturalização do demandante, invocada pelo réu, é questão prejudicial em relação à ilegitimidade ativa *ad causam*, a qual, por sua vez, é preliminar no tocante à questão de mérito³⁸⁸.

Note-se que a questão concernente à nulidade da naturalização *condiciona* o resultado da questão referente à legitimidade ativa *ad causam*. Poder-se-ia criticar essa conclusão ao argumento de que se está diante de autêntica questão preliminar, tal como acontece com o singelo exemplo de carência da demanda por ilegitimidade ativa *ad causam*. Ocorre que a prejudicialidade se manifesta entre as questões de nulidade do processo de naturalização e de legitimidade *ad causam*. A presença dessa condição da ação é preliminar em relação ao *meritum causae*.

Destaque-se que a mesma matéria pode se manifestar como uma questão processual ou substancial. A invalidade do contrato, em decorrência da incapacidade do agente, alegada pelo réu na demanda de cobrança, é questão concernente ao mérito. Por outro lado, a incapacidade pode constituir questão processual quando for invocada pelo demandado a ilegitimidade *ad processum* por menoridade³⁸⁹. Assim, fica evidenciada a relatividade dos conceitos de preliminar e prejudicial. Como enfatiza Barbosa MOREIRA, nenhuma questão pode ser classificada sendo considerada apenas em si mesma. É essencial que haja relação de

³⁸⁷ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Op. cit., p. 50.

³⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais...* Op. cit., p. 33: “Para tornarmos ao exemplo da ação popular, a questão suscitada sobre a validade do ato de naturalização do autor é *prejudicial* da questão referente à *legitimatío ad causam*, e esta, por sua vez, *preliminar* da questão de mérito. E não seria difícil exemplificar os vários outros tipos possíveis de combinações”. Na mesma linha, Thereza ALVIM, Op. cit., p. 15, enfatiza a desimportância do caráter da questão decidida, pois a relação entre as questões é classificada de acordo com a influência exercida pela questão subordinante. Antônio Scarance FERNANDES, Op. cit., p. 49, reproduz a hipótese de Barbosa MOREIRA. Também o fez, chegando a idêntica conclusão, Clarisse Frechiani Lara LEITE, Op. cit., p. 50.

³⁸⁹ ALVIM, Thereza. Op. cit., p. 24: “Salientemos, ainda, que uma mesma questão pode, em uma lide, ser preliminar e, em outra, prejudicial. Assim, em uma ação visando a anulação de um ato jurídico, por ter sido praticado por menor, a incapacidade será na lide um ponto ou uma questão prejudicial, em relação à anulação do ato (mérito), conforme tenha ou não sido impugnada. Essa mesma incapacidade, contudo, em outro processo qualquer, poderá constituir preliminar (pressuposto processual) em relação à questão do mérito de outra ação”.

subordinação³⁹⁰, materializada no plano lógico, não no cronológico³⁹¹. Trata-se da “antecedência lógica” da questão subordinante.

Essa precedência, ocorrente no plano lógico, é apontada como uma das notas caracterizadoras da prejudicialidade, ao lado da necessariedade e da autonomia³⁹². Com o requisito da necessariedade, pretende-se realçar a inevitabilidade da questão subordinante em relação à subordinada. Não se pode negar que o julgamento da questão prévia ocorre em momento logicamente anterior e é imprescindível para que se possa chegar ao exame da questão prejudicada. Mas isso decorre de sua precedência. Em outras palavras, a necessariedade já está compreendida na “antecedência lógica” da questão prévia.

Há debate doutrinário sobre a autonomia. Esse requisito se refere à possibilidade de que a questão prévia seja objeto de demanda própria. Para lhe recusar o *status* de elemento definidor, afirma-se que a existência de questões estritamente processuais, incapazes de gerar uma demanda autônoma, seria a prova de que a autonomia não é um dos requisitos da relação de prejudicialidade. Ademais, elegê-la como pressuposto das questões, suprimiria a diferença entre estas e as causas prejudiciais³⁹³.

Por outro lado, em defesa do caráter autônomo inerente à questão prejudicial, sustenta-se que a prejudicialidade decorreria justamente da possibilidade de submeter a questão subordinante em outro processo, caracterizando-se então como causa prejudicial. A autonomia serviria como critério distintivo entre as questões prejudiciais, os motivos e a verdade dos fatos (CPC, art. 504, incs. I e II), embora todos sejam elementos da parte lógica das decisões³⁹⁴.

³⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais...* Op. cit. p. 32/33. O autor afirma que uma determinada questão pode ser concomitantemente preliminar e prejudicial em relação a duas outras questões.

³⁹¹ FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit., p. 38. Identicamente, José Carlos Barbosa MOREIRA, *Questões prejudiciais...* Op. cit., p. 42.

³⁹² Idem, p. 47: “São três, portanto, os requisitos essenciais para a conceituação da prejudicialidade: 1º) anterioridade lógica; 2º) necessariedade; 3º) autonomia. Os dois primeiros referem-se à relação de subordinação lógica e necessária entre a questão prejudicial e a prejudicada. O último é voltado para a questão prejudicial exigindo que tenha aptidão para ser objeto de processo autônomo”.

³⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais...* Op. cit., p. 49/50.

³⁹⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit., p. 46: “Realmente, o que se deve entender é que há questão prejudicial quando existe possibilidade de ser objeto de processo autônomo. Ora, é óbvio que, se há tal possibilidade, ela pode se concretizar, e, quando isso acontece, surge a causa prejudicial”. Salvatore SATTA, *Accertamento incidentale*, Op. cit., p. 244, afirma que a doutrina temia a possibilidade de cisão do julgamento em inumeráveis questões prejudiciais, fragmentando-se indevidamente o juízo de mérito, sendo essa a razão pela qual se passou a defender a autonomia da questão para que ela pudesse ser considerada prejudicial. Nesse sentido, Stefano RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria* (1999), p. 175, sustenta que a autonomia é requisito da prejudicialidade: “(...) è evidente che un problema di pregiudizialità può porsi solo postulandone la capacità di essere oggetto di accertamento giudiziale, e quindi la natura di situazione giuridica soggettiva; in caso contrario, evidentemente, il problema dovrebbe porsi come di giudicato su un mero punto di fatto o di diritto, ovvero giudicato sulla motivazione”. Francesco MENESTRINA, Op. cit., p. 31, refere-se aos elementos lógico e imperativo das decisões de mérito: “Ogni decisione del giudice, riguardi essa l’avviamento e lo svolgimento delle forme processuale o il *meritum causae*, consta di due elementi: di un’argomentazione logica e di un comando”.

Ademais, há prejudiciais processuais autônomas, de que é exemplo a questão da nacionalidade para a propositura de ação popular. Já se viu que o réu pode invocar a ilegitimidade do demandante, ao argumento de que sua naturalização seria nula, com isso retirando a legitimidade ativa *ad causam*. Ocorre que essa questão pode ser apreciada em demanda autônoma, comprovando, ao contrário do que sustentava Barbosa MOREIRA, que a autonomia é requisito da prejudicialidade³⁹⁵.

É certo, contudo, que a autonomia não é concebível em relação a todas as questões prévias de natureza processual. Basta pensar na questão atinente à determinação do valor da causa como prejudicial do recurso cabível, hipótese também aventada por Barbosa MOREIRA à luz do CPC/1939³⁹⁶. A ela se pode acrescentar a hipótese formulada por Clarisse LEITE, da questão atinente à participação da União no processo deflagrado entre particulares, cuja consequência será o deslocamento do processo para a justiça federal³⁹⁷. A prejudicialidade é nítida, pois o interesse da União, reconhecido pela Justiça Federal, condiciona a decisão atinente à competência, impondo a incompetência do juízo estadual. Conquanto prejudicial, essa questão não é autônoma, o que refutaria a ideia de que autonomia é requisito da prejudicialidade.

Embora seja correto afirmar que nem sempre a autonomia se faz presente nas questões subordinantes processuais, pode-se afirmar que as questões prejudiciais de mérito sempre serão autônomas. É justamente essa autonomia que permitia sua declaração incidental sob o CPC/1973. Acrescente-se que é também o caráter autônomo das questões prejudiciais de mérito que justifica separá-las dos motivos e da verdade dos fatos, elementos integrantes da parte lógica da sentença que, contrariamente às questões, não podem ser atingidos pela *res judicata* (CPC, art. 504, incs. I e II).

O estudo dos limites objetivos da coisa julgada tem como foco as questões prejudiciais de mérito. São elas que podem ser cobertas pela *res judicata*. Assim, pode-se afirmar que a autonomia é requisito das questões prejudiciais de mérito. É suficiente, para sua caracterização,

³⁹⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit., p. 49.

³⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais...* Op. cit., p. 49/50.

³⁹⁷ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Op. cit., p. 80. O exemplo é retirado do livro da autora, que após analisar as teorias da autonomia e da subsunção, indica a insuficiência de ambas, apontando o vínculo jurídico como critério diferenciador entre a prejudicialidade lógica e a jurídica. Como se vê nas páginas 84 e ss. da obra citada, deve ser jurídico o vínculo existente entre determinada decisão e a questão que lhe sucede no julgamento. O entendimento sem dúvida é correto. Todavia, sendo a prejudicialidade fenômeno processual, é indiscutível que o liame entre as questões subordinada e subordinante é jurídico. Isso, contudo, não afasta a ideia de que a prejudicialidade jurídica também o é sob o ponto de vista lógico, embora o oposto não seja verdadeiro, já que nem toda prejudicialidade lógica será simultaneamente jurídica. Sobre o tema se manifestou Tereza ALVIM, Op. cit., p. 25: “Toda questão prejudicial, sob o ponto de vista jurídico é antes prejudicial lógica, mas nem toda a prejudicial lógica pode ser considerada jurídica”.

a *possibilidade* de ajuizamento de demanda própria³⁹⁸. Demonstrou-se, acima, que uma questão de mérito pode ser preliminar em relação a outra. A hipótese indicada foi a de cumulação alternativa eventual, na qual a concessão do pedido principal inviabiliza a apreciação do secundário. A existência de questões preliminares de mérito não afasta o requisito da autonomia. A esse respeito, não se diferenciam as prejudiciais e as preliminares de mérito.

Nessa tese, quando se faz menção, especificamente no estudo da extensão da coisa julgada às questões prejudiciais (CPC, art. 503, §§1º e 2º), pretende-se abranger, com a locução, tanto as questões de mérito tipicamente prejudiciais, quanto as preliminares. A questão que constitui antecedente lógico no âmbito das preliminares também é atingida pela coisa julgada. Retome-se a hipótese de cumulação alternativa eventual. A improcedência do pedido principal, que autoriza a análise do pedido subsidiário, é coberta pela *res judicata*. É verdade que nesse caso o pedido principal não inviabilizou a apreciação do subsidiário. Mas ele não precisa fazê-lo para ser considerado como preliminar. Basta que tenha aptidão para inviabilizar o pedido subsequente, o qual constitui questão prejudicada.

Acrescente-se que a suspensividade não é característica inerente às questões prejudiciais³⁹⁹. O efeito suspensivo, nos termos do art. 313, inc. V, alínea “a”, do CPC, é elemento das “causas prejudiciais”. Já se viu que basta a possibilidade de a questão ser acionada autonomamente para se caracterizar como questão prejudicial. No tocante às prejudiciais internas, a suspensão é inconcebível. O julgamento, nesses casos, ocorre com a fluência natural do processo.

Em resumo, pode-se indicar a “precedência lógica” e a “autonomia” como requisitos das prejudiciais de mérito. A “necessariedade” está abrangida pela noção de antecedência lógica. Considerando o gênero “questões prévias”, do qual são espécies as preliminares e as prejudiciais, tanto de mérito, quanto processuais, tem-se que a autonomia nem sempre será requisito, pois há questões preliminares processuais que não podem ser objeto de processo

³⁹⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*, Op. cit., p. 45: “A questão há de ser apta a constituir, em tese, objeto de pedido autônomo. Essa restrição é necessária para completar o conceito jurídico de prejudicialidade”. Na sequência, o processualista acrescenta que o “ponto culminante de interesse” na análise da prejudicialidade é a possibilidade de extensão dos limites objetivos às questões prejudiciais. Como somente as questões de mérito são atingidas pela coisa julgada e elas podem ser objeto de processo autônomo, conclui-se que a autonomia é requisito das questões prejudiciais que podem ser cobertas pela autoridade da *res judicata*. Na mesma linha, Egas Moniz de ARAGÃO, *Sentença e coisa julgada*, Op. cit., p. 258, afirma que o interesse do CPC/1973, no instituto da questão prejudicial, relacionava-se à *res judicata*, de modo que à luz dos arts. 469, inc. III e 470, ambos do Código, só era questão prejudicial aquela que pudesse compor o objeto de ação declaratória incidental, o que significa que a autonomia é requisito para sua caracterização.

³⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais...* Op. cit., p. 48.

próprio. Todavia, a autonomia é pressuposto das questões prejudiciais capazes de conduzir à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada.

A prejudicialidade, em sentido amplo, é fenômeno que se manifesta no processo e se caracteriza pela subordinação de uma questão jurídica à que lhe antecede logicamente, de modo que a decisão sobre a primeira é capaz de determinar o conteúdo do provimento jurisdicional a respeito da segunda ou a obstar qualquer *decisum*, conforme se trate de questões prejudiciais ou de preliminares.

É importante reiterar que a influência da questão subordinante pode não se manifestar. Considere-se a hipótese de cumulação das demandas de investigação de paternidade e de alimentos. É indiscutível que a filiação é questão prejudicial. Todavia, não é correto supor que essa questão sempre atingirá aquela atinente à verba alimentar. Isso acontece apenas na hipótese de improcedência do pedido de filiação, a inviabilizar o exame dos alimentos. Porém, se a paternidade for reconhecida, não há influência sobre a análise da pretensão alimentar, pois é possível que os alimentos não sejam concedidos em razão da desnecessidade do autor ou da impossibilidade do réu.

O mesmo ocorre em relação às preliminares. Se a ilegitimidade ativa *ad causam* for reconhecida, tem-se como corolário a extinção do processo sem resolução de mérito (CPC, art. 485, inc. VI). O objeto litigioso não será apreciado. Nada obstante, afastada a preliminar, o mérito será analisado como se ela não tivesse sido arguida. A influência das questões prévias, como se vê, é potencial.

4.1.1. Prejudicialidades lógica e jurídica

Foi visto que as questões subordinantes sempre se relacionam com as prejudicadas sob o aspecto lógico e que sua manifestação ocorre no processo. Saliente-se que nem todas as questões prévias serão simultaneamente lógicas e jurídicas. Essa classificação tem importância na determinação dos provimentos jurisdicionais que são cobertos pela coisa julgada. Afasta-se a incidência da *res judicata* das decisões que resolvem questões exclusivamente lógicas, ínsitas à formação do convencimento do juiz.

O art. 504, incs. I e II, do CPC, é expresso ao afastar da autoridade da coisa julgada os motivos e a verdade dos fatos, embora seja possível, na análise desses elementos lógicos da decisão, perceber seu caráter prejudicial. Imagine-se um prosaico acidente de trânsito. O excesso de velocidade, o tráfego na contramão de direção, a embriaguez do condutor e a

desobediência ao sinal vermelho, são elementos lógicos prejudiciais à verificação da culpa pelo sinistro. Nem por isso, contudo, serão cobertos pela coisa julgada, pois não podem ser considerados como questões prejudiciais, à medida que lhes falta autonomia, já que não podem ser submetidos à apreciação jurisdicional em processo específico. Há, na hipótese, prejudicialidade lógica, mas não jurídica. É importante notar que nesse contexto a expressão “prejudicialidade lógica” não tem o mesmo sentido que aquele que lhe é conferido no debate da doutrina italiana sobre o art. 34, do *Codice di Procedura Civile* (vide item 4.1.3).

Em resumo, questões atinentes à verificação de fatos e à interpretação de dispositivos normativos, não são questões prejudiciais, embora estejam em relação de antecedência lógica com as questões que lhes são posteriores. Como não são prejudiciais, não se submetem à coisa julgada (CPC, art. 504, incs. I e II). A prejudicialidade lógica, portanto, é elemento constitutivo, porém insuficiente, para a caracterização da jurídica.

4.1.2. Prejudicialidades homogênea e heterogênea, interna e externa

A prejudicialidade homogênea se refere às hipóteses em que a questão prejudicial pode ser julgada pela mesma *jurisdição* que a prejudicada. Suponha-se que a competência para a análise de ambas recaia sobre a justiça cível estadual. Há prejudicialidade heterogênea, conhecida como interjurisdicional, quando o exame de uma das questões recair sobre justiça especializada diferente. É o que acontece quando a questão prejudicial tiver de ser julgada perante a justiça trabalhista ou criminal⁴⁰⁰.

Há prejudicialidade interna quando a questão prejudicial é examinada no mesmo processo em que o será a subordinada. Por outro lado, há prejudicial externa quando a questão prejudicial for julgada em outro processo, o que acarretará a suspensão do processo em que se manifesta a questão prejudicada, na forma do CPC, art. 313, inc. V, alínea “a”. Ocorre prejudicialidade externa, com causa prejudicial, quando a questão subordinante externa corresponder à questão principal de determinado processo⁴⁰¹.

O ingresso da demanda prejudicial, no processo prejudicado, ocorre pela forma de ponto prejudicial, pois a coisa julgada a atingir a decisão que resolve a causa prejudicial, impede que haja controvérsia no segundo processo⁴⁰². Existem, ainda, outros critérios de classificação,

⁴⁰⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*, Op. cit., p. 49/50. No mesmo sentido, Clarisse Frechiani Lara LEITE, Op. cit., p. 99. Curiosamente, Egas Moniz de ARAGÃO, *Sentença e coisa julgada*, Op. cit., p. 259, denomina de homogênea a prejudicialidade interna e de heterogênea a externa.

⁴⁰¹ Idem, p. 50. Clarisse Frechiani Lara LEITE, Op. cit., p. 98.

⁴⁰² MENESTRINA, Francesco. Op. cit., p. 152.

mas sua análise não é relevante para esta tese⁴⁰³. O interesse no estudo das questões prejudiciais leva em consideração apenas aquelas que podem ser atingidas pela ampliação de limites objetivos disciplinada no art. 503, §1º, incs. I a III, e §2º, do CPC.

4.1.3. Prejudicialidades lógica e técnica

Também se pode classificar a prejudicialidade considerando a relação jurídica em que se manifesta o vínculo entre as questões. Ao criticar a teoria da declaração incidental, Salvatore SATTA assinala que o réu, ao responder, pode invocar fato jurídico diverso daquele apresentado pelo autor, o qual ainda assim pode se caracterizar como pressuposto do fato constitutivo, de modo que seu acolhimento inviabilizará a materialização dos efeitos jurídicos pretendidos pelo demandante. É o que ocorre quando o réu, contra o qual se exige débito hereditário, defende-se recusando sua qualificação como herdeiro. Há, nesse caso, prejudicialidade técnica⁴⁰⁴.

Conforme Sergio MENCHINI, o objeto das questões prejudiciais em sentido técnico consiste em situação jurídica independente do fato constitutivo invocado pelo autor, embora lhe constitua o pressuposto⁴⁰⁵. As relações jurídicas são heterogêneas, pois o fato invocado pelo

⁴⁰³ LEITE, Clarisse Frechiani Lara, Op. cit., p. 93/99, passa em revista diversas classificações.

⁴⁰⁴ SATTA, Salvatore. *Accertamento incidentale*, Op. cit., p. 245: “Quel che invece la dottrina degli accertamenti incidentali ha messo in luce, è che vi sono dei casi in cui il convenuto, con la sua contestazione, oppone al fatto costitutivo invocato dall’attore un fatto diverso, o una diversa situazione giuridica, che è indipendente dal primo, ma ne costituisce tuttavia il pressuposto, in quanto la sua sussistenza esclude le conseguenze giuridiche invocate dall’attore. Il caso più tipico è quello del convenuto per il pagamento di un debito ereditario che contesti la qualità di erede”. O jurista prossegue indicando ainda outro exemplo da relação entre questões que integram relações jurídicas diferentes: “Altro caso ancora, quello in cui dal convenuto per prestazione alimentare, si impugni lo *status* dell’attore”. E complementa, denominando o nexo entre as questões de prejudicialidade técnica: “La dottrina, come si è visto, ha avuto presenti queste fattispecie, che ha senz’altro ricondotto alle questioni pregiudiziali, e, in realtà, esse le sono, di una pregiudizialità anzi che si potrebbe chiamare tecnica, in contraposto alla pregiudizialità logica degli altri esempi da essa adottati”. A crítica de SATTA ao próprio instituto da declaração incidental, que teria como premissa, a ideia de que as exceções não integram o objeto litigioso do processo, encontra eco em Giovanni VERDE, *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità* (1987), p. 179, para quem a conversão da questão prévia em demanda incidental, retira do juiz, originariamente competente para a apreciação do pedido, a competência para apreciação da questão prejudicial. Diante disso, o processualista apoia a diminuição da possibilidade de se transformar questões prévias em causas incidentais, o que pode ser feito mediante análise rígida do interesse processual, da legitimidade, da forma e dos termos em que o pedido foi apresentado. Esse posicionamento restritivo tem como premissa a limitação da vontade da outra parte, que poderiam preferir a permanência da questão prévia como tema a ser apreciado incidentalmente, além da já mencionada perda de competência do juiz que originariamente poderia julgar a demanda.

⁴⁰⁵ MENCHINI, Sergio. Op. cit., p. 56: “(...) le questioni pregiudiziali in senso tecnico, sono disciplinate dall’art. 34 c.p.c.; esse hanno ad oggetto una situazione giuridica indipendente dal fatto costitutivo del diritto dedotto in giudizio, la quale ne rappresenta però il pressuposto, escludendo la sua sussistenza oppure insussistenza la conseguenza giurica invocata dall’attore”. E prossegue o jurista (p. 56/57): “Si ha perciò pregiudizialità tecnica, ogni volta che la cognizione del giudice sia estesa, a seguito delle contestazioni e delle deduzioni del convenuto, all’esame di situazioni soggettive diverse rispetto al rapporto giuridico, dal quale trova origine, in via diretta, la pretesa attrice”. Andrea Proto PISANI, *Lezioni ...* Op. cit., p. 65/66, assinala que na prejudicialidade em sentido

demandado não tem origem na mesma relação da qual decorre o fato constitutivo⁴⁰⁶. Como destaca Giovanni BONATO, o nexó entre a filiação e os alimentos é exemplo de prejudicialidade técnica⁴⁰⁷.

Por sua vez, as questões prejudiciais em sentido lógico nascem da própria relação jurídica da qual se origina o fato constitutivo alegado pelo autor. Caracteriza-se, na lição de MENCHINI, vínculo entre a relação e um dos efeitos que dela se originam⁴⁰⁸. Aponta-se, como exemplo, a validade do contrato em relação à existência de prestação dele decorrente⁴⁰⁹.

Ao analisar a diferença entre as duas espécies de prejudicialidade, BONATO destaca que dois direitos se relacionam na *técnica*, ao passo que na *lógica* o tema prejudicial consiste em relação fundamental complexa, da qual deriva a pretensão exercida em juízo⁴¹⁰. A classificação foi elaborada em atenção ao art. 34, do *Codice di Procedura Civile*⁴¹¹. Há intensa discussão na doutrina italiana sobre a extensão da coisa julgada às diferentes modalidades de questão prejudicial e a respeito de sua submissão ao dispositivo legal referido⁴¹².

técnico há “due diversi diritti in relazione di connessione per pregiudizialità”, citando, dentre outros exemplos, a qualidade de herdeiro em relação ao débito ou crédito do *de cuius*.

⁴⁰⁶ MENCHINI, Sergio. Op. cit. p., 57: “In particolare, mentre nella pregiudizialità *tecnica* vengono in considerazione più rapporti giuridici eterogenei, giacché l’effetto che rappresenta un elemento della fattispecie del diritto controverso trova origine da un rapporto distinto rispetto a quello costitutivo di questo (esempi: titolarità del diritto di proprietà dell’autoveicolo in capo al convenuto, nell’azione promossa dal danneggiato per il risarcimento dei danni subiti, ex art. 2054, 3° comma, c.c.; [...])”.

⁴⁰⁷ BONATO, Giovanni. *Algumas considerações sobre coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva* (2015), p. 130.

⁴⁰⁸ MENCHINI, Sergio. Op. cit., p. 56 e 58. Andrea Proto PISANI, *Lezioni...* Op. cit., p. 66, afirma que nas hipóteses de prejudicialidade em sentido lógico o pedido integra ou se baseia em relação jurídica mais ampla: “In tutte queste ipotesi il diritto fatto valere in giudizio come *petitum* è parte o si fonda su un rapporto giuridico più ampio”. Cita, dentre outros exemplos, a demanda referente aos juros e o direito ao capital e a ação referente ao aluguel e o contrato de locação. Há prejudicialidade lógica entre essas questões, porque os juros só serão reconhecidos se o autor tiver direito ao principal, do mesmo modo que só haverá condenação ao pagamento de aluguéis se for reconhecida a relação locatícia.

⁴⁰⁹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* Op. cit., p. 43.

⁴¹⁰ BONATO, Giovanni. *Algumas considerações...* Op. cit., p. 130.

⁴¹¹ Art. 34. Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest’ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui.

⁴¹² MENCHINI, Sergio. Op. cit., p. 57. A extensão da coisa julgada à relação jurídica fundamental, defendida por MENCHINI, é posição mais ampla que a defesa de sua incidência à decisão que resolve questão prejudicial da qual depende o exame do mérito, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro (CPC, art. 503, §1º, inc. I). A coisa julgada sobre questão, no Brasil, pressupõe debate prévio e efetivo, algo que não necessariamente ocorre no tocante à relação jurídica fundamental na abordagem de MENCHINI. Bruno Vasconcelos Carrilho LOPES, *Limites objetivos...* Op. cit., p. 81, ao analisar o projeto legislativo que deu origem ao CPC/2015, afirmou que a teoria de MENCHINI com ele não se compatibiliza, pois viola o *due process of law*, à medida que admite a extensão da *res judicata* para além das questões prejudiciais necessárias ao julgamento do mérito. A conclusão é correta. Permitir que a coisa julgada atinja toda a relação jurídica fundamental, pressupõe que sejam decididos e estabilizados temas sobre os quais não houve debate, o que viola o contraditório e nega os parâmetros fixados pelo CPC para que ocorra ampliação dos limites objetivos da coisa julgada.

Edoardo GARBAGNATI sustenta que a questão prejudicial a que se refere o art. 34, do *Codice di Procedura*, não diz respeito à matéria processual. Trata-se de questão que abrange relação jurídica cuja declaração leva à existência ou inexistência do direito invocado pelo demandante. O posicionamento de SATTA, ao excluir do alcance do artigo em comento as prejudiciais lógicas, é considerado arbitrário. Para GARBAGNATI, se não houver propositura de ação declaratória incidental, o juiz não apreciará a questão prévia com força de coisa julgada. A análise, nesse caso, ocorre apenas para que seja apreciada a questão prejudicada. A negativa do réu constitui exceção no sentido impróprio e não amplia o objeto litigioso do processo⁴¹³.

Manifestou-se Andrea Proto PISANI no sentido de que a relação prejudicial é resolvida com autoridade de coisa julgada apenas quando se transformar de ponto em questão e houver pedido de declaração de uma das partes ou imposição da lei, na forma do art. 34 do CPC italiano, que impediria, portanto, a extensão da *res judicata* à questão prejudicial⁴¹⁴. Na mesma linha, Aldo ATTARDI sustenta que decorre do dispositivo legal a extensão da coisa julgada às prejudiciais, apenas se a parte interessada assim o requerer, deflagrando ação declaratória incidental, ou se essa consequência resultar de lei. O ponto prejudicial não será coberto pela autoridade da coisa julgada, surtindo efeitos somente no processo em que sobre ele se decidiu⁴¹⁵.

Segundo ATTARDI, o art. 34 do CPC italiano assinala que as questões prejudiciais são decididas, em regra, *incidenter tantum*. Essa circunstância pode ensejar contradição lógica entre os julgados, com a qual o ordenamento jurídico convive, repelindo apenas as contradições práticas⁴¹⁶. Assim, na demanda de alimentos ajuizada pelo suposto filho contra os alegados pais, se não for questionada a filiação, eventual condenação dos réus ao pagamento não é suficiente para que haja declaração, coberta pela coisa julgada, sobre a paternidade. Desse modo, se o condenado vier a falecer, a filiação poderá ser impugnada no processo de inventário pela alegada mãe, que também foi ré na demanda anterior. Com a recusa ao demandante da condição de herdeiro, em razão da inexistência do estado de filiação, haverá no ordenamento jurídico duas decisões logicamente incompatíveis: a primeira, concede alimentos ao autor, com fundamento na sua filiação; a segunda, nega-lhe a condição de herdeiro, ao argumento de que

⁴¹³ GARBAGNATI, Edoardo. *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali* (1976), p. 258 e ss. O processualista afirma que o posicionamento de SATTA é arbitrário, conduzindo ao esvaziamento do art. 34 do CPC italiano, ou à negação de que a filiação integre a *fattispecie* do direito aos alimentos.

⁴¹⁴ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni...* Op. cit., p. 65.

⁴¹⁵ ATTARDI, Aldo. *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata* (1990), p. 482.

⁴¹⁶ Idem, p. 483/484 e 487.

ele não é filho do *de cuius*. Caracterizar-se-ia contradição prática apenas se a segunda decisão revogasse a condenação aos alimentos⁴¹⁷.

O posicionamento adotado por SATTA e MENCHINI, sobre a restrição de incidência do art. 34 do *Codice di Procedura Civile*, às hipóteses de prejudicialidade técnica, é diretamente criticado por ATTARDI, com a afirmação de que o texto legal também se aplica às hipóteses de prejudicialidade lógica. Para se caracterizar como prejudicial, nos termos do referido dispositivo, basta que a questão seja autônoma, possibilitando decisão específica sobre a qual a coisa julgada incidirá⁴¹⁸.

A análise de ATTARDI recusa utilidade à distinção entre prejudicialidade lógica e técnica, à medida que ambas estariam compreendidas no art. 34 do CPC, de modo que mesmo quando as questões se conectam por força da mesma relação jurídica, a omissão do autor em promover demanda declaratória incidental inviabiliza a extensão da coisa julgada à questão prejudicial.

Outra crítica incisiva às conclusões de SATTA e MENCHINI foi formulada por Stefano RECCHIONI. As questões prejudiciais técnicas, para este autor, são aquelas que não fazem parte do fato constitutivo invocado pelo autor. Como visto, para SATTA apenas as questões prejudiciais técnicas se submeteriam ao art. 34 do *Codice*. Esse posicionamento, contudo, reduz a aplicação do artigo e se baseia, segundo RECCHIONI, em incorreta concepção sobre o papel das exceções, as quais não ampliariam o papel do *iudicium*⁴¹⁹.

Ademais, para RECCHIONI, conceberia SATTA a mera negação do fato constitutivo – “mera contestazione” ou, tecnicamente, exceção substancial direta – como uma das modalidades de exceção, sendo que em todos os casos em que o réu se defendesse, haveria ampliação do objeto litigioso. Sendo assim, RECCHIONI questiona a razão pela qual apenas as exceções que se traduzem em prejudicialidade técnica estariam submetidas ao art. 34 do CPC⁴²⁰. Ainda conforme RECCHIONI, a abordagem de MENCHINI estreitaria a tal ponto o vínculo entre a relação jurídica fundamental e os efeitos que dela decorrem, que o julgamento destes acarretaria também o daquela⁴²¹.

⁴¹⁷ ATTARDI, Aldo. Op. cit., p. 483/484. O exemplo foi formulado pelo processualista para ilustrar a inexistência de coisa julgada em relação ao ponto prejudicial. Como a paternidade não foi impugnada na ação de alimentos, tem-se ponto prejudicial. Para ATTARDI, a solução não seria diferente se se consolidasse questão, caracterizada com a impugnação dos réus sobre a filiação. Em nenhum dos casos a decisão sobre a paternidade seria atingida pela autoridade da coisa julgada.

⁴¹⁸ Idem, p. 489 e ss.

⁴¹⁹ RECCHIONI, Stefano. Op. cit., p. 177/178.

⁴²⁰ Idem, p. 179/180.

⁴²¹ Idem, p. 181.

Segundo RECCHIONI, o problema fundamental da teoria de MENCHINI é sua ideia de que a relação jurídica fundamental não teria “autônoma relevância processual”. Esse entendimento colidiria com a doutrina pacífica erigida sobre o tema, de acordo com a qual a questão prejudicial autônoma pode ser objeto de ação declaratória incidental⁴²².

BONATO defende a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada apenas para as questões envolvendo prejudicialidade lógica. Acrescenta que essa posição atende ao conteúdo restritivo do art. 34, do *Codice di Procedura*, além de evitar discrepância de julgamento sobre posição jurídica indissolúvel⁴²³. A aplicação do dispositivo legal apenas às prejudiciais técnicas, permite que as lógicas sejam atingidas pela *res judicata*. Essa possibilidade não fica excluída em relação à questão prejudicial técnica. Nesse caso, contudo, é necessário que o interessado promova ação declaratória incidental, na forma preconizada pelo *Codice*.

Setores da doutrina defendem a estabilização de prejudiciais de forma mais ampla, sem fazer ressalvas a respeito da natureza lógica ou técnica. Assim, Giovanni PUGLIESE coteja o art. 34, do CPC italiano, com o *Restatement of the Law of Judgements*, do direito estadunidense, sustentando, a partir da comparação, que as questões prejudiciais podem ser cobertas pela coisa julgada quando o juiz for competente, as partes forem legítimas e tiver ocorrido debate sobre a questão. Para o autor, a cobertura das questões prejudiciais pela coisa julgada não depende de lei específica ou pedido de declaração incidental. Basta que sejam atendidos os critérios da competência, legitimidade das partes e debate prévio do qual se origina decisão⁴²⁴.

Michele TARUFFO afirma que a concepção tradicional sobre o art. 34 do CPC, de acordo com a qual as questões prejudiciais, sem o pedido da parte ou a determinação da lei, são julgadas apenas *incidenter tantum*, incorre em petição de princípio, pois justifica a inexistência de *res judicata*, com o argumento de que as questões integram apenas o plano lógico da decisão, sendo justamente esse o ponto que precisa ser demonstrado para corroborar a tese de que referidas questões não fazem coisa julgada⁴²⁵.

De acordo com TARUFFO, o art. 34 do CPC disciplina a competência na apreciação da prejudicial, de modo que, inexistindo pedido ou imposição legal, o juízo incompetente decide a questão apenas *incidenter tantum*. Por outro lado, se houver pedido de uma das partes, ou se a lei impuser decisão a respeito da prejudicial, o juízo incompetente deve então remetê-la ao

⁴²² RECCHIONI, Stefano. Op. cit., p. 185: “In realtà, è pacifico l’esatto contrario, poiché non può ragionevolmente dubitarsi della autonomia, per lo meno ai fini processuali, del rapporto fondamentale: pacifico ed indiscusso è, infatti, il principio della idoneità di tale situazione giuridica a formare oggetto di azioni di mero accertamento”.

⁴²³ BONATO, Giovanni. *Algumas considerações...* Op. cit., p. 130/131.

⁴²⁴ PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato civile (dir. vig)*, Op. cit., p. 868. Este entendimento foi criticado por BONATO, *Algumas considerações...* Op. cit., p. 130.

⁴²⁵ TARUFFO, Michele. ‘*Collateral estoppel*’ e *giudicato sulle questione*, parte II (1972), p. 283/284.

juízo superior, competente para o julgamento⁴²⁶. Pode-se concluir, *a contrario sensu*, que se o juiz tiver competência para apreciar a questão prejudicial, o provimento que a decidir também integrará os limites objetivos da *res judicata*, mesmo que não haja pedido da parte mediante demanda declaratória incidental.

Retomando a hipótese há pouco formulada, vê-se que a aplicação do entendimento de TARUFFO leva à estabilização da decisão que reconhecer a filiação do autor na demanda em que litiga sobre alimentos. Em razão da eficácia positiva da coisa julgada, o reconhecimento jurisdicional quanto à paternidade não pode ser discutido no processo de inventário. Essa construção autoriza a imutabilidade do *decisum* de resolução das questões prejudiciais sem que seja necessário distinguir entre a natureza lógica ou técnica da prejudicialidade.

É digno de nota que o grande acolhimento doutrinário da classificação das questões prejudiciais em técnicas e lógicas, levou parte da doutrina italiana a sustentar sua aplicação também ao laudo arbitral, de modo que a declaração atingiria também a relação jurídica fundamental, à semelhança do que acontece na justiça estatal. BONATO combate a ideia, sob o correto argumento de que a natureza voluntária da arbitragem impede que se possa estender efeito jurídico do laudo à relação complexa⁴²⁷.

Essa breve análise do debate doutrinário italiano, em torno do art. 34 do *Codice di Procedura Civile*, tem como objetivo obter elementos teóricos que permitam o exame da ampliação de limites objetivos da coisa julgada autorizada pelo art. 503, do CPC. Desse modo, assentados os conceitos de prejudicialidade lógica e técnica, pretende-se verificar, adiante, como ocorre a extensão da *res judicata* às questões prejudiciais no direito positivo brasileiro.

4.2. Limites objetivos da coisa julgada no Brasil: o estado d'arte antes do CPC/2015

Em estudos processuais se encontra com bastante frequência abordagens pretensamente históricas que não passam de indicação, superficial e desnecessária, do que se poderia denominar evolução legislativa. Embora em alguns textos haja informação histórica relevante, crê-se que essas abordagens são metodologicamente inadequadas. A tal ponto a visão de mundo e os valores que permeiam a sociedade contemporânea se distanciam da Roma antiga,

⁴²⁶ TARUFFO, Michele. *Idem*, p. 286, nota de rodapé 186.

⁴²⁷ BONATO, Giovanni. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale* (2012), p. 290 e ss. O autor acrescenta que esse problema sequer pode ser colocado em discussão caso se adote como premissa a restrição dos limites objetivos da coisa julgada ao pedido, sem incluir a relação jurídica fundamental.

do medievo europeu ou do Brasil colonial das Ordenações do Reino, que as tentativas de transplantar lições desses períodos para a atualidade estão condenadas ao fracasso.

É intuitivo que as noções romanas, medievais ou coloniais de Estado, Direito, lei, jurisprudência e, conseqüentemente, da função jurisdicional e do processo civil, diferem radicalmente das que hoje prevalecem. Inexiste linha de continuidade entre os institutos romanos, medievais ou coloniais e aqueles que constituem o arcabouço teórico e jurídico-positivo atual. Assim, para ilustrar o ponto, as aproximações entre a *res judicata* dos romanos e a coisa julgada do Brasil de 2016 devem levar em conta os diferentes contextos, de modo que as conclusões que eventualmente resultem do cotejo estarão rigidamente delimitadas. Nesse sentido, por seu curto alcance, terão escassa aplicação prática.

Essas considerações têm como propósito esclarecer que com a abordagem dos limites objetivos da coisa julgada, nos códigos de 1939 e de 1973, não se pretende realizar um estudo histórico. O exame da doutrina construída à luz desses diplomas, tem o escopo de identificar similaridades entre a ampliação de limites objetivos no código vigente e a decisão de “questões que constituam premissa necessária da conclusão”, conforme redação do art. 287, par. ún., do CPC/1939. Por outro lado, a abordagem do tema à luz do Código Buzaid, permite que se estabeleça contraponto entre o regime imediatamente anterior e o atual.

4.2.1. Coisa julgada e premissa da decisão: regime do CPC/1939

Nos termos do art. 287, *caput* e par. ún., do CPC/1939, a sentença que decidisse a lide, total ou parcialmente, teria força de lei nos limites das questões resolvidas, consideradas como tais as que constituíssem premissa necessária da conclusão⁴²⁸. Por sua vez, o art. 289 do mesmo diploma, assinalava que as questões já julgadas não seriam redecididas⁴²⁹. Esse arcabouço legislativo originou intenso debate sobre os limites objetivos da coisa julgada.

Barbosa MOREIRA analisava o tema estabelecendo a origem do art. 287, do CPC/1939, no art. 290 do Projeto CARNELUTTI. Este dispositivo previa que o julgamento da lide podia ser total ou parcial, razão pela qual, ao definir os limites objetivos da coisa julgada, fazia uso da expressão “*nei limiti della lite*”, em reconhecimento à possibilidade de que a coisa julgada atingisse apenas parcela da lide. Quando não houvesse apreciação integral, as questões

⁴²⁸ Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da decisão.

⁴²⁹ Art. 289. Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativamente à mesma lide, salvo: I – nos casos expressamente previstos em lei; II – quando o juiz tiver decidido, de acordo com a equidade, determinada relação entre as partes, e estas reclamarem a revisão por haver-se modificado o estado de fato.

não decididas seriam alheias ao julgamento, de modo que, sendo parcial a decisão, a coisa julgada cobriria apenas a questão decidida. Assim, a locução “*questione decisa*” não se referiria a eventual questão prejudicial, mas à que fora decidida em caráter principal. Apenas esta, no preceito projetado por CARNELUTTI, seria coberta pela *res judicata*⁴³⁰.

Ocorre, segundo Barbosa MOREIRA, que o CPC/1939 transplantou no art. 287, com modificação redacional inadequada, o art. 290 do Projeto, o que poderia levar à incorreta conclusão de que também as questões prejudiciais seriam alcançadas pela coisa julgada⁴³¹. Todavia, segundo Barbosa MOREIRA, o código vedava essa possibilidade no art. 4º⁴³². Este dispositivo, ao se utilizar da expressão “não se pronunciará”, determinaria que a decisão se limita ao pedido, de modo que apenas a questão principal seria julgada, sendo todas as demais apreciadas *incidenter tantum* e, desse modo, não atingidas pela coisa julgada⁴³³.

A restrição da coisa julgada à questão principal também foi defendida por Lopes da COSTA⁴³⁴. O jurista invocava o art. 4º, do CPC/1939, para demonstrar que a atuação jurisdicional ficava limitada ao pedido formulado pelo demandante. Além do argumento calcado no direito positivo, Lopes da COSTA afirmava que seria absurdo exigir da parte que previsse e comprovasse todas as questões prejudiciais que poderiam surgir no processo. À medida que o demandante teria de demonstrar também a inexistência de fatos impeditivos ou

⁴³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais...* Op. cit., p. 109. Nesse sentido, após examinar o art. 290 do Projeto Carnelutti, também se manifestou Luiz Machado GUIMARÃES, *Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo*, Op. cit., p. 21: “Ora, não apenas as questões prejudiciais, como todas as demais questões de fato e de direito sobre as quais se há de pronunciar o juiz, ao decidir, a final, o *meritum causae*, são antecedentes lógicos e, sob este aspecto, premissas necessárias da conclusão. Mas o *caput* do mesmo art. 287 só atribui força de lei à sentença *que decidir a lide*. Apenas a questão que é objeto do *decisum*, e não aquelas que constituam suas premissas, adquire a *auctoritas rei iudicatae*. Estas premissas são atingidas pelo *efeito preclusivo da coisa julgada*, mas não adquirem, elas próprias, autoridade de coisa julgada”.

⁴³¹ Idem, p. 110.

⁴³² Idem, p. 111. Eis a redação do art. 4º, do CPC/1939: “O juiz não se pronunciará sobre o que não constitua objeto do pedido”.

⁴³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais...* Op. cit., p. 112: “No âmbito, porém, da *res in iudicium deducta*, o art. 4º veda claramente a solução, com força de coisa julgada, de questões outras que não a principal, ‘objeto do pedido’. Assim se há de entender, com efeito, a expressão ‘não se pronunciará’, onde o verbo ‘pronunciar-se’, obviamente, não pode equivaler a ‘tomar conhecimento’, nem a ‘resolver’ (como chegaria o juiz à questão-fim sem passar pelas questões-meio?), mas a ‘decidir’ em sentido próprio, isto é, exercer o iudicium. A distinção que o art. 4º estabelece é precisamente esta: a questão principal, o juiz julga; quanto às outras, apenas condicionantes, por sua solução, da solução da principal, e pois exteriores ao ‘objeto do pedido’, ele tem a mera cognição, resolve-as *incidenter tantum*, sem o selo da *res iudicata*”. E o jurista complementa: “De acordo, então, com o princípio geral acima enunciado, há de negar-se a *auctoritas rei iudicatae* aos pronunciamentos acaso emitidos sobre questões, ainda de direito substantivo, que se tenham apreciado como prejudiciais da solução de outras, relativas ao processo”.

⁴³⁴ COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Manual elementar...* Op. cit., p. 197: “A coisa julgada somente pode ter como objeto o pedido. É a decisão sobre o pedido (decisão principal) que pode adquirir aquela qualidade. Não as decisões que incidentemente o juiz tem que dar para chegar à principal”.

extintivos, seria rompida a regra de distribuição do ônus da prova. Além disso, poderiam ser violados os princípios de fixação de competência⁴³⁵.

Na mesma linha, MESQUITA sustentava que o desconhecimento sobre as ideias de CARNELUTTI, aliado à má redação do art. 287, do CPC/1939, levou a doutrina brasileira a defender que a coisa julgada cobriria as questões necessárias para a emissão do comando sentencial. Todavia, considerando que a coisa julgada é a imutabilidade que recai sobre os efeitos da sentença, o próprio conceito, segundo MESQUITA, repeliria a extensão da coisa julgada à motivação. No mesmo estudo o processualista se referia à imutabilidade da motivação, reconhecendo-lhe, todavia, diversa natureza e caráter instrumental, voltada à estabilização do dispositivo⁴³⁶.

Celso NEVES invocava a correlação entre pedido e sentença para defender a restrição da coisa julgada ao capítulo dispositivo, de modo que as questões prejudiciais, resolvidas em caráter incidente, não seriam atingidas pela coisa julgada, conforme dispunha o art. 287, par. ún., do CPC/1939⁴³⁷. Esse entendimento contou com a prestigiosa adesão de LIEBMAN, para quem o objeto litigioso do processo era delimitado pelo pedido. Desse modo, como a sentença consistia na resposta ao pedido e a coisa julgada deve cobrir o objeto litigioso, apenas o capítulo dispositivo seria atingido pela *res judicata*⁴³⁸.

Contra esse posicionamento, escrevendo já na vigência do CPC/1973, manifestou-se Thereza ALVIM. Para a jurista, ao se referir às “questões decididas”, o CPC/1939 teria sido claro no tocante à extensão da coisa julgada às questões abrangidas pelo processo⁴³⁹. A palavra “decididas”, empregada no art. 287, remeteria à coisa julgada material, tendo sido igualmente empregada no capítulo referente à eficácia da sentença. Ademais, o art. 288, do CPC/1939, indicava os elementos que não seriam atingidos pela coisa julgada. Ao argumento de que o objeto do processo era delimitado pelo pedido, Thereza ALVIM respondia que o demandante,

⁴³⁵ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual ...* Op. cit., p. 432/433. O autor elaborou exemplo segundo o qual, tendo sido postulado o pagamento de determinada prestação locatícia, apenas sobre este comando recairia a coisa julgada, podendo o magistrado, em outro processo, decidir pela nulidade do contrato.

⁴³⁶ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença* (1963), p. 140 e ss.

⁴³⁷ NEVES, Celso. Op. cit., p. 494. Nessa passagem o processualista indica que Luiz Eulálio de Bueno VIDIGAL compartilhava a convicção quanto à restrição da coisa julgada ao dispositivo.

⁴³⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Limites objetivos da coisa julgada* (1947), p. 168: “E, para identificar-se o objeto, no sentido técnico, do processo e, em consequência da coisa julgada, é necessário que se lembre que a sentença nada mais é do que a resposta dada pelo juiz ao pedido formulado pelos litigantes e que, assim (afastada a possibilidade excepcional de julgamento ‘ultra petita’), uma e outra têm os mesmos limites, constituindo por isso os pedidos o mais seguro critério para se fixar os limites da coisa julgada. Em conclusão, é exata a afirmativa de que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença”.

⁴³⁹ ALVIM, Thereza. Op. cit., p. 61/62.

embora apresentasse seu pedido, não podia evitar que o juiz decidisse as questões imprescindíveis à conclusão, as quais também seriam cobertas pela *res judicata*⁴⁴⁰.

Para que a *res judicata* pudesse recobrir as questões necessárias ao julgamento do processo, impunha-se a competência do juízo⁴⁴¹. É digno de nota que na opinião de Thereza ALVIM, o art. 287, do CPC/1939, permitiria que fossem atingidas pela coisa julgada quaisquer questões prévias necessárias ao julgamento do processo, bem como pontos prejudiciais, embora o dispositivo se referisse expressamente apenas às questões⁴⁴².

A interpretação ampliativa foi defendida por Pontes de MIRANDA, para quem o código brasileiro não consagrava, em relação à matéria, a amplitude encontrada na legislação portuguesa, em que a coisa julgada abrangia não apenas as premissas do que fora decidido, mas também a conclusão. Desse modo, a decisão condenatória ao pagamento de aluguéis, abrangeria a validade do contrato. Decisão que outorgasse herança, reconheceria a filiação. Por outro lado, o código brasileiro, diferentemente do ordenamento português, não consentia que do reconhecimento da paternidade, fosse extraído o direito à herança⁴⁴³.

Em texto contemporâneo ao CPC/1939, BUZAID também se manifestou favoravelmente à extensão da coisa julgada às questões que constituíssem antecedente em relação à que fora decidida. Ocorreria, nesses casos, julgamento implícito, de modo que o provimento jurisdicional referente à rescisão do contrato, declarar-lhe-ia também a validade⁴⁴⁴. É curioso que essa ideia fosse defendida por BUZAID, jurista que ao elaborar posteriormente o anteprojeto do CPC/1973, limitou a coisa julgada ao capítulo dispositivo da sentença.

⁴⁴⁰ ALVIM, Thereza. Op. cit. p., 77/78. Transcreve-se o trecho em que a jurista assinalou que o princípio dispositivo, de que é corolário a correlação da atividade jurisdicional com o pedido, não seria suficiente para afastar a conclusão de que a coisa julgada cobriria também as questões necessárias ao julgamento do processo: “Assim, o autor, pelo princípio dispositivo, é que iniciava o processo, mas, por força da limitação legal ao princípio não poderia ele impedir que o juiz decidisse a respeito das questões as quais necessitaria conhecer para concluir, e decidir, em conformidade com o próprio estatuto processual civil, ou seja, com força de coisa julgada material”.

⁴⁴¹ Idem, p. 81.

⁴⁴² Idem, p. 83: “Portanto, ante o texto do parágrafo único do art. 287, entendemos que todas as premissas necessárias à conclusão da sentença faziam coisa julgada material. Não poderiam mais ser discutidas em outro processo autonomamente ou como premissa de qualquer outra pretensão mesmo que não visasse o ‘ataque’ ao objeto litigioso do primeiro processo. Recordemos o que já foi dito, ou seja, as premissas necessárias à conclusão da sentença podem constituir-se de pontos ou questões prejudiciais de mérito, de preliminares de mérito e de questões outras, se existentes, que sejam necessárias à conclusão da sentença”. Esse posicionamento é reiterado na página 93 da mesma obra.

⁴⁴³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários...* Op. cit., v. IV, p. 100/101. A opinião do jurista sobre o tema é sintetizada na seguinte passagem, extraída da página 100: “As premissas ou motivos necessários à conclusão têm-se por decididos. As consequências, ainda necessárias, não. O legislador brasileiro não anuiu em dar valor de coisa julgada ao julgamento implícito consequencial; só abriu portas aos motivos de que a parte dispositiva expressa seja consequência necessária. Só lhe importou a causação anterior, não a posterior”.

⁴⁴⁴ BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição...* Op. cit., p. 113: “A rigor são implicitamente resolvidas todas as questões, cuja solução é logicamente necessária para chegar à solução expressa na decisão; se, por exemplo, o juiz se pronuncia sobre a rescisão de um contrato, implicitamente lhe afirma a validade”.

Analisado o debate, conclui-se que estava correta a corrente que defendia, à luz do CPC/1939, a ampliação do limite objetivo da coisa julgada às questões prévias imprescindíveis para o julgamento do processo. A essa conclusão levava o art. 287, *caput* e par. ún., daquela codificação. É certo que a decisão se correlaciona com o pedido. Todavia, o pleito do demandante também submete à apreciação do juiz as questões prejudiciais, cujas decisões eram cobertas pela coisa julgada em conformidade com o que dispunha o dispositivo em análise, a se referir às “questões decididas”.

4.2.2. Coisa julgada e restrição ao dispositivo: regime do CPC/1973.

Com o advento do Código Buzaid a polêmica em torno do tema desapareceu, pois o art. 469, inc. III, assentava expressamente que a *res judicata* não atingiria as questões prejudiciais. Além disso, o art. 470 assinalava que somente o requerimento da parte, deflagrado mediante ação declaratória incidental, na forma dos arts. 5º e 325, permitiria que a questão prejudicial, desse modo resolvida, fosse coberta pela coisa julgada. Diante desse inequívoco arcabouço legislativo, a doutrina passou a defender em uníssono a restrição da *res judicata* ao capítulo dispositivo da sentença⁴⁴⁵.

4.3. Coisa julgada e questões prejudiciais: regime do CPC/2015

No art. 503, *caput*, o CPC disciplina os limites objetivos da coisa julgada. O dispositivo legal define a amplitude da estabilização do provimento jurisdicional. Já foi visto que além do

⁴⁴⁵ ALVIM, Arruda. *Ação declaratória incidental* (1980), p. 751. No mesmo sentido, Egas Dirceu Moniz de ARAGÃO, *Sentença e coisa julgada*, Op. cit., p. 247: “Objetivamente, portanto, a coisa julgada é delimitada pelo ‘julgamento’, consubstanciado no dispositivo da sentença, que externa a regra exarada pelo juiz para o caso concreto que lhe foi submetido”. A restrição da coisa julgada ao dispositivo foi indicada em termos peremptórios por José Carlos Barbosa MOREIRA, *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil* (1974), p. 91: “O novo estatuto processual civil, muito louvavelmente, tomou posição nítida e categórica na matéria”. E acrescentou: “Já o problema dos limites objetivos da *res iudicata* foi enfrentado alhures, em termos peremptórios, enfáticos e até redundantes, talvez inspirados na preocupação de preexcluir quaisquer mal-entendidos”. Ovídio Baptista da SILVA. *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*, p. 117, sustentava, nesse ponto contrariamente a Barbosa MOREIRA, que a eficácia preclusiva da coisa julgada não estava disciplinada no art. 287, par. ún., CPC/1939. Este dispositivo, portanto, teria sido substituído pelo art. 469 e seus incisos. Fica claro, portanto, que para Ovídio Baptista a coisa julgada, no CPC/1973, limitava-se ao dispositivo da sentença. Hermenegildo de Souza REGO, *Os motivos da sentença e a coisa julgada* (1984), p. 35, afirmava que o Código Buzaid adotara a concepção restritiva pura da coisa julgada, de modo que a autoridade ficava restrita ao pedido. A jurisprudência acolheu pacificamente este posicionamento: “[...] A qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade própria das decisões transitadas em julgado somente se agrega à parte dispositiva do decism. Não fazem coisa julgada os motivos e os fundamentos da decisão judicial” (STJ, AgRg no REsp 1058585/RN, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, DJe 30/03/2015).

elemento imperativo, as decisões judiciais apresentam conteúdo lógico, no qual estão aglutinadas as razões conducentes ao *decisum*⁴⁴⁶. Assim, quando se investiga os limites objetivos, pretende-se, em última análise, verificar se a *res judicata* pode cobrir o elemento lógico do provimento jurisdicional e em que limite isso acontece.

O assunto é complexo e a ele a doutrina tem dedicado inexauríveis esforços. Na clássica abordagem de Friedrich von SAVIGNY, que veio a lume no século XIX, os motivos da sentença são classificados em subjetivos e objetivos. Os primeiros são as razões que formam o convencimento pessoal do juiz e o levam a decidir de determinada maneira sobre o direito submetido à apreciação jurisdicional. Os motivos objetivos, por sua vez, dizem respeito aos elementos constitutivos da relação jurídica e ficariam cobertos pela coisa julgada⁴⁴⁷. No Brasil, também no século XIX, Francisco de Paula BATISTA empregou a nomenclatura *motivos objetivos*, mas sustentou que a coisa julgada se restringia ao dispositivo das decisões⁴⁴⁸.

Essa pequena notícia histórica demonstra a divergência de opiniões sobre o tema, cuja solução exige a análise do direito positivo. A breve análise dos códigos processuais de 1939 e 1973, comprova a oscilação do legislador no tratamento da matéria. Se o Código Buzaid teve o

⁴⁴⁶ MENESTRINA, Francesco. Op. cit., p. 31. Identicamente, Egas Moniz de ARAGÃO, *Sentença e coisa julgada*, Op. cit., p. 247, afirma que a fundamentação corresponde ao elemento lógico, ao passo que a aplicação do Direito é o elemento de vontade. Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições...* Op. cit., v. III, p. 686, faz referência à “formação lógica” da sentença, apontando o dispositivo (p. 693) como o “preceito concreto e imperativo”. Mais recentemente, Clarisse Frechiani Lara LEITE, Op. cit., p. 124, aludiu aos “eixos imperativo e lógico do processo”. Alfredo ROCCO, *La sentenza civile* (1906), p. 28 e ss., reconhecia que a sentença encerrava um juízo lógico, que consistia no seu “elemento essencial e característico”. Para ROCCO, a vontade estatal, afirmada abstratamente nas leis, era concretizada pelo juiz, que não acrescentava sua própria vontade ao ato decisório. Essa concepção não nega propriamente que a sentença contenha elemento imperativo, mas extrai o ato de império do direito legislado. À base desse entendimento, repousa a ideia de MONTESQUIEU, hoje superada, segundo a qual o juiz seria apenas a boca da lei somente. Vide Charles Louis Secondat MONTESQUIEU. *O Espírito das leis* (1748), p. 208: “Os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.

⁴⁴⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale*, v. II (1903), p. 405 e ss., afirma que a teoria de SAVIGNY, sobre a extensão da coisa julgada aos motivos da sentença, compreendidos como questões prejudiciais, assentava-se na ideia de *res judicata* como ficção da verdade. Egas Moniz de ARAGÃO, *Sentença e coisa julgada*, Op. cit., p. 248/249, Thereza ALVIM, Op. cit., p. 44/45, Adroaldo Furtado FABRICIO, *Ação declaratória...* Op. cit., p. 54 e ss. e José Ignacio Botelho de MESQUITA, *A autoridade...* Op. cit., p. 133 e ss., analisam a teoria savignyana. José Carlos Barbosa MOREIRA, *Questões prejudiciais...* Op. cit., p. 88, resumindo o tema, afirmou que ao conceituar a coisa julgada como ficção, SAVIGNY prestigiava mais o elemento lógico, que o comando imperativo da sentença, acrescentando que essa concepção fora ultrapassada pela ideia de que o juiz “deve atuar concretamente a vontade da lei”.

⁴⁴⁸ BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil* (1857), p. 207: “A autoridade da *coisa julgada* é restrita à parte *dispositiva* do julgamento e aos pontos aí decididos, e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos *objetivos*, e não abrange o que é simplesmente indicado em forma de enunciação”. Giuseppe CHIOVENDA, *Instituições...* Op. cit., v. I, p. 567/568, confirma, em obra clássica do século XX, a superação da ideia de extensão da coisa julgada aos motivos da sentença. Diferenciando o conflito prático de julgamento, do meramente lógico, o jurista afirma que ao direito repugna somente o primeiro. Por esse motivo, sendo aceitável a discrepância na motivação, não era necessário que a coisa julgada atingisse os fundamentos, neles compreendidas as questões prejudiciais. No mesmo sentido, Ronaldo Cunha CAMPOS, *Limites objetivos da coisa julgada* (1988), p. 87/88, para quem os motivos não compõem a cadeia fática de onde se origina a lide, de modo que é desnecessária a extensão da coisa julgada.

objetivo de se manifestar de modo categórico sobre o tema, excluindo do alcance da coisa julgada as questões prejudiciais que não fossem objeto das ações declaratórias incidentais, o diploma vigente seguiu caminho oposto.

Com efeito, o art. 503, §1º, incs. I a III, e §2º, do CPC, aponta inequivocamente para a possibilidade de que as questões prejudiciais sejam cobertas pela coisa julgada, ficando a parte dispensada de promover ação declaratória incidental para essa finalidade. Ficam excluídos, contudo, da extensão da *res judicata*, os motivos e os fatos (CPC, art. 504, incs. I e II). O critério distintivo entre questões prejudiciais e motivos é, como já visto, a autonomia das primeiras. Somente uma questão prejudicial pode ser objeto de demanda própria. Não se concebe, por exemplo, que o autor promova ação para reconhecer a embriaguez do motorista que com ele colidiu ou para que o juiz indique as razões de seu convencimento. Há, quanto ao ponto, nítida diferença em relação ao *collateral estoppel* anglo-saxão, que atinge matéria fática (vide item 4.3.13). Lastima-se que essa tenha sido a opção do legislador, mas não há dúvida de que ao tratar da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, excluiu os fatos prejudiciais, restringindo-se às questões. Essa circunstância, como assinala a doutrina, pode ser suavizada com o instituto da prova emprestada, viabilizando o reconhecimento, em outro processo, do que fora certificado sobre a matéria fática em litígio anterior⁴⁴⁹.

O art. 503, *caput*, faz referência à “decisão que julgar total ou parcialmente o mérito”. Há substanciais modificações em relação aos arts. 287, *caput*, do CPC/1939⁴⁵⁰ e 468, do CPC/1973⁴⁵¹. Primeiramente, ao contrário do que constava nos dispositivos anteriores, o artigo vigente faz referência à decisão, assinalando que também podem ser atingidos pela coisa julgada os provimentos interlocutórios de mérito, conforme resulta dos arts. 354 a 356, todos do CPC. Em segundo lugar, há uma saudável referência ao mérito da causa, não mais à “lide”. Embora esse vocábulo tenha sido indicado no art. 505, *caput*, sua exclusão do art. 503 é um passo significativo em direção ao reconhecimento de que a “lide” expressa o conflito sociológico entre as partes, mais abrangente que o processo e, nessa medida, irrelevante. Já se teve, neste trabalho, ocasião de sublinhar a superioridade do conceito de objeto litigioso. O processo não se preocupa com a parcela do conflito que nele não tenha sido inserida, razão pela qual é correta a alusão ao mérito, sinônimo de objeto litigioso, no lugar de “lide”.

⁴⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro* (2014), p. 8.

⁴⁵⁰ Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas.

⁴⁵¹ Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

A locução “julgar total ou parcialmente o mérito” indica a possibilidade de que parcela do objeto litigioso não seja apreciada em decorrência do descumprimento de algum dos pressupostos para o exame de mérito⁴⁵². É o que ocorre, por exemplo, se em relação a um dos pedidos faltar ao autor legitimidade *ad causam* ou interesse processual. O mérito não será apreciado na sua integralidade, mas a coisa julgada cobrirá a fração do *meritum causae* examinada. Ademais, a referência ao julgamento parcial do mérito reforça a ideia de que também as decisões interlocutórias proferidas à luz dos arts. 354 a 356, do CPC, serão estabilizadas pela *res judicata*.

O dispositivo emprega, ainda, vetusta e incorreta expressão, referindo à “força de lei” do *decisum* coberto pela coisa julgada. Já Pontes de MIRANDA criticava a locução, afirmando que, contrariamente à lei, a *res judicata* tem de ser provada em caso de dúvida e as partes podem transacionar sobre seus efeitos⁴⁵³. Mas a expressão padece de um equívoco ainda superior: a Constituição erige a coisa julgada como direito fundamental (CF, art. 5º, inc. XXXVI), assentando que a lei não poderá revogá-la. A previsão constitucional torna sem sentido a referência à “força de lei”, expressão que lamentavelmente foi mantida pelo legislador.

Para que a coisa julgada possa cobrir o provimento jurisdicional, é necessário que tenha sido analisado o objeto litigioso e que tenha ocorrido o trânsito em julgado, como resulta da aplicação conjugada dos arts. 502 e 503, ambos do CPC. Em outras palavras, somente a decisão que enfrentar o mérito e transitar em julgado será imutabilizada pela autoridade da *res judicata*.

4.3.1. Questões prejudiciais de mérito decididas expressa e incidentemente

A grande novidade trazida pelo código no tocante aos limites objetivos da coisa julgada, consiste na possibilidade de que além dos pedidos apresentados na inicial e na reconvenção, também as questões prejudiciais sejam atingidas pela *res judicata*, sem que haja necessidade de propositura de demanda declaratória incidental. Para tanto, o primeiro dos

⁴⁵² DINAMARCO, Cândido. *Capítulos de sentença*, Op. cit., p. 38 e ss. menciona a existência de duas pretensões. Uma delas, relaciona-se com a admissibilidade do exame do mérito. A outra, diz respeito ao próprio bem da vida. Essas pretensões refletem, respectivamente, as noções de pedido direto e indireto. A classificação é útil para demonstrar que pode não ser admissível o exame do mérito. Ver, ainda, Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições...* Op. cit., v. II, p. 620, na qual é utilizada a expressão “Pressupostos de admissibilidade do provimento jurisdicional”. Na mesma linha, assinalando a existência de duas pretensões, Clarisse Frechioni Lara LEITE, Op. cit., p. 135.

⁴⁵³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários...* Op. cit., v. IV, p. 96. O jurista acrescentava que a expressão tinha origem no Projeto Mortara, de 1926, no qual constava a locução “forza di legge”.

requisitos é a *decisão expressa* sobre questão de mérito. Isso significa que à luz do código vigente, a questão submetida à apreciação jurisdicional, mas não decidida, não fica coberta pela coisa julgada⁴⁵⁴. Embora as questões não apreciadas não sejam imutabilizadas, são atingidas pela eficácia preclusiva (CPC, art. 508), de modo que não podem ser invocadas em outro processo com o objetivo de modificar a decisão⁴⁵⁵.

O advérbio incidentalmente indica que as questões prejudiciais referentes ao mérito, julgadas *incidenter tantum*, são alcançadas pela *res judicata*. Isso significa que as decisões ocorrem no elemento lógico do provimento jurisdicional. É adequado que o juiz indique no dispositivo (CPC, art. 489, inc. III) as questões decididas expressa e incidentalmente. Contudo, eventual omissão não inviabiliza que a coisa julgada recaia sobre a questão expressamente decidida. O art. 489, inc. III, reforça esse entendimento ao assinalar que o juiz, no dispositivo, “resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”. Ora, “questões principais”, na dicção legal, são aquelas que resultam dos pedidos. As questões prejudiciais que podem ser atingidas pela coisa julgada, são justamente aquelas que não foram expressamente postuladas.

Suponha-se que o demandante tenha proposto ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Embora a filiação seja prejudicial em relação ao pedido alimentar, nesse caso não é adequado falar em ampliação dos limites objetivos, pois a coisa julgada incidirá sobre a prejudicial em razão de pedido expresso da parte. Considere-se a mesma hipótese e imagine-se que o autor tenha se limitado a postular alimentos. É adequada a referência à ampliação dos lindes objetivos, pois o autor não requereu pronunciamento jurisdicional sobre a paternidade. Nesse caso, o julgamento da questão ocorre na fundamentação. Por uma questão de clareza, é adequado que o juiz reproduza a decisão no dispositivo. Porém, se não o fizer, desde que haja julgamento *incidenter tantum* expresso, a coisa julgada envolverá a questão⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao novo código de processo civil* (2015), p. 1.291. O autor assinala que o dispositivo pretende evitar situações como a estampada na Súmula 453 do STJ, em que restou assentada a inviabilidade de ação específica para a cobrança de honorários advocatícios quando tiver ocorrido omissão no julgamento anterior. Eis o teor do verbete: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria. No mesmo sentido, Bruno Garcia REDONDO, *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo cpc* (2015), p. 5, para quem a questão deve ser decidida “de forma *expressa*, clara, analítica e fundamentada”.

⁴⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIÉRO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 632/633. Identicamente, Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio ARENHART e Daniel MITIDIÉRO, *Novo código...* Op. cit., p. 516.

⁴⁵⁶ O ordenamento jurídico brasileiro já previa a possibilidade de que, postulada a paternidade, houvesse condenação aos alimentos ainda que não tivesse ocorrido pedido expresso. Com efeito, a Lei n. 8.560/92, autorizava a concessão de alimentos sempre que, reconhecida a paternidade, fosse constatada a necessidade do autor. A hipótese encontrava abrigo na jurisprudência. Vide STJ, 4ª Turma, REsp. n. 821.402/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 22/04/2008.

Não é necessário, para cumprir o requisito do julgamento expresso, que o juiz empregue a tradicional expressão “ante o exposto” ou alguma outra semelhante. Basta que a questão tenha sido solucionada em termos inequívocos. Assim, regressando ao exemplo, uma assertiva como “a produção de prova pericial, mediante coleta de material genético do réu, comprova sua paternidade” é suficiente para que se considere a questão decidida. Não se pode olvidar, ademais, do papel desempenhado pelo art. 489, §3º, de acordo com o qual a decisão deve ser interpretada por meio da conjugação de todos seus elementos e à luz da boa-fé. Sendo assim, a alusão, no relatório, ao debate e à produção de provas, reforça na hipótese, a ocorrência de julgamento⁴⁵⁷. De todo modo, havendo dúvida, serão cabíveis embargos declaratórios por obscuridade, na forma do art. 1.022, inc. I, do CPC.

O direito brasileiro não adotou a separação entre questões prejudiciais técnicas e lógicas empregada no direito italiano. Isso significa que a estabilização pela *res judicata* pode ocorrer independentemente da natureza da questão prejudicial. Basta que sejam cumpridos cumulativamente os requisitos legais⁴⁵⁸. Assim, tanto na hipótese em que dois direitos se relacionem de modo prejudicial (prejudicialidade técnica), quanto naquela em que a pretensão for decorrência de relação jurídica fundamental (prejudicialidade lógica), viabiliza-se a extensão da coisa julgada desde que tenha havido decisão expressa, antecedida por debate prévio, realizado perante juízo competente, em procedimento no qual inexistam restrições probatórias (CPC, art. 503, §1º, incs. I a III e §2º).

4.3.2. Imutabilização de pontos prejudiciais: impossibilidade

O modelo cooperativo de processo, marcado pelo debate, valoriza a conduta das partes como elemento vinculante⁴⁵⁹. Saliente-se que o art. 5º, do CPC, ao impor às partes o dever de boa-fé, inclusive no seu aspecto objetivo, reforça a importância da confiança legítima, uma das manifestações da segurança jurídica⁴⁶⁰. Isso torna ainda mais nítida a ideia de que as partes se

⁴⁵⁷ SILVA, Ricardo Alexandre da. *Princípio da boa-fé e o art. 489, §3º, do novo código de processo civil (2015)*, p. 372 e ss., analisa os impactos da interpretação de boa-fé das decisões judiciais, enfatizando a caracterização de um processo justo em que não seja deturpado o sentido das decisões.

⁴⁵⁸ BONATO, Giovani. *Algumas considerações...* Op. cit., p. 133. O Fórum Permanente dos Processualistas Civis se posicionou no mesmo sentido, como se vê no Enunciado n. 313: “São cumulativos os pressupostos previstos no §1º e seus incisos, observado §2º do art. 503”.

⁴⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 455 e ss., demonstra a importância de que as alegações sejam analisadas sob a perspectiva dinâmica, levando-se em conta diferentes contextos argumentativos na análise das questões.

⁴⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código...* Op. cit., p. 99.

vinculam às alegações apresentadas no processo, sendo estimulada a confiança e vedado o *venire contra factum proprium*. Em um contexto essencialmente argumentativo, como o processo, a segurança jurídica necessariamente passa pela vinculação das partes às alegações. A oscilação de argumentos, com a apresentação de afirmações contraditórias, caracteriza litigância ímproba.

Já se viu que os pontos são afirmações não controvertidas de fato ou de direito⁴⁶¹. Poder-se-ia imaginar, portanto, que os pontos prejudiciais jurídicos também se estabilizariam, sendo cobertos pela coisa julgada. Com efeito, se as alegações das partes devem vinculá-las, seria possível defender que também os pontos prejudiciais, à medida que são alegações não impugnadas, poderiam ser cobertos pela coisa julgada, na forma do art. 503, §1º, do CPC. Todavia, essa conclusão está equivocada.

O art. 503, §1º, inc. II, é inequívoco ao empregar o termo “questão prejudicial”, sinalizando que somente a questão subordinante de mérito pode ser atingida pela coisa julgada, ideia reforçada pela exigência de contraditório prévio e efetivo. A possibilidade de que a *res judicata* atinja a questão prejudicial, sem pedido da parte, mitiga o princípio da demanda, de modo que a estabilização pressupõe o contraditório e a caracterização de verdadeira questão, não de mero ponto. Explica-se. O demandante poderia ser surpreendido com a estabilização da própria alegação sobre a qual não houve debate. Isso não significa que o ponto prejudicial se tornou irrelevante. Ele não é atingido pela coisa julgada, mas continuará sendo um dos fundamentos da decisão.

Sob a perspectiva do réu, a estabilização do ponto prejudicial significa que a relação jurídica subjacente ao processo seria atingida pela coisa julgada sempre que houvesse oferecimento de exceção substancial indireta⁴⁶². Suponha-se a propositura de demanda em que se pleiteia a condenação do demandado por inadimplemento. Caso a resposta se baseie na existência de algum vício da vontade, como o dolo ou o erro (CC, arts. 138 e 145), há admissão no tocante à celebração do negócio jurídico. O réu pleiteia, contudo, que sejam obstados os efeitos que normalmente dele decorreriam. Seria aberrante, nesse contexto, admitir que a falta de controvérsia sobre a relação jurídica subjacente levaria à sua estabilização. Entendimento contrário implicaria o reconhecimento de que somente as exceções substanciais diretas,

⁴⁶¹ MENESTRINA, Francesco. Op. cit., p. 137.

⁴⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa...* Op. cit., p. 76, demonstra que a exceção substancial indireta pressupõe o reconhecimento dos fatos constitutivos, baseando-se a resposta do autor no oferecimento de fatos extintivos, impeditivos ou modificativos.

consistentes na negativa geral dos fatos ou da qualificação jurídica, não acarretariam o atingimento, pela coisa julgada, da relação jurídica fundamental.

Poder-se-ia argumentar, contrariamente a esse entendimento, que o *iura novit curia* autoriza que toda alegação jurídica seja recebida como questão, de modo que a diferenciação entre pontos e questões prejudiciais não teria importância na extensão dos limites objetivos da coisa julgada⁴⁶³. É certo que o juiz pode decidir sobre qualquer alegação jurídica. Mas isso não significa que referida decisão será coberta pela coisa julgada. A diferenciação entre ponto e questão existe precisamente para impedir que temas prejudiciais não controvertidos – pontos – sejam imutabilizados pela coisa julgada. Tanto isso é verdade que o próprio código assenta a imprescindibilidade de contraditório prévio e efetivo (CPC, art. 503, §1º, inc. II).

E se houver reconhecimento expresso a respeito de matéria prejudicial? Retome-se a hipótese formulada no parágrafo anterior e indague-se: que ocorrerá se o réu expressamente reconhecer a celebração do contrato? A *res judicata* se estenderia à relação contratual? A resposta é afirmativa. A livre manifestação de vontade vincula as partes. Poder-se-ia pensar, em um primeiro momento, que apenas o pedido pode ser juridicamente reconhecido ou renunciado, na forma do art. 487, inc. III, alíneas “a” e “c”, do CPC. Mas esse entendimento está preso à ideia de que as questões somente são atingidas pela coisa julgada se houver pedido da parte mediante ação declaratória incidental. Sob a atual disciplina da matéria, admite-se que ocorra reconhecimento ou renúncia no tocante a direito relacionado à relação jurídica subjacente.

Considere-se, uma vez mais, a hipótese de ação de alimentos fundamentada na filiação. O reconhecimento expresso do réu é vinculante. Não haveria sentido em permitir que o reconhecimento ocorra extrajudicialmente, por escrito público, particular ou testamento (CC, art. 1.609, incs. II e III), mas que isso não possa ocorrer em decorrência de afirmação prestada em juízo. Desde que seja manifesto o reconhecimento deve haver vinculação, o que é conforme ao princípio da boa-fé e ao modelo processual cooperativo (CPC, arts. 5º e 6º).

Seria possível invocar como óbice a essa conclusão a ideia de que não se imutabilizam as decisões sobre questões, quando o julgamento da questão for desfavorável à parte vencedora, pois, nesse caso, o julgamento do mérito não dependeria da questão. O óbice não se põe por dois motivos. Primeiramente, o reconhecimento da relação subjacente não depende do julgamento dos pedidos que dela decorrem. Em segundo lugar, como adiante se verá, as

⁴⁶³ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Os limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil* (2016), p. 14.

questões decididas desfavoravelmente à parte vitoriosa, são atingidas pela coisa julgada. Assim, na demanda em que se litiga sobre o cumprimento de prestação, o reconhecimento expresso do réu quanto à celebração do contrato é declaração que deve ser estabilizada, sendo de nenhuma relevância, para esse fim, a procedência da demanda, com a recusa da alegação de dolo.

Afirma-se, em resumo, que os pontos prejudiciais não podem ser cobertos pela coisa julgada. Apenas as questões – pontos controvertidos, na definição da dogmática – sobre as quais tenha ocorrido contraditório prévio, na forma do art. 503, §1º, inc. II, podem ser imutabilizadas. Todavia, o reconhecimento expresso da relação subjacente faz com que ela se estabilize em relação à parte, à semelhança do que acontece com o reconhecimento jurídico da pretensão (CPC, art. 487, inc. III, alínea “a”).

4.3.3. Desnecessidade de pedido e atuação do juiz

Ao permitir que a coisa julgada recaia sobre a questão prejudicial, o código evidentemente dispensa o pedido da parte⁴⁶⁴. Como demonstrado acima, quando houver pedido, sendo cumpridos os requisitos para o exame de mérito, o provimento será alcançado pela *res judicata*. Mas, nesse caso, a questão prejudicial será resolvida em razão do pedido e, por esse motivo, pode ser denominada de principal⁴⁶⁵.

Em atenção ao princípio da colaboração (CPC, art. 6º), cabe ao juiz identificar a questão prejudicial passível de estabilização. O momento oportuno é o saneamento do processo. Note-se que o art. 357, incs. II e IV, do CPC, menciona a delimitação das questões de fato e de direito relevantes para a decisão do mérito, providência que se torna ainda mais adequada à luz do modelo processual cooperativo⁴⁶⁶. Todavia, como se verá com maior vagar no item 4.3.5, no saneamento do processo já terá se iniciado o debate sobre a questão. Em outras palavras, ela já terá sido posta pelas partes por meio das alegações do autor na inicial e na tréplica (CPC, art. 350), e do réu na resposta. Será raro que o juiz identifique ponto sobre o qual o debate não tenha

⁴⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 633. No mesmo sentido se manifesta Eduardo TALAMINI, *Código...* Op. cit., p. 716: “A hipótese constitui exceção, isso sim, à norma que permite que o juiz apenas decida as pretensões efetivamente postas pelas partes”. Identicamente, Antônio do Passo CABRAL, *Breves comentários...* Op. cit., p. 1.294.

⁴⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. *Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro* (2015), p. 92.

⁴⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código...* Op. cit., p. 517: “Identificando o juiz a existência de questão prejudicial que entenda conveniente solucionar definitivamente desde logo, deve indicá-la às partes a fim de que todos os participantes do processo possam debatê-la previamente, inclusive viabilizando o exercício do direito à prova a respeito”

se iniciado. Nesse caso, a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, dependerá do debate realizado a partir da fase probatória.

Desse modo, na omissão do juiz, desde que tenha havido debate prévio e efetivo sobre a questão, haverá formação de coisa julgada. Poder-se-ia sustentar que essa solução fere o dever de colaboração, de modo que a falha do juiz, ao deixar de identificar a questão previamente, inviabilizaria a ampliação dos limites objetivos da *res judicata*. A premissa, contudo, é que tenha havido debate e produção de prova sobre a questão prejudicial, de modo que as partes não sejam surpreendidas com a imutabilização.

Retome-se o exemplo da demanda na qual se postula alimentos. Suponha-se que o juiz, ao sanear o feito, tenha identificado apenas a questão concernente aos alimentos. Foi analisado minudentemente, em itens anteriores, que a questão prejudicial se distingue por sua precedência lógica. É imprescindível, para a apreciação dos alimentos, que seja previamente analisada a questão da filiação. Tendo as partes debatido o tema, sendo-lhes franqueada a produção de provas e estando convencido o juiz, não há razão para afastar o *decisum* da estabilização⁴⁶⁷. A premissa, insista-se, é que as partes tenham auxiliado na construção da decisão, debatendo o tema e produzindo provas caso tenham entendido necessário. Nesse quadro, não há margem para a violação à colaboração.

Poder-se-ia criticar essa solução ao argumento de que a parte não saberia contra o que recorrer. A crítica não procede. O recurso é dirigido contra os fundamentos da decisão. Aliás, a razão mais importante pela qual as decisões são motivadas é precisamente a de permitir que as partes conheçam os fundamentos e possam impugná-los. É evidente, para a parte, que ela precisa hostilizar a questão prejudicial para que seu recurso venha a ser acolhido. Isso já acontecia sob o código revogado, em que se impunha o ajuizamento de ação declaratória incidental para que a questão prejudicial fosse imutabilizada.

A expansão dos limites objetivos às questões prejudiciais guarda conformidade com a definição de mérito adotada nesta tese, em que se sustenta que o objeto litigioso é integrado pela causa de pedir, pelo pedido e pelas exceções substanciais. Fica resguardada, portanto, a correlação entre o mérito e os limites objetivos da coisa julgada. Caso se entenda que apenas o pedido compõe o mérito, fica inexplicada a razão pela qual uma questão que não faz parte do pedido é atingida pela coisa julgada. Aliás, a exigência da tríplice identidade para a

⁴⁶⁷ TALAMINI, Eduardo. *Código... Op. cit.*, p. 717, assinala que ao juiz incumbe admoestar as partes sobre a possibilidade de estabilização da questão, em atenção aos princípios do contraditório e da cooperação. Todavia, se houver efetivo debate, o requisito previsto em lei terá sido atendido e a coisa julgada pode, então, cobrir a questão prejudicial: “Por um lado, mesmo que o juiz não cumpra esse dever de advertência, se as partes efetivamente debaterem a questão, está preenchido esse requisito para a incidência da coisa julgada”.

caracterização de coisa julgada é outro desmentido à ideia de que apenas o pedido compõe o *meritum causae*.

Especificamente em relação à tríplice identidade como critério caracterizador da exceção de coisa julgada, DINAMARCO afirma que não se pode confundir a autoridade da coisa julgada com a exceção de coisa julgada, consistente no impedimento de reapreciação da demanda. Assim, a exigência, constante no art. 337, §§ 1º a 3º, do CPC, de que também a causa de pedir seja a mesma para que se caracterize a identidade de demandas, não impediria que o mérito fosse caracterizado apenas pelo pedido, já que a autoridade da coisa julgada não equivale à *res judicata* em si mesma⁴⁶⁸. O argumento não convence. A coisa julgada imutabiliza a decisão. E o faz justamente impedindo que seja reanalisado o objeto litigioso sobre o qual o juiz já se pronunciou. Não se pode conceber a coisa julgada sem o simultâneo impedimento à reapreciação do mérito.

Poder-se-ia, com base no mesmo argumento de direito positivo, criticar a inclusão das exceções substanciais no mérito, já que o CPC não se refere a elas no art. 337, §§ 1º a 3º. Ocorre que em relação ao segundo processo a coisa julgada é pressuposto processual negativo. Bastará ao autor invocar a coisa julgada para que haja extinção sem resolução do mérito (CPC, art. 485, inc. V). As defesas substanciais sequer se apresentam ao problema, pois o autor, havendo identidade, não discutirá o mérito, mas alegará a existência de pressuposto processual negativo.

Sob uma perspectiva liberal, pode-se acusar a possibilidade de ampliação dos limites objetivos às questões prejudiciais, sem o pedido expresso do autor, como indevida mitigação do princípio da demanda. Afinal, se o demandante quisesse que a coisa julgada atingisse a prejudicial, teria formulado pedido sobre ela. Ocorre que a prejudicial resulta da demanda do autor considerada em seu conjunto. E sua apreciação é imprescindível para que haja análise do pedido. Serão produzidas provas a respeito e o juiz decidirá. Se, por um lado, isso pode não refletir inteiramente a vontade individual, eis que inexistiu pedido expresso, não é correto afirmar que a estabilização da prejudicial viola a liberdade do demandante, pois cabe somente a ele apresentar os contornos iniciais do mérito, que serão delimitados com a apresentação de exceção substancial pelo réu.

Restrição à liberdade haveria se o juiz analisasse fatos não submetidos à sua apreciação. Em um sistema marcado pela substanciação mitigada, o autor apresenta os fatos constitutivos, cuja qualificação jurídica definitiva será dada pelo juiz, em conformidade com a máxima *iura novit curia*. E o magistrado, mesmo quando ocorre ampliação dos limites objetivos

⁴⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito...* Op. cit., p. 346/347.

da coisa julgada, decide apenas com base nos fatos que lhe foram apresentados. Retome-se o exemplo do pedido de alimentos. Se não for reconhecida a filiação, a demanda será julgada improcedente. Ocorre que a improcedência já ocorreria, sob as mesmas circunstâncias, no CPC/1973, de modo que ampliação de limites objetivos não provoca qualquer restrição à esfera jurídica do autor. Por outro lado, não se vê como o autor poderia ser prejudicado na hipótese oposta, em que a decisão de reconhecimento da paternidade seria estabilizada. Trata-se, afinal, de desdobramento da demanda por ele formulada.

Pode-se afirmar que violação à liberdade havia no sistema anterior, em que a parte se via obrigada a promover ação declaratória incidental, recolhendo novas custas, para obter resultado perfeitamente alcançável com sua demanda original. Se não há restrição visível à liberdade individual, a afirmação de que a ampliação dos limites objetivos é antiliberal se mostra ainda menos adequada, pois a liberdade, valor fundamental, assenta-se na noção de previsibilidade. E a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais expressamente decididas é medida destinada a tornar o direito dos tribunais mais previsível, evitando inclusive as contradições lógicas referentes às questões prejudiciais. Além de permitir maior previsibilidade, com incremento de segurança jurídica, a extensão dos limites objetivos autoriza ainda a igualdade pelo processo, evitando que a mesma questão seja julgada de forma diversa.

4.3.4. Importância da questão para o julgamento do mérito: são imutabilizadas as questões prejudiciais decididas contrariamente ao vencedor?

O art. 503, §1º, inc. I, indica que a questão prejudicial será coberta pela coisa julgada se da sua “resolução depender o julgamento do mérito”. Diante desse requisito, indaga-se se a *res judicata* pode atingir a questão decidida desfavoravelmente ao vencedor. Analisando o tema antes da vigência do CPC/2015, Bruno LOPES afirmou que a *res judicata* não poderia atingir as questões decididas desfavoravelmente ao litigante vencedor, à medida que não seriam

essenciais ao acolhimento ou à rejeição do pedido⁴⁶⁹. Sob o código vigente, a opinião tem sido acatada⁴⁷⁰. Discorda-se, porém, desse entendimento.

A decisão da questão prejudicial deve ter aptidão, *em tese*, para influenciar a solução da questão subordinada. Contudo, não é necessário que isso efetivamente aconteça. Já se destacou que a prejudicial tem a aptidão de influenciar o resultado da questão posterior, o que significa que isso pode não acontecer. Basta imaginar hipótese de cumulação sucessiva, em que a rejeição do pedido subordinante impede o exame e, nesse sentido, acarreta a rejeição do subordinado, ao passo que o acolhimento do primeiro não gera qualquer efeito em relação ao segundo.

Suponha-se o ajuizamento de ação declaratória de existência de união estável cumulada com alimentos. A improcedência do primeiro pedido frustra o êxito do segundo e, nesse sentido, condiciona seu julgamento. O acolhimento, porém, não leva a qualquer conclusão sobre a necessidade dos alimentos, o que comprova que a questão prejudicial tem aptidão de influenciar o mérito, embora isso possa não acontecer. Quando se reconhece que a prejudicial não necessariamente subordina o resultado da questão que lhe é subsequente – embora possa fazê-lo – percebe-se que o código alude à dependência *em tese* dessa influência⁴⁷¹.

O que se pretende evitar, e por isso o texto emprega a expressão “depende o julgamento do *mérito*”, é a estabilização de questão prejudicial relacionada a alguma questão processual. Ou seja, se a questão subordinada tiver natureza processual, a que lhe é prejudicial

⁴⁶⁹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* Op. cit., p. 69: “Dentre as questões que respeitam essas premissas, não podem ser qualificadas como necessárias e, portanto, determinantes do resultado do julgamento as decididas *desfavoravelmente ao vencedor*, pois nesse caso a decisão não será essencial para a conclusão pela procedência ou improcedência da demanda e não haverá a garantia de cognição exauriente”. O posicionamento foi reiterado em *A extensão da coisa julgada às questões apreciadas na motivação da sentença* (2013), p. 4, com alusão ao que ocorre na *common law*. Nesse sentido, Antonio GIDI, *Limites objetivos da coisa julgada no projeto de código de processo civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana* (2011), p. 8, afirma que a questão decidida deve ser um “*necessary step*” para a decisão subordinada. Rodrigo Ramina de LUCCA, Op. cit., p. 12, salienta que “nenhuma decisão incidental contrária à parte vencedora poderá tornar-se imutável”.

⁴⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 633/634. Fredie DIDIER JR., *Extensão da coisa julgada...* Op. cit., p. 88, também indica o problema, embora não tome posição expressa, assinalando que o assunto merece maior meditação. Salienta, entretanto, que questões resolvidas *obiter dictum* ou de cunho processual, não são atingidas pela *res judicata*, acrescentando que o entendimento de que as questões seriam estabilizadas apenas quando julgadas favoravelmente, configuraria hipótese de coisa julgada *secundum eventum litis*.

⁴⁷¹ TALAMINI, Eduardo. *Código...* Op. cit., p. 717: “Por outro lado, é desnecessário que a questão prejudicial seja concretamente decisiva para a resolução da lide. Basta que em tese ela se ponha como tal”. Antônio do Passo CABRAL, *Breves comentários...* Op. cit., p. 1.294, reconhece expressamente que a parte vitoriosa pode sucumbir em alguma questão prejudicial, o que enseja a interposição de recurso para evitar o efeito positivo da coisa julgada: “Muda também o interesse recursal: o vencedor na lide, vendo julgado procedente seu pedido, mesmo assim pode ter interesse em apelar da sentença para desfazer o entendimento sobre uma prejudicial sobre a qual o juízo concluiu em seu desfavor, evitando que aquela questão seja incorporada em outros processos (efeito positivo da coisa julgada)”.

não pode ser imutabilizada, ainda que diga respeito a questões materiais. Como sublinha Barbosa MOREIRA, o julgamento da prejudicial é *instrumental* no tocante à questão prejudicada, de modo que a ele não se poderia atribuir maior estabilidade⁴⁷². Desse modo, mesmo que a questão subordinante diga respeito a temas de direito material, ela não se estabilizará se a subordinada se referir a pressupostos processuais ou condições da ação⁴⁷³. É a isso que se refere o art. 503, §1º, inc. I, com a locução “depende o julgamento do mérito”.

Não é correto, portanto, sustentar a impossibilidade de estabilização de questões de mérito decididas desfavoravelmente ao vencedor. O entendimento contrário conduz à inusitada conclusão de que a improcedência do pedido na demanda de alimentos impede que se estabilize a questão prejudicial sobre a paternidade. Há, na hipótese, questão decidida desfavoravelmente ao vencedor da demanda, pois a paternidade foi reconhecida em seu desfavor. Contudo, o réu se sagrou vencedor no tocante ao pedido, pois a pretensão alimentar do autor foi julgada improcedente. Seria inaceitável sustentar que a decisão sobre a *quaestio* prejudicial – paternidade – não é atingida pela coisa julgada. O que o código não permite é a extensão da *res judicata* às questões prejudiciais que subordinam decisões referentes aos pressupostos processuais ou às condições da ação.

Note-se, ademais, que a apreciação das questões decididas desfavoravelmente ao vencedor corresponde à mesma atividade jurisdicional que leva ao julgamento favorável, sendo que nada justifica o tratamento diferenciado, sob pena de se consagrar inadvertido regime de coisa julgada *secundum eventum litis*⁴⁷⁴.

Não é aplicável à hipótese a regra estadunidense do *necessary step*, cabendo destacar que a extensão da coisa julgada à questão prejudicial não é idêntica ao *collateral estoppel*. Tanto isso é verdade que os fatos prejudiciais não se estabilizam no regime brasileiro (CPC, art. 504, inc. II). O CPC pretende, reitere-se, que a questão possa “em tese” influenciar o tema que lhe é subordinado. Isso pode não ocorrer, sendo uma questão prejudicial decidida desfavoravelmente em relação à parte que se sagra vencedora na questão principal.

⁴⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais...* Op. cit., p. 77.

⁴⁷³ Idem, p. 126: “De acordo, então, com o princípio geral acima enunciado, há de negar-se a *auctoritas rei iudicatae* aos pronunciamentos acaso emitidos sobre questões, ainda de direito substantivo, que se tenham apreciado como prejudiciais da solução de outras, relativas ao processo. Aliás, aqui também, e a fortiori, valeria o argumento utilizado no tocante às questões sobre ‘condições da ação’: se já nesse plano haveria contrassenso em reconhecer à solução das prejudiciais autoridade maior do que a que se reconheceria às das prejudiciais concernentes ao mérito, é óbvio que, no plano processual, o contrassenso subiria de ponto. Muito mais longe se está agora, com efeito, do ‘objeto do pedido’. Destarte, v.g., se em certo processo argui o réu, previamente, a nulidade da cláusula de eleição de foro, e o juiz examina a questão como antecedente lógico necessário do pronunciamento sobre a competência, nenhum efeito ad extra se produz: noutro processo, ainda entre as mesmas partes, será livre o reexame da questão, e a cláusula, que ali se considerou nula, aqui se poderá ter por válida, ou vice-versa”.

⁴⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. *Extensão da coisa julgada...* Op. cit., p. 88.

Presentes os demais requisitos elencados pelo código, as questões decididas desfavoravelmente ao vencedor também devem ser atingidas pela *res judicata*. Poder-se-ia invocar esse argumento para sustentar que, sendo assim, deveriam se imutabilizar inclusive as prejudiciais que subordinam questões atinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação. Todavia, além do ilogismo apontado por Barbosa MOREIRA, consistente em se estabelecer maior estabilidade à *quaestio* instrumental, que aquela consagrada à principal, a dicção do art. 503, §1º, inc. I, inviabiliza essa possibilidade, ao assentar que apenas as prejudiciais vinculadas a questões de mérito podem ser atingidas pela coisa julgada.

Conclui-se o ponto reiterando que também as questões prejudiciais decididas desfavoravelmente à parte vencedora, podem ser cobertas pela *res judicata*. Não haverá estabilização, contudo, nas hipóteses em que a decisão da questão prejudicial, embora concernente ao direito material, subordinar questão atinente aos pressupostos processuais ou às condições da ação.

4.3.5. Contraditório prévio, efetivo e restrição da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada na hipótese de revelia

No art. 503, §1º, inc. II, do CPC, são estabelecidos dois outros requisitos para que a questão prejudicial seja imutabilizada. É necessário que tenha ocorrido contraditório prévio e efetivo e a ampliação dos limites objetivos não pode ocorrer na hipótese de revelia.

Caracteriza-se contraditório prévio sempre que o debate entre as partes ocorrer antes de a decisão ser proferida⁴⁷⁵. É nítido que o código preconiza a prévia discussão entre as partes para que a questão prejudicial possa ser atingida pela coisa julgada. É imprescindível, portanto, que as partes tenham discutido a questão e que lhes tenha sido franqueada a oportunidade de produzir provas⁴⁷⁶.

Note-se que nos termos do código não apenas o contraditório deve ser prévio. Impõe-se, ainda, que seja *efetivo*. Isso significa que às partes deve ter sido concedida a oportunidade

⁴⁷⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Demandas plenárias e sumárias*, p. 151, define o contraditório prévio como a modalidade “em que o juiz somente poderá *fazer* ou *permitir que se faça* alguma coisa depois de ouvir a ambas as partes”. O jurista acrescenta que as outras modalidades de contraditório são o *diferido*, no qual o mérito da causa é apreciado provisoriamente, tal como ocorre na antecipação de medidas satisfativas, e o *eventual*, no qual se “elimina o contraditório do interior da demanda, transferindo-o seja para uma ação incidental, como os embargos do devedor, seja para uma ação independente, como nas possessórias e nas ações cambiárias”.

⁴⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código...* Op. cit., p. 517. Na mesma linha, Eduardo TALAMINI, *Código...* Op. cit., p. 717 e Fredie DIDIER JR., *Extensão da coisa julgada...* Op. cit., p. 88, que caracteriza o contraditório como a “garantia de participação no processo e o poder de influência”.

de influenciar a decisão⁴⁷⁷. Ocorre que a inércia da parte na defesa de seus interesses não pode inviabilizar a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais⁴⁷⁸. Entendimento contrário concederia à parte mecanismo para obstaculizar a *res judicata*. Bastaria se omitir após a identificação da questão prejudicial, realizada pelo juiz no saneamento do processo (CPC, art. 357, inc. IV). É claro que essa interpretação não pode prevalecer.

Advertidas as partes sobre a questão no saneamento do processo, a omissão durante a fase probatória não impedirá que a coisa julgada atinja a questão prejudicial. Note-se que no momento em que o juiz saneia o feito, já houve oportunidade para a alegação do autor e a resposta do réu, de modo que o debate já terá sido iniciado. Percebe-se que a necessidade de identificação da questão prejudicial, pelo juiz, é menos relevante do que se poderia imaginar em uma primeira leitura, pois no saneamento as partes já terão iniciado o debate, tendo já requerido a produção dos meios de prova. Quando o juiz saneia o processo, a questão prejudicial já está posta.

Imagine-se que, proposta demanda de cobrança por inadimplemento, tenha o réu na contestação alegado a nulidade do contrato, bem como a prescrição da pretensão creditória. Como assenta o art. 350, do CPC, quando o réu oferecer fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito invocado pelo autor, impõe-se ao juiz conceder o prazo de 15 (quinze) dias para manifestação, concedendo a possibilidade de produção de provas. Na verdade, cuida-se de requerimento probatório, cuja produção, não se tratando de prova documental, ocorrerá em momento posterior. Pois bem. É inequívoco que nesse caso a questão prejudicial já estará posta e terá sido debatida, tendo sido cumprido o requisito de debate prévio e efetivo previsto pelo código. A advertência do juiz, quanto à possibilidade de extensão da coisa julgada à questão, apenas realça, em nome do princípio da cooperação (CPC, art. 6º), a consequência que advirá do debate já colocado.

É possível que em determinado caso a questão prejudicial não tenha sido perfeitamente percebida até o saneamento, de modo que, após a advertência do juiz, as partes direcionem a produção da prova para o tema. Mas cabe destacar que esse debate deve estar presente nas alegações das partes. Em outras palavras, as alegações das partes já devem ter inserido a questão

⁴⁷⁷ CANOVA, Augusto Cerino. Op. cit. p. 132, menciona, à luz do processo italiano, que o direito de defesa eficaz pressupõe a possibilidade de resposta adequada de uma parte às alegações da outra. Luiz Guilherme MARINONI, *Novas linhas...* Op. cit., p. 161, há muito assinalava que a legitimidade da jurisdição repousa na possibilidade efetiva de participação no processo. Isso significa que o contraditório deve garantir a paridade de armas e a real possibilidade de as partes influenciarem o juiz.

⁴⁷⁸ TALAMINI, Eduardo. *Código...* Op. cit., p. 717: “A circunstância de uma ou ambas as partes, uma vez devidamente cientes de que a questão prejudicial está posta, não se dedicar à sua instrução jurídica e fática, em regra, não obstará que a decisão expressa do juiz sobre tal questão tenha autoridade de coisa julgada”.

no processo, ainda que elas não o tenham percebido de forma clara que isso aconteceu. Mesmo nessa hipótese, vê-se que é o debate das partes sobre a questão que permitirá a cobertura pela *res judicata*, não o ato judicial de identificação da *quaestio* no saneador⁴⁷⁹.

O código acrescenta que a estabilização não pode ocorrer na hipótese de revelia. No art. 344, o CPC indica que o réu será considerado revel quando não oferecer contestação. A revelia não se confunde com seu efeito material, consistente na presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Conforme resulta do art. 345, do CPC, nem sempre os fatos serão presumidos como verdadeiros quando houver revelia. Ademais, o revel recebe o processo no estado em que se encontra e, na forma do art. 349, do CPC, pode produzir provas desde que compareça aos autos em prazo hábil para tanto. Se isso ocorrer, o pedido de provas do revel inviabiliza o julgamento antecipado do processo, nos termos do art. 355, inc. II, do CPC.

Diante desse arcabouço legal, a primeira conclusão é a de que a revelia, caracterizada como a ausência de contestação, indiscutivelmente impedirá a extensão da coisa julgada à matéria prejudicial, pois a ausência do réu inviabiliza que se formem questões no processo. Não havendo impugnação, não há questão, podendo-se falar apenas em pontos prejudiciais⁴⁸⁰. Mas o tema encerra mais dificuldade do que se poderia supor em uma primeira leitura. E se o réu oferecer contestação, mas ela for intempestiva?

Suponha-se que na demanda em que o autor postula a cobrança de prestação inadimplida, o réu alegue a nulidade do contrato e requeira a produção de provas, mas ofereça sua resposta um dia após o decurso do prazo. É indiscutível que a intempestividade ocasiona revelia. Nesse caso, porém, há de ser levado em conta o requerimento de produção de provas. E não se pode ignorar que terá sido instaurado o debate. Tanto isso é verdade, que a intempestividade da contestação será alegada na réplica oferecida pelo autor, na qual a questão da nulidade será enfrentada como matéria de mérito (CPC, art. 350). Mas ainda que o autor restrinja sua réplica à alegação de intempestividade da resposta, o juiz, ao permitir que a peça de defesa permaneça nos autos, pode identificar o tema prejudicial e autorizar que sobre ele ocorra discussão e produção de provas. Seria correto supor a inexistência de debate e inviabilizar que a coisa julgada atinja a matéria prejudicial? Inexistiria, frente à resistência do revel, formação de questão?

⁴⁷⁹ REDONDO, Bruno Garcia. Op. cit., p. 8, defende a desnecessidade de “alerta” às partes.

⁴⁸⁰ DIDIER JR., Fredie. *Extensão da coisa julgada...* Op. cit., p. 89, assinala a heterogeneidade de regimes de estabilização no tocante à questão principal e à prejudicial. A primeira, diferentemente do que ocorre com a prejudicial, é coberta pela coisa julgada mesmo na hipótese de revelia.

Uma resposta mais formalista apontaria para a inexistência de debate, à semelhança do que ocorre na hipótese em que o revel jamais comparece aos autos. Todavia, considerando que o modelo cooperativo se destaca pela possibilidade de debate acentuado, ao longo de todo o processo, não se crê que nesse caso inexista debate sobre a nulidade do contrato. Tanto existe, que além da nítida resistência do réu, haverá produção de provas sobre o tema. Como o debate é essencial para que se caracterize a questão, pode-se afirmar que a discussão ocorrida na hipótese ora analisada é suficiente para que ele esteja bem evidenciado. E nesse caso, apesar da revelia, é adequado que a *res judicata* atinja também as questões prejudiciais⁴⁸¹.

E se o réu comparecer somente para requerer provas, em estágio pouco mais avançado do *iter* procedimental (CPC, art. 349)? Não há debate nessa hipótese. A atividade probatória ocorrerá em atenção aos pontos prejudiciais. Pode ser que o juiz não esteja convencido sobre as alegações do autor (CPC, art. 345, inc. IV) e determine a produção de provas sobre os pontos. Mas, nesse caso, haveria formação imprópria de questão. O comparecimento tardio do revel, inviabiliza que haja debate. Desse modo, contrariamente ao que ocorre na hipótese anterior, fica obstada a extensão da coisa julgada à matéria prejudicial.

As duas hipóteses ilustram perfeitamente o ponto a que se pretendia chegar. É, sempre, o debate que permite a formação de questões. Quando a revelia decorrer do oferecimento tardio de contestação, é razoável supor que possa ocorrer debate sobre a matéria prejudicial. Nesse caso, é possível sustentar que a participação do réu, apesar da contumácia, autoriza a extensão da coisa julgada ao tema prejudicial.

Entendida a revelia, nos termos do código, como a ausência de *contestação*, é possível que o réu compareça ao feito e apenas proponha reconvenção, hipótese bastante plausível quando se nota que essa modalidade de resposta pode ser apresentada sem que o demandado conteste o feito (CPC, art. 343, §6º)⁴⁸². Cabe verificar, nesse caso, se seria possível a extensão da coisa julgada sobre a matéria prejudicial.

A reconvenção, segundo o art. 343, *caput*, deve ser conexa com a ação principal ou com a matéria de defesa. Considerando que na hipótese formulada não foi oferecida

⁴⁸¹ LUCCA, Rodrigo Ramina de, Op. cit., p. 14, afirma que o legislador se equivocou ao impedir a extensão da coisa julgada nas hipóteses de revelia. Na mesma linha, Bruno Garcia REDONDO, Op. cit., p. 5, defende a adoção de interpretação restritiva: “Em uma adequada interpretação restritiva, somente inexistirá formação de coisa julgada sobre a prejudicial quando a revelia for acompanhada da *produção do seu efeito material* (presunção relativa de veracidade dos fatos alegados pelo autor) e o réu *não tiver controvertido o ponto* antes da prolação da sentença”.

⁴⁸² FORNACCIARI, Clito. *Código de processo civil anotado* (2016), p. 508, aponta a falha na redação, pois o art. 343, *caput*, assinala a possibilidade de que o réu reconvenha *na* contestação, ao passo que o último parágrafo do dispositivo prevê a possibilidade de reconvenção isolada. Embora seja possível compreender as disposições, elas são inequivocamente contraditórias.

contestação, a conexidade deve ocorrer em relação à demanda. De acordo com o art. 55, do CPC, ocorre conexão entre duas ou mais ações, quando for comum o pedido ou a causa de pedir. Assim, não parece possível que o reconvinente possa impugnar as alegações do autor e formular questão prejudicial da qual seu pedido decorra.

Retorne-se ao exemplo da demanda em que se pleiteia a cobrança de prestação inadimplida. O reconvinente não poderia, por exemplo, requerer a nulidade do contrato e postular inadimplemento do autor. Haveria frisante contradição nessas alegações, de modo que nem mesmo à luz do princípio da eventualidade sua apresentação simultânea seria admissível. À boa-fé, estampada no art. 5º, do CPC, repugna a contradição na resposta. Suponha-se, todavia, que em vez de pleitear o inadimplemento do autor, o reconvinente cumulasse os pedidos de nulidade do contrato e de ressarcimento de danos. Se os danos tiverem origem no negócio jurídico, recai-se novamente na contradição acima aludida. Por outro lado, se sua natureza for extracontratual, não há relação de prejudicialidade. Essas hipóteses demonstram que a conexidade, exigível para que se possa propor a reconvenção, inviabiliza a formação de questões prejudiciais quando o réu somente reconvier.

4.3.6. Competência em razão da matéria e da pessoa

Elenca o art. 503, §1º, inc. III, do CPC, a competência absoluta do juízo de primeiro grau como requisito para que a questão prejudicial decidida seja coberta pela coisa julgada⁴⁸³. O dispositivo menciona, literalmente, “a competência em razão da matéria e da pessoa”⁴⁸⁴.

O direito brasileiro não prevê a remessa do processo, ao juízo competente, para que lá ocorra o exame da questão prejudicial. A incompetência não leva à impossibilidade de apreciação do tema, apenas inviabiliza que a decisão da questão prejudicial faça coisa julgada⁴⁸⁵. É nítida a diferença em relação ao regime de imutabilização da questão principal, no

⁴⁸³ REDONDO, Bruno Garcia. Op. cit. p. 6.

⁴⁸⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Competência cível da justiça federal* (1998), p. 31, afirma que o principal critério para a delimitação das atribuições da justiça federal é a competência *ratione personae*. Acrescente-se que nos termos da Súmula 150, do STJ, cabe à justiça federal verificar a existência de interesse da União, suas autarquias e empresas públicas, em participar do processo. Nesses casos, a justiça estadual não pode proferir decisão sobre questão prejudicial que diga respeito à União. Eis o teor do verbete: “Súmula 150. Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”.

⁴⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. *Código...* Op. cit., p. 717: “A exigência de que o juiz detenha competência material (isto é, absoluta) para julgar em caráter principal a questão prejudicial é apenas requisito para a incidência da coisa julgada, e não para que ele possa dirimir a questão”.

qual o *decisum* é atingido pela *res judicata* mesmo quando proferido por juiz incompetente, cabendo ao interessado promover ação rescisória na forma do art. 966, inc. II, do CPC⁴⁸⁶.

TALAMINI indica a hipótese em que o juízo cível se manifesta sobre a existência de contrato de trabalho. A incompetência absoluta no tocante à matéria não impede que a questão seja examinada, mas essa apreciação jurisdicional não propicia a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial⁴⁸⁷. Na mesma linha, CABRAL aponta a incompetência do juízo federal para o reconhecimento da união estável ou do casamento, matéria atribuída exclusivamente à justiça estadual, de modo que em demanda na qual se postule o benefício da pensão por morte, essa questão prejudicial não será atingida pela *res judicata*.

O art. 600, par. ún., do CPC, encerra hipótese interessante para a análise do tema. Ao cônjuge ou companheiro do sócio é outorgada a possibilidade de requerer seus haveres na sociedade. É certo que o reconhecimento da união estável diz respeito à legitimidade ativa para requerer a apuração de haveres. Só pode fazê-lo o companheiro do sócio. Desse modo, como visto no item 4.3.4, fica obstada a coisa julgada, por força do contido no art. 503, §1º, inc. I, do CPC, dispositivo a assinalar que só podem ser estabilizadas as decisões de que depender o julgamento de mérito. Suponha-se, contudo, que a união estável ainda não tenha sido desconstituída. O desfazimento não diz respeito à legitimidade para o requerimento da apuração de haveres, mas se refere ao mérito. Nesse caso, poderia ocorrer a imutabilização?

Ao assentar a competência absoluta como critério para a extensão da coisa julgada, o código conduz a curiosa solução. Se o juízo no qual tiver sido requerida a apuração de haveres tiver competência para apreciar a questão, ela será imutabilizada. E se o pedido tiver sido protocolado em vara única? Nesse caso, como a dissolução da união estável é passo necessário para a apuração dos haveres, a questão será decidida e estabilizada. Por outro lado, caso o requerimento tenha ocorrido perante vara especializada em direito empresarial, a incompetência no tocante à declaração de união estável impedirá que a questão se estabilize. A possibilidade de estabilização terá de ser verificada na respectiva Lei de Organização Judiciária.

4.3.7. Limitações probatórias, cognições sumária e parcial

Conforme assenta o art. 503, §2º, é inaplicável a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais quando houver restrições probatórias ou limitações à

⁴⁸⁶ DIDIER JR., Fredie. *Extensão da coisa julgada...* Op. cit., p. 90.

⁴⁸⁷ TALAMINI, Eduardo. *Código...* Op. cit., p. 717.

cognição que inviabilizem a análise aprofundada da prejudicial. Pretende-se evitar a estabilização de matéria que não tenha sido discutida adequadamente. O dispositivo, contudo, é menos limitador do que sugere sua primeira leitura. A diretriz para a extensão da coisa julgada, também nesse ponto, é a existência de debate aprofundado sobre a questão. Essa premissa traz importantes impactos na análise das demandas em que a cognição é parcial, ou seja, restrita a determinada matéria.

4.3.7.1. Limitações probatórias e impossibilidade de estabilização da questão prejudicial

Ocorrendo restrição à produção de provas, fica inviabilizada a ampliação da coisa julgada à questão prejudicial. Parte-se da ideia, essencialmente correta, de que se o litigante foi impedido de produzir determinados meios de prova, a questão prejudicial não foi analisada com a profundidade necessária à estabilização.

A doutrina se refere, na hipótese, à cognição exauriente *secundum eventum probationis*. Embora haja profundidade suficiente para a análise da questão principal, a *quaestio* prejudicial não pode se estabilizar em razão da limitação probatória⁴⁸⁸. São exemplos o mandado de segurança, no qual são admitidas apenas as provas pré-constituídas (Lei n. 12.016/09, art. 6º), os procedimentos nos Juizados Especiais Cíveis, em que não se admite a produção de prova pericial (Lei n. 9.099/95, art. 35, *caput*), e os inventários e partilhas, nos quais se admite apenas prova documental (CPC, art. 612)⁴⁸⁹. Nesses casos e em todos os outros nos quais ocorra restrição probatória, a questão prejudicial não será coberta pela coisa julgada.

4.3.7.2. Cognição sumária

Viu-se, no item 2.3, que a cognição, no plano vertical, pode ser sumária ou exauriente. Sumária é aquela cujo elemento declaratório não é suficiente para ensejar a *res judicata*. Em outras palavras, não há exame aprofundado apto a ensejar a estabilidade da questão. As medidas de urgência (CPC, arts. 300 e ss.), satisfativas ou cautelares, são exemplos de provimentos com

⁴⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 634.

⁴⁸⁹ DIDIER JR., Fredie. *Extensão da coisa julgada...* Op. cit., p. 90 e Antônio do Passo CABRAL, *Breves comentários...* Op. cit., p. 1.293, de onde esses exemplos foram retirados.

cognição sumária, os quais não são atingidos pela coisa julgada, seja no tocante à questão principal, seja no que diz respeito à prejudicial.

4.3.7.3. Cognição parcial

A possibilidade de extensão da coisa julgada, às questões prejudiciais decididas no âmbito de processos submetidos à cognição parcial, é tema complexo. Antes de iniciar a abordagem, convém reiterar que a premissa para que haja estabilização é a suficiência do debate a respeito da matéria prejudicial. Dito isso, saliente-se que a cognição parcial se manifesta no plano horizontal e é caracterizada pela limitação da análise jurisdicional, como visto no item 2.3. Há, portanto, temas que o juiz está impedido de apreciar. Sendo assim, a coisa julgada não pode cobrir as questões relacionadas à matéria cuja cognição não é permitida. Em regra, ante a proibição de análise, sequer serão constituídas questões sobre tais matérias. Mas, em determinadas circunstâncias, isso pode acontecer.

Considere-se os interditos possessórios. O art. 1.210, §2º, do Código Civil, proíbe discussões sobre a propriedade nas ações possessórias. Disso decorre a impossibilidade de pronunciamento jurisdicional sobre o tema. Todavia, na praxe forense, com alguma frequência uma das partes traz aos autos matrícula de propriedade. Se o adversário impugnar a alegação e trazer aos autos outra certidão de matrícula, alegadamente comprobatória do seu domínio, terá se instaurado discussão sobre a matéria petitória, malgrado a determinação legal. Nesse caso, contudo, a discussão sobre a propriedade deve ser ignorada pelo juiz. A estabilização seria contrária ao direito e não pode ocorrer.

A propósito, para que as ações possessórias não percam sua autonomia, os litigantes podem apenas se referir à propriedade ou ao direito, sem que essa singela alusão caracterize alegação de posse fundada no domínio⁴⁹⁰. Em resumo, a proibição de que a propriedade seja objeto de discussão, impede a coisa julgada de se estender à matéria dominial.

Isso poderia levar à conclusão de que as questões prejudiciais jamais são cobertas pela coisa julgada nos processos de cognição parcial. Esse entendimento, contudo, não é correto. Considere-se a ação de consignação em pagamento⁴⁹¹. No art. 544, incs. I a IV, o CPC indica as matérias que poderão ser alegadas na contestação. Sob esse aspecto, ocorre certa limitação à

⁴⁹⁰ ALVIM, Arruda; COUTO, Mônica Bonetti. *Comentários ao código civil brasileiro* (2009), v. XI, t. II, p. 256/257 e 276/277.

⁴⁹¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários...* Op. cit., p. 1.293, refere-se à ação de consignação em pagamento como modelo de demanda na qual a cognição é parcial, de modo que não seria possível estender a coisa julgada às questões prejudiciais.

defesa, à medida que a discussão terá de girar em torno da pretensão liberatória do devedor, autor da ação consignatória. Todavia, quando o réu alegar que a recusa foi justa ou que o depósito é insuficiente (CPC, art. 544, incs. II e IV), em regra será necessário discutir sobre a validade do contrato e o *quantum debeatur*. A jurisprudência erigida sob o código revogado, assentou a possibilidade de debate em torno dessas matérias⁴⁹².

Focalizando a limitação do debate à pretensão liberatória, pode-se sustentar, apenas nesse sentido, que a cognição é parcial. Por outro lado, levando em conta a possibilidade de discussão sobre o débito e a validade do contrato subjacente, é correto atribuir à cognição na ação consignatória caráter plenário, pois podem ser submetidas à apreciação jurisdicional quaisquer alegações no tocante a essas matérias. Tratar-se-ia, indiscutivelmente, de demanda parcial, apenas se fosse expressamente proibida a controvérsia sobre cláusulas contratuais, o que não ocorre.

Há, todavia, certa restrição à defesa, pois todas as alegações terão de ser enquadradas em alguma das hipóteses previstas no art. 544, do CPC. Nesse caso, seria correto sustentar que a discussão prejudicial sobre a validade do contrato não é atingida pela coisa julgada? Entende-se que não. Houve debate sobre a validade do contrato e as partes puderam produzir provas. A cognição sobre o tema é profunda. Vale lembrar que podem ser apresentadas quaisquer alegações conducentes à invalidade do contrato e à correção do *quantum debeatur*. A limitação da defesa ao rol contido no art. 544, do CPC, é incapaz de impedir o debate aprofundado sobre a validade do contrato, de modo que essa questão prejudicial fica atingida pela *res judicata*.

O tema não se presta a soluções apriorísticas. O caso concreto deve ser levado em consideração a fim de se verificar a possibilidade de debate. Logo, tendo ocorrido discussão e não havendo restrição às provas, a cognição parcial não inviabiliza a estabilização da questão prejudicial debatida. Por outro lado, considerando que não pode haver debate sobre a matéria proibida, sequer haverá questão sobre o tema cuja análise é vedada. É o que ocorre, por exemplo, com a alegação de propriedade no âmbito das ações possessórias. Em resumo, a

⁴⁹² STJ, REsp. 652.711/PE, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ 12/03/2007, p. 219 “Ação consignatória. Discussão de cláusulas contratuais. Precedentes da Corte. 1. Esta Corte já assentou que, em se tratando de ação consignatória, ‘é possível ampla discussão acerca do débito, inclusive com o exame da validade de cláusulas contratuais’ (Ag.Rg. no Ag nº 406.408/DF, Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andriighi, DJ de 18/2/02; no mesmo sentido: Ag.Rg. no Ag nº 432.140/DF, Quarta Turma, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 17/6/02; REsp nº 345.568/SP, Quarta Turma, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 10/2/03; REsp nº 299.171/MS, Quarta Turma, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 10/9/01; REsp nº 401.708/MG, Terceira Turma, Relator o Ministro Castro Filho, DJ de 9/12/03). 2. Recurso especial não conhecido”.

questão prejudicial que pôde ser amplamente debatida, será atingida pela coisa julgada, desde que inexista restrição probatória e que não haja limitação às alegações.

4.3.8. O problema do litisconsórcio necessário e unitário para a questão prejudicial, mas facultativo para a principal

Assinala TALAMINI que se a questão prejudicial for hipótese de litisconsórcio necessário e unitário, sem que a principal também o seja, o julgamento desfavorável aos litisconsortes omitidos impede a formação de coisa julgada sobre a questão, como reflexo dos limites subjetivos da *res judicata* (CPC, art. 506)⁴⁹³. A observação está correta.

Suponha-se que tenha sido celebrado contrato de prestação de serviços advocatícios por dois escritórios, com o mesmo cliente. O que ficara responsável pela redação das peças processuais, estipulou o pagamento em cinco prestações semestrais. O escritório que se incumbira do acompanhamento processual e das diligências perante o Judiciário, pactuou o pagamento de vinte e quatro prestações mensais. Em razão do inadimplemento, este ajuizou ação de cobrança. Em resposta, o cliente alega a nulidade do contrato. Nessa hipótese, caso seja acolhida a alegação do demandado – inequívoca questão prejudicial em relação ao pagamento – o escritório responsável pela redação das peças não será atingido pela coisa julgada, pois o terceiro não pode ser prejudicado (CPC, art. 506). Por outro lado, a decisão se imutabiliza em relação às partes que participaram em contraditório.

Para maior esclarecimento, indica-se outro exemplo. Suponha-se sociedade com três sócios, responsáveis de modo solidário e ilimitado. Determinado credor ajuíza ação de cobrança, pela dívida social, contra um dos sócios. Se, na defesa, o sócio alegar a inexistência da sociedade, o acolhimento dessa prejudicial não fará coisa julgada em relação aos demais sócios, mas atingirá as partes do processo⁴⁹⁴.

⁴⁹³ TALAMINI, Eduardo. *Código...* Op. cit., p. 718: “Se a questão prejudicial depender de litisconsórcio necessário e unitário, que não foi observado para a lide principal (para a qual ele não era exigível), a resolução daquela não fará coisa julgada, se resolvida contrariamente aos litisconsortes preteridos. Tal requisito, não explicitado no art. 503, advém dos limites subjetivos da coisa julgada (CF, art. 5º, LV; CPC, art. 506)”.

⁴⁹⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*, Op. cit., p. 69, elaborou essa hipótese para tratar do litisconsórcio na ação declaratória incidental, sob o regime do código revogado. Em sua conclusão, o jurista afirma que figurarão como partes, no processo originário da declaratória incidental, os mesmos litigantes do processo principal. Eis o texto original: “Supondo-se uma sociedade AB, cujos sócios A e B fossem solidária e ilimitadamente responsáveis pelos débitos sociais, seriam legitimados primários à ação declaratória de existência ou inexistência do vínculo societário os mesmos A e B; contudo, se no pleito entre credor C e o sócio A a respeito de dívida social for levantada a questão prejudicial da inexistência da sociedade, a tal respeito se pode pedir declaração incidente, e partes no processo simultâneo daí decorrente serão C e A, que já o eram na ação dita principal”.

Poder-se-ia entender que a inexistência de litisconsórcio impediria que houvesse coisa julgada mesmo entre os litigantes. A prevalecer esse entendimento, na hipótese da demanda ajuizada pelo escritório contra o cliente, o acatamento da prejudicial não se estabilizaria, em razão da ausência do outro escritório no processo. Essa solução teria o mérito de evitar que a coisa julgada recaísse sobre questão que, se fosse posta como principal, não seria imutabilizada sem que houvesse participação dos litisconsortes. Por outro lado, também ela é pouco ortodoxa. A resolução positiva da questão prejudicial de nulidade acarreta a extinção do processo, com a improcedência do pedido. Há resolução de mérito (CPC, art. 487, inc. I). Se a decisão não se imutabilizar, ocorre ofensa ao 502, do CPC.

Também não se resolve o problema com a intimação do litisconsorte ausente, que seria chamado a integrar o polo ativo da relação processual. Note-se que ele sequer teria interesse processual no exercício da pretensão creditória, pois seu direito ainda não seria exigível. De qualquer forma, poder-se-ia tornar o problema ainda mais complexo, imaginando hipótese em que teriam sido pagas antecipadamente as duas primeiras prestações semestrais, referentes ao seu pagamento, de modo que o outro escritório não teria interesse em participar do processo. Vê-se que a intimação do litisconsorte ausente também não é a melhor solução.

Considerando que ocorre resolução de mérito e que há debate entre as partes, a solução mais adequada, ainda que não a ideal, é aceitar a imutabilização, entre os litigantes, da decisão que resolve a questão prejudicial (CPC, arts. 502 e 503). O litisconsorte ausente não é atingido pela decisão desfavorável proferida em processo do qual não participou (CPC, art. 506).

4.3.9. Falta de interesse processual no ajuizamento de ação declaratória incidental

O CPC/1973 impedia que as questões prejudiciais fossem atingidas pela coisa julgada sem que a parte interessada promovesse ação declaratória incidental. Em outras palavras, restringia-se a coisa julgada ao dispositivo, ressalvada a hipótese de ajuizamento de demanda declaratória incidente, ocasião na qual a decisão sobre a *quaestio* prejudicial seria imutabilizada.

Como o código vigente, nos termos do art. 503, §§1º e 2º, autoriza a extensão da *res judicata* à questão prejudicial, indaga-se se ainda haveria interesse na propositura de ação declaratória incidental. Nos arts. 19, inc. II e 433, do CPC, é prevista a demanda de falsidade

de documento, com a qual se postula provimento declaratório⁴⁹⁵. Por sua vez, no art. 19, inc. I, é disciplinada demanda para a declaração de existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica. O art. 20, também do CPC, assenta o interesse na propositura de ação meramente declaratória. Diante desse arcabouço legal, certamente não se pode sustentar a erradicação, no código vigente, de demanda voltada à declaração. Aliás, ainda que não houvesse dispositivo específico sobre o tema, a necessidade do direito material e o princípio da tutela jurisdicional efetiva e adequada (CF, art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII), permitiriam que o direito fosse tutelado mediante decisão declaratória.

Cabe indagar, todavia, se remanesce o interesse processual no ajuizamento de demanda declaratória incidental destinada a imutabilizar a questão prejudicial. A resposta é negativa. CABRAL, em sentido contrário, defende a permanência de interesse na deflagração da demanda. Sustenta que há interesse processual sempre que não forem cumpridos os requisitos para a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada elencados no código. Após essa afirmação mais ampla, CABRAL reconhece que seria difícil caracterizar interesse processual quando se ausentassem os requisitos do art. 503, §1º, incs. II e III, e §2º. Por outro lado, quando inexistisse dependência lógica entre a questão prejudicial e a subordinada, bem como na hipótese de dúvida a respeito da subordinação, caracterizar-se-ia interesse no ajuizamento da medida⁴⁹⁶.

Discorda-se do posicionamento referido. Já se viu que a prejudicialidade jurídica pressupõe a subordinação lógica entre as questões. Desse modo, ausente esta, não pode haver aquela. Em outras palavras, se não houver prejudicialidade lógica, será inviável suprir essa ausência por meio da declaratória incidental. O fato de o autor narrar a inexistência da prejudicialidade torna ainda mais nítido seu desinteresse na medida⁴⁹⁷.

Quanto à hipótese de dúvida sobre a extensão da *res judicata*, crê-se que seria de todo desnecessário ajuizar demanda incidental para “forçar” a parte contrária a debater a questão. A alegação relacionada à prejudicialidade é suficiente para deflagrar o debate. Por outro lado, se não houver impugnação do ponto, não há questão prejudicial e a declaratória não pode suprir essa falta. Se houver incerteza quanto ao debate, cabe ao interessado provocar o juiz, a quem incumbe, como decorrência do modelo processual colaborativo, advertir as partes sobre a

⁴⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. *Código...* Op. cit., p. 717.

⁴⁹⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários...* Op. cit., p. 1.296/1.297. O autor cita o enunciado 111, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que endossa a tese da permanência de ação declaratória incidental: “Persiste o interesse no ajuizamento de ação declaratória quanto à questão prejudicial incidental”.

⁴⁹⁷ SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. *Primeiras reflexões sobre a possibilidade de a coisa julgada atingir as questões prejudiciais no novo código de processo civil* (2016), p. 13, assinala a falta de interesse do autor no ajuizamento da ação declaratória incidental.

existência de questão prejudicial. Essa medida é mais econômica e retira o interesse no ajuizamento da declaração incidente.

Ademais, inexistente previsão específica para a medida. A isso se poderia responder invocando o princípio da efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII). Todavia, o princípio em tela assegura apenas que não se pode suprimir a tutela declaratória. Daí não se pode deduzir a permanência da técnica específica da ação declaratória incidental. A adoção de técnica não prevista, sobre tema tão delicado, contribui para a insegurança jurídica. Acrescente-se a isso que no cotidiano forense, a propositura de ação declaratória incidental, sem qualquer parâmetro definido em lei, acarretaria tumulto processual.

A possibilidade de estabilização das questões prejudiciais, sem requerimento mediante ação declaratória incidental, vai ao encontro da busca por maior segurança jurídica. Pretende-se evitar, além da contradição prática, também a contradição lógica entre julgados. A igualdade pelo processo exige que seja assim. Se casos idênticos devem ser tratados igualmente, razões ainda mais fortes levam à conclusão de que o mesmo contexto fático, entre as mesmas partes, deve ser qualificado da mesma maneira e encontrar a mesma resolução perante o Judiciário. Com isso se assegura a previsibilidade necessária para que os agentes pratiquem suas ações com maior racionalidade, seguros dos resultados que advirão. Nessa medida, a tutela jurisdicional atua também como importante elemento da proteção da liberdade.

Nesse contexto, a admissibilidade de demanda declaratória incidental é elemento de perturbação, principalmente porque não há previsão no CPC. Ademais, a ideia de que o objeto litigioso do processo se refere à causa de pedir, ao pedido e às exceções substanciais, permite que se perceba, com maior clareza, que a impugnação do réu é suficiente para criar a questão prejudicial, cuja resolução não depende da propositura de demanda declaratória para ser imutabilizada. Desse modo, defende-se que a possibilidade de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais, retira o interesse no ajuizamento da ação declaratória incidental.

4.3.10. Julgamento antecipado, fracionamento do mérito e questões prejudiciais

O julgamento antecipado do processo está disciplinado no art. 355, incs. I e II, do CPC. A primeira hipótese de cabimento é a desnecessidade de produção de outras provas além das que foram produzidas na inicial, na contestação e na impugnação. Em outras palavras, o

juízo antecipado, na forma do art. 355, inc. I, é viável quando a prova documental, trazida na fase postulatória, for suficiente para convencer o juiz.

Com o oferecimento da resposta e a caracterização de questão prejudicial, pergunta-se se a decisão que resolvê-la será atingida pela coisa julgada. O questionamento deve ser respondido afirmativamente. O juízo antecipado não pressupõe limitação probatória, nem restrição ao debate, de modo que a presença dos requisitos indicados no art. 503, §1º, incs. I a III, é suficiente para que a decisão sobre a questão prejudicial seja coberta pela *res judicata*. A premissa é a realização de contraditório prévio e efetivo, que indubitavelmente pode ocorrer com o oferecimento da contestação e da réplica, acompanhadas dos respectivos documentos. A cognição é exauriente, apta a ensejar a coisa julgada, que se estenderá também para a questão prejudicial em razão do contraditório prévio e efetivo.

A possibilidade de imutabilização da prejudicial, na hipótese de juízo antecipado, confirma a desnecessidade de indicação da *quaestio* pelo juiz. A questão se constitui pelas alegações das partes, mais especificamente, pela impugnação oferecida pelo réu às alegações do autor, de modo que a identificação prévia não é necessária. Quando houver juízo antecipado, sequer será possível advertir as partes sobre o tema prejudicial.

Se o juízo antecipado decorrer do pedido das partes, a possibilidade de extensão da coisa julgada à decisão sobre matéria prejudicial é bastante nítida. Por outro lado, pode-se questionar se há imutabilização mesmo que as partes pleiteiem a produção de prova pericial e oral. A resposta é positiva. Ao juiz cabe decidir sobre a necessidade de produção de outras provas. Manifestando seu convencimento sobre a suficiência dos elementos probatórios produzidos pelas partes, pode julgar antecipadamente o processo. A decisão será controlada por meio de recursos, cabendo à parte sucumbente comprovar a imprescindibilidade de outras provas. Reitere-se que o juízo antecipado previsto no art. 355, inc. I, ocorre com base em cognição exauriente, o que autoriza a estabilização das decisões sobre questões subordinantes.

Quanto à hipótese disciplinada no art. 355, inc. II, não há dificuldade para estabelecer a impossibilidade de estabilização. O dispositivo se refere ao juízo antecipado lastreado na revelia, com a presunção de veracidade dos fatos invocados pelo autor e a ausência de requerimento probatório na forma do art. 349, do CPC. A estabilização do *decisum* sobre a matéria prejudicial encontra óbice no art. 503, §1º, inc. II, do CPC. Nesse caso, contudo, não haveria necessidade de previsão legal expressa sobre o tema, pois a revelia, aliada à presunção de veracidade dos fatos e ao não requerimento de provas, impede que se forme questão. Há apenas pontos e estes, como demonstrado no item 4.3.2, não se imutabilizam.

Como visto no item 2.3.1 desta tese, o CPC permite expressamente o julgamento antecipado parcial do mérito, cuja primeira hipótese de cabimento é a do pedido incontroverso (CPC, art. 356, inc. I). A incontrovérsia significa que não há questão, mas apenas ponto. A prejudicialidade, como já visto inúmeras vezes, é lógica antes de ser jurídica. Isso significa que se a questão principal é incontroversa, a prejudicial também o é. Assim, no julgamento antecipado de fração incontroversa do mérito não há questão, mas apenas ponto prejudicial. A decisão sobre pontos prejudiciais não se estabiliza (vide item 4.3.2), de modo que na primeira hipótese de julgamento antecipado parcial, sequer existe questão a ser imutabilizada.

O art. 356, inc. II, mediante expressa referência ao art. 355, incs. I e II, estabelece a possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito quando não houver necessidade de produção de outras provas e, ocorrendo revelia, houver presunção de veracidade e inexistir requerimento de provas do réu. Descarta-se, de antemão, a estabilização de matéria prejudicial quando houver revelia. Com efeito, atendida a hipótese do art. 355, inc. II, sequer é possível que se constitua questão. Quanto ao julgamento antecipado parcial, motivado pela desnecessidade de produção de outras provas, vale aqui o que foi dito sobre o julgamento antecipado. A suficiência da prova documental não impede a estabilização do *decisum* proferido sobre questão prejudicial. Assim, ocorrendo julgamento antecipado parcial por força da suficiência da prova carreada com a inicial, a contestação e a impugnação, pode haver estabilização do provimento sobre a questão prejudicial.

Também no art. 354, par. ún., faz-se referência ao julgamento antecipado parcial do mérito. O dispositivo alude aos arts. 485 e 487, incs. II e IV. O art. 485 aglutina hipóteses de extinção do processo sem resolução de mérito. Como a questão prejudicial só se estabiliza quando a que lhe é subordinada for matéria meritória, deve ser rejeitada a possibilidade de estabilização em relação a todos os temas elencados nesse dispositivo (vide item 4.3.4). Por sua vez, o art. 487, inc. III, diz respeito às hipóteses de homologação de reconhecimento do pedido, transação e renúncia ao direito sobre o qual se funda a pretensão. Nesses casos, não há questões, nem seria possível falar em imutabilização decorrente de decisão homologatória.

Todavia, à luz do art. 487, inc. II, admite-se a possibilidade de que seja reconhecida a decadência ou a prescrição de parte do mérito, circunstância a ensejar o julgamento parcial antecipado. Nesse caso é concebível que haja questão prejudicial. O réu pode invocar a inexistência da relação contratual subjacente e a prescrição da pretensão creditória. No *iter* decisório, para decretar a prescrição, exceção substancial indireta, deve o juiz, primeiramente, reconhecer existente a relação jurídica da qual surge a prestação exigida. Logo, é possível que

haja estabilização sobre essa questão prejudicial. O mesmo raciocínio se aplica à decadência. Reitere-se a existência de cognição exauriente no julgamento antecipado, seja de todo o mérito, seja de parcela dele. Assim, inexistindo obstáculo ligado à profundidade da análise do juiz e se fazendo presentes os demais requisitos, é possível sustentar a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada à questão prejudicial.

4.3.11 Redimensionamento da reconvenção e da sucumbência e possibilidade de ajuizamento de ação rescisória contra questão prejudicial

Foi assinalado, no item 3.3.4, que o objeto litigioso do processo é constituído pela causa de pedir, pedido e exceções substanciais. As diretas, caracterizadas pela negativa do fato ou da qualificação jurídica realizada pelo autor, não ampliam o mérito, embora dele façam parte. As indiretas, por seu turno, ampliam o mérito, acrescentando fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor.

A concepção das exceções substanciais como elementos do mérito e a possibilidade de extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, conduzem ao redimensionamento do interesse processual para ajuizamento da reconvenção (CPC, art. 343). Trata-se, como cediço, de modalidade de resposta caracterizada pelo exercício de pretensão do réu. Em outras palavras, não apenas o demandado se defende, como também ataca o autor, submetendo à apreciação jurisdicional sua própria pretensão. Como o código vigente admite que a exceção substancial indireta seja coberta pela coisa julgada, sem que para esse efeito se faça necessário o ajuizamento de ação declaratória incidental, basta contestar para obter efeito anteriormente só alcançável por meio de reconvenção.

Suponha-se que na demanda em que o autor cobre o inadimplemento de prestação, seja alegada pelo réu a nulidade do contrato. Sob o CPC/1973, essa questão seria apreciada *incidenter tantum*, sendo inviável a extensão dos limites objetivos da *res judicata*, a não ser que houvesse ajuizamento de ação declaratória incidental. Para obter a decretação de nulidade, também poderia o réu reconvir, ocasião na qual, acatada sua pretensão, o provimento jurisdicional seria atingido pela coisa julgada. Sob o código vigente é desnecessária a propositura de reconvenção nessa circunstância. Basta o réu oferecer exceção substancial indireta para obter, no caso de êxito, a imutabilização da *quaestio* prejudicial.

É nessa medida que se menciona o redimensionamento da reconvenção. Só haverá interesse na sua propositura quando a pretensão do réu não puder ser obtida pela contestação.

O interesse processual, como cediço, caracteriza-se com a adoção da medida mais econômica. Dito isso, é preciso salientar que o modelo cooperativo de processo não prestigia soluções demasiadamente formalistas. O juiz pode instar a parte a converter a demanda reconvençional em contestação, ou, aplicando a fungibilidade, pode receber a reconvenção como se contestação fosse. Essa medida é bastante aceitável, sobretudo quando se percebe que as duas modalidades de resposta são formuladas na mesma peça processual (CPC, art. 343). O que o modelo cooperativo não permite é a recusa em apreciar a alegação de nulidade em razão do meio escolhido pelo autor. A caracterização do desinteresse no ajuizamento de reconvenção decorre unicamente da maior economia no oferecimento de contestação. O tema, logo se percebe, tem repercussão teórica mais saliente que sua relevância prática.

Como analisado no item 4.3.4, é possível que a parte vitoriosa na demanda tenha sido derrotada no tocante a determinada questão prejudicial. Nesse caso, o litigante vitorioso no pedido, terá interesse na interposição de recurso para obter a reforma do provimento que julgou a questão contrariamente aos seus interesses⁴⁹⁸. A sucumbência é recíproca e o arbitramento das verbas sucumbenciais deve levar em conta o disposto no art. 86, *caput* e par. ún., do CPC⁴⁹⁹.

A ação rescisória é cabível para a desconstituição de provimento proferido sobre questão. Analisando o tema, CABRAL assinala que a propositura de demanda em que a questão seja rediscutida é medida mais econômica, de modo que na praxe forense a rescisória será pouco aplicada para a desconstituição de coisa julgada sobre questões. O jurista não afirma que uma nova demanda desconstituiria o provimento sobre questão prejudicial proferido em processo anterior, mas que para a parte sucumbente na questão prejudicial, será menos custoso, principalmente em razão da desnecessidade de pagar o depósito previsto para o ajuizamento da rescisória (CPC, art. 967, inc. II), promover demanda para rediscutir o tema e, desse modo, atribuir ao vitorioso na *quaestio* o ônus de invocar a coisa julgada⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários...* Op. cit., p. 1.294: “Na sistemática do novo CPC, ainda que vencedor em relação ao pedido (e portanto não podendo ser considerado sucumbente), é possível que a derrota no que tange à prejudicial possa ser ainda mais deletéria para a parte. A derrota e vitória no processo passarão a compreender algo mais que a mera sucumbência”.

⁴⁹⁹ REDONDO, Bruno Garcia. Op. cit. p. 10, posiciona-se contrariamente à possibilidade de sucumbência recíproca quando o vencedor de questão principal houver sido derrotado em alguma prejudicial. O autor reconhece, todavia, a existência de interesse recursal. Crê-se que as prejudiciais integram o mérito, de modo que devem ser levadas em conta na definição dos honorários advocatícios. Não é mais sustentável a ideia de que apenas o pedido delimita o objeto litigioso do processo. Se assim fosse, a coisa julgada não poderia se estender às questões prejudiciais.

⁵⁰⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários...* Op. cit., p. 1.294/1.295. O autor indica o enunciado n. 338, do Fórum Permanente dos Processualistas Civis, que indica a pertinência de ação rescisória para a desconstituição da coisa julgada sobre questão: “Cabe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada formada sobre a resolução expressa da questão incidental”.

Pondere-se, todavia, que a rediscussão da *quaestio* não permite a rescisão do *decisum* e está fadada ao fracasso. O réu facilmente demonstrará que o tema foi julgado em processo anterior e se estabilizou. Ademais, tal iniciativa fere a boa-fé, ensejando aplicação de pena por litigância ímproba (CPC, art. 80, inc. VI, c/c o art. 81, *caput*). Assim, conquanto pareça solução atraente, a rediscussão de *quaestio* transitada em julgado não será exitosa, além de submeter o demandante a sanção processual caso comprovada a má-fé.

4.3.12. Convenções processuais e coisa julgada sobre questão

O exame das convenções processuais exorbita os propósitos desta tese⁵⁰¹. A indicação pontual do tema tem como único objetivo verificar se o instituto pode afetar a estabilização do provimento sobre questão prejudicial. E a resposta é positiva, apesar das partes não poderem dispor sobre a coisa julgada. Trata-se, como salienta a doutrina, de matéria que deve ser conhecida de ofício pelo juiz, sendo essa a razão pela qual as convenções processuais não podem limitar a *res judicata* (CPC, arts. 337, §5º e 485, §3º)⁵⁰².

Poder-se-ia argumentar que às partes deveria ser concedida a prerrogativa de dispor inclusive sobre a coisa julgada. Nesse ponto, contudo, não se faz juízo prescritivo, mas descritivo. E, descrevendo o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se afirmar que as partes não podem convencionar a respeito da coisa julgada, embora seja possível pactuar sobre seus efeitos (vide item 2.4).

A influência das convenções processuais na ampliação dos limites objetivos da coisa julgada decorre da possibilidade de as partes convencionarem restrições probatórias. À medida que isso impeça o debate adequado, concretiza-se óbice à *res judicata* sobre a questão, conforme assenta o art. 503, §2º, do CPC, dispositivo a inviabilizar a ampliação da coisa julgada à questão prejudicial quando houver restrições probatórias⁵⁰³.

⁵⁰¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais* (2016), p. 56, assinala que os termos “acordo” e “convenção” dizem respeito tanto ao direito privado, quanto ao direito público, razão pela qual seriam preferíveis a outros termos comumente empregados para se referir às convenções celebradas pelas partes no processo.

⁵⁰² TALAMINI, Eduardo. *Código...* Op. cit., p. 712: “A coisa julgada (não a eficácia sentencial) está fora do âmbito de disponibilidade das partes. Mesmo que o réu não argua sua existência, cumpre ao juiz conhecê-la de ofício (CPC, arts. 337, §5º, e 485, §3º)”.

⁵⁰³ CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários...* Op. cit., p. 1.293: “As restrições à prova e à cognição podem vir não apenas da lei, mas também de convenções processuais (art. 190). Toda vez que o negócio, por exemplo, excluir questões ou meios de prova do procedimento, a compensação do sistema é não autorizar a formação da estabilidade (no caso, não haverá coisa julgada)”.

Saliente-se, por fim, que as partes podem pactuar, mediante convenção processual, que a coisa julgada atinja determinada questão. Isso ocorre porque usualmente cabe a elas definir os temas sobre os quais a coisa julgada recairá, formulando pedidos e apresentando defesa⁵⁰⁴.

Essa possibilidade é expressão da liberdade no processo e deve ser prestigiada. Conquanto a ideia possa parecer pouco ortodoxa, o fato é que o princípio dispositivo conduz a atuação das partes no âmbito processual, de modo que estas, ao apresentarem a causa de pedir, o pedido e as exceções substanciais, delimitam os limites objetivos da coisa julgada. Assim, não faria sentido proibi-las de pactuar a incidência da *res judicata* sobre determinada questão.

4.3.13. Questão prejudicial, *collateral estoppel* e incidente de resolução de demandas repetitivas

No clássico estudo de direito comparado sobre a estabilização das premissas do julgamento, Robert Wyness MILLAR afirma que a incidência da coisa julgada sobre a conclusão das decisões é um dado generalizado entre os diversos sistemas. Contudo, no tocante aos efeitos da decisão judicial sobre as premissas, há notável diferença entre o direito continental e o anglo-saxão⁵⁰⁵. A dessemelhança entre os sistemas decorre do *collateral estoppel*, instituto voltado a permitir a imutabilização das questões fáticas e jurídicas resolvidas no fundamento das decisões.

Ocorre que a coisa julgada sobre questão prejudicial, disciplinada no CPC, apresenta similaridades com a técnica do *collateral estoppel* do *common law*⁵⁰⁶. Em ambos os casos há ênfase na estabilização de questão prejudicial, proibindo que o debate sobre ela seja retomado pelas partes. Todavia, o *collateral estoppel* pode recair sobre as decisões relacionadas a fatos, proibindo sua rediscussão. A propósito, a estabilização dos provimentos sobre matéria fática era a função precípua do *estoppel by record*, que atuava sobre a reprodução das declarações das partes em juízo⁵⁰⁷. No direito brasileiro, por outro lado, o art. 504, incs. I e II, do CPC, assinala que as questões fáticas não são cobertas pela coisa julgada e, desse modo, não se estabilizam.

⁵⁰⁴ Idem, p. 1.298, afirma que “a vinculatividade da coisa julgada atingir determinada questão está na esfera de disposição das partes”.

⁵⁰⁵ MILLAR, Robert Wyness. *The premises of the judgement as res judicata in continental and anglo-american law* (1940), p. 2

⁵⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas* (2016), p. 21.

⁵⁰⁷ TARUFFO, Michele. ‘*Collateral estoppel*’... Op. cit., p. 277: “Nacque così l’*estoppel by record*, come divieto, per le parti, di contrastare in un giudizio successivo ciò che era stato *recorded* nel giudizio precedente, il che si traduceva sostanzialmente nell’impossibilità di provare il contrario di quanto le parti stesse avevano in esso affermato”. Robert Wyness MILLAR, Op. cit., p. 8, refere-se ao *estoppel by record* como uma derivação do direito germânico.

Os pronunciamentos sobre os fatos não são autônomos e integram a motivação, não sendo atingidos pela *res judicata*⁵⁰⁸.

Com a difusão do direito romano na Inglaterra e a absorção da noção de *res judicata*, os institutos do *collateral estoppel* e da coisa julgada passaram a conviver, atuando de forma complementar. Como afirma TARUFFO, enquanto a primeira assegurava a consumação da ação (*merger*) e a preclusão (*bar*), o *estoppel* estabilizava as declarações em juízo, consideradas verdadeiras, atingindo todas as questões⁵⁰⁹.

A análise dos requisitos para a aplicação do *collateral estoppel* demonstra a semelhança com os critérios indicados no art. 503, §§1º e 2º, do CPC, para a incidência de coisa julgada sobre questão prejudicial. Impõe-se a identidade de questões, as quais devem ter passado pelo crivo do contraditório e sido expressamente decididas. É necessário, ainda, que a decisão da questão seja imprescindível para o julgamento de mérito⁵¹⁰.

O *collateral estoppel* se desenvolveu em *non-mutual collateral estoppel*, trazendo um dos desdobramentos mais interessantes para a análise da estabilização de decisões perante terceiros. Por meio dos casos *Bernhard* e *Blonder Tongue*, a Suprema Corte estadunidense adotou o entendimento de que a parte derrotada em determinada questão não poderia voltar a discuti-la em outro processo. Bastava, para tanto, a identidade de questões, o exame do mérito no processo anterior e a atuação efetiva do litigante sucumbente, em contraditório, na demanda em que a questão fora julgada⁵¹¹.

A noção de *non-mutual collateral estoppel* permite que se distinga, no direito brasileiro, o precedente da coisa julgada sobre questão, mecanismo por meio do qual atua o incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, art. 976 e ss.).

O precedente nada mais é que a *ratio decidendi* do julgado proferido pelas Cortes Supremas, aplicando-se aos casos idênticos que lhe forem posteriores. Diferentemente, a *res judicata* sobre questão deve atingir apenas as partes que integraram o processo. Por esse motivo, critica-se a inadequada classificação do incidente como mecanismo para a formação de precedentes, pois isso levará à universalização da decisão. Ora, a estabilização de questões tem como premissa a participação da parte que sofrerá seus efeitos, o que não ocorre no incidente de resolução de demandas repetitivas, mecanismo que estabelece eficácia *erga omnes*. Ademais, é possível à parte invocar distinção em relação ao precedente. Porém, quanto à

⁵⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código...* Op. cit., p. 517.

⁵⁰⁹ TARUFFO, Michele. '*Collateral estoppel*'... Op. cit., p. 277.

⁵¹⁰ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* Op. cit., p. 36.

⁵¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução...* Op. cit., p. 22 e ss.

questão estabilizada, isso não é possível. A identidade entre as questões impede qualquer distinção, de modo que a inaplicabilidade pode ser invocada apenas pelo legitimado adequado ausente do processo ou pelo representado que não propusera demanda individual, o qual deverá alegar fundamento não decidido⁵¹².

O objetivo deste tópico é apenas acentuar que o incidente de resolução de demandas repetitivas se baseia na ideia de estabilização de questões prejudiciais, originária do *collateral estoppel* anglo-saxão. Desse modo, é equivocado caracterizar como precedente o provimento nele proferido (CPC, art. 927, inc. III). Na roupagem que lhe concedeu o legislador brasileiro, o instituto é uma forma espúria de *collateral estoppel*, pois são afetados jurisdicionados que não participaram do processo. A constitucionalidade do incidente depende da participação de todos os interessados no processo – algo inviável – ou do chamamento dos entes legitimados à proteção dos direitos individuais homogêneos, definidos no microsistema legal da tutela coletiva⁵¹³. A análise mais aprofundada do tema supera os propósitos desta tese.

4.3.14. Direito intertemporal

O mais simples dentre os requisitos previstos no CPC para a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada diz respeito ao direito intertemporal. Nos termos do art. 1.054, apenas processos instaurados depois da vigência do CPC estarão submetidos ao novo regime. Acrescente-se que o STJ, por meio de seu *Pleno*, decidiu que a vigência do CPC começou em 18 de março de 2016, de modo que apenas os processos deflagrados dessa data em diante estarão sujeitos ao disposto no art. 503, §1, incs. I a III, e §2º.

4.4. Imutabilização da questão prejudicial e eficácia preclusiva da coisa julgada

A eficácia preclusiva da *res judicata* está prevista no art. 508, do CPC. Trata-se de instituto destinado a resguardar a imutabilidade do *decisum*, impedindo que sejam invocadas contra a autoridade da coisa julgada alegações efetivamente deduzidas, porém não apreciadas, e alegações dedutíveis, mas que não foram submetidas pelo interessado à apreciação jurisdicional. O alcance do instituto, contudo, é mais modesto do que a doutrina costuma

⁵¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p., 31 e ss. Do mesmo autor, *Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar* (2015), p. 6.

⁵¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O 'problema' do incidente de resolução de demandas repetitivas* (2016), p. 37/41.

reconhecer. Pode ser criticada a posição do código de estabelecer a tríplice identidade como elemento de identificação das demandas (CPC, art. 337, §§1º a 4º). Mas é inegável que essa foi a opção.

Ademais, o CPC, no art. 1.072, inc. VI, revogou o art. 98, §4º, da Lei n. 12.529/2011, dispositivo que impunha a alegação de todas as causas de pedir em demandas cujo objeto fosse decisão do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Essa medida demonstra a ênfase do código na identificação das demandas pela tríplice identidade, acentuando que em nenhuma hipótese será necessário indicar todas as possíveis causas de pedir. Com isso se confirma o prestígio do código à ideia de que novas causas ensejam demandas distintas da que fora apreciada, de modo a inexistir colisão com os limites objetivos da coisa julgada.

Essa advertência preliminar é fundamental no estudo da eficácia preclusiva, a fim de que se evite concepções teóricas que deformem a opção do legislador. Reitera-se que o modesto papel que resulta da eficácia preclusiva, quando observada rigidamente a tríplice identidade, é passível de críticas incisivas. Há de se considerar, contudo, que o legislador optou por acolher a teoria da tríplice identidade e os efeitos dessa escolha não podem ser menosprezados quando se examina a amplitude da eficácia preclusiva.

4.4.1. Objeto da eficácia preclusiva

Principia-se com a reiteração de um dos dados elementares sobre o tema. É à luz do objeto litigioso do processo que a eficácia preclusiva deve ser determinada⁵¹⁴. Objetiva-se inviabilizar ataque à decisão por meio de alegações integrantes da *mesma* causa de pedir. Disso resulta que se houver caracterização de outra *causa petendi*, há outra demanda, que pode ser

⁵¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código...* Op. cit., p. 520: “O art. 508, CPC, não pode alcançar jamais causas de pedir estranhas ao processo em que transitada em julgado a sentença de mérito. Apenas as questões relativas à mesma causa de pedir ficam preclusas em função da incidência da previsão do art. 508, CPC”. Egas Moniz de ARAGÃO, *Sentença e coisa julgada*, Op. cit., p. 326, sublinha a restrição da eficácia preclusiva ao mérito da demanda: “Tudo o que estiver fora do objeto do processo está imune à determinação contida na regra em exame. Por conseguinte nenhuma alegação ou defesa estranha ao âmbito delimitado pelo pedido e sua causa ficará alcançada pelo princípio *vel disputari debebat*”. Antonio do Passo CABRAL, *Coisa julgada...* Op. cit., p. 160, reconhece que a eficácia preclusiva atua sobre a causa de pedir deduzida. Essa constatação é feita no âmbito de crítica à incongruência do instituto com o modelo de estabilização vinculado à tríplice identidade. Também Bruno Vasconcelos Carrilho LOPES, *Limites objetivos...* Op. cit., p. 108, ao analisar o posicionamento de Barbosa MOREIRA, enfatiza que a restrição da coisa julgada à mesma “lide” é a premissa no exame da matéria. Daniel MITIDIERO, *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva* (2006), p. 73, afirma que a eficácia preclusiva se limita ao objeto litigioso. Renato Montans de SÁ, *Eficácia preclusiva da coisa julgada* (2011), p. 213/214, apresenta conceito em que se evidencia limitação da eficácia preclusiva à mesma “lide”: “Eficácia preclusiva da coisa julgada é a impossibilidade de discussão, após o trânsito em julgado, das questões que poderiam ter sido inseridas (mas não foram) na causa ou que não foram levadas em consideração no julgamento, desde que respeitantes à mesma lide”.

proposta sem que a coisa julgada atue como óbice. Reitere-se que a causa de pedir é um dos elementos da demanda, de modo que a indicação de outra *causa petendi* implica a propositura de nova ação, matéria que diz respeito aos limites objetivos. As alegações concernentes a outras causas de pedir podem ser livremente apresentadas pelas partes em outros processos. Todavia, aquelas que disserem respeito à *causa petendi* já apreciada, são irrelevantes⁵¹⁵. Isso significa que não podem alterar o sentido do que fora decidido.

Além das questões submetidas ao exame jurisdicional, mas não apreciadas, e das questões dedutíveis, embora não deduzidas, a eficácia preclusiva abrange ainda as questões cognoscíveis de ofício⁵¹⁶. Também estão compreendidas no seu alcance as questões que não puderam ser alegadas em razão de força maior⁵¹⁷. Assentadas essas premissas, impõe-se examinar o alcance do instituto.

Suponha-se o ajuizamento de demanda na qual se postule a anulabilidade do negócio jurídico por dolo, sob a alegação de que na compra de um automóvel o autor fora induzido em erro sobre a velocidade do veículo e o seu consumo de combustível (CC, art. 145). A pretensão é julgada improcedente. O que aconteceria se o demandante derrotado propusesse nova demanda, invocando a omissão do réu sobre os problemas no sistema de frenagem do veículo? O óbice ao julgamento do mérito decorreria da coisa julgada ou da eficácia preclusiva?

Como já assinalado inúmeras vezes, a repositura de demanda idêntica esbarra no óbice da coisa julgada, concebida como pressuposto processual negativo (CPC, art. 337, §§1º a 4º). A segunda ação se fundamenta no mesmo fato constitutivo, qual seja, a aquisição de veículo mediante submissão do comprador a malogro. Tanto no primeiro, quanto no segundo caso, há indução em erro, apesar da caracterização do dolo, na segunda demanda, decorrer de omissão. Tem-se que a alegação de outros fatos caracterizadores de dolo, em relação à mesma aquisição do veículo, não afasta a identidade das demandas. Desse modo, a *res judicata* inviabiliza o julgamento do mérito do segundo processo. Como se tratava de alegação

⁵¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro* (1975), p. 100: “A eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de incluir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada”.

⁵¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código...* Op. cit., p. 521. Egas Moniz de ARAGÃO, *Sentença e coisa julgada*, Op. cit. p. 326, afirma que a eficácia preclusiva não incide sobre pedidos omissos. Considerando o direito italiano, Giovanni BONATO, *La natura...* Op. cit., p. 265, posicionando-se à luz do direito italiano, afirma que o princípio da preclusão do deduzido e do dedutível incide sobre o laudo arbitral. A jurisprudência assentou entendimento de que a eficácia preclusiva atingia questões de ordem pública: “[...] Até mesmo as matérias de ordem pública que podiam ser deduzidas na fase de conhecimento são alcançadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, não cabendo mais requestrá-las na fase de cumprimento de sentença”. (STJ, AgRg. no AREsp. n. 594.368/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 14/04/2015).

⁵¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A eficácia preclusiva...* Op.cit., p. 107/108.

concernente à mesma causa de pedir, também incide a eficácia preclusiva da coisa julgada. Há sobreposição no alcance dos institutos, pois ambos barram a pretensão do autor sucumbente.

Por outro lado, se for invocada causa de pedir distinta, ocorre modificação de demanda, o que não encontra óbice na coisa julgada, nem na eficácia preclusiva. Imagine-se que o autor sucumbente promova nova demanda, relacionada à aquisição do mesmo carro, alegando coação (CC, art. 151), ao argumento de que o réu vendedor, na qualidade de empregador, ameaçara despedir a esposa do demandante, motivo que o levou a adquirir o carro contra a própria vontade.

Convém esclarecer que não se trata de mera qualificação jurídica diversa sobre o mesmo fato. No primeiro processo o fato constitutivo foi a aquisição por indução em erro (“comprei porque fui enganado”). No segundo, é a aquisição por ameaça grave (“comprei porque minha esposa fora ameaçada de demissão”). Trata-se de outra causa de pedir. Fenômeno diferente ocorreria se o autor, ao promover a primeira demanda, alegasse a ameaça de demissão contra sua esposa e a qualificasse como dolo. Com sua derrota, se viesse a ajuizar demanda ao argumento de que ocorrera coação, haveria identidade, pois o fato constitutivo é idêntico. Por força do princípio *iura novit curia*, o magistrado, já no primeiro processo qualificará adequadamente o fato narrado, verificando se ele tem o condão de ensejar a anulabilidade do contrato no caso concreto.

Note-se que a eficácia preclusiva está sempre relacionada ao objeto litigioso do processo anterior. Contudo, outras causas de pedir originam novas demandas e não colidem, portanto, nem com a eficácia preclusiva, nem com a própria *res judicata*. Vê-se, assim, que para o autor derrotado a eficácia preclusiva é inócua, à medida que lhe basta modificar a causa *petendi* para que nova demanda seja apreciada⁵¹⁸.

Para o exame do alcance do instituto em relação ao réu, formula-se outro exemplo. Suponha-se que o autor proponha demanda alegando a celebração de contrato de compra e venda de automóvel, cujo preço fora estipulado em cinco prestações. Em vista do inadimplemento da última delas, o autor ajuíza ação de cobrança. O demandado responde invocando a anulabilidade do contrato, sob a alegação de que fora induzido em erro no tocante ao consumo de combustível do veículo. O pedido é julgado procedente. Com o trânsito em

⁵¹⁸ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* Op. cit., p. 16: “Sempre que estiver em jogo a delimitação da situação jurídica que se tornará imutável, a discussão dirá respeito aos *limites objetivos da coisa julgada*”. O tema é retomado na página 106 da mesma obra, em que o autor assinala que a eficácia preclusiva da coisa julgada não atinge o autor, pois basta alterar a causa de pedir para que seja proposta outra demanda. Por outro lado, a alegação de fatos componentes da causa de pedir já alegada encontra óbice nos limites objetivos da coisa julgada.

julgado e a imutabilização da sentença, o réu sucumbente ajuíza demanda alegando dolo (CC, art. 147), pois o autor vitorioso teria omitido informação sobre a iminente retirada do modelo do veículo do mercado, circunstância a depreciar seu valor. Pleiteia, além da anulabilidade, a restituição do que havia sido pago em decorrência da condenação.

A inversão de polo caracteriza por si só outra demanda. Contudo, a autoridade da coisa julgada impede pedidos em sentido contrário ao que fora anteriormente decidido. Assim, a restituição do valor pago encontra óbice na *res judicata*, ao passo que a pretensão de anulabilidade é inviabilizada pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Trata-se de alegação componente da mesma questão jurídica que fora formulada pelo réu no processo anterior. Se o réu tivesse alegado já na primeira demanda tanto a indução em erro, quanto a omissão dolosa, mas esta não tivesse sido apreciada, a eficácia preclusiva inviabilizaria ação que tivesse a omissão como fundamento. Temas não analisados são cobertos pela eficácia preclusiva.

Outro exemplo tornará mais nítida a extensão da eficácia preclusiva. Imagine-se que tenha sido proposta demanda de indenização por danos causados em acidente de trânsito. O réu defende-se alegando a culpa do autor, que estaria trafegando em excesso de velocidade. A demanda é julgada procedente. Inconformado, o réu propõe ação indenizatória contra o autor vitorioso no primeiro processo, requerendo danos emergentes e lucros cessantes. Alega que o ora réu, vencedor no primeiro processo, conduziu seu veículo embriagado, na contramão de direção e desrespeitou o sinal vermelho. Em vista disso, pleiteia danos morais e requer a restrição do direito de dirigir do ora demandado. Aplicado o critério da tríplice identidade, percebe-se que a segunda demanda não é idêntica à primeira, pois são diferentes os pedidos, de modo que a *res judicata* não impediria a condenação do autor. Aqui, no entanto, atua a eficácia preclusiva. Os fatos podiam ser alegados no primeiro processo, mas não foram. Incide sobre eles a preclusão, a inviabilizar o exame de mérito da segunda demanda.

Esse é o modesto papel obstativo da eficácia preclusiva. Ela incidirá somente contra alegações não apreciadas que digam respeito às causas de pedir ou às defesas discutidas no primeiro processo. Os limites objetivos não atingem os fatos (CPC, art. 504, inc. II), mas eles são alcançados pela eficácia preclusiva. Essa é a grande utilidade do instituto.

A doutrina, quando trata do tema, abranda o impacto da tríplice identidade, permitindo que a eficácia preclusiva supere seus limites e alcance outras causas de pedir que venham a ser invocadas pelo réu. Barbosa MOREIRA alude a uma demanda de cobrança de multa por infração contratual. Julgada procedente, o réu condenado propõe ação em que invoca a nulidade do contrato e pede a restituição do valor pago. O jurista assinala que essa alegação estaria

atingida pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Contudo, se o autor vitorioso na primeira demanda, propusesse nova ação, cobrando outra prestação vinculada à mesma avença, poderia o réu alegar a nulidade contratual e se sagrar vencedor⁵¹⁹.

Como afirma Bruno LOPES, na segunda demanda não ocorre identidade de ações, pois o pedido é desconstitutivo, portanto, diverso do que fora inicialmente deduzido. Barbosa MOREIRA justifica a exclusão de causa de pedir diferente, a gerar outro pedido, invocando o conceito de lide, o qual se referiria ao conflito de interesses e seria mais amplo que a demanda. Como a eficácia preclusiva diria respeito à lide, atingiria a causa de pedir invocada pelo réu. Isso, contudo, não explica a razão pela qual o autor poderia alterar a causa de pedir e promover nova demanda contra o réu vitorioso no primeiro processo. Com efeito, ainda que o conceito de lide pudesse ser empregado, chegar-se-ia à conclusão de que todas as causas de pedir dedutíveis também pelo autor, seriam cobertas pela coisa julgada, o que reconhecidamente não acontece⁵²⁰. Haveria, quanto ao ponto, desatendimento à regra da tríplice identidade.

Para que se possa separar a coisa julgada da eficácia preclusiva, é importante perceber o alcance mais modesto desta, sempre atrelada à mesma causa de pedir ou à mesma defesa deduzida no processo atingido pela *res judicata*. De forma mais ampla, pode-se afirmar que somente “questões internas” à demanda são atingidas pela eficácia preclusiva. Isso pressupõe que a aplicação do instituto ocorra perante as mesmas partes, causa de pedir, defesa e pedido⁵²¹.

4.4.2. Teoria ampliativa da eficácia preclusiva

A doutrina brasileira majoritária entende que a eficácia preclusiva se refere à causa de pedir indicada no objeto litigioso. Mesmo adotando essa abordagem, que pode ser denominada de restritiva, ocorre discrepância em relação ao critério da tríplice identidade, à medida que a doutrina, como se viu no exame do exemplo formulado por Barbosa MOREIRA, acaba exorbitando os efeitos da eficácia preclusiva para outras causas de pedir.

Analisando o tema sob a vigência do CPC/1973, Araken de ASSIS defendeu a ampliação da eficácia preclusiva para outras causas de pedir. Sua abordagem está baseada na

⁵¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A eficácia preclusiva...* Op. cit., p. 102/103. O autor não menciona qual teria sido a defesa no primeiro processo. Essa informação é relevante considerando o código vigente, em que as questões prejudiciais podem ser atingidas pela coisa julgada.

⁵²⁰ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* Op. cit., p. 107 e ss.

⁵²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 638: “Somente as questões internas à causa determinada, relativas à ação proposta – e, portanto, referentes às mesmas partes, ao mesmo pedido e à mesma causa de pedir – é que serão apanhadas por esse efeito preclusivo, de forma a torná-las não dedutíveis em demandas diversas”.

interpretação do art. 474 do Código Buzaid (CPC, art. 508). Segundo o autor, o termo “alegações” seria simétrico a “defesas” e se vincularia à parte final do dispositivo, que se refere ao acolhimento do pedido. Ocorre que a causa de pedir é o elemento capaz de propiciar a procedência da pretensão. Desse modo, embora tenha empregado o termo “alegações”, o CPC/1973 estaria se referindo às causas de pedir⁵²². O entendimento pode ser aplicado também ao código vigente, cuja redação do art. 508 é substancialmente idêntica.

A teoria ampliativa é endossada sempre que se pretende aplicar a eficácia preclusiva além do objeto litigioso. Nesse sentido, a propósito, posicionou-se Bruno LOPES, reconstruindo o conceito do instituto, na vigência do CPC/1973, de modo a erigi-lo como obstáculo ao ajuizamento de demandas incompatíveis com o julgamento anterior⁵²³.

Contrariamente ao posicionamento restritivo em vigor no Brasil, na Europa tem se concretizado a tendência de ampliação da eficácia preclusiva, conforme demonstra BONATO⁵²⁴. Com efeito, nos termos do art. 400, da *Ley de Enjuiciamiento*, promulgada em 2000, o direito espanhol passou a exigir a concentração dos fatos constitutivos em uma só demanda, impondo ao autor o ônus de concentrar as causas de pedir⁵²⁵.

Analisando o dispositivo, Andrés de la Oliva SANTOS assinala que devem ser apresentados todos os fatos e fundamentos jurídicos em que se baseie o pedido, sendo proibida a reserva de alegação para outro processo. Acrescenta que o art. 400 não trata do concurso próprio de ações, pois não impõe o pedido de todas as pretensões atinentes a determinada constelação de fatos. O jurista sublinha que estão excluídos do alcance do dispositivo legal os fatos desconhecidos pelo autor ou aqueles cuja alegação não tenha sido possível à época da propositura da demanda. Por outro lado, em relação aos fatos conhecidos e passíveis de alegação, o segundo parágrafo do dispositivo determina que se considere as demandas idênticas para o fim de litispendência e de coisa julgada⁵²⁶.

⁵²² ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*, Op. cit., p. 110. Este entendimento já havia sido exposto pelo autor em *Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada* (1988), p. 40.

⁵²³ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* Op. cit., p. 42. O autor se refere a “demandas incompatíveis com a situação jurídica definida na sentença”.

⁵²⁴ BONATO, Giovanni. *Algumas considerações...* Op. cit., p. 136.

⁵²⁵ Artículo 400 Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos. 1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación. 2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.

⁵²⁶ SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil* (2005), p. 64/65.

Vê-se, assim, que à luz do art. 400, da *Ley de Enjuiciamiento*, a alegação, em uma segunda demanda, dos fatos não invocados no primeiro processo, não impede a caracterização de litispendência ou de coisa julgada. Trata-se de séria sanção ao descumprimento do ônus de alegar todas as causas de pedir, pois os fundamentos não invocados são incapazes de evitar a caracterização de litispendência ou de coisa julgada.

Também na França, como informa BONATO, houve inflexão favorável à concentração de demandas, o que ocorreu em razão do acórdão *Cesareo*, proferido pela Corte de Cassação⁵²⁷. Trata-se do famoso Caso n. 540, de 7 de julho de 2006⁵²⁸. O autor propusera demanda contra seu irmão, postulando crédito decorrente de serviços prestados ao pai de ambos, os quais não teriam sido remunerados. O pedido, juridicamente embasado no Código Rural, foi julgado improcedente, ao argumento de que a atividade prestada pelo autor não fora realizada no âmbito de uma exploração agrícola. Irresignado, o autor promoveu nova demanda, fundamentada no enriquecimento sem causa decorrente dos serviços não remunerados.

O pedido foi rejeitado no âmbito do duplo grau de jurisdição, de modo que o autor interpôs recurso à Corte de Cassação, alegando violação aos arts. 1.352, do Código Civil, e 480, do Código de Processo Civil, pois suas demandas foram propostas com diferentes fundamentos. A Corte de Cassação, todavia, firmando novo posicionamento sobre o tema, negou provimento ao recurso, assentando que sobre o demandante recai o ônus de invocar o “conjunto de questões” apto a justificar seu pedido. Desse modo, a alegação de enriquecimento sem causa, que deveria ter sido apresentada já no primeiro processo, é incapaz de evitar a caracterização de identidade de ações, razão pela qual a Corte de Cassação considerou a coisa julgada como óbice à propositura da nova demanda.

Analisando o tema, Tony MOUSSA, conselheiro da Corte de Cassação, afirma que esta, por muito tempo, adotara concepção estrita de causa de pedir, concebida como o fundamento jurídico alegado pelo demandante para amparar sua pretensão. Por conta disso, a mudança de fundamento jurídico permitia o ajuizamento de nova demanda, sem que houvesse colisão com a coisa julgada. Contudo, a partir do caso *Cesareo*, passou a incumbir à parte concentrar todas as questões já na primeira demanda, sob pena de não poder fazê-lo em processo subsequente. MOUSSA afirma que a decisão em comento levou a jurisprudência da Corte de Cassação a debater o alcance da causa de pedir⁵²⁹.

⁵²⁷ BONATO, Giovanni. *Algumas considerações...* Op. cit., p. 137.

⁵²⁸ *Cour de Cassation*, 04-10.672. Arrêt n° 540 du 7 juillet 2006.

⁵²⁹ MOUSSA, Tony. *La délimitation de la chose jugée au regard de la matière litigieuse (demande et moyens, objet et causa)* (2012), p. 24 e ss. Giovanni BONATO, *Algumas considerações...* Op. cit. p. 137, nota de rodapé

Esse entendimento foi aplaudido por parte da doutrina, para quem a concentração de causas, exigida pela Corte de Cassação, evitaria manobras dilatórias, combateria a negligência das partes e valorizaria a lealdade processual. Em resumo, o caso *Cesareo* prestigiaria a coisa julgada, concebida então como instituto de política de processo em benefício da administração da justiça⁵³⁰.

Na Itália, segundo Giovanni BONATO, a concepção doutrinária predominante abarca, na eficácia preclusiva da coisa julgada, todas as causas de pedir capazes de fundamentar a pretensão. Nesse contexto, a teoria da individuação permite que a eficácia preclusiva atinja tudo o que se referir ao direito discutido⁵³¹. Na teoria da individuação a demanda é identificada pela relação jurídica deduzida em juízo. Desse modo, ficam cobertos pela eficácia preclusiva da coisa julgada todos os fundamentos fáticos que dão lugar à pretensão.

Essa brevíssima indicação de elementos do direito comparado tem o objetivo de demonstrar as diferenças em relação ao sistema brasileiro, em que a identificação de demandas é realizada segundo o critério da tríplice identidade (CPC, art. 337, §§1º a 4º) e a causa de pedir é individualizada de acordo com a teoria da substanciação. Isso significa que os fatos constitutivos são os dados fundamentais para a caracterização da causa. Logo, modificados os fatos em que se fundamenta a pretensão, há outra demanda. Como a eficácia preclusiva se relaciona com o objeto litigioso, autor e réu podem formular outras causas de pedir sem serem tolhidos pelos limites objetivos da coisa julgada ou pela eficácia preclusiva.

De *lege ferenda*, em nome da segurança jurídica e da efetividade do processo, pode-se postular a concentração de alegações. A medida evitaria a dilação indevida do conflito, permitindo sua resolução em apenas um processo. Essa, contudo, não foi a posição encampada no CPC. Pode-se até afirmar que foi trilhado o caminho inverso, de prestigiar a tríplice identidade, o que fica claro com a revogação, no art. 1.072, inc. VI, do art. 98, §4º, da Lei n. 12.529/2011, dispositivo que exigia a concentração de causas em demandas cujo objeto fossem decisões do CADE.

Ao reconhecer que a eficácia preclusiva se liga aos limites objetivos, mas, a despeito disso, pode evitar a propositura de demandas praticamente incompatíveis com o julgado anterior, a doutrina cai em contradição. Ou bem a eficácia preclusiva não está restrita aos limites objetivos do julgado, e nesse caso ela inviabiliza a propositura de outras demandas

n. 52, refere outras decisões da Corte e Cassação tomadas no mesmo sentido. O jurista também indica que a doutrina francesa não é unânime sobre o assunto, havendo críticas ao ônus de concentração dos fundamentos.

⁵³⁰ CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques e MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès* (2010), p. 907 e ss.

⁵³¹ BONATO, Giovanni. *Algumas considerações...* Op. cit. p. 138.

incompatíveis com o que restou decidido, ou ela se restringe aos limites objetivos, de modo que a alteração da causa de pedir autoriza o ajuizamento de outra demanda, ainda que o pedido seja o mesmo. Da segunda demanda, contudo, não pode resultar conflito prático com o julgado precedente, pois isso implicaria excluir da coisa julgada sua função nuclear, qual seja, a estabilização do que foi decidido.

4.4.3. Questões decididas e eficácia preclusiva da coisa julgada

O pequeno alcance que o código atribui à eficácia preclusiva da *res judicata* é de certa forma compensado pela possibilidade de estabilização das questões prejudiciais. Assim, além da estabilização decorrente da coisa julgada, as decisões sobre temas prejudiciais, respeitados os critérios indicados no art. 503, §1º, incs. I a III, e §2º, também serão resguardadas pela eficácia preclusiva. Isso significa que não poderão ser invocados fatos ou fundamentos, referentes ao objeto litigioso, para desfazer a estabilidade concedida à decisão sobre questão prejudicial. Elabora-se mais um exemplo para esclarecer a matéria.

Suponha-se que tenha sido ajuizada demanda de cobrança de prestação inadimplida, referente a contrato de compra e venda de automóvel. Na defesa o réu invoca a anulabilidade do contrato por dolo, em razão da indução em erro no tocante ao consumo do combustível. A demanda é julgada procedente, de modo que a questão prejudicial atinente à anulabilidade do contrato é imutabilizada. A eficácia preclusiva atingirá a alegação de dolo baseada na omissão do autor vendedor sobre a iminente retirada do veículo do mercado. Mas em futura demanda, referente à cobrança de multa contratual, pode o réu invocar coação, sem que essa alegação seja atingida pela eficácia preclusiva ou pelos limites objetivos da coisa julgada referentes à primeira demanda. Trata-se, logo se vê, de outra causa de pedir.

Como visto no item 3.5.1.4, o ajuizamento de demanda desconstitutiva, fundamentada em vício da vontade, encerra causa de pedir não abrangente, de modo que poderá ser alegado outro vício em demanda posterior. Situação diferente ocorre em relação à demanda de declaração de validade de relação jurídica, pois nesse caso a procedência tem como premissa o afastamento de quaisquer vícios que possam levar à invalidade⁵³².

A prescrição e o pagamento são fatos jurídicos. Disso decorre que não fazem coisa julgada, conforme assenta o art. 504, inc. II, do CPC. A *res judicata* atinge a condenação, mas

⁵³² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 75. Andrés la Oliva SANTOS, Op. cit., p. 247 e ss., critica a noção de limites temporais.

não imutabiliza os fatos em que o julgamento se baseou, contrariamente ao que ocorre no *collateral estoppel* do direito anglo-saxão. Nada obstante, invocar fatos integrantes da causa de pedir, contra a decisão estabilizada, colide com a eficácia preclusiva da coisa julgada⁵³³. Essa assertiva é válida tanto para o capítulo decisório concernente à questão principal, quanto para aqueles relacionados às questões prejudiciais.

4.5. Questões prejudiciais e limites temporais da coisa julgada

A coisa julgada sobre questões prejudiciais, no tocante aos limites temporais, não encerra qualquer particularidade. Assim, fatos anteriores ao ajuizamento da demanda estão compreendidos na causa de pedir invocada pelo autor. A omissão de um desses fatos inviabiliza sua alegação em processo posterior, em razão da eficácia preclusiva da coisa julgada (vide item 4.4.1). Fatos posteriores ao trânsito em julgado evidentemente não integram a causa de pedir deduzida, de modo que não são atingidos pela *res judicata*, nem pela eficácia preclusiva. Os fatos supervenientes devem ser alegados pelas partes, ou apreciados de ofício, até a conclusão dos autos para que seja proferida decisão em recurso ordinário, na forma do art. 493, do CPC. Assim, o ponto final para alegação de fatos não corresponde à conclusão para sentença, mas sim para julgamento de recurso no duplo grau de jurisdição⁵³⁴. Todos os fatos que sobrevierem serão considerados fatos novos, não atingidos pela coisa julgada.

No tocante às relações continuativas, o art. 505, inc. I, aplica-se às ações de trato continuado, como os alimentos. Assim, alterada a capacidade do réu ou a necessidade do autor, modifica-se o contexto fático em que fora proferida a primeira decisão, sendo autorizado o ajuizamento de nova demanda, sem que haja colisão com os limites objetivos da *res judicata* ou com a eficácia preclusiva. Também são atingidas as relações sucessivas homogêneas. Assim, pode-se pleitear a inexigibilidade de tributo em determinado exercício ou em relação a mais de um. Se o pedido abrangeu mais de um exercício, o reconhecimento de determinada imunidade tributária, por exemplo, não impede que o autor posteriormente requeira a incidência de outra imunidade, que lhe é mais benéfica⁵³⁵. Desse modo, se houver questão prejudicial atinente a relação de trato continuado, a ela se aplica esse entendimento.

⁵³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código...* Op. cit., p. 521: “Em outros termos: a eficácia preclusiva da coisa julgada apanha tão somente alegações de fato não essenciais que circundam as alegações de fatos essenciais”.

⁵³⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 88.

⁵³⁵ Idem, p. 91 e ss.

Em todo caso, cumpre salientar que a mudança dos fatos não acarreta qualquer retroação. Apenas é dado à parte interessada submeter à apreciação jurisdicional nova pretensão, embasada em novo fundamento⁵³⁶.

⁵³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 628.

TESES

A racionalização do Direito na *civil law*, com seu forte elemento conceitual, demonstrado com muita nitidez por Max WEBER, muitas vezes negligenciou o caráter instrumental do processo, fazendo com que opções teóricas sobrepujassem necessidades práticas. Na consagrada expressão de Luiz Guilherme MARINONI, o “pensar o direito, no entanto, tornou-se um pensar pelo próprio pensar”⁵³⁷.

A adoção do modelo cooperativo de processo civil (CPC, art. 6º) mitiga a influência da abstração excessiva, exigindo que o juiz se concentre não nas necessidades impalpáveis do *sujeito do direito*, mas naquelas bastante concretas do homem real, que busca no processo o meio de proteger seus interesses jurídicos. Com efeito, ao impor ao juiz o dever de dialogar com as partes, a fim de que ocorra amplo debate sobre o objeto do processo, o princípio da cooperação permite a construção de decisões justas, que resguardem a liberdade e a igualdade dos litigantes, outorgando-lhes a possibilidade efetiva de influenciar o resultado da demanda.

O diálogo amplo e desimpedido das partes no âmbito do processo, contando com a participação do juiz, não tem como objetivo apenas resolver o litígio submetido à apreciação jurisdicional. Pretende-se, ademais, estabelecer parâmetros jurídicos pelos quais a conduta da sociedade se baseará. O processo passa a ser concebido como instrumento para a obtenção da segurança jurídica, pilar em que se assenta a dignidade da pessoa humana, indissolúvelmente ligada à liberdade e à igualdade.

A previsibilidade do Direito é imprescindível para que os cidadãos possam programar livremente suas condutas nas mais diferentes esferas de atuação social e, assim, viverem com dignidade. Três institutos jurídicos se destacam na busca pelo Direito previsível: a preclusão, o precedente vinculante e a coisa julgada. A primeira exclui direitos da parte na relação processual, a fim de assegurar a marcha do processo. O segundo define o Direito, complementando a legislação e realizando a igualdade *pelo* processo para impedir que casos iguais sejam julgados de forma diferente. São por ele atingidos inclusive os terceiros que não participaram do processo. A *res judicata*, por seu turno, vincula as partes e não prejudica terceiros (CPC, art. 506).

Ora, admitindo-se que deve ser buscada a previsibilidade das decisões judiciais, requisito para a igualdade e a liberdade, a fim de que mesmo terceiros possam orientar suas condutas à luz dos julgamentos, torna-se imprescindível que seja prestigiada a atividade

⁵³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do direito processual civil*, p. 12.

jurisdicional no caso concreto, exercida em determinado conjunto de fatos sobre os quais foi aplicado o Direito.

A coisa julgada tutela a liberdade ao viabilizar o encerramento do discurso jurídico e a tomada de decisões pelos litigantes a partir desse cenário. A igualdade é protegida à medida que a imutabilização propiciada pela *res judicata* impede contradições práticas, inviabilizando, na qualidade de pressuposto processual negativo, nova apreciação jurisdicional sobre a questão. Contudo, a coisa julgada não proíbe as partes de disporem sobre o bem da vida, desde que se trate de direito disponível.

Sustentava-se na doutrina a impossibilidade de a coisa julgada atingir questões prejudiciais, ao argumento de que contradições lógicas, entre os fundamentos de diferentes decisões, eram aceitáveis⁵³⁸. Esse posicionamento foi encampado no CPC/1973. Assim, admitia-se, com fundamento na lei, a possibilidade de flagrante colisão entre premissas de diferentes decisões, proferidas pelo mesmo juízo sobre o mesmo arcabouço fático.

O contrassenso se tornava ainda mais gritante quando a questão dizia respeito ao mérito e havia sido objeto de desimpedida produção probatória, tendo sido decidida expressamente por juiz competente. Alude-se novamente à emblemática hipótese de demanda de alimentos, cuja falta de pedido expresso no tocante à paternidade impedia o reconhecimento desta, salvo se houvesse ajuizamento de ação declaratória incidental, o que implicava mais custos e tumultuava o procedimento. A paternidade, fundamento para o direito aos alimentos, podia ser exitosamente contestada em outro processo, no qual se discutisse, por exemplo, direito sucessório.

Argumentava-se que a contradição entre fundamentos seria preferível à estabilização de matéria meritória sobre a qual a parte não apresentara pedido. Em última análise, a restrição da coisa julgada ao dispositivo era justificada no princípio da demanda, vinculando-se à ideia de que as partes seriam surpreendidas com a estabilização de temas não requeridos. Entretanto, a estabilização ocorre à luz da demanda e da resposta. Só se torna indiscutível a questão que tenha sido debatida pelas partes. Não há qualquer surpresa, nem violação ao princípio da demanda, pois o mérito é delimitado em atenção à causa de pedir, ao pedido e à exceção substancial apresentada pelo réu.

Com o propósito de evitar que o conteúdo da decisão seja questionado e modificado em outro processo, o que atingiria a previsibilidade e, desse modo, a igualdade e a liberdade, o

⁵³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 519. Do mesmo autor, *Principii di diritto processuale civile*, p. 1.153/1.154.

CPC, no art. 503, §1º, incs. I a III, e §2º, disciplina a extensão da coisa julgada à decisão das questões prejudiciais de mérito, sem que para tanto seja necessário o ajuizamento de demanda declarativa incidental. O tratamento do tema corresponde ao núcleo deste trabalho e dele são extraídas as teses abaixo indicadas, que se assentam em ideias mais amplas sobre a coisa julgada e o mérito, apontadas nos capítulos 2 e 3:

(a) a imutabilização, pela coisa julgada, atinge as questões prejudiciais de mérito, decididas expressa e incidentalmente no processo, sem que seja necessária a realização de pedido pela parte interessada, o qual, se ocorrer, caracterizará a matéria prejudicial como questão principal, mantendo-a sob a esfera de incidência do art. 503, *caput*, do CPC;

(b) a previsão no texto da locução “questão prejudicial”, bem como a necessidade de contraditório prévio e efetivo (CPC, art. 503, §1º, inc. II), impedem que a coisa julgada recaia sobre pontos prejudiciais, entendidos como afirmações não controvertidas de fato ou de direito;

(c) as partes podem reconhecer relação jurídica fundamental, não ficando a esfera de disponibilidade restrita ao reconhecimento jurídico do pedido ou à renúncia ao direito sobre o qual se funda a pretensão;

(d) a premissa para a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais é a existência de debate prévio e efetivo, sendo desnecessária a identificação de questão pelo juiz, embora se trate de medida recomendável à luz do princípio da cooperação (CPC, art. 6º);

(d1) precisamente porque a identificação da questão não é necessária, é possível que a coisa julgada atinja questão prejudicial no âmbito do julgamento antecipado do processo, na forma do art. 355, inc. I, do CPC, ficando igualmente autorizada a extensão na hipótese de julgamento antecipado parcial do mérito (CPC, art. 356, inc. II, c/c art. 355, inc. I);

(d2) a indicação, no dispositivo da decisão, da questão prejudicial decidida, é recomendável, mas não imprescindível, para que ela seja atingida pela coisa julgada;

(e) a locução “depende o julgamento do mérito”, prevista no art. 503, §1º, inc. I, do CPC, não impede a extensão da coisa julgada a questões prejudiciais decididas desfavoravelmente à parte vencedora, ficando obstada apenas a imutabilização de questões jurídicas substanciais que subordinam questões relacionadas a matéria processual;

(f) quando houver revelia não se caracteriza questão, de modo que o não comparecimento do revel impede a estabilização, pela coisa julgada, da matéria prejudicial;

(f1) todavia, na hipótese de contestação intempestiva, se o revel debater a matéria prejudicial, requerendo e produzindo provas, é possível que a coisa julgada recaia sobre ela, pois a premissa para sua incidência é a existência de debate, o qual inegavelmente ocorre nessa hipótese;

(f2) impedir a formação de coisa julgada sobre tema prejudicial, quando o réu contestou intempestivamente, mas participou do debate, implicaria beneficiá-lo em caso de derrota, pois o tema poderia ser novamente discutido, ou, pela mesma razão, penalizá-lo em caso de vitória;

(f3) se o réu apenas reconvier, a reconvenção será conexa à demanda, o que afasta a possibilidade de formação de questão e, conseqüentemente, impede a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada à matéria prejudicial;

(g) a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada exige que o juiz tenha competência absoluta para se pronunciar sobre a matéria prejudicial (CPC, art. 503, §1º, inc. III);

(h) a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada não ocorre se houver restrição probatória ou quando for sumária a cognição, mas pode ocorrer em processos com cognição parcial se houver contraditório prévio e efetivo;

(i) havendo litisconsórcio necessário e unitário para a questão prejudicial, mas facultativo para a principal, a coisa julgada fica restrita às partes, não atingindo o litisconsorte ausente;

(j) não há interesse processual no ajuizamento de ação declaratória incidental para a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais;

(k) só há interesse no ajuizamento de reconvenção quando a pretensão do réu não puder ser obtida pela contestação;

(k1) como as exceções substanciais integram o mérito e a coisa julgada pode ser estendida às questões prejudiciais, bastará ao réu contestar para com isso obter decisão estabilizada sobre questão prejudicial;

(k2) sendo possível a imutabilização de questão prejudicial decidida desfavoravelmente à parte vitoriosa na demanda, esta terá interesse na interposição de recurso contra a decisão da questão prejudicial;

(k3) havendo sucumbência recíproca decorrente da vitória na questão principal, mas da derrota na prejudicial, as verbas sucumbenciais devem ser arbitradas em conformidade com o art. 86, *caput* e par. ún., do CPC;

(k4) é cabível ação rescisória para a desconstituição da *res judicata* formada sobre questão prejudicial.

Não é possível resistir à tentação de encerrar essa tese sem uma rápida referência a Dice, filha de Têmis e Zeus, deusa grega conhecida pelos romanos como Justiça. Quando se afirma que as decisões sobre questões prejudiciais de mérito, mesmo depois de debate amplo e desimpedido, proferidas por juiz competente, não se estabilizam, impõe-se à Justiça a penosa tarefa de novamente sopesar, com a balança que sustenta em sua mão esquerda, os fatos e o direito. Isso retira dela a efetividade que pudesse ter no manejo da espada, que carrega com a mão direita. Não há como demonstrar destreza na efetivação de decisões, quando não se sabe o que foi decidido. Que essa tese possa aliviar os esforços da mão esquerda de Dice, permitindo a ela se concentrar no uso da mão direita, a fim de que seus golpes sejam sempre certos e efetivos.

Referências bibliográficas

- ALLORIO, Enrico. *La cosa juzgada frente a terceros*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- ALVIM, Arruda. Ação declaratória incidental. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais Processo Civil*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 749-808.
- _____. COUTO, Mônica Bonetti. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. v. XI. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 2 v. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.
- ARAÚJO, Luciano Vianna. *Sentenças parciais?* São Paulo: Saraiva, 2011.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (Org.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 587-603.
- ARON, Raymond. *Etapas do pensamento sociológico*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Ajuris*. Porto Alegre: 1988, v. 44, p. 25-44.

ATTARDI, Aldo. In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Bologna: Giuffrè, 1990, p. 475-539.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. v. I. 8. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, mar./abr. 1955, v. 158, p. 59-66.

BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BENEDUZZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BERLIN, Isaiah. *Ideias políticas na era romântica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BETTI, Emilio. Ragione e azione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Pádua: 1932, v. 9, p. 205-237.

BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. *Revista de processo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 2015, p. 121-143.

_____. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*. Napoli: Jovene Editore, 2012.

BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso. In:_____. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 72-132.

_____. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*. In: Mini Vade Mecum Civil e Empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CADIET, Loïc; LORIFERNE, Dominique. *L'autorité de la chose jugée*. Paris : Irjs Editions, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. Artigos 502 a 508. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.) *Breves Comentários ao Novo Código de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.280-1.310.

_____. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

_____. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. In:_____. *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1965.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

CANOVA, Augusto Cerino. *Commentario del codice di procedura civile*. v. II. t. I.Torino: UTET, 1980.

CAPPELLETTI, Mauro Cappelletti, *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, v. I. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1959.

_____. *Capo di Sentenza*. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1933, n. 2. p. 117-131.

_____. *Lezioni del diritto processuale civile*. v. II. Padova: Cedam, 1986.

_____. *Sistema del diritto processuale civile*.v. I. Milano: Padova, 1938.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

_____. *Saggi di diritto processuale civile*. v. II. Milano: Giuffrè, 1993.

COHN, Gabriel. *Crítica e resignação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes. In: LOUANDRE, Charles (org). *Œvres Politiques de Benjamin Constant*. Paris: Charpentier, 1874. Disponível em Gallica (Bibliothèque nationale de France): <<http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb340309946>>.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. v. III. 2. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. *Manual elementar de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992.

_____. Antecipação e Antecipações – Dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 233-246.

_____. Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, set/2008, n. 33, p. 359-375.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DELGADO, Jaime Guasp. *La pretensión procesal*. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

DEWEY, John. *Liberalismo, liberdade e cultura*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1970.

DIDIER JR., Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, set/2013, n. 223, p. 87-100.

_____. *Curso de direito processual civil*. v. I. 18. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

_____. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*. jan.-apr, 2015, v. 6. n. 1, 81-94. (disponível em <http://www.civilprocedurereview.com/>)

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____.; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de . *Curso de direito processual civil*. v. II. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Capítulos de sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. O fórum do princípio. In: _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.41-103.

ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1936.

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

_____. Comentários ao Código de Processo Civil. v. VIII. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Extinção do processo e mérito da causa. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais Processo Civil*. v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 351-387.

FAZZALARI, Elio. *Note in Tema di Diritto e Processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

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

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

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao código de processo civil*. v. IV. t. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FONSECA, Eduardo Gianetti. *Vícios privados. Benefícios públicos?* São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

FORNACIARI JUNIOR, Clito. Art. 343. In: TUCCI, José Rogério Cruz; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). *Código de processo civil anotado*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 505-508.

FRANÇA, Hécio Maciel França Madeira (Trad.). *Digesto de Justiniano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*. Cambridge, MASS: The Harvard Law Review Association, dez. 1978, v. 92, n. 02, p. 353-409.

GARBAGNATI, Edoardo. Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1976, p. 257-280.

GIDI, Antonio. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil reflexões inspiradas na experiência norte-americana. *Revista de processo*. São Paulo:

Revista dos Tribunais, abri./2011, v. 194, p. 101-138 (disponível em <http://www.rtonline.com.br/>).

GIORGETTI, Mariacarla. *Il principio de variabilità nell'oggetto del giudizio*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GREGO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. I. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In: _____. *Estudos de direito processual*. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 09-32.

HABSCHEID, Walter Jakob. L'Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, jul-set. 1980, n. 3, p. 454-464.

HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade*. v. II. São Paulo: Visão, 1985.

HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: Cedam, 1937.

JAHANBEGLOO, Ramin. *Isaiah Berlin: com toda a liberdade*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1996.

JORGE, Flávio Cheim *Teoria geral dos recursos*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

LACERDA, Galeno. *As defesas de direito material no novo código de processo civil*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, abri/mai/jun. 1974, v. 246, p. 160-166.

LAZZARINI, Alexandre Alves. *A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução da união estável*. 1.ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENT, Friedrich. Contributto alla dottrina dell'oggetto del processo. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*. Torino: Giuffrè, 1953, p. 431-473.

_____. *Diritto processuale civile tedesco*. Napoli: Morano Editore, 1962.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido*. São Paulo: Método, 2006

LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais Processo Civil*. v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75-97.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. atual. por Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Embargos do executado*. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952.

_____. Limites objetivos da coisa julgada. In: _____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 163-168.

_____. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano Editores, 1962.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. A extensão da coisa julgada às questões apreciadas na motivação da sentença. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev./2013, v. 216, p. 431-438 (disponível em <http://www.rtonline.com.br/>).

_____. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev./2016, v. 252, p. 79-110 (disponível em <http://www.rtonline.com.br/>)

MACHADO, Fábio Cardoso. 'Ação' e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material. In: _____.; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 139-164.

MANDRIOLI, Crisanto. Riflessioni in tema di "petitum" e di "causa petendi". *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1984, n. 3, p. 465-480

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- _____. *Antecipação da tutela*. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedentes, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar. *Revista dos Tribunais*. dez./2015, v. 962, p. 131-151 (disponível em <http://www.rtonline.com.br/>).
- _____. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*. Brasília: TRF1, mai./jun. 2016, v. 28, n. 5/6, p. 36-46.
- _____. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Teoria geral do processo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Tutela contra o ilícito* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____.; _____.; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____.; _____.; _____. *Novo curso de processo civil*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____.; _____.; _____. *Novo curso de processo civil*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. I. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1981.

- _____. *Manual de direito processual civil*. v. II. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1979.
- MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENCHINI, Sergio. *Il giudicato civile*. Torino: Utet, 1988.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Competência cível da justiça federal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition* 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.
- MESQUITA, José Ignacio Botelho de. A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença. In: _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 97-154.
- _____. A causa petendi nas ações reivindicatórias. In: _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 138-155.
- MILLAR, Robert Wyness. The premises of the judgement as res judicata in continental and anglo-american law. *Michigan Law Review*. nov. 1940, v. 39. n. 1, p. 1-36.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. v. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- _____. *Tratado das ações*. t. I. Campinas: Bookseller, 1998.
- MITIDIERO, Daniel, *Antecipação da tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, nov./dez. 2006, p. 51-78.
- _____. *Cortes superiores e cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Colaboração no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Colaboração no processo civil como prôt-à- porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*. n. 194. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2011, p. 55-68.

_____. *Precedentes: Da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MISES, Ludwig von. *Ação Humana*. 3. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

_____. *Liberalismo segundo a tradição clássica*. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MONTESQUIEU, Charles-Louis Secondat. *Do espírito das Leis*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, n. 40.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1967.

_____. *Temes de Direito Processual*. Primeira Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Temes de Direito Processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOUSSA, Tony. La délimitation de la chose jugée au regard de la matière litigieuse (demande et moyens, objet et causa). In: CADIET, Loïc; LORIFERNE, Dominique. *L'Autorité de la chose jugée*. Paris : IRJS Éditions, 2012, p. 23-36.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: 2006.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285-219.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 41-54.

_____. Presunções e ficções no direito probatório. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./2011, v. 196, p. 13-20.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. v. III. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PISANI, Andrea Proto. La tutela sommaria, In: _____. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacuccia Editore, 1982, p. 313-351.

_____. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 4. ed. Napoli: Jovene Editore, 2002.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*. Milano: Cedam, 1999.

REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./2015, v. 248, p. 43-67 (disponível em <http://www.rtonline.com.br/>).

REGO, Hermenegildo de Souza. Os motivos da sentença e a coisa julgada. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun 1984, n. 35, p. 07-23.

RICCI, Gian Franco. “Individuazione” o “sostanziazione” nella riforma del processo civile. *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 1.227-1.311.

ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. t. II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955.

RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

SÁ, Renato Montans de. *Eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. Primeiras reflexões sobre a possibilidade de a coisa julgada atingir as questões prejudiciais no novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./2016, v. 253, p. 185-207 (disponível em <http://www.rtonline.com.br/>).

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais Processo Civil*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 81-104.

SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Navarra: Thomson Civitas, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilher; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SATTA, Salvatore. Accertamento incidentale. In: CALASSO, Francesco (Coord). *Enciclopedia del diritto*. v. I. Varese: Giuffrè, 1958, p. 243-246

SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968.

_____. *Der Streitgegenstand im zivilprozess*. Munique e Berlim: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1954.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ação de Imissão de Posse*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. v. XIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. I. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. II. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Curso de Processo Civil*. v. III. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Direito Material e Processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 55-81.

_____. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Sentença e Coisa Julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Ricardo Alexandre da. Artigos 355 e 356. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.) *Breves Comentários ao Novo Código de Processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.020-1.029.

_____. *Condenação e cumprimento de sentença*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

_____. Princípio da boa-fé e o art. 489, §3º, do novo código de processo civil. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. (org.) *O dever de fundamentação no novo CPC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 359-377.

_____. Sentenças declaratórias: títulos executivos? In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). *Processo Civil em Movimento - Diretrizes para o Novo CPC*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 679-685.

SOUSA, Miguel Teixeira de. O objeto da sentença e o caso julgado material. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, out./nov./dez. 1985, v. 292, p. 123-196.

SOUZA JUNIOR, Sidney Pereira de. *Sentenças parciais no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a ideia de sociologia econômica*. Trad. Dinah Abreu Azevedo. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora UFRJ/Beca Produções Culturais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Arts. 502 a 508. In: TUCCI, José Rogério Cruz; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). *Código de processo civil anotado*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 711-728.

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

_____. Medidas urgentes (“cautelares” e “antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o Início de Correção de rota para um Regime Jurídico Único. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, mai/2003, n. 02, p. 15-28.

_____. Saneamento do processo. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais Processo Civil*. v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 281-328.

_____. “Sentença que reconhece obrigação” como título executivo (CPC, art. 475 - N, I – acrescido pela lei n. 11.232, *Revista Jurídica*. São Paulo: Editora Fonte do Direito, 2006, v. 344, p. 19-43.

TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980.

TARUFFO, Michele. Collateral estoppel e giudicato sulle questione. parte II. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1972, p. 272-300.

_____. Notas sobre a verdade no processo. In: _____. *Uma simples verdade*. O Juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 95-158.

TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile de cognizione*. Padova: CEDAM, 1989.

THEODORO JR., Humberto. Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1996, n. 81, p. 82-97.

_____. *Curso de direito processual civil*. v. I. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TRUBEK, David M. *Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo*. Trad. de José Rafael Zullo. Revista Direito GV. v. 3, n. 1. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, jan./jun. 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados, 1993, n. 40, p. 39-43.

USTÁRROZ, Daniel. *A intervenção de terceiros no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VARGAS, Jorge de Oliveira. O Novo Conceito de Sentença e o Recurso Daquela que Não Extingue o Processo: Apelação ou Agravo de Instrumento? *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2007, n. 148.

VERDE, Giovanni. Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizilità. *Rivista de diretto processuale*. Padova: Cedam, 1989, p. 175-180.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. I. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abri./2014, v. 230, p. 75-89 (disponível em <http://www.rtonline.com.br/>)

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.

WEBER, Max. *A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais*. Trad. Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, 2006.

_____. *Economia e sociedade*, 2 v. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.