

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANDRÉ LUIZ BÄUML TESSER

A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO E A RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE
LIBERDADE E SEGURANÇA JURÍDICA NA HIPÓTESE DE AÇÕES CUMULÁVEIS

CURITIBA

2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO E A RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE
LIBERDADE E SEGURANÇA JURÍDICA NA HIPÓTESE DE AÇÕES CUMULÁVEIS

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, Área de Concentração: Direito das Relações Sociais, Linha de Pesquisa: Direito, tutela e efetividade.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA

2018

T338c

Tesser, André Luiz Bäuml.

A coisa julgada sobre questão e a resolução do conflito entre liberdade e segurança jurídica na hipótese de ações cumuláveis / André Luiz Bäuml Tesser; orientador: Luiz Guilherme Marinoni. – Curitiba, 2018.
231 f.

Bibliografia: f. 218-231.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2018.

1. Coisa julgada. 2. Processo civil. 3. Segurança jurídica I. Marinoni, Luiz Guilherme. II. Título.

CDU 347.953

Catálogo na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas - SIBI
Bibliotecária: Eglem Maria Veronese Fujimoto CRB 9/1217

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia treze de agosto de dois mil e dezoito às 09:30 horas, na sala Sala de Defesas, Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar PPGD, foram instalados os trabalhos de arguição do doutorando **ANDRÉ LUIZ BÄUML TESSER** para a Defesa Pública de sua tese intitulada **A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO E A RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE LIBERDADE E SEGURANÇA JURÍDICA NA HIPÓTESE DE AÇÕES CUMULÁVEIS**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI (UFPR), CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO (UFPR), GIOVANNI BONATO (PARIS OUEST), SERGIO CRUZ ARENHART (UFPR), DANIEL MITIDIERO (UFPR). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra ao discente, para que o mesmo expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. O aluno respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela Aprovação do aluno. O doutorando foi convidado a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

Curitiba, 13 de Agosto de 2018.

LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI
Presidente da Banca Examinadora

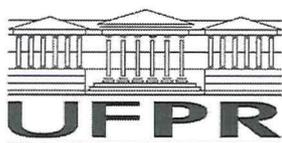
CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO
Avaliador Interno

GIOVANNI BONATO
Avaliador Externo

SERGIO CRUZ ARENHART
Avaliador Interno

DANIEL MITIDIERO
Avaliador Externo





MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **ANDRÉ LUIZ BÄUML TESSER** intitulada: **A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO E A RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE LIBERDADE E SEGURANÇA JURÍDICA NA HIPÓTESE DE AÇÕES CUMULÁVEIS**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

Curitiba, 13 de Agosto de 2018.


LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI
Presidente da Banca Examinadora


CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO
Avaliador Interno


GIOVANNI BONATO
Avaliador Externo


SERGIO CRUZ ARENHART
Avaliador Interno


DANIEL MITIDIERO
Avaliador Externo



*À Leticia, Leonardo e Maria Eduarda,
o real significado de tudo.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha amada esposa Letícia, que me apoiou, confortou e soube compreender e gerir os momentos de ausência involuntária, física e espiritual. Agradeço ainda pela presença ao meu lado e ao lado de meus filhos, todos os dias de nossas vidas.

Aos meus filhos, Leonardo e Maria Eduarda. Léo, ainda pequeno, sequer entende o significado de tanta ausência, mas, sempre soube compreender e demonstrar seu amor de forma incondicional; Duda, ainda esperando para mostrar seu rostinho ao mundo, também inspira tudo que acontece em minha vida. O fim desse ciclo é o início de um outro, com o papai ainda mais presente.

Agradeço, ainda, à minha família, berço dos meus pilares éticos, morais e intelectuais de vida, em especial aos meus pais, Tânia e Ângelo.

Um especial agradecimento ao meu orientador e mestre, Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni, desde a definição e contornos do tema até as conversas mais informais no escritório, sempre esclarecedoras nos momentos de dúvida e obscuridade.

Agradeço ainda, de forma especial, aos professores doutores Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero e Clayton de Albuquerque Maranhão, pelas críticas e observações honestas trazidas na banca de qualificação. Agradeço também pelo diálogo franco e aberto, sempre no sentido da melhoria desse trabalho.

Agradeço aos meus colegas de Doutorado e meus amigos, que me acompanharam nesta caminhada e que, de alguma forma, contribuíram para que esta etapa fosse vencida.

Agradeço ao Professor Doutor Giovanni Bonato pela receptividade e pela disponibilidade do tempo gasto com a avaliação em banca final.

E, por fim, um agradecimento especial aos meus colegas de escritório e amigos da Marinoni Advocacia: Carlos Augusto, Thiago, Djalma, Leandro, Lara, Hermínio que souberam compreender a minha ausência profissional em alguns momentos, em nome da conclusão do Doutorado e sempre estiveram prontos a supri-la com sua generosidade e companheirismo. Dentre eles, um agradecimento em específico: ao amigo Ricardo Alexandre da Silva, pela divisão das angústias, pelos debates doutrinários acalorados nas nossas salas, nos corredores e

na copa do escritório. Sua ajuda foi valiosíssima, meu amigo, com as nossas inquietações divididas, orientações de leitura e indicações bibliográficas. Muito obrigado!

RESUMO

A presente tese tem por objeto como a nova regra da coisa julgada sobre questão prejudicial no Código de Processo Civil de 2015, tornando-a imperativa e independentemente de pedido, é instrumento de resolução do conflito entre liberdade individual e segurança jurídica que existe no caso de decisões contraditórias sobre questão ou fundamento comum em processos diversos. O conflito sempre existiu porque as legislações processuais brasileiras nunca obrigaram que todos os pedidos decorrentes da mesma causa de pedir fossem cumulados e deduzidos sempre no mesmo processo, sendo sempre possível o ajuizamento de processos diversos com mesmo fundamento ou questão.

Palavras-chave: Coisa Julgada. Questão Prejudicial. Limites objetivos. *Collateral Estoppel*. Cumulação de Ações.

ABSTRACT

This thesis has the subject how the new rule of *res iudicata* over prejudice question in the “Código de Processo Civil de 2015”, making it imperative and independent of plea, is instrumento of resolution of the conflict between individual freedom and legal security that exists in the hipotesis of contradictories decisions over common question or foundation fundamento comun in different process. The conflict has always existed because the brazilian procedure rules never obligate that all the pleas resulting of the same causa petendi has been cumulated and deduced always in the same judgment, and it was always possible the proposition of different judgments with the same foundation or question.

Key words: *Res iudicata*. Prejudice question. Objective limits. *Collateral Estoppel*. Cumulation of actions.

RIASSUNTO

Questa tesi ha come oggetto la nuova regola della cosa giudicata sulla questione pregiudiziale nel “Código de Processo Civil de 2015”, trasformandola in imperativa e indipendente de richiesto, è strumento di risoluzione del conflitto tra libertà individuale e sicurezza giuridica che esiste nel caso di decisioni contraddittorie sulla questione o fondamento comun in different process. Il conflitto sempre ha esistito perchè le legislazioni brasiliani mai obbligano che tutti il richiesti derivati della stessa causa petendi dovranno essere cumulati ed dedotti nello stesso processo, ed erano sempre possibile la domanda di di processi diversi con lo stesso fondamento o questione.

Parole chiave: Cosa Giudicata. Questione Pregiudiziale. Limiti oggettivi. *Collateral Estoppel*. Cumulazione di Azioni.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
CAPÍTULO I – O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SEU COMPROMISSO COM OS VALORES LIBERAIS	20
I.1 A influência do Liberalismo na formação do Processo Civil Ocidental	20
I.2 CPC de 1973 e valores liberais: a função da jurisdição no Código Buzaid	30
I.3 A definição do <i>thema decidendum</i> e a liberdade: quem decide sobre o que o juiz vai decidir no processo liberal	38
I.3.1. As concepções germânicas	39
I.3.2. A doutrina italiana	44
I.3.3. Análise da doutrina brasileira sobre o <i>thema decidendum</i>	48
I.4 O princípio da adstrição do juiz ao pedido e os limites da atuação jurisdicional como expressão da liberdade no processo liberal	52
CAPÍTULO II – CUMULAÇÃO DE AÇÕES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: CUMULAÇÃO DE CAUSAS E DE PEDIDOS	60
II.1. Premissas gerais de compreensão sobre cumulação de ações, causa de pedir e pedido	60
II.2 A identificação da causa de pedir	65
II.2.1. Teorias da individualização e da substanciação	66
II.3. Pedido: conceito e cumulação	73
II.3.1. Conceito de pedido	73
II.3.2. Cumulação de pedidos	80
II.3.3 As relações entre causa de pedir e pedido em suas multiplicidades	86

II.3.4 Causa de pedir única e pedidos múltiplos.....	89
II.3.5 Causas de pedir múltiplas e pedido único.....	91
II.4. A cumulação subjetiva de ações e litisconsórcio passivo necessário: a mitigação da liberdade individual.....	93
II.5. A ausência de obrigatoriedade de dedução de todas as causas de pedir e de todos os pedidos potencialmente deduzidos a partir de causa de pedir idêntica na mesma relação processual e a liberdade individual.....	100
CAPÍTULO III – A DEDUÇÃO DE AÇÕES CUMULÁVEIS EM PROCESSOS DIVERSOS: O PROBLEMA DE DECISÕES CONTRADITÓRIAS SOBRE A MESMA QUESTÃO.....	101
III.1. Apresentação do problema e considerações gerais.....	101
III.2. O que é <i>questão prejudicial</i> e sua relação com a causa de pedir.....	103
III.2.1. Questões prévias: preliminares e prejudiciais.....	106
III.2.2. Prejudicialidades lógica e jurídica.....	113
III.2.3. Prejudicialidades homogênea e heterogênea, interna e externa.....	114
III.2.4. Prejudicialidades lógica e técnica.....	115
III.3. O desenvolvimento histórico da coisa julgada sobre questão e os limites objetivos da coisa julgada nas codificações processuais brasileiras: o início do movimento pendular até o CPC de 2015.....	122
III.3.1. A coisa julgada e seus limites no CPC/1939.....	122
III.3.2. O regime jurídico do CPC/1973: coisa julgada, questões prejudiciais e restrição ao dispositivo como expressão do princípio da congruência e proteção da liberdade individual.....	126
III.4. O conflito entre liberdade individual e segurança jurídica no processo civil brasileiro dos códigos de 1939 e 1973.....	130

CAPÍTULO IV – COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO NO CPC DE 2015 E A RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE LIBERDADE INDIVIDUAL E SEGURANÇA JURÍDICA..... 137

IV.1 A manutenção do princípio dispositivo e a desnecessidade de cumulação de pedidos decorrentes de causa de pedir idêntica no CPC/2015: a potencialidade do conflito entre liberdade individual e segurança jurídica 137

IV.2 Liberdade Individual x Segurança Jurídica no Estado Constitucional: colisão entre valores analisados a partir da função da jurisdição e do processo civil 138

IV.3 A coerência do discurso jurídico: a necessidade de eliminação de decisões contraditórias sobre a mesma questão 152

IV.4 A coisa julgada sobre questão no CPC de 2015 como técnica de eliminação de decisões contraditórias: o regime jurídico do novo código..... 156

IV.4.1 A aproximação do sistema brasileiro do Collateral Estoppel: os fundamentos da coisa julgada sobre questão prejudicial e indicativos de soluções de problemas a partir da principiologia..... 157

IV.4.1.a. Os fundamentos e a justificativa do *Estoppel* no direito inglês e a sua transposição para o CPC de 2015 159

IV.4.1.b. Os fundamentos e a justificativa do *Estoppel* no direito estadunidense e a sua transposição para o CPC de 2015 162

IV.4.1.c. Princípios norteadores e parâmetros interpretativos das regras do CPC 2015 da coisa julgada sobre questão prejudicial 167

IV.4.1.d. A extensão do julgamento da questão em favor de terceiro: o *non-mutual collateral estoppel* e os novos limites subjetivos da coisa julgada no CPC de 2015..... 168

IV.4.2 O CPC de 2015 e os requisitos para formação de coisa julgada sobre questão prejudicial 178

IV.4.2.a Questões prejudiciais decididas expressa e incidentemente (art. 503, § 1º, CPC)179

IV.4.2.b Desnecessidade de pedido da parte e providências do juiz 182

IV.4.2.c O debate sobre a questão como pressuposto da formação da coisa julgada: contraditório prévio, efetivo e restrição da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada na hipótese de revelia	184
IV.4.2.d Competência absoluta do juízo	197
IV.5 O fim da Ação Declaratória Incidental.....	198
IV.6 Questão prejudicial e eficácia preclusiva da coisa julgada: ainda há distinção entre os institutos?.....	201
CONCLUSÕES E TESES	209
REFERÊNCIAS	215

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 promoveu significativas mudanças no que diz respeito ao regime jurídico da coisa julgada, em especial naquilo que se denomina seus efeitos objetivos e subjetivos. Os seus artigos 503 e 506 representam dois eixos de mudança muito importantes em relação ao modelo vigente no Código de Processo Civil de 1973.

Em primeiro lugar, no que tange aos limites objetivos, o artigo 503 muda radicalmente a perspectiva até então vigente da formação de coisa julgada sobre questão prejudicial. No regime do CPC de 1973, como regra geral, a solução pelo juiz de questão prejudicial decidida incidentalmente no processo não produzia coisa julgada. Para que isso acontecesse, qualquer das partes deveria mover ação especialmente para tal finalidade, denominada *ação declaratória incidental*, que tinha por objetivo a prolação de uma sentença declaratória sobre a questão prejudicial que a resolvia de forma definitiva, com potencial de formação de coisa julgada.

E, no que diz respeito aos limites subjetivos, o *novel codex* apresenta inovação que aparentemente é modesta e pequena, pois apenas retirou duas palavras do artigo 472, do CPC de 1973. Na lei processual anterior, esse dispositivo, em sua primeira parte, estabelecia que “*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros;*”. Tal regra mostrava o caráter individualista do processo civil, pois limitava a coisa julgada às partes que haviam efetivamente participado do processo, não podendo atingir aqueles que não dele participaram. Já na nova legislação, o artigo 506 determina que “*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros*”. A mudança é clara em um sentido: a coisa julgada continua não podendo prejudicar terceiros que não participaram do processo, o que se faz em respeito ao contraditório e à ampla defesa, mas passa a poder beneficiar terceiros.

Os debates doutrinários sobre ambas as mudanças têm sido intensos, como, aliás, tem sido intensa a produção doutrinária sobre diversos aspectos do novo código. Sobre as mudanças nos limites objetivos, tem sido discutida sua amplitude, os requisitos para a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial, se a ação declaratória incidental ainda “sobrevive”, dentre outras temáticas. Já quanto aos limites subjetivos e a redação do artigo 506, o debate doutrinário

tem sido mais especificamente quanto ao alcance da regra, se ela deve ser vista em uma perspectiva restritiva ou ampliada.

O objetivo desse trabalho não é uma descrição ou uma revisão opinativa sobre as mudanças operadas no Código de 2015 quanto à coisa julgada. Nessa tese, as mudanças ocorridas nos limites objetivos e especificamente a ampliação da formação de coisa julgada para também abranger as questões prejudiciais decididas expressamente no processo serão abordadas como mecanismo que possibilitará resolver problemas decorrentes de decisões contraditórias sobre questões comuns a diferentes processos ou em processos que têm por objeto ações diversas com causa de pedir idêntica.

Isso porque, o Código de Processo Civil de 2015 manteve a sistemática de seus antecedentes legislativos no sentido de não haver obrigatoriedade de cumulação objetiva de demandas e de ações no mesmo processo, o que permite que a parte livremente escolha, se quiser, mover processos diferentes para tutela de direitos que derivam da mesma causa de pedir ou ainda que tenham questões comuns com outros processos. No regime do CPC de 1973, essa possibilidade, somada com a não formação de coisa julgada sobre questão prejudicial como regra, permitia que existissem ações (e processos) diversas em que se discutia a mesma questão, com potencialidade para que fossem proferidas decisões contraditórias sobre a questão.

O problema das decisões contraditórias sobre mesma questão – às vezes, inclusive, entre as mesmas partes – não parece ter sido enfrentado de maneira satisfatória pela doutrina, que preferiu encontrar soluções que tencionavam resolver o problema, como se verá adiante, pelo singelo argumento de que era o que a lei determinava, pois o legislador não teria se preocupado muito com eventuais decisões contraditórias sobre a mesma questão quando isso não afetava o *bem da vida* reconhecido em processo anterior.

Porém, no regime do Código de Processo Civil de 2015 parece ser possível que a formação, como regra, da coisa julgada sobre questão prejudicial diminuirá o problema das decisões contraditórias sobre a mesma questão de forma significativa. A manutenção da ausência de obrigatoriedade de cumulação objetiva de ações e de demandas com fundamento em idêntica causa de pedir ainda permitirá a existência de decisões contraditórias porque, como se verá adiante, existem requisitos para a formação da coisa julgada sobre questão prejudicial.

Porém, transformar tal perspectiva de exceção em regra certamente representará um ganho significativo no sentido da diminuição das potencialidades de tais decisões contraditórias.

Esse é o objetivo central desse trabalho e principal tese nele defendida.

Para se chegar às conclusões específicas sobre esse ponto central é preciso trabalhar com algumas premissas e substratos teóricos e históricos. Dessa forma, essa tese inicia demonstrando os compromissos ideológicos do processo civil no Brasil antes da Constituição de 1988, especialmente do Código de Processo Civil de 1973, com os valores do estado liberal. Isso é muito importante para entender porque o processo civil brasileiro adota algumas regras que representam a proteção da liberdade individual, em especial para os objetivos dessa tese: (i) a não obrigatoriedade de cumulação objetiva de ações decorrentes da mesma causa de pedir no mesmo processo, (ii) como os limites da atuação jurisdicional decisória devem ser definidos a partir da manifestação de vontade das partes e (iii) como também é a manifestação de vontade das partes que irá definir sobre o que o juiz poderá decidir com força de coisa julgada material.

Em seguida, será preciso tratar do regime jurídico da cumulação de ações no processo civil brasileiro e entender a sua conexão com o problema central desse trabalho. Nessa perspectiva será preciso também delimitar os contornos acerca da identificação e identidade de ações, para entender como são possíveis ações diversas, em processos diversos, mas com mesmo fundamento (causa de pedir).

No terceiro capítulo, será demonstrado especificamente como a não obrigatoriedade de cumulação de ações decorrentes da mesma causa de pedir e a ausência de formação de coisa julgada sobre questão prejudicial como regra pode resultar em decisões contraditórias sobre a mesma questão e como tal problema é enfrentado pela doutrina. Nessa dimensão, serão abordadas as teorias desenvolvidas pela doutrina brasileira, mas também pela doutrina italiana, especificamente porque é essa última que parece ter inspirado e influenciado as teorizações de nossos processualistas.

Finalmente, no Capítulo IV serão abordadas as modificações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 no que diz respeito à coisa julgada sobre questão e sua potencial extensão em benefício de terceiros que não participaram do processo. É nesse capítulo que, de fato, se procurará demonstrar como a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial como

regra poderá representar um ganho significativo no sentido da eliminação de decisões contraditórias sobre a mesma questão.

É claro que novas soluções sempre trazem novos problemas. Nessa tese, alguns desses novos problemas serão abordados, em especial em relação às discussões doutrinárias que vêm sendo empreendidas sobre a coisa julgada sobre questão. É importante ressaltar que, na busca de soluções desses novos problemas, não serão utilizadas somente perspectivas legislativas – até porque, boa parte desses novos problemas decorre justamente de dispositivos de lei e suas possíveis interpretações –, mas, principalmente premissas finalísticas e principiológicas. Nessa dimensão, será preciso abordar visões doutrinárias de países que há tempos lidam com as soluções que o Código de Processo Civil de 2015 pretende adotar. A abordagem dessas teorias comparadas não será feita, por lógico, de forma asséptica, mas sempre com a premissa de adaptação necessária à experiência jurídica brasileira.

Só assim será possível trazer algumas linhas, ao final, a título de conclusões.

Uma última observação introdutória parece necessária. A presente tese não tem pretensão de esgotar as temáticas aqui tratadas tampouco de apresentar uma solução definitiva sobre seu ponto central. O objetivo desse trabalho é colocar em pauta de discussão os problemas decorrentes da potencialidade de decisões contraditórias sobre a mesma questão no processo civil brasileiro e a necessidade de sua eliminação e de como a nova sistemática adotada pelo CPC de 2015 da coisa julgada sobre questão prejudicial pode auxiliar nesse sentido. Longe de se pretende traçar linhas definitivas, a pretensão dessa tese é bem mais modesta: demonstrar a necessidade de se enfrentar a questão a partir de novas premissas e apresentar algumas soluções, inclusive para novos problemas, e colocá-las em debate e à prova de discussões doutrinárias no sentido do enriquecimento das soluções. É isso que se imagina que uma tese acadêmica deve ter como principal premissa: discutir problemas, apresentar novas soluções e colocá-las em discussão, buscando sempre melhorias e evoluções sob a premissa da funcionalidade do processo civil no Estado Constitucional: outorgar, de forma tempestiva e efetiva, tutela aos direitos.

CAPÍTULO I – O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SEU COMPROMISSO COM OS VALORES LIBERAIS

I.1 A influência do Liberalismo na formação do Processo Civil Ocidental

O processo civil de tradição romano-canônica¹ nasce e é estruturado como técnica de solução de conflitos no contexto histórico da Europa Ocidental pós Revolução Francesa. Isso implica dizer que ele está naturalmente impregnado da contextualização histórica de seu desenvolvimento, em especial pelo surgimento dos chamados Estados Nacionais, fortemente marcados pela ideologia liberal clássica.

É claro que formas procedimentais de solução de conflitos já existiam muito antes de tal contexto histórico. São clássicas as noções, por exemplo, sobre os procedimentos romanos. Porém, parece não haver dúvida que, até o início do Século XIX, aquilo a que hoje se denomina processo civil não tinha qualquer estruturação teórica sofisticada, pois as formas procedimentais não eram mais do que apêndices do próprio direito material.

Ovídio Baptista da Silva, a esse respeito, asseverou que “*a ciência do Direito Processual Civil nasceu comprometida com o ideal racionalista, que acabou transformando o direito numa ciência em busca da verdade, análoga à matemática, sem qualquer compromisso com a justiça concreta, como desejavam, justamente os filósofos racionalistas que forjaram o mundo moderno*”².

¹ O termo “romano-canônico” é utilizado para definir todo um sistema jurídico que tem como raiz histórica o Direito Romano que, após o declínio do Império, continuou a ser aplicado na Europa Continental, recebendo influência direta do Direito nascido no âmbito da Igreja Católica, do qual o Processo Civil Brasileiro descende. Pode ser encontrado, por exemplo, na obra de Ovídio Araújo Baptista da Silva (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007).

² *Idem*, p.114.

A teorização do processo civil de forma autônoma ao direito material começa a ter lugar na Pandectística Germânica³, em especial, a partir da segunda metade do Século XIX. Duas obras podem ser apontadas como marcos teóricos iniciais do que se pode chamar de processo civil clássico: (i) a célebre “*Polêmica sobre a Actio*”, de Bernard Windscheid e Theodor Müther, que marca o início da separação entre o direito material e o direito processual; e (ii) a obra de Oskar Von Bülow sobre “*A Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais*” que apresenta a visão de que a relação de direito material entre as partes é diferente daquela relação que se verifica no âmbito do processo, o que permite sustentar de forma definitiva a separação entre direito material e direito processual, e a consequente autonomia, inclusive científica, desse último.

Nas palavras de Daniel Mitidiero, “como ninguém ignora, o direito processual civil nasceu como ciência, como um ramo autônomo do Direito, na Alemanha, no final do século XIX, com a publicação da clássica obra de Oskar Bülow sobre exceções e pressupostos processuais (*Dier Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, 1868)”⁴.

Portanto, nada mais consequencial que o processo civil clássico seja marcado pela mesma ideologia que permeia a atuação do estado como um todo em tal momento histórico: a proteção da liberdade individual, inclusive contra o próprio estado, e a construção de um modelo processual voltado para a solução de conflitos que envolvam a propriedade e, por conseguinte, o patrimônio.

Ademais, em tal contextualização histórica, a esfera de proteção de direitos está limitada aos direitos individuais, em especial, é claro, liberdade e propriedade. Não se cogita, é claro, falar de direitos coletivos. A expressão máxima de titularidade de direitos é o indivíduo.

³ A *Pandectística Germânica* é um movimento de juristas germânicos do Século XIX marcado pelo retorno às fontes romanas e sua releitura que têm por marcas distintivas: (i) buscar nas fontes romanas a justificação (e legitimação) histórica de um direito atual (por essa razão, é igualmente denominada *Escola Histórica* (por exemplo, LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito. Vol. 1.** Martins Fontes: São Paulo, 2008); (ii) adotar como premissa teórica uma *purificação conceitual*, com uma espécie de neutralidade científica, a exemplo das ciências exatas e que pretende expurgar de toda a produção científica aquilo que não for puramente normativo. Veja-se, em resumo, e de forma consistente: MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid. Revista de Processo, n. 183.* RT: São Paulo, 2010, p. 165-194.

⁴*Idem*, p.167.

Esse modelo processual, construído a partir da releitura germânica dos textos romanos clássicos⁵ e concebido para dar suporte ao estado liberal clássico e sua necessidade de reafirmação no contexto da Europa ocidental do Século XIX, receberá notável influência da doutrina italiana da primeira metade do Século XX.

As primeiras teorizações de Giuseppe Chiovenda, um leitor atento e devotado das lições germânicas dos pandectistas, é talvez o grande referencial teórico da produção italiana sobre o processo civil e de sua construção como disciplina própria.

Daniel Mitidiero, a respeito do tema, afirma que “Giuseppe Chiovenda é o elemento de ligação da cultura jurídica alemã com a italiana, encampando o programa científico alemão e levando-o à Itália”⁶. Outro fundamental processualista italiano do século XX, Piero Calamandrei⁷, evidenciava a influência e a importância de Chiovenda para si – e para o processo civil italiano, a ponto de lhe chamar de *Il Maestro*.

É de Chiovenda a afirmação, em um texto denominado “*Romanesimo e Germanesimo nel processo civile*”, de que a obra de Bülow “che mentre appartiene anche’esso a questa fioritura storica come ricostruzione di pura dogmatica romana, d’altro lato ponendo in particolare luce il lato pubblico del diritto processuale inaugura in questo campo un nuovo indirizzo”⁸.

Não se olvide, ademais, que Chiovenda é reconhecido, por Francesco Carnelutti⁹, como o fundador da nova escola processual italiana.

⁵ Mais uma vez, a referência às lições de Daniel Mitidiero é esclarecedora. Para o autor, “Do ponto de vista histórico, Bülow procurava fundamentar e legitimar suas construções teóricas a partir do direito romano clássico. Também aqui o recurso ao direito romano não é algo que singularize apenas a sua obra. Nesse mesmo período, escreve Karl Friedrich Von Savigny sua mais conhecida obra civilística, cuja fundamentação vai buscada justamente, e não por acaso, no mesmo direito germânico clássico – o *Sistema de Direito Romano Atual (System des heutigen römischen Rechts, 1841-1847)*. O recurso ao direito romano como fator de legitimação das construções jurídicas era o método pelo qual os juristas alemães buscaram, em realidade, dar unidade ao Direito alemão e daí a própria ideia então em voga de Império Germânico”. (MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid (...)*, p.169).

⁶ MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid (...)*, p.170-171.

⁷ Sobre isto veja-se: (i) CALAMANDREI, Piero. *Il nostro Maestro. Rivista di Diritto Processuale*. vol.14. parte 1. p. 301 e ss. Padova, 1937 e (ii) CALAMANDREI, Piero. *In memoria di Giuseppe Chiovenda*. Padova: Cedam, 1949.

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Romanesimo e Germanesimo nel Processo Civile. Saggi di diritto processuale civile. Volume Primo*. Giuffrè: Milano, 1993, p.190. Em tradução livre “que enquanto pertence também a esse florescimento histórico como reconstrução de pura dogmática romana, de outro lado colocando em particular evidência o lado público do direito processual, inaugura nesse campo uma nova direção”.

⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Giuseppe Chiovenda. Cavaliere dell’ordine civile di savoià. Rivista di diritto processuale civile*. Cedam: Padova, 1937, p. 212.

E é na formulação teórica de Chiovenda que é possível encontrar de forma muito clara a ideologia liberal¹⁰, especialmente para a teoria política, especialmente na relação entre ideário político liberal e o papel da jurisdição.

Parece decisiva a construção teórica de Chiovenda sobre o papel da jurisdição nesse sentido. A afirmação de que a jurisdição, para o mestre florentino, é a atuação da vontade da lei¹¹ demonstra clara referência ao estado liberal clássico, que tem na lei o seu grande elemento de segurança jurídica, o que condiciona a atuação do juiz no processo civil. A aproximação de tal concepção com a ideia de Montesquieu, o célebre teórico político da Revolução Francesa, de um juiz “boca da lei” é inegável.

Nesse particular, veja-se as argutas observações de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero sobre a jurisdição na obra de Montesquieu. Para eles.

Para Montesquieu – autor da obra que idealizou a teoria da separação dos poderes recepcionada pelo Estado Liberal –, o “poder de julgar” deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, meramente cognitiva e logicista, não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria também o poder de executar materialmente as decisões que constituem o “poder de julgar”. Nesse sentido, o poder dos juizes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, pois o julgamento deveria ser apenas um “texto exato da lei”. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo”¹².

Ora, a aproximação entre a concepção da atividade do *poder de julgar* de Montesquieu, limitada a afirmar um *texto exato da lei* e a função da jurisdição para Chiovenda de *atuação da vontade da lei* é evidente.

¹⁰ Michele Taruffo afirma textualmente que “Chiovenda é um liberal”, em especial para refutar algumas ilações que apontam o mestre florentino como um dos precursores da ideologia fascista. (TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A Justiça Civil – da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje**. RT: São Paulo, 2018, p.222.

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil, vol. I**, trad. José Casais e Santló. Madrid: Editorial Reus, 1922, p.82-83. É de se fazer o registro histórico que já em 1903, na célebre *Prolusione di Bologna*, posteriormente publicada ao título de *L'azione nel sistema dei diritti*, Chiovenda já havia afirmado que a ação é “il potere giuridico di porre in essere la condizione per l’attuazione della volontà della legge” (CHOIVENDA, Giuseppe. *L'azione nel sistema dei diritti*. **Saggi di diritto processuale civile. Volume Primo**. Giuffrè: Milano, 1993, p.6).

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil. Volume 1: Teoria do Processo Civil**. RT: São Paulo, 2015, p. 31.

E, notadamente, a lei é, para o Estado Liberal Clássico, o grande invólucro da segurança jurídica indispensável e que protege os cidadãos (e os direitos) até mesmo do próprio Estado.

Para Cappellini, a lei (e, na verdade, a sua expressão totalizante da Modernidade: o *Código*) exercerá um papel fundamental na estrutura do Estado Moderno, pois este, enquanto ente que representa, na organização social de seu período, uma resultante de forças no sentido do sacrifício de todos os direitos a uma finalidade política de convivência social, sob o manto do que se chama de “interesse estatal”, precisará da força unificadora e totalizante que advém da legislação codificada, como sua “inelutabile premessa”¹³.

Logicamente, ao mesmo tempo em que o Estado representa “um sacrifício de todos os direitos”, é preciso alocar em algum lugar a proteção destes mesmos direitos, de maneira a manter equilibradas as forças sociais que dão sustentação ao próprio ente político. E é justamente no Código (como visto, expressão máxima da lei), de pretensão unitária e totalizadora, que a Teoria do Estado Moderno tratará de depositar o invólucro inviolável da proteção dos direitos. É a partir do advento da Modernidade que o ente político passa a ser visto então como “Estado de Direito”, pois, seu próprio fundamento de validade, enquanto entidade abstrata de representação e organização social, é a lei, que consagra os direitos individuais mínimos a serem protegidos.

Nesta teia entrelaçada de condições e relações, não se pode olvidar de outro elemento característico importante da Modernidade, e do Estado Liberal Clássico, que é o monismo das fontes de produção de norma jurídica, que Paolo Grossi bem identificou. Neste período, somente se pode considerar como fonte de normatização jurídica a lei, e essa é única e exclusivamente produzida justamente por aquele ente abstrato que a produz como fundamento de sua própria validade: o Estado.

É por isto que Paolo Grossi, para falar da Modernidade, a define como um período em que “*Prima il diritto, c'è lo Stato*” (Antes do direito, existe o Estado). Grossi dirá mais, que somente compete ao Estado qualificar uma regra como jurídica, pois o direito é um produto “*interamente generato del ventre dello Stato*”, o que torna a o Estado um ente dotado de exclusiva soberania jurídica, em detrimento de toda e qualquer ordem social que queira produzir

¹³ CAPPELLINI, Paolo. *Storie di concetti giuridici*. G. Giappichelli Editore: Torino, 2010, pág. 119.

norma jurídica e que, se estabelece regras de comportamento para seus membros, serão vistas pelo direito de duas formas: com indiferença ou com ilicitude¹⁴.

Isto também traz como conseqüências, segundo Grossi, uma relação de quase necessidade entre poder político e jurídico, pois o direito é, na sua essência, voz e expressão de um poder¹⁵. E, se é assim, e o direito, na Modernidade, é ditado exclusivamente pelo Estado, na sua expressão máxima (lei), o direito passa a ser uma representação exclusiva do poder político estatal.

Justamente como conseqüência disto que Grossi vai afirmar que os códigos oitocentistas (e, portanto, as *leis*) podem ser qualificados como burgueses (como expressão da classe política dominante) e que, em razão disto, os códigos então não são, para ele, de direito privado, mas sim de direito público, embora chamados a regular as relações entre particulares¹⁶.

As relações interpenetradas entre político e jurídico, para Grossi, na Modernidade, são tão intensas que ele as resume com a seguinte frase: “Insomma, il diritto é una proiezione dello Stato, una sua dimensione, e si ritiene una conquista di civiltà giuridica il rigoroso principio della territorialità: un unico Stato per un unico territorio, un unico diritto per quel territorio”¹⁷.

Na mesma toada, Tarello aponta o desenvolvimento do processo de codificação e de produção legislativa, portanto, que acontece na Europa Continental do final do século XVIII ao início do século XIX¹⁸, como algo diretamente político. Mais do que isto, um processo, portanto, unido à renovação político-liberal burguesa¹⁹.

¹⁴ GROSSI, Paolo. Un diritto senza stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale “in” Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, XXV (1996), págs. 267/284 (em <http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/25/quaderno.pdf#067>), pág. 272.

¹⁵ *Idem*, pág. 272.

¹⁶ *Ibidem*, págs. 272/273.

¹⁷ GROSSI, Paolo. Un diritto senza stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale.., pág. 273 (em tradução livre: “Em resumo, o direito é uma projeção do Estado, uma dimensão sua, e se acredita uma conquista de civilidade jurídica o rigoroso princípio da territorialidade: em único Estado num único território, um único direito naquele território”).

¹⁸ Aqui, parece ser importante ressaltar que a delimitação temporal é, efetivamente, de Giovanni Tarello. Isto porque o fenômeno da codificação pode ser visto como algo que se consolida ainda no final do século XIX na própria Europa Continental (como, por exemplo, as codificações italianas de 1865, após a unificação do Reino da Itália) e que, inclusive, em alguns países que foram colônias européias, o processo codificador vai acontecer mais tarde, com resultados, por exemplo, no Brasil, já no início do Século XX, o que acontece, também pelo advento da independência política de alguns destes países. Aliás, sobre as particularidades do processo de codificação civil no Brasil, veja-se: FONSECA, Ricardo Marcelo. Dall diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento. “in” Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, XXXIII/XXXIV (2004/2005), págs. 968/983 (em <http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/33/quaderno.pdf#0963>)

¹⁹ TARELLO, Giovanni. Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII, Parte I. Università di Genova: Anno accademico 1970-1971, pág. 26.

Desta forma, sem qualquer sombra de dúvida, parece possível afirmar que as máximas expressões legislativas da Europa Continental do período liberal-burguês (os *Códigos*) guardam intensa e indissociável relação com o momento político dos países nos quais o fenômeno da codificação ocorreu. As relações, então, entre o político (Estado) e o jurídico (Código) mais do que acontecem: são condicionantes e resultantes, cada qual à sua maneira, um do outro. Neste período, aliás, não se pode falar em *lei* sem se falar em *Estado*. Aliás, como salientado alhures, a lei é produto estatal; e mais, é produto exclusivamente estatal, pois a ordem jurídica somente conceberá e entenderá como norma jurídica aquelas emanadas diretamente dos órgãos estatais. A produção legislativa, então, é dotada de absoluta e exclusiva *estatalidade*, em uma prova incontestada da indissociabilidade entre político e jurídico na Modernidade e que marca a ideologia, formação e consolidação do Estado Liberal Clássico.

Na legislação e na teorização que dão sustentação ao Estado Liberal Clássico, os ideais das revoluções burguesas (não se pode esquecer, portanto, de *liberdade, igualdade e fraternidade*) serão pontos-chaves na sua formulação. É de Montesquieu a afirmação de que

Num Estado, quer dizer, numa sociedade onde há leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer, e em não ser obrigado a fazer o que não se deve querer. (...) A liberdade é o direito de fazer tudo que as leis permite. Se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ela já não teria liberdade, pois os outros teriam igualmente esse poder (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 4ed.** Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. Saraiva: São Paulo, 1996, p.163).

A lei, portanto, é o elemento que inclusive condiciona a liberdade²⁰. E, os Estados Modernos, de inspiração liberal, vão conformar em sua formulação teórica político-jurídica a sua correlação.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero asseveram, tratando do tema, que “o princípio da legalidade tinha estreita ligação com o princípio da liberdade, valor

²⁰ Pietro Costa, escrevendo sobre o Estado Direito, sintetiza bem a ideia: “É exatamente do nexa entre liberdade e lei que nasce a possibilidade de conter o arbítrio do príncipe a tutelar a segurança dos sujeitos” (COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de direito: história, teoria e crítica.** Trad. Carlos Alberto Dastoli. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. 102.

perseguido pelo Estado liberal a partir das ideias de a Administração apenas podia fazer o que a lei autorizasse e de que os cidadãos podiam fazer tudo que a lei não vedasse”²¹.

Ora, e é sob a égide dessa ideologia marcada pela proteção dos direitos dos cidadãos contra as arbitrariedades estatais, na expressão máxima da defesa de suas liberdades individuais, que a teorização sofisticada de Chiovenda, leitor atento e estudioso dos germânicos que iniciaram o processo de formação e autonomia do processo civil, restará sedimentada.

São definitivas as palavras de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero nesse sentido, para quem

Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Recorde-se que, na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. (...) os princípios básicos da escola chiovendiana – sobre os quais, aliás, formaram-se a moderna doutrina processual italiana e a doutrina processual brasileira, especialmente aquela ligada à formação do Código Buzaid de 1973 – foram inspirados no modelo institucional do Estado de Direito de matiz liberal, revelando de tal modo uma continuidade ideológica em relação ao pensamento dos juristas do século XIX²².

E essa marca ideológica, em especial da supremacia da lei nas relações entre legislativo-judiciário, e seus respectivos reflexos no exercício da jurisdição (e, portanto, no campo do processo civil) não passou despercebida de Ovídio Baptista da Silva.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil. Volume 1: Teoria do Processo Civil**. RT: São Paulo, 2015, p. 33.

²²MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil. Volume 1: Teoria do Processo Civil**. RT: São Paulo, 2015, p. 41-42. Não se olvide, por outro lado, que os mesmos autores, ao tratarem dessa concepção de jurisdição, ressalvam que “São de Lodovico Mortara as primeiras lições endereçadas a essa concepção de jurisdição, as quais levaram os próprios processualistas chiovendianos a confessar o seu papel de jurista de transição entre a escola exegética e a escola histórico-dogmática, fundada por Giuseppe Chiovenda. É possível que o *Commentario del código e delle leggi di procedura civile* de Mortara afirmou, pela primeira vez, a natureza pública do processo civil. Como reconheceu Chiovenda, o grande mérito de Mortara foi o de ter pensado o processo civil como instituto de direito público, “o qual foi o ponto de partida dos progressos sucessivamente obtidos no nosso campo”” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil. Volume 1: Teoria do Processo Civil**. RT: São Paulo, 2015, p. 40).

O processualista gaúcho, tratando daquilo que chamava de *ideologia da ordinariedade*²³, relembra também a relação entre Estado Liberal e processo civil, ao asseverar que

Imagina-se que os juízos de certeza exigidos do julgador pelo Processo de Conhecimento (ordinário) sejam a fórmula capaz de clarificar, através de um ato de pura *inteligência*, a *vontade* do legislador, confirmando o pressuposto de que o juiz é tão somente a *boca que pronuncia as palavras da lei*, ou, como disse Chiovenda, o juiz que *atua a vontade concreta da lei*²⁴.

Em obra recente, Gustavo Osna também aponta para essa influência liberal no processo civil, afirmando que o “florescimento de um Estado centralizador também foi determinante para a construção o direito processual civil. Mais do que isso, no âmbito de um Estado *liberal*, formou-se um processo em que preponderavam cores também *liberais*”²⁵.

As relações entre o modelo de Estado Liberal e o processo civil, então, restam evidenciadas. Nesse modal, o ente público, inclusive no exercício do monopólio jurisdicional²⁶, atua muito mais em um sentido negativo, protegendo os direitos de liberdade e propriedade e procurando não interferir na liberdade individual do cidadão. O sistema jurídico, então, é marcado por uma atuação passiva do Estado. E, claro, o processo civil estruturado para esse tipo de organização estatal (e social) igualmente será marcado por uma atuação muito mais passiva e não interventiva do estado-juiz na solução dos conflitos individuais.

Isso implica dizer que o processo civil, na sua concepção clássica, tem, como todo ferramental jurídico, um lugar no tempo e na história.

²³ Para ele, a ideologia da ordinariedade “assenta-se no falso pressuposto – que constituía o sonho de Leibniz – de que a moral e o direito sejam tão demonstráveis como qualquer teorema matemático; e que a norma jurídica, fruto de um legislador iluminado, sendo por isso tão compreensivelmente clara, haveria de ter, invariavelmente, sentido unívoco, e a sentença, sendo produto de um juízo de certeza, teria de representar a única solução correta” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.182).

²⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.182.

²⁵ OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual**. RT: São Paulo, 2017, p. 22.

²⁶ *Idem*, p. 15 e ss.

A construção histórico-dogmática de Chiovenda para o processo civil foi, como visto, marcante para a doutrina italiana que o seguiu. Em especial, dois grandes processualistas formularam suas teorias da jurisdição sobre bases chiovendianas.

Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei foram dois processualistas que, embora tenham desenvolvido suas teorizações em algum sentido diverso de seu *Maestro* Chiovenda, não conseguiram de toda forma desvencilhar-se da base comum que liga a atividade jurisdicional a um exercício de poder estatal estritamente vinculado e subordinado à lei, o que é, como se apontou anteriormente, uma influência marcante e clara do modelo liberal do Estado moderno no processo civil.

A importância da obra de Carnelutti e Calamandrei para o processo civil italiano do Século XX é mais do que notória²⁷. Ambos foram partícipes mais do que atuantes na formação do *Codice di Procedura Civile* italiano de 1942, realizado em decorrência da fixação de Mussolini em reescrever a legislação italiana do período da unificação, de 1865. Carnelutti, sediado em Roma, era o grande centralizador do projeto de reforma da legislação processual civil italiana, ao passo em que Calamandrei foi “recrutado” junto à universidade florentina na qual lecionava para participar igualmente dos trabalhos reformistas. Mais do que isso, suas ideias e lições circularam com grande influência sobre a doutrina processual italiana, inclusive por suas relações com a produção literária e o magistério universitário.

Sem a pretensão – e a necessidade – de se revisitar as teorias de Carnelutti e Calamandrei sobre a jurisdição, para os fins da presente obra, basta ressaltar que, como já visto, ambas possuem a mesma base ideológica liberal comum à Chiovenda.

É mais do que correta a observação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, de que

²⁷ Franco Cipriani redigiu um belo e exemplar trabalho sobre a história da formação e elaboração do Código de Processo Civil italiano de 1942, reunindo diversos documentos da época, como cartas trocadas entre representantes do Governo (como Dino Grandi) e os processualistas encarregados da reforma, como, por exemplo, Francesco Carnelutti e, claro, Piero Calamandrei. (CIPRIANI, Franco. *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti: riflessioni e documenti nel cinquantenario dell'entrata in vigore*. Napoli: ESI, 2001). Neste trabalho, também constam as palavras dirigidas por Mussolini aos componentes da *Comissione del Senato e della Camera dei Fasci e delle Corporazioni e al Comitato legislativo* para a reforma do Código sobre este (p. 217-218).

As concepções de Carnelutti e Calamandrei, apesar de filiadas à teoria unitária do ordenamento jurídico, não se desligaram da ideia de que a função do juiz está estritamente subordinada à do legislador, devendo declarar a lei. Na verdade, a distinção entre a formulação de Chiovenda e as de Carnelutti e Calamandrei está em eu, para a primeira, a jurisdição declara a lei, *mas não produz uma nova regra que integra o ordenamento jurídico*, enquanto, para as demais, a jurisdição, *apesar de não deixar de declarar a lei*, cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico.

E se, de alguma forma, a atividade do julgador está subordinada à lei, seja porque somente declara sua vontade (Chiovenda) seja porque, a partir dela, cria nova regra que integra o ordenamento jurídico, ao menos para as partes, (Carnelutti e Calamandrei), não há como negar a influência liberal na formulação das teorias sobre a jurisdição e, em última análise, sobre a função do processo civil nesse modelo.

O processo civil brasileiro e suas construções teórico-dogmáticas e legislativas, sem qualquer dúvida, sofreram inegável influência dos modelos e teorizações processuais concebidas a partir dessa matriz. É disso que se tratará adiante.

I.2 CPC de 1973 e valores liberais: a função da jurisdição no Código Buzaid

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973, denominado por muitos, em sua redação original de *Código Buzaid*²⁸ foi formado e elaborado impregnado das lições da doutrina italiana clássica do início do século XX, em especial Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Enrico Tullio Liebman. E, por essa razão, a legislação brasileira, ainda que aparentemente de forma tardia²⁹, nasce impregnada pela ideologia liberal clássica que, como visto, marcou a construção teórico-legislativa italiana.

²⁸ A expressão pode ser encontrada, por exemplo, em ensaio de Daniel Mitidiero (MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. **Revista de Processo**, n. 183. RT: São Paulo, 2010, p. 165-194). O processualista gaúcho divide a história da CPC de 1973 em dois momentos: (i) de sua redação original até 1994; e (ii) de 1994 em diante, “ano em que se iniciaram as reformas estruturais do Código de Processo Civil” (MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. (...), p. 176). Mitidiero denomina o primeiro momento de *Código Buzaid*, em alusão a Alfredo Buzaid, relator do Anteprojeto do código e chama o segundo momento de *Código Reformado*.

²⁹ É possível sustentar que a sistematização e a ideologia liberal clássica chegaram de forma tardia à legislação processual civil brasileira, porquanto é expressão de um movimento de codificação iniciado, como já apontado, ao final do século XVIII e início do século XIX, na Europa Ocidental, e que tem por característica mais marcante a elaboração de textos legislativos totalizantes e unitários sobre determinados ramos do direito. Nesse sentido, aliás, o CPC de 1973 nasce como a resposta processual necessária ao Código Civil de 1916. Ou seja, mesmo

A esse respeito, Daniel Mitidiero assevera com inegável correção que

A influência da processualística alemã do final do século XIX e, mais fortemente, da doutrina italiana da primeira metade do século XX na formação do Código Buzaid é evidente. Atesta-o Buzaid, ao recomendar as Instituições de Chiovenda como livro-chave para sua compreensão e ao consagrá-lo como “um monumento imperecível de glória a Liebman, representando fruto de seu sábio magistério no plano da política legislativa; atesta-o Cândido Rangel Dinamarco, com a indicação do Manual de Liebman como o “guia mais seguro para perfeita compreensão de nossa lei processual³⁰.

A influência da doutrina italiana da primeira metade do século XX deve ser creditada, é claro, pela circularização das obras de Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei. Porém, parecem mais do que decisivas as relações que Enrico Tullio Liebman manteve com Alfredo Buzaid (e, na verdade, com toda a escola processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

Enrico Tullio Liebman, em razão de sua ascendência judia, foi perseguido pelo regime totalitário de Mussolini na Itália, vindo a se refugiar na América do Sul, inicialmente na Argentina e, posteriormente, no Brasil³¹. Aqui, após curto período em Minas Gerais, deitou suas raízes em São Paulo e começou a lecionar processo civil, como professor contratado, para ministrar um curso de extensão universitária na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo³².

considerando-se apenas o ordenamento jurídico brasileiro, o CPC de 1973 nasce quase sessenta anos atrasado. Mais do que isso, o código, de cores fortemente liberais, aparece em um momento que a própria Europa Continental, especialmente por conta do pós-guerra, já não mais é marcada pela totalizante figura do Estado Liberal Clássico, por conta especialmente das Constituições que sobrevieram à Segunda Grande Guerra. É curioso que, embora em sua estrutura e ideologia, o CPC de 1973 esteja muito mais próximo do Código Civil de 1916 do que da Constituição da República de 1988, em termos cronológicos essa aproximação se inverta.

³⁰ MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. (...), p.176-177.

³¹ CIPRIANI, Franco. *Il codice di procedura...* cit., p. 29.

³² BUZOID, Alfredo. *A influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro*. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66795/69405>, acesso em 15-05-2018. Diversos foram os ensaios escritos, principalmente por processualistas formados na Universidade de São Paulo sobre a influência de Liebman no processo civil brasileiro. Veja-se ainda: (i) GRINOVER, Ada Pellegrini. *O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil*. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67069/69679>, acesso em 15-05-2018; (ii) DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 487-512; (iii) VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Enrico Tullio Liebman e a processualística brasileira*. Disponível em:

Na Universidade de São Paulo, Liebman teve como um de seus principais interlocutores (e discípulos) justamente Alfredo Buzaid, o futuro relator do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 e Ministro da Justiça à época de sua publicação. A influência não poderia ser mais óbvia. A devoção intelectual de Buzaid por Liebman é encontrada em toda obra do processualista paulista, mas, sobretudo, em um ensaio escrito especialmente para tratar da influência do mestre italiano no processo civil brasileiro³³. Seria, portanto, mais do que natural, que o CPC capitaneado por Buzaid fosse marcado pela influência liebmaniana³⁴.

E, é claro que a formação de Liebman também faz com o mestre italiano circule no Brasil das ideias de seus conterrâneos. Liebman, por exemplo, adaptou as célebres *Istituzioni* de Chiovenda, apondo notas e comentários com referências à realidade e a experiência brasileira.

A importância de Liebman para o processo civil brasileiro que se forma também no Código de Processo Civil de 1973 é inegável. Cândido Rangel Dinamarco, comentando homenagem ao mestre italiano realizada em São Paulo em 1984, fala de tal influência, inclusive mencionando as raízes germânicas e chiovendianas do pensamento de Liebman. Nas palavras de Dinamarco,

quando se fala na *Escola Processual de São Paulo*, que verdadeiramente constitui hoje uma linha metodológica *brasileira* em direito processual, as lembranças convergem àquele que, durante os anos difíceis da Segunda Guerra, veio ter ao Brasil e aqui soube conduzir um movimento de atualização da nossa processualística, segundo os princípios jurídico-científicos relevados na revolução operada a partir da obra de Oskar von Bülow e ao longo das históricas lições de Giuseppe Chiovenda. (...) Por isso é que legitimamente vem Liebman proclamado como o pai da *Escola Processual de São Paulo*³⁵.

<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17502/material/67070-88480-1-PB.pdf>, acesso em 15-05-2018.

³³ BUZOID, Alfredo. *A influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro*. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66795/69405>, acesso em 15-05-2018.

³⁴ No ensaio em que trata da influência de Liebman no CPC de 1973, Buzaid cita vários exemplos. Talvez, os mais marcantes sejam a positividade das chamadas *condições da ação* (em especial, no artigo 267, VI, do código), da disciplina sobre a coisa julgada e de todo regramento do processo de execução. São temas que são mais do que centrais e marcantes na obra de Liebman e que são, de alguma forma, recepcionados pelo CPC de 1973.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3 ed. Tomo I. Malheiros: São Paulo, 2000, p.7-8.

Liebman (e sua obra) também é marcado por lições de Carnelutti e Calamandrei³⁶. Em relação ao mestre florentino, basta lembrar que, por exemplo, no seu artigo denominado “Unità del procedimento cautelare”³⁷ faz diversas observações sobre a obra de Calamandrei como fundamento de suas próprias ideias e lições sobre o tema da tutela cautelar.

Nesse contexto, a influência da doutrina italiana no CPC de 1973 é facilmente visualizável³⁸. A teoria de Liebman sobre as condições da ação e sua posituação no artigo 267; o *Poder-geral de Cautela*, previsto no artigo 798 e as lições de Calamandrei ao final de sua monografia clássica sobre a temática dos provimentos cautelares³⁹; o regramento sobre o processo de execução; a construção teórica de Carnelutti, acerca do processo cautelar como *tertium genus* de atividade jurisdicional⁴⁰, são apenas exemplos dessa influência. Aliás, a epígrafe da Exposição de Motivos no CPC de 1973 é, justamente, uma passagem da obra de Giuseppe Chiovenda, sobre a reforma da legislação processual⁴¹.

Dessa forma, o Código de Processo Civil de 1973 também será marcado pela ideologia liberal clássica que se faz presente nas formulações teóricas da doutrina italiana, como visto no item anterior. Como bem ressalta Daniel Mitidiero, “não pode causar espanto, pois, o fato de o Código Buzaid ser considerando, em suas linhas gerais, um Código individualista,

³⁶ Luis Eulálio de Bueno Vidigal trata das influências de Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei sobre a obra de Liebman também. Veja-se: VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Enrico Tullio Liebman e a processualística brasileira*. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17502/material/67070-88480-1-PB.pdf>, acesso em 15-05-2018.

³⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, em especial, p. 104-110.

³⁸ Daniel Mitidiero já tratou do tema com profundidade e extensão. MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid (...)*.

³⁹ Calamandrei, ao final de sua obra clássica, se permite fazer uma série de indicações para a reforma do processo civil (italiano, em específico), apontando que se a pretensão é para um fortalecimento do próprio processo executivo, é necessário começar com uma “*oculata cura ricostituine del sistema cautelare*”, assinalando uma série de defeitos do processo civil no que tange aos provimentos cautelares. E a primeira de suas observações é justamente no sentido da falta da atribuição ao juiz de um “*potere cautelare generale*”, que permitisse a adoção de medidas cautelares que melhor correspondessem ao caso concreto, ainda que não tivessem sido expressamente previstas como tal na legislação (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p.146-147).

⁴⁰ A caracterização do *processo (e da tutela) cautelar* como um *tertium genus* foi idealizada por Francesco Carnelutti, na sua obra marcante denominada *Diritto e processo*. Para uma leitura concisa e rápida sobre a teorização carneluttiana, veja-se MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela...* cit., em especial, p. 33-36. A expressão *tertium genus* a justificar um livro próprio para o Processo Cautelar no CPC de 1973 está presente, inclusive, na Exposição de Motivos da legislação (disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf>, acesso em 15-05-2018).

⁴¹ Exposição de Motivos do CPC de 1973. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf>, acesso em 15-05-2018, p.7.

patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica, pensado a partir da ideia de dano e preordenado a prestar tão somente uma tutela jurisdicional repressiva”⁴².

Já na sua Exposição de Motivos, se faz referência a expressões desse ideário liberal.

A ideia, puramente racionalista e iluminista, de que o processo é uma ciência dotada de neutralidade e universalidade⁴³ é encontrada na afirmação de que “Um Código de processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão uma conquista de valor universal”⁴⁴. Aliás, tal expressão denota o fenômeno bem percebido por Daniel Mitidiero de que “o Processualismo impôs à ciência processual um atitude neutra com relação à cultura”⁴⁵.

Mitidiero, com lucidez, afirma que

O Código Buzaid teve por base a cultura dos Oitocentos, seja porque alimentado pelo conceitualismo europeu que a pressupunha, seja porque teve como referência as situações substanciais do Código Civil de 1916, igualmente embevecido em enorme parte pelas ideias do *Code Civil* de 1804 e pelas lições de Savigny, dada a influência do *Esboço* de 1864 de Teixeira de Freitas na sua redação⁴⁶.

A visão do papel da jurisdição, como monopólio estatal para solução dos conflitos, e de sua função para a atuação e observância da lei, tão marcantes para a ideologia liberal clássica, também estão presentes na Exposição de Motivos, como, por exemplo, nas afirmações de que “O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar a justiça. (...) impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. (...) Assim observado, o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei”⁴⁷. As referências à teoria da jurisdição de Chiovenda (atuação da vontade da lei) e de Carnelutti (a composição dos conflitos) são inegáveis.

⁴² MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. (...), p.182.

⁴³ Veja-se, por brevidade: SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. (...).

⁴⁴ Exposição de Motivos do CPC de 1973. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf>, acesso em 15-05-2018, p.12.

⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. (...), p.182.

⁴⁶ TARUFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A Justiça Civil – da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. (...), p.415.

⁴⁷ Exposição de Motivos do CPC de 1973. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf>, acesso em 15-05-2018, p.12-13.

Para fins da presente obra, é importante ressaltar algumas premissas sistêmicas e regras que ressaltam os valores liberais, em especial a liberdade individual, uma vez que sua expressão no processo é de fundamental importância para compreender as perspectivas defendidas nessa tese. Todavia, é de se advertir que as situações adiante tratadas são apenas exemplificativas e não esgotam o arcabouço jurídico de inspiração liberal no Código de Processo Civil de 1973.

No âmbito da legitimidade ativa, claramente tal perspectiva se faz presente. O artigo 6, do CPC de 1973, prescrevia que “*Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*”.

Tal regra também está em consonância com a ideia da inércia da jurisdição (art. 2, do CPC de 1973⁴⁸) e de que o processo civil começa por iniciativa da parte (art. 262, CPC de 1973⁴⁹).

Logo, a regra processual determina que somente pode propor a ação aquele que se disse titular do direito a ser tutelado. Nada mais lógico e adequado a um modelo processual pautado pela liberdade individual e pelo individualismo. Somente aquele indivíduo que for titular do direito a ser tutelado pelo processo é que pode propor a ação.

Em um contexto em que a liberdade individual é ser protegida contra toda e qualquer possibilidade de violação, inclusive do estado em face do indivíduo, o processo civil também manifesta tal preocupação, proibindo aquele que não for titular do direito a ser tutelado de propor ação nesse sentido, a não ser em casos excepcionais. Por isso, é que as exceções que admitem a postulação de direito alheio em nome próprio recebem o nome, na doutrina, de *legitimação extraordinária*.

Outro exemplo da proteção da liberdade individual no CPC de 1973 também se faz presente na construção do modelo de execução tradicional. Não há dúvida que é no campo da execução, e, portanto, da satisfação do direito, que a proteção da liberdade individual assume importante papel.

Isso porque, a execução representa a adoção de técnicas que visem à mudança do *status quo* fático, a partir da premissa de que a realidade não está em conformidade com a juridicidade.

⁴⁸ CPC 1973. Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

⁴⁹ CPC de 1973. Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

É na execução, portanto, que o processo civil (e atuação jurisdicional do estado) faz sentir com mais vigor sua força e poder, porquanto é com as técnicas executivas que aquilo que se reconhece no mundo jurídico (formal) terá correspondência no mundo fático (real). É com as técnicas executivas que, de fato, o estado-juiz mostrará sua força para interferir e alterar a esfera jurídica dos indivíduos.

É justamente por isso que, em sua percepção clássica, a execução do processo civil do estado liberal não pode prescindir da certeza jurídica quanto à necessidade de alteração da situação fática. Essa certeza jurídica é exprimida pelo título executivo, documento indispensável à atuação executiva, na forma do artigo 586, do Código de Processo Civil de 1973, que inclusive tratava como nula a execução que não estivesse fundada em título executivo (art. 614, I).

Essa concepção é representada pelo que Luiz Guilherme Marinoni chamou de “o mito da *nulla executio sine titulo*”.⁵⁰

Ainda, no processo civil puramente liberal, é possível sustentar que a efetividade da decisão judicial mediante execução é marcada pela tipicidade. Ou seja: as decisões judiciais devem ser efetivadas mediante técnicas executivas típicas, o que significa dizer previamente estabelecidas na legislação. O juiz, nessa perspectiva, não tem qualquer liberdade de atuação no sentido da criação de técnicas executivas para efetivação de sua decisão⁵¹. Não se olvide, mais uma vez, a concepção liberal da separação de poderes, que representa limitação da atividade jurisdicional e submissão do juiz ao texto da lei.

Nas palavras de Daniel Mitidiero,

Com a previsão legal de técnicas processuais executivas, exclui-se qualquer outra maneira de agressão à esfera jurídica da parte, realizando-se o ideal da não intervenção do Estado nos domínios do indivíduo, salvo quando expressamente autorizado em lei. Trata-se de simples especificação do valor liberdade no processo civil, caríssima ao constitucionalismo liberal triunfante na Revolução Francesa e que inspirou o *Code Civil*, chegando por essa mão ao direito brasileiro⁵².

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 113.

⁵¹ Veja-se ainda: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil. Volume 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. RT: São Paulo, 2015, p.682 e seguintes.

⁵² MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. (...), p.188.

O Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original, mesmo nas regras relativas a execuções de obrigações de fazer e não fazer⁵³, mantinha regramento que possibilitava ao credor a escolha pela conversão da obrigação específica em perdas e danos, e, portanto, permitindo que a execução, ao final, sempre fosse estruturada a partir da obrigação de pagamento de quantia certa. Nesse particular, Daniel Mitidiero já asseverou que “Um dos efeitos da sacralização da vontade é a impossibilidade de sua coação, dominando o cenário obrigacional a regra da equivalência das prestações”⁵⁴.

No mesmo sentido, Mitidiero afirma que “o que determina a patrimonialidade executiva, no fundo, é a sacralização da autonomia individual e de sua incoercibilidade (*Nemo ad factum praecise cogi potest*). Por debaixo da patrimonialidade pulsa, na verdade, a proteção ao valor liberdade individual”⁵⁵.

Destarte, no processo civil de inspiração liberal e, na esteira da limitação ao poder jurisdicional, não se permite ao juiz qualquer atividade no sentido da imposição de ordem ao indivíduo, em respeito à sua liberdade individual.

Essa compreensão é ainda mais clara quando se destaca que, no Estado Liberal Clássico, o que predomina é o individualismo – que também tem como expressão a não interferência do ente estatal na autonomia privada dos indivíduos – e, também nesta dimensão, a proteção de direitos patrimoniais. E os valores desta modalidade estatal se manifestam também no processo civil. Como ressaltam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart

O art. 1.142 do Código Napoleão, ao dizer que toda obrigação de fazer e não fazer resolve-se em perdas e danos, mais juros, em caso de inadimplemento, não só

⁵³ Veja-se as regras do CPC de 1973: (i) Obrigações de Fazer – Art. 633. Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos; caso em que ela se converte em indenização. Parágrafo único. O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa. (...) Art. 638. Nas obrigações de fazer, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente, o credor poderá requerer ao juiz que lhe assinie prazo para cumpri-la. Parágrafo único. Havendo recusa ou mora do devedor, a obrigação pessoal do devedor converter-se-á em perdas e danos, aplicando-se outrossim o disposto no art. 633.; e (ii) Obrigações de Não Fazer – Art. 643. Havendo recusa ou mora do devedor, o credor requererá ao juiz que mande desfazer o ato à sua custa, respondendo o devedor por perdas e danos. Parágrafo único. Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos.

⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. (...), p.184-185.

⁵⁵ *Idem*, p. 187.

expressou as preocupações da economia liberal, como, além disto, refletiu os princípios da liberdade e de defesa da personalidade, próprios do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista⁵⁶.

Destarte, era mais do que natural que o processo civil, instrumento de atuação dos direitos e da jurisdição civil, como poder estatal também refletisse e fosse influenciado por esta ideologia essencialmente individualista e patrimonialista. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “o direito liberal clássico, além de eminentemente patrimonialista, era marcado pela preocupação fundamental de delimitar rigidamente os poderes de interferência do Estado na esfera jurídica dos particulares”⁵⁷.

Como já apontado, a ideia da legitimidade ativa e do modelo tradicional de execução são apenas exemplos da influência clara dos valores liberais no modal processual do Código de Processo Civil de 1973. Todavia, e para o que se pretende nesse trabalho, importa apresentar as influências das concepções e da ideologia liberal clássica, em especial, sob a perspectiva da liberdade individual, sobre o conteúdo do processo e sobre a limitação do objeto material da atuação jurisdicional. É o que se fará a seguir.

I.3 A definição do *thema decidendum* e a liberdade: quem decide sobre o que o juiz vai decidir no processo liberal

Para os objetivos (e objeto) desse trabalho, é indispensável demonstrar como a definição do *thema decidendum* no processo liberal é uma expressão da liberdade individual, consubstanciando-se em premissa fundamental desse modelo processual.

Dessa forma, e para sua correta compreensão, parece necessário analisar as concepções teóricas que dão razão a debates doutrinários sobre a conformação do que vem a ser o *thema decidendum* e como ele se forma.

Para isso, será necessário passar pelas teorizações germânicas, italianas e, é claro, da doutrina brasileira. Sobre as teorizações brasileiras, é claro que parece necessário também

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil: processo cautelar cit., p. 45.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 56.

trabalhar com as perspectivas legislativas que se encontram positivadas, em especial naquele que é o código liberal objeto deste estudo em especial: o CPC de 1973.

I.3.1. As concepções germânicas

De uma forma geral, para tratar do *thema decidendum*, ou seja, daquilo que é objeto de decisão pelo juiz, a doutrina germânica parte do conceito de objeto litigioso.

Nessa perspectiva, a análise parte da teoria de Friedrich Lent, que, em resumo, sustenta que o objeto litigioso do processo é a *afirmação do direito*⁵⁸. Para ele, o autor tem que indicar o efeito jurídico que é consequência dos fatos, não se podendo admitir que a narrativa fática prescindida da afirmação do direito, como se lê do §253 da ZPO. Nessa perspectiva, o efeito jurídico indicado e pretendido pelo autor é que forma o objeto do processo e da decisão, proibindo-se o juiz verificar de verificar se da narrativa fática deduzida emergem outras consequências jurídicas⁵⁹.

Na sua teorização, portanto, o objeto litigioso do processo é um direito que somente se afirma, o que implica dizer que qualquer alteração em sua classificação jurídica não tem o condão de alterar sua substância⁶⁰.

Buscando explicar como a narrativa fática se enquadra em tal posicionamento, Lent sustenta que ela, em volta dos chamados “episódios de vida” (“*Lebensvorgang*”) pode ser modificada se é alterado a perspectiva sobre a qual é considerada. Para ele, os fatos seguem acontecendo e, portanto, o enquadramento em *fattispecie* é sempre ligado à forma com a qual

⁵⁸ LENT, Friedrich. Diritto processuale civile tedesco (1947), p. 88/89. Veja-se também, do mesmo autor, Contributto 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” (Em tradução livre: “O ponto de vista para determinação daquilo que conceitualmente é o objeto do processo é fornecido pelo relevo que o denominado objeto do processo é determinado pelo autor”).

⁵⁹ Idem, p. 90/91.

⁶⁰ LENT, Friedrich. Contributto alla dottrina... Op. cit., p. 437-439. Nas suas palavras: “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”. Em tradução livre: “Se o núcleo do objeto da causa se torna claro pela dedução do direito, consequentemente o objeto do processo não é um direito efetivamente existente, mas um direito somente enquanto afirmado”.

são considerados, o que se impede de definir com segurança a sua integração apenas a um determinado “episódio de vida”⁶¹.

Assim, Lent procura demonstrar que existe uma substancial dificuldade na delimitação dos “episódios da vida”, o que sustenta sua ideia de que é mais acertado considerara relação do objeto litigioso do processo não apenas à narrativa fática (ou, *unidade do acontecimento externo*), mas, em verdade ao(s) direito(s) apontado(s) como fundamento da pretensão. A conclusão é clara: cada violação ao direito é uma *fattispecie* e, portanto, um objeto processual diverso⁶².

Portanto, a narrativa fática (ou o “episódio de vida”), para Lent, não faz parte do objeto litigioso, pois apenas é fundamento da pretensão, de maneira que somente o direito material afirmado pelo autor, em sua individualização, que será também objeto da declaração sentenciada que produzirá coisa julgada. Uma importante consequência é a de que, se houver diversos pedidos que sejam derivados do mesmo fundamento (causa de pedir), somente aquele afirmado pelo autor no processo é que se tornou objeto litigioso, de maneira que não há como se falar em coisa julgada sobre os demais, permitindo-se sua reapreciação em processo posterior⁶³.

É inegável, portanto, que a para Lent a pretensão exercida no processo é determinada, em seu conteúdo, pelo próprio direito material sem que a causa de pedir integre o objeto litigioso. Ademais, o que o define mesmo é o pedido, tanto que se podem decorrer diversas pretensões de uma mesma causa de pedir, somente haverá um objeto se existir igualmente somente um pedido⁶⁴.

O que mais importa, para o objeto do presente trabalho⁶⁵, é a afirmação taxativa de Lent no sentido de que aquilo que ele chama de *objeto do processo* é definido exclusivamente pelas partes, e jamais pelo juiz. O autor assevera que ao autor incumbe, já na inicial, indicar com

⁶¹ Idem, p. 466.

⁶² Idem, p. 467

⁶³ Idem, p. 473.

⁶⁴ É de se fazer uma ressalva importante, pois Karl Heinz Schwab alerta que Lent mudou de posicionamento posteriormente, pois, anteriormente, o autor afirmara que se houvesse múltiplas pretensões, haveria multiplicidade de ações, mesmo com a apresentação de apenas um pedido (SCHWAB, Karl Heinz. El objeto litigioso en el proceso civil (1954), p. 18/19).

⁶⁵ Não é objeto desse trabalho uma análise crítica de cada posicionamento. Para uma perspectiva mais reflexiva e analítica nesse sentido, veja-se: DA SILVA, Ricardo Alexandre (**tese de doutorado**).

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. Nas suas próprias palavras,

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'ufficio⁶⁶.

Em sentido completamente oposto à posição que se pode chamar de *substancialista* de Lent, Leo Rosenberg posiciona o objeto litigioso no plano exclusivamente processual. Para ele, a pretensão não tem equivalência no direito material e, portanto, não existe relação direta entre a pretensão exercida no processo e aquela que se indica no §194 do BGB⁶⁷. Para Rosenberg, direito material e pretensão processual são distintos, porque essa última é exercida em face do Estado e aquela, em face da parte, o que faz com que somente no processo é que seja possível se afirmar a pretensão processual⁶⁸. O seu conceito de pretensão processual é de que ela é a demanda com a qual se busca a declaração de um efeito jurídico, com potencial para produzir coisa julgada, de maneira que é formada não somente pelo pedido, mas, ao contrário do que afirmava Lent, também pela narrativa fática⁶⁹.

Dessa forma, para Rosenberg não basta apenas o pedido para que se determine o objeto litigioso, ainda que ele afirme que não haverá cumulações de objetos se de várias causas de pedir derivar apenas uma pretensão. Por outro lado, se houver mais de um pedido deduzido a partir da mesma narrativa fática, haverá cumulação de ações⁷⁰.

⁶⁶ LENT, Friedrich. *Contributto alla dottrina...* Op. cit., p.92. Em tradução livre: “Quando se diz que o objeto do procedimento não é constituído por um concreto efeito jurídico qualquer, mas por aquele afirmado pelo autor, se afirma ao mesmo tempo que as asserções de direito deste último tem importância decisiva para determiná-lo. Já a demanda deve precisar no mais claro dos modos o ponto sobre o qual é requerida uma decisão; e sucessivas mudanças podem acontecer somente pela vontade das partes (ampliação ou modificação da demanda, demanda reconvenzional), não por iniciativa de ofício”.

⁶⁷ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. II (1954), p. 28/29.

⁶⁸ ROSENBERG, Leo. Op. cit. p. 29.

⁶⁹ ROSENBERG, Leo. Op. cit., p. 35/36.

⁷⁰ *Idem*, p. 38/39.

Nessa dimensão, se o autor altera o pedido ou a narrativa de fato sobre a qual ele se funda, haverá modificação de demanda⁷¹. Outra conceituação importante para ele é de que somente pode haver sentença sobre pretensão exercida, de maneira que eventual pedido não deduzido em face de narrativa fática já apresentada em juízo não ficará abrangido pela coisa julgada e, portanto, pode ser objeto de novo processo⁷².

O resumo da teorização de Rosenberg é de que aquilo que hoje se denomina causa de pedir também é importante para a constituição do objeto litigioso e não somente o pedido. Isso faz com que se houver diversas causas de pedir deduzidas, ter-se-á diversas demandas⁷³.

Ainda que em um sentido a teorização de Rosenberg seja oposta à de Lent, também para aquele a delimitação do *thema decidendum* é prerrogativa exclusiva das partes. Isso porque, se o objeto litigioso é determinado pela causa de pedir e pedido, fica claro que o juiz não possui qualquer participação na sua formulação. Mais do que isso: é o autor que *initio litis* determina sobre o que juiz poderá decidir, a delimitar sua causa de pedir e pedido, em relação ao objeto daquele processo em si considerado.

Em contraposição à Rosenberg, Karl Heinz Schwab defende que somente o pedido é que determina o objeto litigioso, mas, diferentemente de Lent, afirma que o autor deve deduzir no processo tudo aquilo que pode ser fundamento do pedido, que deve ser interpretado à luz do “estado de coisas” que hoje se denomina causa de pedir⁷⁴.

Assim, a pluralidade de causas de pedir não é determinante para o objeto litigioso, e, portanto, a demanda somente será alterada se houver alteração no pedido⁷⁵.

⁷¹ Idem, p.40.

⁷² Idem, p. 41/42.

⁷³ SCHWAB, Karl Heinz. Op. cit., p. 187. O autor enfatiza que a formulação de diferentes causas de pedir – “estados de coisas” ou “Sachverhalt” no original alemão – leva à existência de diversos objetos litigiosos.

⁷⁴ Idem, p. 185. Mais à frente, e nas palavras de Schwab: “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” (Idem, p. 243/244). (Em tradução livre: “O requerimento ocupa pois o lugar chave no litígio. As partes litigam sobre o fundamento desse requerimento. Se os requerimentos são vários, haverá pluralidade de objetos litigiosos. (...) Temos pois que o decisivo é sempre o requerimento interpretado. Para interpretá-lo deve recorrer-se ao estado de coisas. Por conseguinte, seria muito natural definir o objeto litigioso como o requerimento do autor de que se prolate uma sentença descrita nesse requerimento”.

⁷⁵ Idem, p. 241-242. 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.

Nessa dimensão, então, a coisa julgada ficará igualmente restrita ao pedido, e não abrange o “estado de coisas”, a relação jurídica prejudicial ou mesmo a pretensão (direito) material⁷⁶. Se é proibido ao autor trazer fatos contraditórios ao “estado de coisas” já alegado,⁷⁷ o requerente poderá deduzir diversas causas de pedir se elas fundarem pedido não deduzido⁷⁸.

Nota-se, portanto, que, na mesma esteira do que já restou demonstrado na análise da teorização de Lent, se o objeto litigioso se caracteriza e se delimita pelo pedido, e esse é sempre exercido pela parte, notadamente é a sua vontade a determinante para a fixação do *thema decidendum*, não havendo participação do Estado-Juiz nessa definição.

Walter Habscheid criticou o posicionamento de Schwab afirmando, em resumo, que a causa de pedir é indispensável na determinação da demanda, inclusive para fins de delimitação da atuação responsiva do réu. A grande mudança é de que, para Habscheid, a qualificação jurídica da narrativa fática é tarefa do juiz, de maneira que o objeto litigioso é definido pelo pedido de determinada decisão sobre causa de pedir indicada pelo autor⁷⁹.

A coisa julgada, então, se forma sobre a causa de pedir (“estado de fato”), ainda que o juiz sobre eles tenha alterado a qualificação jurídica, o que seria possível por conta da regra *iura novit curia*⁸⁰.

De toda forma, em Habscheid também é a parte (autor) que delimita o *thema decidendum*, uma vez que, para ele, a causa de pedir deve ser indicada pelo autor, como exigência legal. Ainda que a *iura novit curia* possa representar um espectro de atuação do juiz na constituição do objeto litigioso, ela não é fundamento para a alteração da narrativa fática apresentada pelo autor.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ Idem, p.196.

⁷⁸ SCHWAB, Karl Heinz. Op, cit., p. 213 e 221. O autor se refere a “estado de coisas” ou, no original alemão, “Sachverhalt”.

⁷⁹ HABSCHIED, Walter Jakob. L’Oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco (1980), p. 460-462. Nas suas próprias palavras, “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)” (Em tradução livre: “Podemos então definir a noção de objeto do processo no direito processual alemão da seguinte forma: o objeto do processo é constituído pela pretensão (as conclusões) do autor de obter uma sentença pronunciada em um procedimento que tenha por objeto um determinado estado de fato (objeto da demanda)”).

⁸⁰ Idem, p. 463.

De todo modo, parece claro para as concepções germânicas que é das partes a tarefa e a possibilidade de delimitarem o *thema decidendum*, uma vez que, em maior ou menor escala, exprimem a ideia de que o autor e, potencialmente, o réu é que definem o objeto litigioso. Parece desnecessário dizer que essa concepção privilegia e demonstra clara expressão da liberdade individual no processo. O juiz terá (e somente poderá) decidir no processo sobre aquilo que as partes, livremente, trouxeram ao processo.

Não se olvide que, em alguma medida, ao menos em Schwab, há alguma restrição na liberdade individual. Isso se reflete quando o autor defende que o autor deve trazer ao processo todos os fundamentos de sua pretensão, somente podendo, em outro e futuro processo, trazer fatos discrepantes do “estado de coisas” descrito no processo anterior se não tinha conhecimento deles ou, ainda, quando de diferentes causas de pedir (mesmo que pudessem ser alegadas no processo anterior) se delas decorrer novo pedido.

Ou seja, os fundamentos relativos a um determinado “estado de coisas” levado a juízo devem ser trazidos sempre de uma só vez, o que, em tese, elimina a possibilidade de cumulações de causas de pedir distintas, relativamente ao mesmo pedido, em ações diversas. Todavia, se dizem respeito a pedidos diversos, não há qualquer obrigação de se alegar todos os fundamentos em uma mesma demanda, o que implica dizer que a cumulação de pedidos não é obrigatória para Schwab⁸¹.

Da mesma forma, se pode afirmar que há uma pequena mitigação dessa ideia na defesa que Habscheid faz da regra *iura novit curia*. Todavia, como já alertado, eventual alteração na qualificação jurídica da narrativa fática é apenas um ajuste técnico, que não pode alterar o “estado de coisas” narrado pelo autor e, tampouco, influenciará na formação da coisa julgada sobre eles.

I.3.2. A doutrina italiana

⁸¹ Elcio de Cresci Sobrinho, em célebre obra sobre “Objeto litigioso no processo civil” afirmou textualmente a defesa que Schwab faz do conteúdo dispositivo do processo. Nas suas palavras, “o cerne teórico de Schwab está na concepção do objeto litigioso enquanto conclusão a ser feita pelo autor e expressa no pedido” (SOBRINHO, Elcio de Cresci. Objeto litigioso no processo civil. Sérgio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2008, p.109). Em outra passagem, mais adiante, o processualista paulista assevera ainda que “note-se ficar *Schwab*, de qualquer maneira, adstrito ao material processual (*Prozesstoff*), levado ao conhecimento do tribunal pelas partes, em prevalecendo a disponibilidade; se o processo for regido pelo princípio inquisitório, o material processual pode ser colhido pelo tribunal”. (SOBRINHO, Elcio de Cresci. Objeto litigioso no processo civil. *Op.cit.*, p.113).

Em passagem anterior, já se demonstrou que o desenvolvimento do processo civil enquanto ciência autônoma, se foi iniciado com a doutrina germânica da segunda metade do século XIX, ganhou alta sofisticação teórica a partir da doutrina italiana da primeira metade do século XX.

Nessa perspectiva, o florescimento do processo civil italiano, por lógico, também esteve atento ao problema da definição do *thema decidendum*. E, ao mesmo tempo, é notório que os processualistas peninsulares moldaram suas teorizações a partir da premissa de que a definição do *oggetto del processo* é estabelecida pelas partes, e não pelo juiz. Dessa forma, também na Itália, a definição do *thema decidendum* é expressão da liberdade individual no processo.

Sem a pretensão de tratar das concepções teóricas de todos os processualistas italianos da primeira metade do século XX – até porque, não esse é objetivo desse trabalho – as ideias dos juristas que produziram estudos mais completos de processo civil precisam ser abordadas. Da mesma forma, a escolha desses referenciais teóricos também tem relação com aqueles que mais influenciaram a produção jurídica brasileira.

Giuseppe Chiovenda aponta que o objeto do processo é a vontade concreta da lei cuja afirmação e atuação é pedida. Assevera ainda que se uma determinada relação jurídica (que será objeto de dedução em juízo) é formada por diversas “vontades da lei”, o objeto do processo pode ser uma única vontade ou é complexo formado, segundo a demanda (pedido). É dessa concepção que se permite afirmar que, para o mestre florentino, a relação jurídica não é *oggetto del processo*, mas simplesmente “titolo o causa della volontà da attuare”, ou seja, é fundamento do pedido⁸².

Parece claro dizer que para Chiovenda o que determina o objeto do processo é o pedido de atuação e afirmação que o autor (ou o réu em demanda reconvenicional⁸³). Ao isolar a relação jurídica material apenas como *causa* ou *título* que dá origem ao pedido (demanda), o mestre florentino evidencia, sem sombra de dúvida, a noção de que é apenas aquilo que foi pedido

⁸² CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile. Vol. I.** Jovene: Napoli, 1933, p.45.

⁸³ *Idem, ibidem.*

pelas partes o objeto do processo e da atuação jurisdicional. Tal concepção, como se verá adiante, fundamentará a ideia da correspondência entre demanda e sentença.

Para Liebman, e em especial quando se trata das ações de conhecimento, o objeto da cognição (e, portanto da atuação jurisdicional no processo) possui duas dimensões: o accertamento dos fatos e a aplicação do direito⁸⁴.

O autor afirma também que a reconstrução dos fatos e aplicação do direito pelo juiz deve ser feita seguindo linhas indicadas pelo autor, ou seja, “in funzione dell’azione proposta”⁸⁵. Adiante, Liebman também ressalta que o réu poderá ampliar a matéria que deverá formar o objeto do processo, mediante a dedução de exceções que, nas suas palavras, “allarga la materia della causa, perchè introduce nella discussione fatti diversi da quelli que erano stati affermati dell’autore, pur lasciando immutati i limiti della decisione, che sono determinate soltanto dalle domande delle parti”⁸⁶.

Ora, seja determinado pela *azione*, proposta pelo autor, seja em razão de *eccezione* apresentada pelo réu, Liebman expressamente condiciona a decisão judicial, portanto, somente às demandas das partes. Mais uma vez, se faz claramente presente a ideia da liberdade das partes no processo em definir o *thema decidendum*, o que define os limites da atuação jurisdicional.

A noção de Carnelutti sobre o objeto do processo é aquela que, talvez, mais tenha sido debatida pela doutrina brasileira, inclusive por conta de sua notória influência na obra de Alberto Buzaid e de sua expressa menção na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973. E, para Carnelutti, o objeto do processo é o seu célebre conceito de lide⁸⁷.

De forma resumida, para o processualista italiano, lide “é um conflito intersubjetivo de interesses, qualificado por uma pretensão resistida”, compreendendo-se por pretensão a

⁸⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile. Terza edizione. Vol. I.** Giuffrè: Milano, 1973, p.132.

⁸⁵ *Idem*, p.133.

⁸⁶ *Idem*, p.134.

⁸⁷ Não se olvide das críticas que podem ser feitas a tal concepção, o que não é objeto desse trabalho. De todo modo, ao menos se precisa apontar, por exemplo, a atenta crítica de Calamandrei à noção carneluttiana de lide e de objeto do processo. Veja-se, nesse sentido, porque não é objeto desse trabalho: CALAMANDREI, Piero. Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti (1928), p. 203-226.

“exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio”, cuja resistência se clarifica na “não adaptação à subordinação de um interesse próprio ao interesse alheio”⁸⁸.

Para o autor, o interesse sempre tem um bem como objeto, em torno do qual se forma o conflito. De outro lado 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 pressupõe⁸⁹.

A recepção da ideia carneluttiana na experiência jurídica brasileira é que a torna ainda mais relevante enquanto definição do objeto do processo. Na Exposição de Motivos do CPC de 1973, expressamente se apontou 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”⁹⁰.

A identificação da lide ao mérito da causa (e, portanto, ao objeto do processo) já havia sido assinalada por Alfredo Buzaid, afirmando o papel da lide como o “objeto fundamental do

⁸⁸ 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” (Em tradução livre: “Resulta do que já se disse até agora como. 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 carneluttiana, 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” (Em tradução livre: “O conflito entre duas apreciações unilaterais sustentada ou o modo de ser de uma relação ou estado jurídico (relação ou estado litigioso) e então entre duas opostas aspirações é de ter lugar aquilo que eu chamarei lide”). 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.

⁸⁹ *Idem*, p.30-31.

⁹⁰ Exposição de Motivos. *Op. Cit.*, p. 258.

processo”⁹¹. Mais do que isso, Buzaid afirma reafirma a concepção carneluttiana da equivalência entre julgamento da lide e julgamento do mérito⁹².

Assim, na concepção carneluttiana, se a lide é o objeto central do processo, quando decidida pelo juiz, e ela é conflito de interesses (particulares) qualificados por uma pretensão resistida, também fica claro que se a atuação jurisdicional se dá sobre ela, é claro que isso denota a liberdade das partes no processo, em determinar os limites do *thema decidendum*.

De todo modo, parece de fácil visualização que a doutrina italiana, ainda que divergente sobre algumas construções teóricas sobre o tema, é unânime em ilustrar a noção de que a definição do *thema decidendum* e do *oggetto del processo* é delimitada pelas partes, condicionando e limitando a atuação jurisdicional.

Assim, importa agora traçar algumas linhas de análise, ainda que breves, sobre doutrina brasileira no que diz respeito ao objeto do processo e ao *thema decidendum*, abordando-se os processualistas que mais se debruçaram sobre a questão, tratando-a com maior profundidade.

I.3.3. Análise da doutrina brasileira sobre o *thema decidendum*

Como visto no item anterior, o Código de Processo Civil de 1973 adota como expressão do objeto fundamental do processo aquilo que na teoria de Carnelutti se denomina de lide. Isso se dá, notadamente, pela recepção dessa ideia nas teorizações de Alfredo Buzaid.

⁹¹ 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.

⁹² 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”.

Todavia, tal perspectiva não restou imune a críticas substanciais e fundadas por parte da doutrina brasileira. O ponto de partida da análise crítica da doutrina brasileira para os fins pretendidos nessa tese é a célebre teorização de Cândido Rangel Dinamarco sobre o conceito de mérito, enquanto objeto material do processo.

O mérito do processo, para o processualista paulista, é a pretensão, no sentido da postulação levada a juízo, e, portanto, julgar o mérito só pode ser acolher ou rejeitar a pretensão⁹³. Compreendida, em termos carnelluttianos, como sujeição de um interesse alheio a um interesse próprio, a pretensão está contida na demanda, concebida como a postulação da tutela jurisdicional. Assim, e no aspecto processual, a demanda é o ato de levar a juízo a pretensão, com nítida correspondência com seu sentido material.⁹⁴

Ovídio Baptista da Silva é um dos principais críticos da identificação entre lide e mérito, defendida por Buzaid e expressa na legislação processual de 1973. Para o professor gaúcho, de forma simples, pode haver apreciação da *lide*, no seu sentido sociológico, sem que tenha havido julgamento de mérito, tomando-se como exemplo as liminares em demandas possessórias. Assim, para Ovídio, o mérito é somente a declaração de procedência ou rejeição da demanda, o que o torna uma perspectiva mais restrita do que a lide⁹⁵.

Como não poderia deixar de ser, em razão da conhecida coerência de suas ideias, Ovídio Baptista da Silva asseverava que o mérito deveria ser visto em uma compreensão restrita (julgamento de procedência ou improcedência da demanda), o que denotava também a ideia da jurisdição na sua precípua função declaratória, muito embora, para ele, isso não bastasse para explicar o que o autor espera da tutela jurisdicional⁹⁶.

Dessa forma, parece claro que, a partir de Cândido Rangel Dinamarco, fica demonstrado que o conceito de *lide* é insuficiente para a definição do mérito, em razão de sua feição

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil, p. 322.

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, v. II (2.001), p. 102-104.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ *Idem*, p. 238.

indiscutivelmente sociológica⁹⁷, porquanto apenas é importante para o processo a parte do conflito que é posta em juízo.

No Brasil, em razão da grande influência do processo civil italiano, as discussões em torno do mérito ocorreram à luz do conceito de “ação”⁹⁸, a partir da análise dos elementos que identificam a ação ou demanda (*tria eadem*).

As lições de Arruda Alvim são no sentido de que, muito à luz do pensamento de Lent, o que se debate no processo é a pretensão, como afirmação de direito que pretende o autor. Dessa forma, é esse último que traz os primeiros contornos do objeto litigioso, o que pode ser ampliado pelo réu em eventual reconvenção⁹⁹.

A visão de Arruda Alvim, portanto, é muito parecida com aquela ideia defendida por Liebman e deixa mais do que claro são as partes que definem o mérito do processo e os limites do *thema decidendum*.

Da mesma forma, Cândido Rangel Dinamarco reforça a posição de que é o pedido que conforma, somente, o objeto litigioso. E, se a decisão é a resposta jurisdicional ao pedido, é apenas esse último o mérito do processo. Para ele, os fundamentos deduzidos para a pretensão, assim como aqueles adotados como premissas decisórias apenas lhes dão suporte e não fazem parte do objeto litigioso. Somente o pedido é importante como objeto litigioso e, então, somente sobre ele é que poderá recair a coisa julgada¹⁰⁰. Nas suas próprias palavras, e para aquilo que mais adiante importará de forma específica para esse trabalho, “a jurisdição legitima-se como atividade destinada a eliminar conflitos práticos entre pessoas ou grupos, não a dirimir questões de fato ou de direito”¹⁰¹.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito...* Op. cit., p. 335. No mesmo sentido, Araken de ASSIS, *Cumulação de ações* (1992), p. 105. Alfredo BUZUID, *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.

⁹⁹ *Idem*, p. 452 e ss.

¹⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito...* Op. cit., p. 275. Para ele “o resultado final do processo, que se projeta sobre a vida das pessoas em relação com as outras e com os bens da vida, está no preceito firmado na sentença e não nos seus fundamentos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito...* Op. cit., p. 275). A referência aos *bens da vida* remete, sem dúvida, à ideia de Chiovenda que se verá mais adiante de que a coisa julgada somente tem repercussão sobre a decisão, que confere ou não *bem da vida* ao autor.

¹⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito...* Op. cit., p. 275.

Para o processualista paulista, portanto, são as partes que delimitam o *thema decidendum*.

José Rogério Cruz e Tucci, no seu célebre “*A causa petendi* no processo civil” faz uma revisão bibliográfica intensa e aprofundada da doutrina germânica sobre o objeto litigioso. E, ao final, e em resumo, traz conclusão no sentido de que o objeto litigioso é formado pela afirmação da situação material substancial.

Assim, é o autor que traz, sempre *in statu assertionis*, a “circunstância jurídica concreta”, que se apresenta a partir da narrativa de fatos que discrepam do padrão previsto juridicamente. Para o processualista paulista, tal visão reforça a importância da causa de pedir, colocando-a em harmonia com a concepção que vê no direito subjetivo o objeto nuclear do processo¹⁰². A conclusão inegável é de que o objeto litigioso será formado pela *causa petendi* e pelo pedido.

Note-se, então, que para Cruz e Tucci, é da atuação das partes que exsurge a definição dos limites do pronunciamento jurisdicional sobre o mérito do processo.

Ricardo Alexandre da Silva, em estudo acurado sobre os limites objetivos da coisa julgada¹⁰³, e analisando detidamente os teóricos mais importantes sobre a temática do objeto litigioso traz conclusão com a qual não se pode discordar. O autor afirma que o objeto litigioso é formado pela causa de pedir, deduzida pelo autor, pelo pedido, e pode ser ampliado pelo réu se esse apresenta exceção substancial, reconvenção, denunciação da lide, chamamento ao processo e, nos últimos dois casos, pode igualmente ser ampliado pelos terceiros que participarão do processo. De toda sorte, a conclusão é de que a constituição do objeto litigioso é definida e delimitada pelos sujeitos parciais do processo.

Esses meros exemplos retirados da doutrina brasileira demonstram de forma clara que a definição do *thema decidendum* e a delimitação do pronunciamento judicial sobre o mérito da

¹⁰² 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”.

¹⁰³ DA SILVA, Ricardo. Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais. Tese de Doutorado apresentada junto ao PPGD da UFPR. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46316/R%20-%20T%20-%20RICARDO%20ALEXANDRE%20DA%20SILVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acesso em 14-05-2018.

causa são determinados pelas partes, e não pelo juiz. Tal perspectiva evidencia, sem dúvida, a noção da liberdade individual e sua proteção no processo.

E, especialmente para os fins pretendidos nesse trabalho, essa noção tem ainda mais relevância na conformação da relação existente entre *demanda* e *sentença*, a partir do que se denomina de princípio da congruência ou da adstrição do juiz ao pedido no processo civil de inspiração liberal. É o que se fará no próximo item.

I.4 O princípio da adstrição do juiz ao pedido e os limites da atuação jurisdicional como expressão da liberdade no processo liberal

Como visto, no processo de inspiração liberal, é em razão de atos processuais das partes a definição do *thema decidendum* a delimitar os contornos objetivos da atuação jurisdicional. Não há dúvida de que tal circunstância é expressão da proteção da liberdade individual no processo.

Todavia, tal perspectiva é completa por aquilo que usualmente se denomina “princípio da congruência” ou “princípio da adstrição do juiz ao pedido” que, em resumo, reforça a ideia de que o juiz, como regra geral, está limitado ao material fático-jurídico trazido pelas partes na prolação de sua sentença. Em resumo: o juiz não pode decidir sobre questão não trazida ao processo pelas partes, em linhas gerais.

A relação dos limites da atuação jurisdicional com a proteção do valor *liberdade individual* no processo é inegável.

Chiovenda, já em 1903 em ensaio denominado “Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”¹⁰⁴, defendia que a aplicação da lei no processo deve acontecer sempre nos limites da demanda. Nas suas próprias palavras, “quando l’applicazione

¹⁰⁴ Essa é a ideia em geral de que o juiz não pode ir além dos pedidos das partes. É uma noção que está na base e conectada com a ideia da vinculação da decisão judicial com os limites definidos pelas partes. Nas palavras do próprio Chiovenda, “il principio ‘sententia debet esse conformis libello’ non è che la conseguenza logica del principio più generale ‘ne procedet iudex ex officio’” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile. Volume Primo**. Giuffrè: Milano, 1993, p.157-158).

della legge ha per condizione la domanda dell'interessato, essa non può aver luogo se non nei limiti in cui se è verificata questa condizione, cioè nei limiti della domanda”¹⁰⁵.

O mestre florentino trata da regra do “ne eat iudex ultra petita partium” afirmando que ela não se exaure apenas na identificação das ações. Para ele, essa regra tem um duplo sentido: serve tanto para (i) exprimir a ideia de que juiz deve deter-se nos limites da demanda quanto para (ii) afirmar que o juiz deve abster-se de reconhecer de ofício determinados fatos que poderiam levar à alteração da demanda¹⁰⁶. Portanto, não somente o juiz deve decidir conforme os limites da demanda como está proibido de ampliar o seu objeto de maneira a alterar o pedido.

Mais adiante, e pensando nos elementos identificadores da ação, Chiovenda também adverte que os limites da atuação jurisdicional não estão somente no pedido, mas, igualmente na causa de pedir. Para ele, “che la identità fra il chiesto e il pronunciamento non debba limitarsi all’oggetto, ma debba estendersi, come nella cosa giudicata, alla *causa petendi*”¹⁰⁷.

Ainda, o autor faz a observação de que essa limitação diz respeito, em resumo, aos fatos constitutivos apresentados pelo autor. Para ele, o que a regra da proibição de decisão *ultra petita* determina é que o juiz está proibido de alterar os fatos constitutivos de maneira tal a representar uma nova ação. Faz ele a ressalva que a ação se individualiza pelos fatos e não pela sua conformação jurídica, pois “è anzi dovere del giudice esaminare d’ufficio la domanda sotto ogni possibile aspetto giuridico (*narra mihi factum, narro tibi ius*)”¹⁰⁸, até porque, se o autor argumenta com base em uma norma inexistente ou mal aplicada, o juiz aplicará todavia as normas do caso, sem que o objeto da demanda seja modificado.

Ao final, e relevando sobremaneira sua ideia de limitações à atuação jurisdicional, Chiovenda afirma textualmente que “se è un male che talvolta la difesa delle parti sai mal

¹⁰⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile. Volume Primo**. Giuffrè: Milano, 1993, p.157. Em tradução livre: “quando a aplicação da lei tem por condição a demanda do interessado, ela não pode ter lugar senão nos limites em que se verificou essa condição, isso é nos limites da demanda”.

¹⁰⁶ *Idem*, p.160.

¹⁰⁷ *Idem*, p.161. Em tradução livre: “Que a identidade entre o pedido e o pronunciamento não deva limitar-se ao objeto, mas deva estender-se, como a coisa julgada, à causa de pedir”.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 167. Chiovenda ainda adverte que se o juiz assume por si só a existência de um fato não trazido pelas partes e que somente elas poderiam trazer ao processo, ele assume uma postura de defensor de uma parte, ferindo a igualdade das partes, que é princípio fundamental que informa todo o processo civil (CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile. Volume Primo**. Giuffrè: Milano, 1993, p.176). Não se olvide que a igualdade perante a lei é outro valor importantíssimo para o ideário liberal clássico, de maneira que também se reflete no processo civil de tal matiz.

condotta, è male anche peggiore incoraggiare le facili aspirazioni alla onniscienza ed alla onnipotenza dei giudici *acres atque celeres*”¹⁰⁹.

Liebman também afirma a vinculação da decisão do juiz na delimitação estabelecida pelas partes. Na sua teoria, como visto, a atividade judicial de reconstrução dos fatos e aplicação do direito deve ser vista em função da ação proposta. E o mestre italiano também ressalta que o réu, ao propor sua defesa, pode ampliar a matéria sobre a qual se forma o objeto da cognição judicial¹¹⁰.

Nas suas próprias palavras,

Il giudice dovrà soltanto accogliere o respingere la domanda che viene proposta, secondo la riterrà fondata ou infondata, e non può in nessun caso pronunciare invece un provvedimento diverso da quello richiesto, anche se gli sembrasse più aderente alla situazione di fatto, così come l’ha ricostruita, o più utile agli interesse dell’attore, poichè cio significherebbe accogliere un’azione diversa da quella proposta e quindi pronunciare oltre i limiti della sua potestà di giudicare (vizio di *extra* o *ultra petita* (...))¹¹¹.

Liebman expressamente afirma que a ordem jurídica atribui ao interessado a *liberdade* e a responsabilidade de determinar de que modo o juiz proverá nas questões que dizem respeito, mantendo o juiz limitado a decidir se acolherá ou negará o pedido formulado. Para ele, a *potestà* do juiz esta limitada aos fatos expostos pelas partes e ao provimento pedido e somente poderá acolhê-lo ou negá-lo nesse sentido¹¹².

¹⁰⁹ *Idem*, p. 177. Em tradução livre: “se é um mal que por vezes a defesa das partes seja mal conduzida, é mal ainda pior encorajar as fáceis aspirações à onisciência e onipotência dos juízes *afiados e rápidos*”. Liebman assevera expressamente que “È dunque l’attore che, con la sua domanda, indica e fornisce la materia sulla quale il giudice dovrà portare il suo esame. (...) e il convenuto nel proporre la sua difesa, può a sua volta ampliare la materia che dovrà formare oggetto della cognizione del giudice” (LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale..., *Op. Cit.*, p.133).

¹¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale..., *Op. Cit.*, p.132-133.

¹¹¹ *Idem*, p.132. Em tradução livre: “O juiz deverá somente acolher ou rejeitar a demanda que foi proposta, segundo a entenda fundada ou infundada, e não pode em nenhum caso pronunciar em vez disso um provimento diverso daquele pedido, mesmo que lhe pareça mais aderente à situação de fato, assim como a reconstruiu, o mais útil aos interesses do autor, porque isso significaria acolher uma ação diversa daquela proposta e então pronunciar além dos limites de seus poderes de judicar (vício de *extra* ou *ultra petita*).

¹¹² *Idem*, p. 133.

Em outra obra, Liebman sustenta que o princípio da demanda nada mais é do que uma decorrência lógica da própria natureza dispositiva dos interesses privados¹¹³. Em outras palavras, se as partes podem dispor de seus interesses, somente elas é que estão autorizadas a buscá-los em juízo e da forma como melhor assim entender.

Alfredo Rocco, em sua célebre obra sobre “La sentenza civile”, também trata da correlação entre o objeto da ação e o objeto da sentença. Para ele, existe um princípio geral que a sentença deve corresponder à ação e que esse princípio se explica, assim como para Chiovenda, em duas direções: (i) que o juiz deve se pronunciar sobre tudo que for demandado e somente sobre o que foi demandado (todas as questões alegadas e somente sobre elas) e (ii) que o juiz deve se pronunciar com base em todos os elementos de fato trazidos pelas partes como fundamento de suas alegações e somente com base nesses elementos¹¹⁴.

No desenvolvimento de sua teorização, Rocco defende ainda que o juiz deve se pronunciar “*secundum alligata et probata*”, o que acontece também em homenagem ao princípio do “*ne procedat iudex ex officio*”, isso porque a definição material da causa é confiada, de regra geral, às partes¹¹⁵.

A ideia de que o processo tutela essencialmente o interesse privado e a liberdade individual, portanto, também está presente em Alfredo Rocco. O autor afirma ainda que a obrigação do juiz em se pronunciar sobre demanda das partes tem por pressuposto o fato daquelas “*abbiano dichiarato di volere sottoporre al giudice una data questione*”¹¹⁶. Não há dúvida de que Rocco considera decisivo para o pronunciamento judicial, então, uma manifestação de vontade das partes em levar a juízo uma determinada questão. O elemento volitivo das partes deve ser respeitado, então, tanto seu sentido positivo, no sentido da propositura da questão perante o juiz, quando no sentido negativo, pois, se não há vontade das partes na manifestação judicial, essa não pode acontecer.

Nas suas próprias palavras, em conclusão,

¹¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. “Fondamento del principio dispositivo” in Problemi del processo civile. Morano, p. 3. V.

¹¹⁴ ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Giuffrè: Milano, 1962, p.99.

¹¹⁵ *Idem*, p.103.

¹¹⁶ *Idem*, p. 106.

La regola che il giudice deve pronunciare *solo* su ciò che gli è domandato, viene di solito espressa colle massime: ‘*sententia debet esse conformis libello*’ ‘*ne eat iudex ultra petita partium*’ (...) per cui è vietato al giudice ‘di pronunciare su *cosa non domandata* e di aggiudicare *più di quanto fu domandato*’. Questa regola discendente anch’essa dal principio che l’esercizio della funzione giurisdizionale è fatto della legge dipendere dalla volontà del privato: il quale implica no solo l’*obbligo* del giudice di *pronunciare* in mérito, quando ne viene richiesto, ma anche l’*obbligo* di *non pronunciare* se non è richiesto¹¹⁷.

É por isso que Rocco defende que existe um “principio della correlazione tra azione e sentenza”. A proteção da liberdade e dos interesses individuais no processo é ainda mais evidente na afirmação do autor de que “l’intervento dello Stato per la realizzazione degli interessi individuali tutelati dal diritto è fatto dipendere dalla volontà del titolare dell’interesse”¹¹⁸. Não há dúvida que, a presença do elemento volitivo do titular do interesse tutela como pressuposto da intervenção estatal jurisdicional demonstra, mais uma vez, as matizes liberais dessa visão da função jurisdicional e da funcionalidade do processo.

A experiência jurídica brasileira também recepcionou a ideia da congruência entre a demanda e a sentença¹¹⁹.

O artigo 262, do Código de Processo Civil de 1973, em sua primeira parte expressamente consagra a ideia de que a demanda é de iniciativa do particular, ao apontar que “o processo começa por iniciativa da parte”¹²⁰.

Na mesma dimensão, o princípio da congruência (ou da adstrição do juiz ao pedido) e que, como visto, aparece na doutrina italiana como correlação entre demanda e sentença, também se faz presente na legislação processual civil brasileira. O artigo 128 do Código de Processo Civil de 1973 dispunha que “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta,

¹¹⁷ *Idem, ibidem*. Em tradução livre: “A regra que o juiz deve pronunciar *somente* so aquilo que foi demandado vem normalmente expressa com as máximas: ‘*sententia debet esse conformis libello*’ ‘*ne eat iudex ultra petita partium*’ (...) pelas quais é vedado ao juiz de pronunciar sobre *coisa não demandada* e de adjudicar *mais do que foi demandado*. Essa regra descende também do princípio que o exercício da função jurisdicional está colocado pela lei a depender da vontade do particular: isso implica não somente a *obrigação* do juiz pronunciar sobre o mérito, quando lhe é pedido, mas também a obrigação de *não se pronunciar*, se não lhe foi pedido).

¹¹⁸ *Idem*, p. 109. Em tradução livre: “a intervenção do Estado para a realização dos interesses individuais tutelados pelo direito é estabelecida a depender da vontade do titular do interesse”.

¹¹⁹ Em verdade, a ideia da disponibilidade do conteúdo das partes e da limitação da atuação jurisdicional aos contornos definidos pelas partes não é, claro, particularidade do processo civil alemão, italiano e brasileiro. Ela informa em algum sentido todos os sistemas processuais que descendem da tradição romano-canônica. Eduardo Couture, dentre outros, trata dos *limites de la decisión* e, para ele “El juez no puede fallar más allá de lo pedido por las partes ni puede omitir pronunciamiento respecto de lo pedido por las partes” (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3 ed. De Palmas: Buenos Aires, 1973, p.188).

¹²⁰ O Código de Processo Civil de 2015 também mantém essa ideia, na primeira parte de seu artigo 2º.

sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”¹²¹.

Além disso, também o CPC de 1973 proibia as chamadas decisões *extra* e *ultra petita*, especialmente em seu artigo 460¹²².

É por isso que se fala, igualmente, no princípio da congruência ou no princípio da correspondência entre o pedido e a sentença. Isso significa dizer que a atuação jurisdicional está condicionada ao que foi delimitado pelas partes nas suas alegações.

No âmbito doutrinário, as regras processuais serviram de embasamento para a afirmação da existência de *princípios* nesse sentido. Dois desses princípios são importantes para o objeto desse trabalho.

Em primeiro lugar, o chamado *princípio da demanda*. Tradicionalmente, esse princípio tem notória relação com a noção de que o conteúdo do processo e iniciativa pertence às partes, porque elas buscam no processo a tutela de seus interesses individuais. Claro que isso decorre, também, da proteção à liberdade individual. Sérgio Cruz Arenhart resume bem a ideia, afirmando que

o princípio da demanda (Verhandlungsmaxime) associa-se sobretudo ao objeto do processo, indicando o momento em que a atuação jurisdicional é exigida e determinando sobre o que deverá ela incidir (ne procedat iudex ex officio et sine actore). Inclui-se aqui o poder entregue à parte de dar início ao processo – poder este quase exclusivo, já que em regra não se admite que o juiz possa atuar de ofício, sem haver requerimento de alguém – bem como o de determinar a extensão do julgamento do juiz – o chamado princípio da congruência ou correlação, que impõe uma correspondência necessária entre o solicitado e o decidido (ne eat iudex ultra et extra petita partium)¹²³.

¹²¹ A regra já existia de alguma forma no Código de Processo Civil de 1939, que determinava, em seu artigo 4º, que “O juiz não poderá pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, nem considerar exceções não propostas para as quais seja por lei reclamada a iniciativa da parte”. Portanto, é de se fazer o registro que, nesse aspecto, o CPC de 1973 não foi inovador. Em igual sentido, a mesma regra foi de alguma forma repetida no artigo 141, do CPC de 2015.

¹²² CPC de 1973. Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. A mesma regra é repetida no artigo 492, do CPC de 2015.

¹²³ ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. Disponível em: https://www.academia.edu/221841/Reflex%C3%B5es_sobre_o_princ%C3%ADpio_da_demanda, acesso em 28-05-2018.

Veja-se que o processualista paranaense já relaciona o princípio da demanda com outro que é essencialmente importante para a abordagem escolhida nesse trabalho: o princípio da congruência ou da adstrição do juiz ao pedido.

O princípio da adstrição do juiz ao pedido é aquele que doutrina italiana aponta como a correlação entre ação e sentença¹²⁴ ou até mesmo a identidade entre ação e sentença¹²⁵.

Teresa Arruda Alvim Wambier já resumiu a ideia. Para ela, “o sistema rígido que existe no direito brasileiro atual leva a que uma vez fixado o libelo, não resta ao juiz, afinal senão acolher ou rejeitar o pedido do autor, levando em consideração a(s) causa(s) de pedir indicada(s) na inicial”¹²⁶.

Otávio Augusto Dal Molin Domit ressalta, inclusive, que o princípio da demanda é “norma estruturante responsável por consagrar, no processo, o princípio da liberdade, materializado por meio da regra de livre disposição e iniciativa da parte quanto à solicitação da proteção jurisdicional para determinado direito”¹²⁷.

Moacyr Amaral Santos fala expressamente no “Princípio de Adstrição do Juiz ao Pedido da Parte”¹²⁸, afirmando que o código de 1973 é fiel ao princípio dispositivo¹²⁹, e que o “princípio de adstrição do juiz ao pedido do autor corresponde ao exposto na máxima tradicional – *sententia debet esse conformis libelo*”.

Aliás, Amaral Santos chega a afirmar que a sentença que não se contém nos limites do pedido não é precisa, mencionando expressamente as regras dos artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil de 1973, deixando clara a relação entre os dois dispositivos de maneira a conformar os limites da atuação jurisdicional.

¹²⁴ ROCCO, Alfredo. La sentenza civile, *Op. Cit.*

¹²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Saggi di diritto processuale civile, Volume Primo, *Op. Cit.*

¹²⁶ ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. *Vinculação do juiz aos pedidos e o princípio do iura novit curia*. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). **Processo civil: estudos em homenagem ao professor Doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira**. Atlas: São Paulo, 2012, p. 460.

¹²⁷ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. **Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro**. RT: São Paulo, 2016, p.286-287.

¹²⁸ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IV. Arts. 332 a 475. 3 ed.** Forense: Rio de Janeiro, 1982, p.412.

¹²⁹ São importantes as observações de Sérgio Cruz Arenhart tratando da diferença entre o princípio dispositivo e o princípio da demanda. Veja-se: ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. Disponível em: https://www.academia.edu/221841/Reflex%C3%B5es_sobre_o_princ%C3%ADpio_da_demanda, acesso em 28-05-2018.

José Roberto dos Santos Bedaque já afirmou, falando do princípio da congruência e dos artigos 128, 459 e 460, do CPC de 1973, que

tais regras decorrem diretamente do princípio da demanda e da inércia da jurisdição. Na medida em que se admitisse ao juiz conceder ao autor mais do que fora pedido, ou por razões diversas das deduzidas na inicial, estar-se-ia possibilitando a tutela jurisdicional de ofício. Tudo o que excedesse os limites objetivos da demanda implicaria atuação sem provocação¹³⁰.

Afinal, a doutrina brasileira, como não poderia deixar de ser até mesmo em razão dos dispositivos processuais, também afirma a ideia de que são as partes que determinam os limites e contornos da atuação jurisdicional no plano decisório. E, é claro, essa é manifestação indelével da proteção da liberdade individual no processo, e de que o Estado-Juiz somente pode interferir na vida dos particulares se e somente esses últimos manifestarem suas vontades para tanto.

E, para o objeto dessa tese, essa conclusão e a proteção da liberdade individual, especialmente na moldagem processual do Código de Processo Civil de 1973 possui dois reflexos importantíssimos: (i) não existirá regra que obrigue a parte a, sempre, *cumular pedidos possíveis decorrentes da mesma causa de pedir em uma única relação processual*, permanecendo possível, portanto, que uma mesma causa de pedir possa ser fundamento de dois processos diferentes (o que pode levar a decisões igualmente diversas, ao menos potencialmente); e (ii) se a jurisdição somente é exercida nos limites propostos pelas partes, e a decisão ficará igualmente constricta a contornos apresentados pelas partes, se determinada questão não for objeto de *pedido*, sobre ela não haverá decisão passível de formar coisa julgada.

As consequências e as abordagens dessas duas perspectivas serão objeto dos próximos capítulos desse trabalho e se conectam na perspectiva principal dessa tese.

¹³⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. RT: São Paulo, 2002, p.24.

CAPÍTULO II – CUMULAÇÃO DE AÇÕES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: CUMULAÇÃO DE CAUSAS E DE PEDIDOS

II.1. Premissas gerais de compreensão sobre cumulação de ações, causa de pedir e pedido

Antes de se iniciar o tratamento específico da temática da cumulação de ações no processo civil brasileiro, é necessário traçar algumas linhas, ainda que breves, a título de premissas gerais de compreensão da temática. Para isso, mais do que simplesmente apontar questões sobre a cumulação de ações, é preciso também alguma abordagem da causa de pedir e do pedido, e de suas relações na formação e identificação de uma ação.

Como já explanado anteriormente, a definição do *thema decidendum* é de fundamental importância para a compreensão dessa tese. O conceito é indispensável para a definição dos objetos de pronunciamento decisório do juiz. Ao mês tempo, é esse conceito que também é fundamental para a identificação entre ações e questões comuns decididas em processos diversos.

Há sério debate doutrinário no Brasil sobre o que compõe o objeto litigioso. A discussão é resumidamente entre aqueles que entendem que somente o *pedido* faz parte do conteúdo do processo e aqueles que compreendem também a *causa de pedir* como componente do objeto litigioso.

Dentre aqueles que defendem que apenas o pedido faz parte do objeto litigioso está Alfredo Buzaid, para quem o mérito é sempre a lide como apresentada pelo autor, que aponta também que a sentença de mérito é sempre uma resposta à pretensão autoral (lide) com apresentada na inicial ¹³¹.

José Joaquim Calmon de Passos entende da mesma forma. Para ele, a composição da lide pertence à esfera privada das partes e é a lide, que levada a conhecimento do juiz que se consubstancia no mérito do processo¹³².

¹³¹ BUZAID, Alfredo. Do agravo de petição... Op. cit., p. 107.. 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”.

¹³² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao código de processo civil, Op. Cit., p. 213

Adroaldo Furtado Fabrício, no seu clássico, *Ação declaratória incidental*, também se alinha a esse entendimento. Aliás, para ele, nem mesmo o réu amplia os limites objetivos da lide com sua defesa, apenas aumentando o espaço da cognição do juiz. Assim, é somente o pedido que delimita o objeto litigioso¹³³.

Para Arruda Alvim, objeto litigioso e lide são sinônimos. E, a definição dos limites objetivos da lide é feita pelo autor¹³⁴.

E mesmo Cândido Rangel Dinamarco que, como visto, tece críticas importantes e substanciadas à ideia de lide, expressamente defende que o mérito do processo restringe-se ao pedido¹³⁵.

Em sentido contrário, há que defenda que a causa de pedir faz parte do objeto litigioso (e do mérito) do processo.

Para José Frederico Marques, a relação jurídica existente entre as partes e o pedido compreendem o que é objeto de dedução em juízo. Inclusive, para ele, a “*causa do pedido*”, em seus componentes fáticos e jurídicos faz parte do objeto litigioso¹³⁶.

Em sua obra clássica sobre cumulação de ações, Araken de Assis também assenta entendimento no sentido de que os limites objetivos da lide (e, portanto, o *thema decidendum*) são encontrados no pedido e na causa de pedir¹³⁷.

José Rogério Cruz e Tucci, na sua monografia sobre a causa de pedir, defende que essa última também faz parte do *thema decidendum*¹³⁸.

Na Itália, também há autores importantes defendendo a ideia de que a causa de pedir integra o objeto do processo, dentre eles, Calamandrei¹³⁹, Fazzalari¹⁴⁰ e Proto Pisani¹⁴¹. Na

¹³³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*, *Op. Cit.*, p. 58.

¹³⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, *Op. cit.*, p. 453.

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito no processo civil*, *Op. cit.*, p. 348

¹³⁶ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. *Op. Cit.*, p. 45.

¹³⁷ ASSIS, Araken de *Cumulação de ações*, *Op. cit.* p. 154.

¹³⁸ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi...* *Op. cit.*, p. 131.

¹³⁹ CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di “lite”...* *Op. cit.*, p. 223.

¹⁴⁰ FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*, *Op. Cit.* p. 138.

¹⁴¹ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*, *Op.cit.* p. 60/61.

Alemanha, como já apontado anteriormente, a causa de pedir como elemento do objeto litigioso é defendida por Habscheid¹⁴² e Rosenberg¹⁴³.

Há, ainda corrente doutrinária no sentido de que também as defesas substanciais apresentadas pelo réu fazem parte do *thema decidendum*, e que, portanto, o requerido pode ampliar os limites objetivos da lide.

No curso escrito em conjunto, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem que

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)¹⁴⁴.

Essa ideia também foi defendida por Galeno Lacerda, para quem a defesa do réu também integra o litígio¹⁴⁵.

Ricardo Alexandre da Silva, em destacada Tese de Doutorado defendida junto à Universidade Federal do Paraná defende também expressamente tal posicionamento. O autor trata do exemplo da prescrição, demonstrando claramente que, quando o réu alega tal defesa material, ele amplia o *thema decidendum* porque, para analisar se a demanda deve ser julgada procedente ou não, o juiz terá que resolver se a pretensão deduzida pelo autor está ou não prescrita¹⁴⁶.

O processualista paranaense, aliás, faz muito bem a distinção entre defesas materiais diretas (que se limitam à negativa do fato constitutivo do direito do autor) e as defesas substanciais indiretas (naquelas em que se alega fato impeditivo, modificativo ou extintivo do

¹⁴² HABSCHIED, Walter Jakob. *Op. cit.*, p. 460/461.

¹⁴³ ROSENBERG, Leo. *Op. cit.*, t. II, p. 35/36.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil, Vol. I, *Op. cit.*, p. 556.

¹⁴⁵ LACERDA, Galeno. As defesas de direito material no novo código de processo civil, *Op. Cit.*, p. 166.

¹⁴⁶ SILVA, Ricardo Alexandre. Tese Doutorado.

direito do autor)¹⁴⁷. Parece claro enxergar que, no caso das defesas materiais diretas, não há ampliação do *thema decidendum*, uma vez que não haverá novos *factos jurídicos com consequências importantes para a solução da lide* que não se faziam presentes até então. Todavia, a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor representa clara ampliação não somente do objeto da cognição do juiz no processo, como do próprio *thema decidendum*.

Finalmente, Ricardo Alexandre da Silva, com inegável acerto, também afirma que haverá ampliação do objeto litigioso (e, portanto, do *thema decidendum*) nos casos em que o réu apresenta reconvenção, denunciação à lide e chamamento ao processo. E parece correto também afirmar, como faz o autor, que a ampliação do *thema decidendum* pode igualmente ser ampliada pela defesa apresentada pelo denunciado ou pelo chamado nessas hipóteses de intervenção de terceiro¹⁴⁸.

E, finalmente, o processualista defende ainda que haverá ampliação dos limites objetivos da lide no caso da oposição. Nas suas próprias palavras e, embora apontando que a oposição esteja elencada como hipótese de procedimento especial, continua sendo hipótese de intervenção de terceiro,

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 oposição. Como o oponente formula nova pretensão, o objeto litigioso resta inequivocamente ampliado¹⁴⁹.

¹⁴⁷ SILVA, Ricardo Alexandre. Tese de Doutorado. No seu trabalho, o autor inclusive aponta expressamente, criticando em alguma medida a concepção de Fredie Didier Jr. de que o exercício de defesa pelo réu é um *contradireito* (DIDIER JR., Fredie. *Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência*, *op. Cit.* p. 99). Nas palavras do processualista paranaense, “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” (SILVA, Ricardo Alexandre. Tese de Doutorado).

¹⁴⁸ (SILVA, Ricardo Alexandre. Tese de Doutorado).

¹⁴⁹ *Idem*, p.

A redação do artigo 682, do CPC de 2015, não deixa dúvidas de que, embora a oposição represente ampliação do *thema decidendum* (porque o juiz passa a ter que decidir não só a lide entre autor e réu, mas também a lide entre o *terceiro oponente* e as partes originárias na demanda), haverá identidade de objeto em algum sentido.

O citado dispositivo legal dispõe que “Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos”. Veja que, no caso da oposição, há uma *coisa* ou *direito* em disputa entre autora e réu. E é justamente essa *coisa* ou *direito* que o terceiro oponente pretende. Ou seja, tanto na lide originária, quando na oposição, o objeto de disputa judicial é idêntico: a mesma *coisa* ou o mesmo *direito*.

Essas são observações a título de caráter geral, que visam apresentar o tema da cumulação de ações e de como as definições de causa de pedir e pedido, e a relação entre eles, auxiliam na formação e identificação da ação e, portanto, terão repercussões na definição do *thema decidendum*. Note-se que, como já apresentado, os limites e contornos daquilo sobre o que o juiz deve se pronunciar não são delimitados exclusivamente pelo autor, mas, o réu e até mesmo terceiros podem ampliar o *thema decidendum*. Justamente por isso, sem a correta individuação da causa de pedir e do pedido não é possível saber se a ampliação do objeto da lide pelo réu ou por terceiros de fato é possível no processo e quais suas premissas de admissão.

No plano legislativo, a causa de pedir é requisito da petição inicial, como determina o artigo 319, III, do CPC de 2015 e já dispunha o artigo 282, III, do CPC de 1973. Da mesma forma, também no plano legislativo, a causa de pedir, em conjunto com as partes e o pedido é elemento que permite identificar as ações (CPC de 2015, art. 337, §§1º a 4º e CPC de 1973, art. 301, §§1º a 4º).

Não parece haver dúvida que a causa de pedir integra o *thema decidendum*. Não é outra a conclusão de Ricardo Alexandre da Silva, para quem “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*”¹⁵⁰.

¹⁵⁰ SILVA, Ricardo Alexandre da. Tese de Doutorado. Nas palavras do processualista paranaense, e de forma definitiva: “Tome-se como exemplo demanda corriqueira na prática forense, na qual o autor requer a

Portanto, de forma clara, o *thema decidendum* é formado não somente pelo pedido, até porque ele não existe de forma avulsa¹⁵¹. Isso faz com que os pronunciamentos judiciais decisórios que dizem respeito ao mérito (direito material) digam respeito não somente ao pedido de tutela jurisdicional deduzido pelo autor, mas, igualmente, ao seu fundamento e, como se verá, também às defesas de mérito eventualmente opostas pelo réu.

Assim, as questões a serem decididas pelo juiz e que dizem respeito, em algum sentido, ao mérito e que, portanto, podem estar sujeitas à estabilidade decorrente da coisa julgada estarão presentes no pedido e na causa de pedir delineadas pelo autor em sua petição inicial, e na contestação do réu quando nela se fizerem presentes exceções substanciais. Da mesma forma, as questões que serão objeto de pronunciamento decisório e que podem vir a ser revestidas de coisas julgada também se fazem presentes quando, por atuação de terceiros no processo, houver ampliação do *thema decidendum*.

É por isso que será preciso também precisar a identificação da causa de pedir.

II.2 A identificação da causa de pedir

A causa de pedir compreende o(s) fato(s) constitutivo(s) alegado como fundamento do direito pretendido pelo autor em sua relação do o pedido de provimento jurisdicional pedido nesse sentido. O dispositivo legal que a apresenta como requisito da petição inicial igualmente exige que seja assim no direito brasileiro, pois o artigo 319, inciso III, do CPC de 2015 (repetindo regra idêntica existente no artigo 282, inciso III, do CPC de 1973), ao tratar da causa de pedir dispõe que o autor deverá indicar na inicial “o fato e os fundamentos jurídicos do

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”.

¹⁵¹ A ideia é expressa por Ricardo Alexandre da Silva (SILVA, Ricardo Alexandre. Tese de Doutorado).

pedido”. Ou seja, tanto a narrativa fática quanto a fundamentação jurídica que dão substrato ao pedido compõem a causa de pedir na perspectiva legislativa.

Não obstante a específica disposição legislativa processual, ainda há intenso debate doutrinário sobre a caracterização da causa de pedir. E, uma vez que o objeto central dessa tese compreende a cumulação de pedidos decorrentes da mesma *causa petendi* parece claramente indispensável uma abordagem da temática relativa à sua caracterização.

II.2.1. Teorias da individualização e da substanciação

O problema da caracterização da causa de pedir, inclusive a partir do próprio direito positivo direito brasileiro, se coloca na dimensão do debate entre que perspectiva é mais decisiva para a correta compreensão da *causa petendi*: o *fato constitutivo* do direito alegado pelo autor ou seus *fundamentos jurídicos*.

A clássica regra “*da mihi factum, dabo tibi ius*” significa que a fundamentação jurídica apresentada pelo autor não é importante, porque são os fatos que delimitam a atuação jurisdicional ou é a fundamentação jurídica apresentada pelo autor que vinculam sua decisão. Essa é a questão a ser resolvida.

Em resumo, a *Teoria da Individualização* sustenta que a causa de pedir é a relação jurídica que é apresentada como fundamento da pretensão. Já para a *Teoria da Substanciação*, o que define a *causa petendi* é narrativa fática que dá sustentação à pretensão.

A problemática foi apresentada em razão do ZPO alemão e foi tratada com cuidado por Ernesto Heinitz, no clássico “*I limiti oggettivi della cosa giudicata*”. Para ele, existe a contraposição entre a teoria que entende que é a exposição dos fatos que representa a *causa petendi*, a “teoria da substanciação” (*Substantiierungstheorie*) e aquela que afirma que somente a relação jurídica alegada pelo autor é que é suficiente para a definição da causa de pedir, a “teoria da individualização” (*Individualisierungstheorie*)¹⁵².

¹⁵² HENITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Op. Cit., p.146.

A entrada em vigor do §230 do ZPO, que em resumo, dispunha que a petição inicial deve indicar de forma precisa o objeto e fundamento da pretensão pretendida, e um pedido determinado, é que colocou a polêmica em novos termos.

Como afirma Cerino Canova, até então, vigorava a ideia de que a ação somente poderia começar com todo objeto litigioso, o que decorria do princípio da eventualidade, do antigo direito alemão¹⁵³.

Robert Wyness Millar, tratando das bases históricas do processo civil, expressamente afirma também que o princípio da eventualidade determina que todos os itens de alegação, fossem consistentes ou não, tinham que ser trazidos de uma só vez em juízo. Millar, aliás, também dizia que era por força de tal regra que igualmente o réu deveria apresentar toda a matéria de defesa uma só vez, o que decorria do *Recessus Imperii Novissimus*, de 1654¹⁵⁴.

Heinitz, no mesmo sentido, afirma que o citado Decreto exigia, por força da eventualidade, que fossem alegados todos os fatos constitutivos do direito do autor no libelo¹⁵⁵.

Portanto, até a entrada em vigor do ZPO alemão, em 1879, não havia sido estabelecido, ainda, o debate sobre a *individualização* ou a *substanciação*. Isso porque, não somente havia compreensão de que eram os fatos que delimitavam a causa de pedir, mas também de que *todos os seus fundamentos* deveriam ser trazidos no libelo. Ou seja, a ideia já defendida anteriormente nessa tese de que a parte possui liberdade para decidir se cumula ou não causas de pedir relativas ao mesmo pedido, ainda não se fazia presente.

Como bem alerta, Ricardo Alexandre da Silva, o debate doutrinário não é somente teórico, mas de inegáveis consequências práticas. Ele adverte que

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 possíveis. Obtém-se solução oposta no âmbito da substanciação, em que o

¹⁵³ CANOVA, Augusto Cerino. La domanda giudiziale ed il suo contenuto. *Commentario del Codice di Procedura Civile*, 1. 2, t. 1. Utet: Torino, 1980, p.467.

¹⁵⁴ MILLAR, Robert Millar. The formative principles of civil procedure. *A history of continental civil procedure*, *Op. Cit.*, p.28-31.

¹⁵⁵ HENITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, *Op. Cit.*, p.145-146.

apontamento de outro fato constitutivo caracteriza alteração da demanda e a coisa julgada atinge todos os fundamentos jurídicos relacionados aos fatos constitutivos invocados pelo autor¹⁵⁶.

De fato, Ricardo Alexandre da Silva tem razão. Se a caracterização da causa de pedir se der única e exclusivamente em função da narrativa fática trazida pelo autor, qualquer mudança na *fundamentação jurídica* do pedido não representa alteração de *causa petendi* e pode ser realizada sem ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Do contrário, se o que importa é a qualificação jurídica para a caracterização da *causa petendi*, o aporte de circunstância fática não narrada pelo autor, mas que tenha ligação e pertença ao âmbito da fundamentação jurídica deduzida na inicial não representa mudança de causa de pedir, com as consequências daí decorrentes, em especial sobre a ausência de nulidade por violação a direitos de defesa.

Ora, para o objeto central dessa tese, igualmente é indispensável resolver de forma adequada a questão.

Se a causa de pedir é definida pela qualificação jurídica que se dá à narrativa fática deduzida, e outros fatos podem ser considerados no processo, ainda que não tenham sido trazidos pelas partes, a estabilização decorrente da coisa julgada terá que pensada à luz da fundamentação jurídica que foi afirmada pelo autor.

Porém, se o que define a causa de pedir é a narrativa fática, independentemente da qualificação jurídica que se dá a ela, a coisa julgada terá seus efeitos incidentes sobre o que se considera nessa perspectiva.

Um exemplo clássico para a compreensão do problema é aquele atinente à ação reivindicatória¹⁵⁷. Para a teoria da individualização, não importa o fato constitutivo narrado,

¹⁵⁶ DA SILVA, Ricardo Alexandre. Tese de Doutorado...

¹⁵⁷ O exemplo é sempre utilizado porque também foi objeto de intenso debate doutrinário a diferença entre as chamadas *ações autodeterminadas* (ações identificadas por conta do direito que se alega) e *ações heterodeterminadas* (ações identificadas por conta do fato constitutivo alegado). A doutrina costuma apontar que as primeiras têm por fundamento os chamados *direitos absolutos*, em que a relação jurídica que lhes dá suporte é de natureza real, ao passo em que nas últimas, a relação jurídica é de natureza pessoal. Veja-se, por exemplo, a advertência feita por Crisanto Mandrioli no sentido de que os direitos *relativos* podem decorrer de diversos fatos, de maneira que sua correta exposição é fundamental para a definição da causa de pedir, ao passo em que nos direitos *absolutos*, os fatos têm importância secundária e contingente (MANDRIOLI, Crisanto. *Corso...*, v.I-108, n. 29). A esse respeito, ainda, veja-se, por todos e como um resumo da questão: (i) DA SILVA, Ricardo Alexandre. Tese de Doutorado; e (ii) CRUZ E TUCCI, A causa petendi no processo civil, *Op. Cit.*, p.117-118. A conclusão sobre a questão é apresentada por Ricardo Alexandre da Silva que, também amparado nas lições de Eduardo Talamini (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* Op. cit., p. 75), de forma taxativa afirma que

mas sim a consequência jurídica que dele se extrai e é deduzida na inicial. Assim, se em uma ação reivindicatória o autor afirma ser proprietário de determinado bem, para efeitos da causa de pedir (e da sentença) não importa a que título ele o seja. A sentença judicial que julgar a demanda, se acolher o pedido, considerará o autor proprietário, seja a que título for. Do contrário, se houver improcedência da demanda, o autor não poderá propor outra ação, alegando fato constitutivo (título aquisitivo) não deduzido no primeiro processo e que poderia conduzir à conclusão de ser ele proprietário do bem.

Todavia, para a teoria da substanciação, o que importa é o fato constitutivo que se alega como título da propriedade postulada. Assim, caso o autor alegue que é proprietário porque comprou o bem, a sentença (e eventual coisa julgada) ficará limitada à análise da propriedade à luz da compra alegada. Dessa forma, por exemplo, se a demanda for rejeitada, o autor poderá propor nova ação reivindicatória com fundamento na usucapião, porque esse fato constitutivo (título aquisitivo) não estaria abrangido naquela causa de pedir e, portanto, não há coisa julgada a impedir tal ação. Como visto, a solução desse segundo processo seria diferente no caso da individualização.

A opção legislativa brasileira, desde o artigo 282, III, do CPC de 1973 não deixou dúvidas de que restou adotada a teoria da substanciação. Pode-se citar a título exemplificativo, as posições doutrinárias de Calmon de Passos¹⁵⁸, Frederico Marques¹⁵⁹, Arruda Alvim¹⁶⁰, Vicente Greco Filho¹⁶¹, Cruz e Tucci¹⁶². Na jurisprudência, é igualmente pacífica a ideia de que a legislação brasileira adotou a teoria da substanciação¹⁶³.

“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 não impede a postulação do direito, em outra ação, com fundamento em título aquisitivo diferente” (DA SILVA, Ricardo Alexandre. Tese de doutorado).

¹⁵⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários... Op. cit., v. III, p. 202.

¹⁵⁹ MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil, v. I (1974), p. 175.

¹⁶⁰ ALVIM, Arruda. Manual... Op. cit., v. II, p. 227.

¹⁶¹ GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro, v. I (1981), p. 95.

¹⁶² CRUZ E TUCCI, A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação (1993), p. 39

¹⁶³ “No Direito brasileiro, aplica-se a teoria da substanciação, segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhes a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à rejeição do pedido, como fruto dos brocardos *iura novit curia*, *da mihi factum dabo tibi ius*” (STJ, 02ª T., REsp 1316634/ES, Rel.: Min. Herman Benjamin, DJe 19/12/2012). Em igual sentido, também no STJ: REsp 1.153.656/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 01ª Turma, DJe 18.5.2011; AgRg no Ag 1.351.484/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, 05ª Turma, DJe 26.3.2012; Resp 1.043.163/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, 03ª Turma,

Como já afirmado, o Código de Processo Civil de 2015 repetiu, em seu artigo 319, inciso III, a regra existente no artigo 282, III, do CPC de 1973, de maneira que as observações doutrinárias feitas sob a égide do código revogado sobre a adoção da teoria da substanciação na legislação continuam atuais. É isso, aliás, que a doutrina vem defendendo como, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹⁶⁴, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini¹⁶⁵ e Fredie Didier Jr¹⁶⁶.

Há finalmente mais uma questão a ser considerada. O direito positivo brasileiro exige, na narrativa da causa de pedir com a petição inicial, não somente os fatos nos quais se baseia o pedido, mas também os fundamentos jurídicos. Em razão disso, parte da doutrina¹⁶⁷ afirma que há, na legislação processual brasileira, uma espécie de mitigação da teoria da substanciação.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam que “A causa de pedir, longe de ser uma narrativa neutra em que se pode separar com precisão alegações de fato de fundamentos jurídicos, constitui uma *unidade fático-jurídica* em que as razões apresentadas em juízo pela parte são concebidas a partir de uma determinada visão a respeito do caso”¹⁶⁸.

Os fundamentos jurídicos exigidos como um dos requisitos da petição inicial não correspondem aos dispositivos legais invocados como fundamento da pretensão. Não se olvide a incidência da regra *iura novit curia*¹⁶⁹.

Cruz e Tucci adverte que

o juiz goza de absoluta liberdade, dentro dos limites fáticos aportados no processo, na aplicação do direito, sob o enquadramento jurídico que entender pertinente. (...) o

DJe 28.6.2010; REsp 1.140.420/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 02ª Turma, DJe 5.5.2011; REsp 711.644/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 04ª Turma, DJe 3.8.2010.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. Novo curso... Op. cit., v. 2, p. 154.

¹⁶⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo TALAMINI. Curso avançado de processo civil, v. I (1998), p. 213.

¹⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso... Op. cit., v. I, p. 560.

¹⁶⁷ Por exemplo: (i) DA SILVA, Ovídio Baptista. Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro, p. 134; (ii) SILVA, Ricardo Alexandre da. Tese de Doutorado. Nesse particular, é de se ressaltar que Ricardo Alexandre filia-se a tal posicionamento, mas por outras razões, afirmando, com razão, textualmente, que “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”.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. V. 2. Op. Cit., p.151-152.

¹⁶⁹ Veja-se, por exemplo: (i) SATTA, Salvatore. *iura novit curia*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, p.380; e (ii) MICHELI, Gian Antonio. *Jura novit curia*. *Rivista di diritto processuale*, 1961, p.575.

limite da liberdade do juiz encontra-se naqueles fatos que individualizam a pretensão e que constituem a *causa petendi*; nenhuma qualificação jurídica integra esta e, por via de consequência, nada obsta a livre eleição dos motivos ou normas jurídicas que o agente do Poder Judiciário entender adequadas¹⁷⁰.

Isso faz com que não haja alteração na causa de pedir se o juiz utiliza como fundamento decisório dispositivo legal que não havia sido invocado pelo autor na petição inicial¹⁷¹.

Para Araken de Assis, “o fundamento legal apontado pelo autor, ou o *nomen iuris*, por ele utilizado (v.g., ação de “rescisão” do negócio, fundada em inadimplemento do parceiro, em lugar de ação de “resolução”) se ostentam inteiramente irrelevantes na caracterização da *causa petendi*”¹⁷².

Assim, e para Arruda Alvim, é lícito que o autor altere a qualquer tempo o artigo de lei no qual funda sua pretensão, assim como também é possível que o juiz decida com fundamento em lei diversa¹⁷³.

Mas, se os fundamentos jurídicos não são os dispositivos legais invocados pelo autor como fundamento de sua pretensão, o que são?

¹⁷⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil. Op. Cit.*, p.161.

¹⁷¹ É de se ressaltar que o artigo 10, do Código de Processo Civil de 2015 passa a exigir, como garantia de validade da decisão sobre tal fundamento, que o juiz oportunize às partes a possibilidade de se manifestar. Tal garantia encontra-se inserida no contexto do modelo do novo código, moldado também a partir de um *contraditório forte* (efetivo, nos termos do próprio *codex*, em seu artigo 6). Mesmo antes do advento do código de 2015, a doutrina já defendia a obrigatoriedade de oitiva prévia das partes. Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por exemplo, “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*” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo... Op. cit.*, p. 168). Já se teve a oportunidade de tratar do tema, ainda que de forma colateral: TESSER, André Luiz Bäuml. O protagonismo das partes e do advogado trabalhista diante do Código de Processo Civil de 2015. In... Confira-se ainda: (i) TROCKER, Nicolo. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p.370-372; (ii) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. V. 1. São Paulo: RT, 2015, p.354; (iii) MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015; (iv) OSNA, Gustavo. *Processo civil, Cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017; e (v) CABRAL, Antonio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, Volume 126 – ano 30, agosto de 2005. Para uma abordagem restritiva da máxima *iura novit curia*, confira-se DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Op. cit.*, p. 289 e ss.

¹⁷² ASSIS, Araken. *Cumulação de ações. Op. Cit.*, p.126. Essa classificação de causa de pedir próxima e remota também é adotada por Joel Dias Figueira Jr (FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários... Op. cit.*, v. IV, t. II, p. 46 e ss).

¹⁷³ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. V. I, *Op. Cit.*, p. 257.

Para Araken de Assis, os fundamentos jurídicos – que ele chama de *causa petendi próxima* – são os elementos que ligam os fatos jurídicos (causa de pedir remota) ao pedido e, portanto, a “conclusão retirada dos fatos, da qual decorre o *petitum*”¹⁷⁴. É a mesma perspectiva adotada por Calmon de Passos¹⁷⁵.

Para Botelho de Mesquita, os fundamentos jurídicos são “a relação jurídica controvertida e o direito particular dela decorrente”¹⁷⁶.

Nessa dimensão, não se pode confundir a qualificação jurídica que o autor empresta ao fato constitutivo (causa de pedir remota) com os fundamentos jurídicos do pedido (causa de pedir próxima). É de Barbosa Moreira a afirmação no sentido de que a qualificação jurídica e os dispositivos legais invocados pelo autor são impertinentes na definição da *causa petendi*¹⁷⁷.

É nesse sentido, aliás, a conclusão de Ricardo Alexandre da Silva, no sentido de que se adota no Brasil a teoria da substanciação,

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.)¹⁷⁸.

Não há porque se discordar da afirmativa de Ricardo Alexandre. Uma vez que a exposição somente do(s) fato(s) constitutivo(s) leva à inépcia da petição inicial, a fundamentação jurídica do pedido é essencial no processo, o que permite afirmar (certa) mitigação da substanciação, que é, ao mesmo tempo, garantida pela possibilidade do juiz alterar a qualificação jurídica emprestada pelo autor ou decidir com base em dispositivo legal não invocado, sem que isso consubstancie alteração na causa de pedir, que deve ser vista em sua

¹⁷⁴ ASSIS, Araken. Cumulação de ações. *Op. Cit.*, p.138.

¹⁷⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários... *Op. cit.*, v. III, p. 200.

¹⁷⁶ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A causa petendi... *Op. cit.*, p. 154.

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ SILVA, Ricardo Alexandre. Tese de Doutorado.

dupla dimensão: (i) remota (fato constitutivo do direito alegado) e (ii) próxima (fundamento jurídico do pedido).

II.3. Pedido: conceito e cumulação.

A correta compreensão da temática depende também de uma caracterização, ainda que breve, do conceito de pedido e de suas implicações para o objeto central da presente tese.

Esse trabalho trata de questão prejudicial e ações cumuláveis. Em especial, de pedidos cumuláveis a partir da mesma causa de pedir e os reflexos da coisa julgada sobre questão prejudicial sobre tal possibilidade.

Assim, é indispensável abordar o conceito de *pedido* e de suas cumulações.

II.3.1. Conceito de pedido

A doutrina conceitua de forma uniforme o pedido como a providência jurisdicional pleiteada pelo autor na petição inicial. É o que o requerente espera que lhe seja outorgado ao final do processo, quando se pensa na atuação jurisdicional sobre o direito material.

O pedido não pode ser visto de forma isolada no processo. Ele sempre é postulado e pretendido pelo autor a partir da unidade fático-jurídica que se consubstancia a causa de pedir.

Araken de Assis defende a dupla dimensão do pedido, afirmando sua perspectiva processual, que corresponde ao exercício da ação processual, dirigida em face do estado em razão da proibição da tutela privada, e sua perspectiva material, dirigida em face do adversário,

no sentido da realização de um direito subjetivo frente ao réu, que o jurista assevera ser a ação material¹⁷⁹.

Calmon de Passos igualmente define que “o pedido constitui o objeto da ação, aquilo que se pretende obter com a prestação da tutela jurisdicional reclamada”¹⁸⁰.

Ainda, a doutrina *classifica* o pedido em imediato e mediato¹⁸¹. Diz-se, de forma majoritária que o pedido imediato diz respeito à providência jurisdicional reclamada e que o pedido mediato é o bem da vida pretendido. Assim, em um exemplo, em uma ação em que o autor pretende receber do réu quantia que lhe é devida, é corrente a ideia de que o pedido imediato é um pedido de condenação do réu, ao passo que o pedido mediato é o direito de crédito que o autor afirma ser titular.

Os dois exemplos doutrinários ora mencionados demonstram a visão clássica sobre o pedido e sua relação com o processo e o direito material. Ela é devedora de uma perspectiva tradicional que não se desvincula do conceito de *ação*.

Veja-se a esse respeito, a clássica de Liebman, para quem “le azioni di cognizione si distinguono per la diversità del provvedimento, in particolare per il diverso tipo di sentenza, che viene domandato dall’attore”¹⁸². Está mais do que clara, na teoria liebmaniana, a relação entre o tipo de pedido (provimento demandado pelo autor) com a sua classificação das ações de conhecimento.

¹⁷⁹ DE ASSIS, Araken. Cumulação de ações, *Op. cit.*, p. 138-139. No mesmo sentido e de forma exemplificativa: (i) CARVALHO, Milton Paulo de. *Op. cit.*, p. 97; (ii) MARQUES, Frederico. Manual... *Op. cit.*, v. II, p. 47; (iii) MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo... *Op. cit.*, p. 10; (iv) DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições... *Op. cit.*, v. II, p. 118.

¹⁸⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao código de processo civil, *Op. Cit.*, p.234.

¹⁸¹ Exemplificativamente: (i) para Araken de Assis, “classifica-se o pedido, ou objeto, tradicionalmente, em mediato e imediato. Aquele é o bem da vida, e este o tipo de providência requerida ao juiz” (DE ASSIS, Araken. Cumulação de ações, *Op. cit.*, p. 140); (ii) para Calmon de Passos, “distingui-se o pedido imediato do pedido mediato. Isto porque, na inicial, o autor reclama determinado tipo de tutela jurisdicional (pedido imediato) com vistas à obtenção de um bem da vida, que afirma lhe estar assegurando pelo direito (pedido mediato)” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao código de processo civil, *Op. Cit.*, p.235).

¹⁸² LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile. *Op. Cit.*, p. 141. Em tradução livre: “as ações de conhecimento se distinguem pela diversidade do provimento, em particular pelo diverso tipo de sentença, que vem demandado pelo autor”.

Para o mestre italiano, o pedido é aquilo que se demanda ao juiz, seja em relação ao provimento que se pede, ou no que diz respeito ao “bene giuridico a cui il provvedimento dovrebbe riferirsi”¹⁸³.

Para Chiovenda, o pedido em sua dupla dimensão (denominado por ele de *oggetto*) é elemento identificador da ação. Assim, para que se esteja diante da mesma ação, é necessário não somente a identidade do ato que se pede ao juiz, mas também identidade de bem garantido pela lei (*oggetto mediato*)¹⁸⁴.

Não à toa que é célebre a classificação doutrinária clássica das ações a partir do que se afirma como *pedido*. Nas próprias palavras de Calmon de Passos,

a natureza do pedido qualifica a ação em que ele é formulado, donde se falar em ação de declaração, ação constitutiva e ação condenatória. Mas o autor pede declaração, constituição ou condenação com vistas a obter um bem da vida que afirma lhe ser devido, por força da incidência de uma regra de direito material¹⁸⁵.

Não se está a dizer que a doutrina clássica identifica como sinônimos *pedido* e *ação*. Mas, sim que o chamado *pedido imediato* é elemento que permite classificar o tipo de ação de conhecimento ajuizada pelo autor.

Não se discute da importância histórica do conceito de ação para o processo civil. É, aliás, também a partir da ideia de ação que o processo civil pôde desenvolver-se como algo autônomo em relação ao próprio direito material. Noutro sentido, parece sempre oportuna a advertência de Ovídio Baptista da Silva no sentido de que, a questão da existência de duas *ações*, uma de direito material, dirigida contra quem, infrinja o dever, violando a pretensão, o outro agir como ação processual contra o Estado, é mais um problema de linguagem e da assunção de uma perspectiva correta, que permite acesso aos dois planos do ordenamento jurídico, a dimensão de direito material, pressuposta como categorias realmente existentes, verdadeiras e indiscutíveis, e a perspectiva processual que as transforma em meras afirmações geradoras de expectativas. Para ele, os processualistas, por não disporem de vocabulário próprio de sua

¹⁸³ *Idem*, p.154.

¹⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile. *Op. Cit.*, p.326-327.

¹⁸⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao código de processo civil, *Op. Cit.*, p.235.

ciência, costumam valer-se de categorias e institutos de direito material, pensando e argumentando, enquanto a relação processual se desenvolve na suposição de que elas sejam reais¹⁸⁶.

Todavia, uma perspectiva mais atualizada da ideia de pedido, e mais adequada à noção contemporânea do próprio conceito de ação, é indispensável à sua correta compreensão.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero defendem que

o pedido consiste naquilo que, em virtude da causa de pedir, postula-se ao órgão julgador. O autor postula ao juízo basicamente o emprego de uma *técnica processual* que permita a prestação da *tutela do direito*. Pede, em outras palavras, uma providência processual a fim de que o direito material possa ser tutelado. Nessa linha, como o pedido tem duas faces essenciais, diz-se que o pedido divide-se em *pedido imediato* e *pedido mediato* – o primeiro concerne à técnica processual, ao passo que o segundo diz respeito à tutela do direito¹⁸⁷.

Há duas considerações importantíssimas sobre a conceituação empregadas pelos processualistas. A primeira, de que o pedido tem ligação inexorável com a causa de pedir, não podendo ser integral e corretamente compreendido sem essa relação. A segunda, o importante eixo de mudança, pensado a partir da *técnica processual* e da *tutela dos direitos*.

Assim, os clássicos *tipos* de ações ou de sentenças de conhecimento (v.g., declaratórias, constitutivas, condenatórias etc.) nada mais são do que especificações de *técnicas processuais* destinadas à *tutela do direito material*. E, o pedido nada mais é do que uma postulação de determinada técnica processual suficiente e necessária à tutela do direito material¹⁸⁸.

E, nessa perspectiva, é indiscutível a relação entre pedido imediato e mediato. Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “na petição inicial, precisa o autor relacionar a técnica

¹⁸⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. “Ação e ações na história do processo civil moderno” in Teoria quinária da ação – estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento. Coord.: Eduardo José da Fonseca Costa, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. Salvador: Juspodium, 2010, págs. 434.

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. V. 2, 03 ed. *Op. Cit.*, p. 162, com itálicos no original.

¹⁸⁸ Os autores, então, classificam os *pedidos* conforme o tipo de técnica processual pretendida pelo autor. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. V. 2, 03 ed. *Op. Cit.*, p. 162 e ss.

processual com a tutela do direito: *deve pedir a prolação de uma determinada sentença a fim de que possa obter determinado bem da vida*¹⁸⁹.

Em outra passagem importante de sua obra, os juristas relembram a relação de conformidade que deve existir entre o pedido, em sua dupla dimensão, e a sentença. Para eles,

a regra no processo civil é que a sentença seja conforme ao pedido do demandante. Duplamente conforme: conforme o pedido imediato (providência jurisdicional postulada – declaração, constituição, condenação, mandamental ou execução) e conforme ao pedido mediato (bem da vida perseguido em juízo). Daí a razão pela qual é vedado ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida (vale dizer, desconforme ao pedido imediato), ou que tenha objeto diverso do demandado (isto é, desconforme ao pedido mediato)¹⁹⁰.

No aspecto legislativo, os códigos brasileiros de 1973 e 2015 demonstram uma clara preocupação com o estabelecimento de um regime jurídico significativo para o pedido.

De início, em ambas as legislações, assevera-se que o pedido deve ser certo e determinado¹⁹¹. No que diz respeito à *certeza* do pedido, ela refere-se ao seu objeto mediato, ou, na expressão consagrada da doutrina, ao *bem da vida pretendido pelo autor*. Isso significa dizer, portanto, que, como afirmam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, o bem da vida que se pretende “deve estar exposto e especificado na petição inicial”¹⁹².

A expressão “determinado” diz respeito ao alcance quantitativo do pedido. Decorre da própria legislação a simples interpretação no sentido de que “pedido determinado” é expressão “pedido genérico”. Isso porque, os códigos brasileiros exigem que, como regra, o pedido seja determinado, mas permitem em caráter excepcional, que o pedido seja genérico em três hipóteses: (i) nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados; (ii) quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do

¹⁸⁹ *Idem*, p. 164, com itálicos no original.

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 03 ed. RT: São Paulo, 2017, p.595.

¹⁹¹ No CPC de 1973, ambas as expressões estavam lançadas no mesmo dispositivo, o seu artigo 286, no *caput*. Já no CPC de 2015, a expressão “certo” encontra-se no artigo 322, ao passo que a expressão “determinado” se faz presente no artigo 324.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. V. 2, 03 ed. *Op. Cit.*, p. 165.

ato ou do fato; e (iii) quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu¹⁹³.

Há, todavia, uma importante mudança no regramento relativo ao pedido, na comparação do Código de 1973 para a nova legislação.

No CPC de 1973, os pedidos deveriam ser interpretados de forma restritiva, como previsto em seu artigo 293. Nesse aspecto, a doutrina assentava-se no sentido de que

interpretar restritivamente o pedido é tirar dele tudo quanto nele se contém e só o que nele se contém, sem que se possa ampliá-lo por força de interpretação extensiva ou por consideração outra qualquer de caráter hermenêutico. Compreendido no pedido só o que expressamente contiver, não o que possa, virtualmente, ser o seu conteúdo. Esse estar contido virtualmente é característico dos chamados pedidos implícitos, ou seja, pedidos que para serem atendidos não reclamam expressa formulação¹⁹⁴.

Araken de Assis também afirma que “os limites do pedido não se alargam de ofício por quaisquer métodos exegéticos”, asseverando que tal perspectiva é desdobramento do princípio da demanda e da proibição de julgamento “além, fora, ou aquém do pedido”, ressalvando como exceção os casos de pedidos implícitos¹⁹⁵.

E, em verdade, os chamados pedidos implícitos são aqueles que dizem respeito a juros legais e correção monetária, honorários advocatícios e despesas processuais, em razão da sucumbência e, também, as chamadas prestações vincendas, no caso de obrigações de trato sucessivo.

A regra da interpretação restritiva dos pedidos tem clara identificação e origem na estrita delimitação pelas partes da atuação jurisdicional, ou, como bem assenta Araken de Assis como visto, no princípio da demanda e na regra da adstrição do juiz ao pedido.

¹⁹³ A regra em comento encontra-se no CPC de 1973 no artigo 286, no CPC de 2015, no artigo 324.

¹⁹⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao código de processo civil, *Op. Cit.*, p.281.

¹⁹⁵ ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. *Op. Cit.*, p. 228.

Todavia, no CPC de 2015, o regramento jurídico é absolutamente diferente. O artigo 332, § 2º, da nova legislação prescreve expressamente que “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”.

O dispositivo ora mencionado atua em harmonia simétrica com o artigo 341, inciso III, do CPC de 2015, que prevê que “Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: (...) III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto”. Em igual sentido, também guarda simetria na atuação jurisdicional, especialmente em razão do artigo 489, § 3º, do novel codex, que dispõe que “A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

A doutrina afirma, então, que no CPC de 2015, o pedido deve ser interpretado sem formalismo excessivo¹⁹⁶.

Para se compreender melhor o eixo de mudança ora apontado, talvez seja melhor apontar um exemplo ilustrativo. Um determinado sujeito propõe ação em face do INSS postulando que seja reconhecido seu direito a um benefício previdenciário denominado “auxílio doença acidentário”, alegando que sofre de uma doença que tem relação com o trabalho e que, por isso, deve ser afastado de suas atividades e receber o benefício respectivo. Para solução da controvérsia, é realizada uma perícia judicial que constata que o autor deve ser afastado de suas atividades e que não está apto para o trabalho, mas que a doença que o acomete não tem relação com o trabalho.

No regime de interpretação restritiva do pedido previsto no CPC de 1973, a solução jurisdicional provavelmente seria julgar improcedente a ação. Ora, o autor postulou um benefício previdenciário que depende, para sua concessão, de uma relação de causalidade entre o afastamento das atividades e a dinâmica laboral e isso não ficou provado no processo.

Todavia, tal interpretação parece claro óbice à entrega efetiva da prestação jurisdicional. É por isso que, admitindo-se uma interpretação ampliada do pedido, considerando o conjunto

¹⁹⁶ A expressão é de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. V. 2, 03 ed. *Op. Cit.*, p. 164). Os processualistas fazem referência ainda à obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em especial à obra “Teoria e prática da tutela jurisdicional”.

da postulação e o princípio da boa-fé, é possível julgar procedente a demanda para determinar a concessão do benefício previdenciário “auxílio doença”¹⁹⁷, uma vez que resta comprovada a necessidade de afastamento do autor de suas atividades, ainda que ausente nexo de causalidade com o trabalho.

Como bem apontam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “o direito processual civil não pode ser entrave para a obtenção da tutela jurisdicional”¹⁹⁸, defendendo a nova sistemática prevista no CPC de 2015.

Assim, feitas essas considerações mais gerais sobre o conceito de pedido, e no alcance pretendido nessa tese, é de tratar com mais cuidado da cumulação de pedidos.

II.3.2. Cumulação de pedidos

O delineamento da cumulação de pedidos no processo civil é tema importantíssimo para esse trabalho. Isso porque é justamente da possibilidade de cumulação de pedidos na mesma relação processual (no mesmo processo) que decorre a sua não obrigatoriedade e, por conseguinte, a permissividade para que pedidos que decorram de mesmo fundamento (causa de pedir) ou que dependam para seu julgamento da solução de questão comum possam ser objeto de processos diferentes e haja a potencialidade de decisões contraditórias.

É de se dizer, portanto, que a cumulação de pedidos é tratada no processo civil como uma faculdade colocada à disposição da parte autora e, ao mesmo tempo, é vista como excepcionalidade, uma vez que depende do preenchimento de determinados requisitos.

É da doutrina a classificação dos diversos tipos de cumulação de pedidos. Basicamente, se fala em cumulação em sentido estrito (própria) e em sentido amplo (imprópria).

¹⁹⁷ Lei 8.213-1991. Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. *Op. Cit.*, p. 426.

A cumulação em sentido estrito admite duas subespécies de cumulação: a cumulação simples e a cumulação sucessiva. Já a cumulação em sentido amplo trata da chamada cumulação alternativa ou eventual¹⁹⁹.

As cumulações simples e sucessiva estão previstas, como regra, no artigo 327, do CPC de 2015, que estabelece que “É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão”. Em ambos os casos, os requisitos para admissibilidade da cumulação são três, que decorrem do § 1º do citado dispositivo legal: (i) que não haja incompatibilidade jurídica entre os pedidos (ex.: pedir rescisão de um contrato e ao mesmo tempo exigir adimplemento de uma obrigação decorrente do mesmo contrato), (ii) que o mesmo juízo tenha competência absoluta para conhecer de ambos os pedidos e (iii) que o procedimento seja adequado para dos os pedidos, sendo que, caso houver procedimentos diversos (CPC, artigo 327, § 2º) será possível a cumulação se o autor optar pelo procedimento comum, garantindo-se a ele as técnicas diferenciadas a cada pedido, desde que não haja incompatibilidade procedimental.

A diferença entre a cumulação simples e a sucessiva está na autonomia dos pedidos²⁰⁰. Na primeira delas, todos os pedidos são autônomos, de maneira que poderiam ser objeto de ações diversas e podem ser apreciados de forma independente, uns dos outros, ainda que possam estar ligados por alguma(s) questão(ões) comuns. Araken de Assis afirma, sobre a cumulação simples, que “o traço comum das ações cumuladas consiste na aptidão de cada ação de se incluir como objeto de uma relação processual independente. O autor as formula no mesmo processo por razões de economia”²⁰¹.

Em um primeiro exemplo, existem situações em que os pedidos, embora autônomos, estão conectados por alguma questão que lhes é comum. Por exemplo, em uma ação decorrente de ato ilícito, pode-se cumular pedidos de indenização por danos materiais (pedido ‘a’) e por danos morais (pedido ‘b’). Note-se que os pedidos são autônomos entre si, muito embora possam estar ligados pela mesma questão comum: a responsabilidade civil do réu. Nesse caso,

¹⁹⁹ *Idem*, p.230.

²⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Volume 2. *Op. cit.*, p.167.

²⁰¹ ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. *Op. cit.*, p.231.

aliás, a responsabilidade civil é questão prejudicial ao julgamento de ambos os pedidos, posto que, se não reconhecida, levará à improcedência da ação.

Porém, há situações de cumulação simples em que os pedidos são autônomos e não estão ligados por nenhuma questão comum a ambos, a não ser o fato de que envolvem as mesmas partes. Imagine-se que autor e réu firmaram dois contratos de empréstimo. No caso de inadimplência nos dois negócios jurídicos, o autor pode cumular as ações no mesmo processo. Nesse caso, note-se que mais do que causas de pedir diversas, não há qualquer questão material a ser decidida pelo juiz e que é comunicável a ambos os pedidos.

Já a cumulação sucessiva depende de uma relação de prejudicialidade entre um pedido que se denomina de *principal* e aquele que lhe é sucessivo. Como apontam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “o autor formula dois pedidos, sendo o acolhimento do primeiro pedido pressuposto lógico e essencial para a análise do pedido sucessivo. (...) o juiz só analisa o pedido sucessivo se acolher o primeiro pedido”²⁰².

Araken de Assis traz vários exemplos de tal modalidade de cumulação: (i) ações de investigação de paternidade e petição de herança, (ii) ações de investigação de paternidade e alimentos, (iii) ações de separação judicial e alimentos, (iv) ações de resolução de contrato e perdas e danos (v) ações possessórias, reparatória e demolitória (esse último exemplo, aliás, com expressa previsão no artigo 555, do CPC de 2015, com regra semelhante no artigo 921, do CPC de 1973, ao qual o autor faz menção expressa)²⁰³.

É claro que se está diante de causas de pedir diversas. Mas, entre elas há também um vínculo de prejudicialidade, uma vez que somente se o pedido *principal* (investigação de paternidade, resolução do contrato, possessória) for julgado procedente é que o juiz poderá analisar os pedidos sucessivos (ou subsidiários).

A hipótese da cumulação em sentido amplo (imprópria), traduzida pela forma da cumulação eventual ou alternativa, consubstancia-se em situação de sentido inverso à cumulação sucessiva. Se nessa última, o pedido subsidiário somente será apreciado se julgado

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Volume 2. *Op. cit.*, p.169. No mesmo sentido, Araken de Assis, para quem “concebe-se o autor formular um segundo pedido que, em relação ao primeiro, dependa de sua procedência” (ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. *Op. cit.*, p.233).

²⁰³ ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. *Op. cit.*, p.233.

procedente o pedido dito principal, na cumulação eventual, somente se o pedido principal for *improcedente*, é que o juiz analisará o pedido em cumulação alternativa²⁰⁴.

A cumulação eventual está prevista no artigo 326, do CPC de 2015, que determina que “Art. 326. É lícito formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, quando não acolher o anterior. Parágrafo único. É lícito formular mais de um pedido, alternativamente, para que o juiz acolha um deles”. Em razão do dispositivo, a doutrina afirma que existem dois tipos de cumulação eventual, sendo uma em que há uma ordem prioritária, pré-definida pelo autor e que deve ser respeitada pelo juiz (e que está prevista no *caput* do artigo 326, do CPC) e uma em que não há ordem preferencial na apreciação dos pedidos (como se vê do Parágrafo Único do citado dispositivo processual).

São exemplos de cumulação alternativa, os pedidos cumulados de (i) imposição ao réu de mandamento de cumprimento específico da obrigação ou indenização pelo equivalente pecuniário (CC, art. 247), (ii) complementação de venda *ad mensuram* ou redução proporcional do preço pago (CC, art. 500), (iii) devolução do produto adquirido com defeito com restituição da quantia paga, substituição do produto ou abatimento proporcional do preço (CDC, art. 18, § 1º). Como é intuitivo, na hipótese de cumulação eventual, não é necessária a compatibilidade dos pedidos, porque “não se situam no mesmo plano lógico”²⁰⁵.

A cumulação eventual é a hipótese mencionada na doutrina italiana como “concorso di azioni”, em que se verifica “a existência de duas ou mais ações diversas, mas equivalentes, a partir do mesmo fato”²⁰⁶. Liebman ressalta a que existem dois direitos concorrentes que estão ligados entre si sob o ponto de vista funcional, de maneira que a satisfação de um direito impõe a extinção de outro²⁰⁷.

²⁰⁴ Tomou-se o cuidado de não tratar de *pedido alternativo*, para que não haja confusão com a hipótese de pedido derivado de obrigação alternativa que, na forma do artigo 325, do CPC de 2015, representa situação em que, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo.

²⁰⁵ ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. *Op. cit.*, p.235. Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a compatibilidade não é necessária porque “o pedido subsidiário só é examinado na eventualidade do pedido principal não ser acolhido” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Volume 2. *Op. cit.*, p.169).

²⁰⁶ ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. *Op. cit.*, p.235.

²⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile. I. *Op. cit.*, p. 157. No original: “due diritti diconsi concorrenti quando sono collegati tra loro dal punto di vista funzionale in modo che la soddisfazione di uno essi estingue anche l’altro”. Chiovenda tem uma conceituação um pouco distinta, porque inclui na hipótese de “concorso di azioni” os casos de cumulação entre pessoas diversas, mas que tendem ao mesmo resultado (ex.: obrigações solidárias) e de cumulação entre as mesmas pessoas, que tendem ao mesmo

Nessa hipótese, como bem apontado por Araken de Assis, as causas de pedir ligam-se por conexão ou, ao menos, por relação parcial²⁰⁸. Em verdade, nessa hipótese parece ser possível que se está diante de pedidos que têm por fundamento uma causa de pedir idêntica, mas cujos pedidos são alternativos e excludentes, no sentido de que somente ser poderá ter a procedência de um único pedido.

Especificamente para o objeto da presente, importa substancialmente o estudo da cumulação simples.

Isso porque, no caso da cumulação sucessiva, a própria relação existente entre o pedido principal e o(s) pedido(s) subsidiário(s) evidencia a ausência de risco de decisão contraditória em decorrência do julgamento diverso de questão prejudicial. Aliás, como se viu, a relação existente entre o pedido principal e os demais pedidos é justamente de *prejudicialidade*, de forma que sempre que o pedido principal for julgado improcedente, sequer serão analisados os pedidos subsidiários.

E, no caso da cumulação eventual igualmente há uma relação de prejudicialidade entre o julgamento dos diversos pedidos. Com efeito, pois, no caso de improcedência de qualquer um dos pedidos, a causa eficiente de tal decisão é comunicável e extensível aos demais pedidos. Se, por exemplo, o juiz entender que não houve o vício redibitório como mencionado no artigo 18, § 1º, do CDC, tal fundamento serve para a improcedência de qualquer um dos pedidos mencionados nos incisos I, II, e III, do citado dispositivo legal. E, ao mesmo tempo, se o juiz julgar procedente um dos pedidos, é claro que o julgamento dos demais fica prejudicado porque o direito do autor já restou atendido. Fica claro, aliás, que se for julgado procedente o pedido, por exemplo, de substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, determinar a restituição da quantia paga importará enriquecimento sem causa da parte autora. Assim, sempre nesses casos, julgado procedente ou improcedente um pedido, os demais ficam prejudicados²⁰⁹.

resultado, mas com causas diversas (ex. ações possessórias e petitorias) (CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile. *Op. cit.*, p.334).

²⁰⁸ ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. *Op. cit.*, p.236.

²⁰⁹ É claro que outras causas de resolução do mérito acerca de um pedido também afetam e se comunicam aos demais. Se o juiz reconhecer prescrição ou decadência, se as partes firmarem transação, se o autor renunciar ao direito sobre o qual se funda a pretensão ou se o réu reconhecer a procedência em relação a um pedido, todos os demais ficarão prejudicados.

Já para as hipóteses de cumulação simples, igualmente somente tem relevância para esse estudo as situações em que os pedidos cumulados possuem alguma questão comum entre si. Imagine-se a seguinte hipótese. Tício atropela Mévio e lhe causa lesões que o incapacitam para o trabalho por sessenta dias. Mévio, então, propõe uma ação de indenização em face de Tício postulando (i) danos materiais em razão de (i.a) danos emergentes, em razão dos custos que teve com o tratamento das lesões (médico, fisioterapeuta, remédios, cirurgias etc) e (i.b) lucros cessantes, em razão da incapacitação para o trabalho, o que deixou de ganhar nos sessenta dias em que não pôde trabalhar, (ii) danos morais, pelo abalo psíquico que sofreu em razão do atropelamento, e (iii) danos estéticos, porque em razão das cirurgias pelas quais teve que passar, está com uma cicatriz enorme que não se apagará.

Ora, é pouco mais do que evidente que se está diante de cumulação de ações em que a causa de pedir é única (atropelamento causado por Tício e a responsabilidade civil daí decorrente), mas com pedidos múltiplos. Assim, Mévio poderia, sem sombra de dúvida, ajuizar cada um dos pedidos de forma separada e em processo distinto.

Porém, como visto, a causa de pedir única é questão comum a todas as ações. Se Mévio ajuizar todos os pedidos no mesmo processo, não haverá qualquer problema, pois a responsabilidade civil de Tício será definida de uma só vez, para todos os pedidos.

Porém, suponha que, por qualquer razão Mévio deduza o pedido em dois processos diversos. Isso porque, somente dois anos após o atropelamento é que um laudo médico atesta que a cicatriz não se apagará. Os processos, por qualquer razão, correm em juízos diversos. E, o juiz do primeiro processo julga procedente a ação, reconhecendo a responsabilidade civil de Tício.

Nesse caso, e no regime do CPC de 1973, não há nenhuma garantia de que a sentença a ser proferida no segundo processo reconheça a responsabilidade civil de Tício. Ou seja, em outras palavras, existe risco de decisões contraditórias sobre a mesma questão (responsabilidade civil de Tício pelos danos causados em razão do atropelamento).

Porém, no CPC de 2015, em razão da formação da coisa julgada sobre questão prejudicial, o risco da decisão contraditória inexistente, pois, uma vez julgada a primeira ação, reconhecendo-se a responsabilidade civil de Tício, uma vez que isso é questão prejudicial para a segunda demanda, e, se presentes os requisitos para tanto (CPC de 2015, artigo 503, §§ 1º e

2º) restará formada coisa julgada que deve ser respeitada pelo juiz do processo posterior, como premissa do julgamento da ação indenizatória. É claro que fatores alheios à responsabilidade civil de Tício podem levar à improcedência da ação como, por exemplo, a inexistência de comprovação do dano estético, mas, sobre a questão comum às demandas, não há dúvida que se evita a prolação de decisões contraditórias.

Já no caso da cumulação simples em que não há qualquer questão comum entre os pedidos (a não ser o elemento subjetivo da ação), é mais do que evidente que a coisa julgada sobre questão prejudicial não tem qualquer repercussão, caso os pedidos sejam ajuizados no mesmo processo ou em processos distintos.

Dessa forma, desde já se adverte que o tema central da presente tese (coisa julgada sobre questão prejudicial e ações cumuláveis) diz respeito, no que tange ao pedido, aos pedidos que são (ou podem) ser objeto de cumulação simples em que há questão material comum, uma vez que para os casos de cumulação sucessiva e eventual, uma vez que há alguma relação de prejudicialidade entre os pedidos da qual resulta sempre resultados decisórios idênticos e que para as hipóteses de cumulação simples de pedidos que não possuem questão material comum, é a inexistência de ponto comum que torna inexistente o risco de decisões contraditórias.

Assim, delimitada a identificação da causa de pedir e o pedido, e para o objeto central dessa tese, será preciso trabalhar com a relação entre ela e o pedido, nas suas possíveis multiplicidades.

II.3.3 As relações entre causa de pedir e pedido em suas multiplicidades

Como é notório, pedido e causa de pedir²¹⁰ são dois elementos indispensáveis de todo e qualquer processo judicial, uma vez que são, respectivamente, a providência jurisdicional que se requer em razão da violação ou ameaça de violação a um direito e os fundamentos fático-jurídicos que dão substrato ao pleito de atuação jurisdicional.

Mais do que isso, causa de pedir e pedido são elementos identificadores da ação, na construção teórica e no plano legislativo. Segundo o art. 337, §2º, do CPC²¹¹, duas demandas são idênticas quando lhes forem comuns as partes, a causa de pedir e os pedidos. Trata-se da conhecida concepção da tríplice identidade.

Por lógico então que causa de pedir e pedido são elementos que identificam e delimitam a cumulação de ações. Isso porque qualquer alteração em um deles implicará em nova ação que, deduzida no mesmo processo, resultará no fenômeno já tratado de cumulação de ações.

Como já afirmado anteriormente, a definição do objeto litigioso (ou do *thema decidendum*) define o mérito do processo. E a delimitação mais adequada dessa perspectiva objetiva do processo engloba a(s) causa(s) de pedir e o(s) pedido(s) deduzidos pelo autor, eventual(is) defesa(s) substancial(is) indireta(s) trazida(s) pelo réu, e ainda qualquer ampliação objetiva decorrente da participação de terceiro não integrante do processo originariamente.

Como visto também, ainda que se admita a ampliação do objeto litigioso a partir de atitudes processuais do réu e de terceiros, em alguma medida a sua atuação estará sempre relacionada à delimitação feita pelo autor na causa de pedir e no seu pedido.

É de simples verificação tal situação. Se o réu alega, em sua contestação, uma defesa substancial indireta como, por exemplo, o pagamento, é claro que essa alegação tem relação com a causa de pedir e pedido deduzidos na inicial. Em igual sentido, se o réu demandado em ação indenizatória oferece denúncia da lide, em virtude de contrato de seguro, é mais do que claro que possível ampliação objetiva decorrente da participação do denunciado no processo também terá relação com a *causa petendi* e o *petitum* originários.

²¹⁰ Isso decorre da simples leitura do artigo 319, do Código de Processo Civil de 2015 que estabelece ambos como requisitos indispensáveis da petição inicial. Tanto que, sua ausência leva à inépcia da petição inicial (artigo 330, § 1º, inciso I). Essa concepção já se fazia presente no CPC de 1973, nos seus artigos 282 (requisitos da petição inicial) e 295, Parágrafo Único, inciso I (inépcia da petição inicial).

²¹¹ Essa regra já existia no CPC de 1973, em seu artigo 301, § 2º.

Portanto, e para o objeto dessa tese, o que interessa verdadeiramente é delimitar e compreender a relação existente entre causa de pedir e pedido nas suas mais diversas multiplicidades.

E, nessa perspectiva são duas as possibilidades: (i) causa de pedir única e pedidos múltiplos; ou (ii) causas de pedir múltiplas e único pedido.

A premissa de compreensão é a simples. Se causa de pedir e pedido são elementos que identificam a ação, significa dizer que, quando se alterar qualquer um deles, estar-se-á diante de outra ação. Isso faz, igualmente, que no caso de múltiplas causas de pedir para um mesmo pedido ou de causa de pedir que dá razão a diferentes pedidos, em verdade, se terá uma ação para cada relação causa de pedir-pedido²¹².

Exemplifica-se. Duas partes celebram um contrato. O negócio jurídico prevê que o inadimplemento de determinada cláusula permite exigir seu cumprimento e, ainda, cláusula penal indenizatória. Se essa cláusula for descumprida, seu inadimplemento é *causa de pedir única* que dá origem a *dois pedidos* (adimplemento e cláusula penal indenizatória).

Outro exemplo. Uma parte pretende a declaração de inexistência de um débito. Alega, para tanto que (i) o débito está extinto pelo pagamento realizado por terceiro e (ii) somente agiu em nome de terceiro, na forma do artigo 663, primeira parte, do Código Civil²¹³. Nesse caso, está-se diante de apenas *um pedido* (declaração de inexistência de débito) que tem *duas causas de pedir distintas*.

No primeiro exemplo (inadimplemento contratual), não parece haver dúvida que a parte prejudicada pelo descumprimento da cláusula poderia ajuizar *duas ações distintas, em dois processos distintos*, buscando em cada um deles, um pedido diferente. Não há – e nem nunca houve – nenhuma regra obrigando a parte a cumular os pedidos no mesmo processo, muito embora, na maioria dos casos, isso se faça por razões de economia processual. Aliás, é expressão clara da proteção da liberdade individual a inexistência de regra determinando que o

²¹² Para Ricardo Alexandre da Silva, “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” (SILVA, Ricardo Alexandre da. Tese de Doutorado).

²¹³ Código Civil. Art. 663. Sempre que o mandatário estipular negócios expressamente em nome do mandante, será este o único responsável;

autor, no caso, cumule obrigatoriamente todos os pedidos que pudesse em razão da mesma causa de pedir (inadimplemento contratual).

No segundo exemplo, igualmente, é possível que a parte proponha duas ações diferentes, em dois processos distintos, cada um deles pleiteando a inexistência do débito, embora cada um com uma causa de pedir diversa. Novamente, não existe regra que determine que a parte deduza em um só processo todas as causas de pedir relativas ao mesmo pedido²¹⁴. Não há dúvida, também, que a liberdade individual é protegida, ao não se proibir que a parte possa deduzir cada causa de pedir em processos distintos, o que, como no exemplo anterior, pode resultar em conclusões decisórias diversas sobre o mesmo conflito intersubjetivo.

Nesse sentido, parece importante tratar das duas situações de forma separada, para sua melhor compreensão.

II.3.4 Causa de pedir única e pedidos múltiplos

A relação existente na hipótese de causa de pedir única e pedidos múltiplos é muito frequente. E, de fato, é aquela de maior importância para a presente tese. Isso porque, a solução do mérito correspondente ao pedido integra sempre o dispositivo da sentença o que faz com que, sobre ele, sempre exista coisa julgada²¹⁵. Nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero,

²¹⁴ É importante fazer uma observação. A Lei n. 12.529 de 2011, que “Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”, previa a obrigatoriedade de dedução única de todas as causas de pedir relativas ao mesmo pedido, em seu artigo 98, § 4º, que tinha a seguinte redação “Na ação que tenha por objeto decisão do Cade, o autor deverá deduzir todas as questões de fato e de direito, sob pena de preclusão consumativa, reputando-se deduzidas todas as alegações que poderia deduzir em favor do acolhimento do pedido, não podendo o mesmo pedido ser deduzido sob diferentes causas de pedir em ações distintas, salvo em relação a fatos supervenientes”. O dispositivo foi expressamente revogado pelo Código de Processo Civil de 2015. Independentemente dos debates doutrinários sobre o dispositivo, em especial de sua possível incoerência teórica e algumas confusões conceituais, parece claro que sua previsão expressa é demonstração de que a obrigação de dedução de todas as causas de pedir relativas ao mesmo pedido em um só processo, “sob pena de preclusão consumativa”, é excepcional no âmbito do processo civil.

²¹⁵ CPC de 2015. Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

e de forma sucinta e clara, “certamente estará acobertada pela coisa julgada a resposta jurisdicional ao pedido formulado pelas partes no processo”²¹⁶.

Todavia, e como regra geral, especialmente no regime adotado até o CPC de 2015, o pronunciamento judicial específico sobre os fundamentos do pedido (causa de pedir) não produz coisa julgada material. Isso significa dizer, portanto, que existe a possibilidade de decisões contraditórias, em processos distintos, sobre a mesma causa de pedir quando dela decorrerem pedidos múltiplos que não sejam cumulados na mesma relação processual.

O exemplo ilustrado no item anterior pode ajudar a compreender a questão. Um mesmo contrato pode conter diversas obrigações, e, do seu inadimplemento podem resultar diversas consequências jurídicas. Imagine-se que na relação contratual, uma das partes não realize o adimplemento adequado de uma obrigação. Ainda, que o contrato prevê que, nesse caso, a parte prejudicada terá direito ao cumprimento da obrigação e a uma indenização compensatória. Ora, parece claro que a mesma causa de pedir (inadimplemento de cláusula contratual) seja fundamento de duas pretensões (pedidos).

Nessa perspectiva, considere-se que a parte prejudicada proponha uma ação (que aqui será denominada de “demanda A”) postulando somente o cumprimento do contrato. E que o réu, em sua defesa, alegue que não há inadimplemento porque o autor igualmente não cumpriu com obrigação que era relacionada àquela que pretende ver cumprida, sustentando a clássica *exceptio non adimplenti contractus*²¹⁷. O juiz, então, reconhecendo o inadimplemento também da parte autora julga a ação improcedente. As partes não interpõem recurso e a decisão transita em julgado.

Após isso, a parte autora propõe nova ação (denominada aqui de “demanda B”), dessa feita postulando o pagamento de indenização compensatória alegando o *mesmo inadimplemento contratual apresentado como fundamento da “demanda A”*. O ajuizamento dessa nova ação (“demanda B”) é perfeitamente possível, porquanto mesmo que as partes e a causa de pedir sejam as mesmas (mesmo inadimplemento contratual que é fundamento da “demanda A”), o pedido é diferente, de maneira que não se está diante de ação idêntica.

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. Novo curso... Op. cit., v. II, p. 682.

²¹⁷ Código Civil. Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Na demanda “B”, o réu alega a mesma defesa substancial indireta consubstanciada na exceção de contrato não cumprido. No regime do CPC de 1973, não há qualquer impedimento ao juiz desse processo para que ele decida novamente sobre a exceção apontada pelo réu e, inclusive, o faça de forma contrária à decisão proferida na demanda “A”. Isso porque, a exceção de contrato não cumprido é questão prejudicial, alegada pelo réu, e que, no esquema do CPC revogado não produz qualquer estabilidade a impedir sua rediscussão.

Isso implica dizer, portanto, que no CPC de 1973, no caso de pedidos múltiplos decorrentes de causa de pedir única, em que os pedidos fossem deduzidos em processos distintos, existia claro risco de decisões contraditórias sobre questão prejudicial, porque o julgamento dela somente estaria acobertado pela coisa julgada material se a questão fosse objeto de ação declaratória incidental.

No CPC de 2015, o risco de decisões contraditórias nesse caso passa a ser bastante reduzido, porque, se presentes os requisitos suficientes para tanto, haverá coisa julgada sobre questão prejudicial, obrigando a adoção de premissas idênticas sobre a questão decidida para todos os casos em ela importe.

Então, no exemplo dado acima, e no regime do CPC de 2015, imaginando-se que estavam presentes os requisitos para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial “exceção de contrato não cumprido”, o juiz da demanda “B” deveria reconhecer tal estabilidade e julgar a demanda tendo por premissa a exceção em comento.

II.3.5 Causas de pedir múltiplas e pedido único

A causa de pedir, como visto, é formada por unidade fático-jurídica que, no sistema brasileiro, é vista a partir da Teoria da Substanciação. Isso faz com que se alterando o fato constitutivo ou o fundamento jurídico do pedido, está-se diante de nova causa de pedir.

O exemplo dado no item II.3 é, novamente, ilustrativo. Uma parte pretende a declaração de inexistência de um débito. Para tanto, pode alegar que houve pagamento realizado por terceiro ou que somente agiu em nome de terceiro, enquanto sua mandatária, de maneira que não é responsável pela dívida. Note-se que são causas de pedir distintas, pois são igualmente

distintos os fatos constitutivos e os fundamentos jurídicos. Todavia, o pedido é um só. É o que a doutrina chama de *cumulação simples de causas de pedir*²¹⁸ ou de *causa de pedir composta*²¹⁹.

É claro que, todavia, nesse caso, não existe o risco de decisão contraditória sobre a mesma questão, se as ações forem deduzidas em processos diversos. Isso acontece por duas razões.

A um porque as causas de pedir são distintas e não há questão comum a elas. Cada uma delas, se acolhida como fundamento do pedido, é autônoma e suficiente para se determinar a procedência da ação, assim como a rejeição de uma das causas de pedir em comento não tem qualquer relação de prejudicialidade ou de condicionamento com a outra.

E a dois porque se está a tratar, no caso em espécie, de causas de pedir não abrangentes.

As causas de pedir não abrangentes são aquelas em que a improcedência do pedido não prejudica ou condiciona o julgamento de outra demanda. Eduardo Talamini, ao tratar do tema, traz como exemplo a hipótese de ação que visa desfazer negócio jurídico tendo como fundamento vício de consentimento. Para ele, aliás, com acerto, uma vez que o sistema brasileiro adota a Teoria da Substanciação na definição da causa de pedir, 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 autor²²⁰.

Já ao definir as causas de pedir abrangentes, Talamini sugere como hipótese os casos de ação declaratória de existência da relação jurídica, uma vez que no seu fundamento devem ser incorporados todos os fatos que poderiam acarretar sua inexistência²²¹. Nesse último caso, se a demanda é julgada procedente, a coisa julgada impede qualquer outra demanda em que se postule a declaração da inexistência da relação jurídica. É o caso típico das ações em que se

²¹⁸ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. *Op. cit.*, p.192.

²¹⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil brasileiro*. *Op. cit.*, p.156. Nas palavras do autor, “a *causa petendi* é *composta* na hipótese em que corresponde a uma pluralidade de fatos individuadores de uma única pretensão. É o que ocorre na ação de separação judicial lastreada em abandono material do cônjuge e no inadimplemento do dever de coabitação”. Se ambas as causas de pedir forem deduzidas como fundamento do pedido no mesmo processo, está-se diante de *cumulação de ações*, pois, para cada *causa petendi* distinta, é de se entender uma ação igualmente diversa.

²²⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* *Op. cit.*, p. 75.

²²¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* *Op. cit.*, p. 75.

pede o reconhecimento de vínculo de emprego perante a Justiça do Trabalho, ou mesmo da ação declaratória de paternidade.

Dessa forma, as causas de pedir abrangentes nunca podem ser, na definição de Cruz e Tucci, compostas. Isso porque, não há nesse caso uma “pluralidade de fatos individuadores de uma única pretensão”, mas, em verdade, se houver uma pluralidade de fatos necessários à produção de efeitos jurídicos, eles somente podem ser considerados em sua unidade.

Note-se o exemplo do reconhecimento do vínculo de emprego previsto na Consolidação das Leis do Trabalho. O artigo 3º do texto consolidado exige, para caracterização da relação de emprego, o trabalho prestado de forma pessoal, não eventual, onerosa e subordinada. Na ausência de qualquer um desses *fatos* (elementos), o vínculo não pode ser reconhecido. Ou seja, somente a pluralidade de todos os fatos indicados na norma jurídica é que podem produzir o efeito jurídico caracterização da *relação de emprego*. É por isso que, na linha de raciocínio de Talamini, tem que se entender incorporados como fundamento do pedido declaratório de vínculo de emprego, todos os fatos que poderiam levar à sua inexistência.

Assim, as causas de pedir abrangentes jamais são múltiplas. São sempre causas de pedir simples, de maneira que não se pode cumulá-las.

II.4. A cumulação subjetiva de ações e litisconsórcio passivo necessário: a mitigação da liberdade individual

O litisconsórcio é conceituado na sua forma clássica como uma hipótese de pluralidade de partes no sentido de uma “situação caracterizada pela coexistência de duas ou mais pessoas do lado ativo ou do lado passivo da relação processual, ou em ambas as posições”²²². A lição de Dinamarco é uma repetição da conceituação de Chiovenda para quem o litisconsórcio é “*la presenza nello stesso procedimento di più persone nella posizione di attori (litisconsorzio attivo) ou di convenuti (litisconsorzio passivo) o di attori di un lato e di convenuti dall’altro (litisconsorzio misto)*”²²³.

²²² DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. RT: São Paulo, 1984, p.16.

²²³ CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni...

O litisconsórcio pode ser classificado de várias formas, como aponta a doutrina. Para Dinamarco, ele pode ser classificado a partir de “a) o poder aglutinador das razões que conduzem à formação do litisconsórcio; b) o regime de tratamento dos litisconsortes; c) a posição destes na relação processual; d) o momento de sua formação”²²⁴.

Em relação à classificação prevista em (a), o litisconsórcio será necessário quando houver “indispensabilidade de partes plúrimas”²²⁵, de maneira que é um problema de necessária legitimidade conjunta²²⁶, o que será determinado pela lei, ao passo em que o litisconsórcio será facultativo, nos casos em que a lei não impuser a formação do litisconsórcio, ficando a pluralidade de partes a critério das partes, como expressão de sua liberdade individual. É justamente por isso que o juiz pode mandar integrar o litisconsórcio necessário, na forma do artigo 115, Parágrafo Único, do CPC de 2015²²⁷ e também tem poderes para limitar o litisconsórcio facultativo, como dispõe o artigo 113, § 1º, do CPC de 2015²²⁸. Uma ação ajuizada por um credor em face de todos os devedores solidários (CC, artigo 275²²⁹) é hipótese de litisconsórcio facultativo. Na ação de declaração de nulidade do casamento, ajuizada pelo Ministério Público (CC, artigo 1.549), naturalmente todos os cônjuges devem ser partes, e, portanto, tem-se litisconsórcio necessário.

A classificação mencionada em (b) toma como premissa a questão se a decisão de mérito no processo deve ser uniforme ou não para os litisconsortes. Assim, o litisconsórcio será unitário diz respeito às hipóteses em que a decisão de mérito deve ser uniforme para todos os litisconsortes²³⁰, ao passo em que, nos casos em que a decisão de mérito pode ser diversa, o litisconsórcio é denominado de simples (ou comum). Nos dois exemplos dados anteriormente,

²²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. *Op. cit.*, p. 41.

²²⁵ *Idem, ibidem*.

²²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile. V. I. *Op. cit.*, p. 92.

²²⁷ CPC de 2015. Art. 115. (...) Parágrafo único. Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo.

²²⁸ CPC de 2015. Art. 113. (...)§ 1º O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença.

²²⁹ CC, Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

²³⁰ Dinamarco adverte que “o litisconsórcio unitário é aquele em que, constituindo *res in iudicium deducta* uma relação jurídico-material incidível, o destino que tiver um dos litisconsortes haverá de ser consentâneo com o que será dado aos demais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. *Op. cit.*, p. 42-43).

tem-se o litisconsórcio unitário. Porém, em uma ação movida por um credor em face de dois devedores distintos, tem-se hipótese de litisconsórcio simples.

Já em relação à classificação em (c), que se dá a partir do polo em que a pluralidade de pessoas se manifesta, o litisconsórcio pode ser ativo, passivo ou misto (CPC de 2015, art. 113, *caput*).

O litisconsórcio também pode ser classificado a partir do momento em que se forma, como a classificação prevista em (d). Nesse caso, será denominado de inicial, quando é definido já *initio litis*, ou ulterior, quando ocorre por fato posterior à propositura da ação como, por exemplo, integração de litisconsortes de ofício (CPC de 2015, art. 115, Parágrafo Único), ou de hipóteses de ampliação subjetiva em razão de intervenções de terceiro como a denunciação da lide (CPC de 2015, artigo 127, *caput*), chamamento ao processo (CPC de 2015, artigo 131), incidente de desconsideração de personalidade jurídica (CPC de 2015, artigo 133 e seguintes) ou mesmo em razão da reunião de processos com litigantes diferentes por conexão (CPC de 2015, artigo 55)²³¹.

O CPC de 1973, na redação do seu artigo 47 denominava de litisconsórcio necessário a hipótese de litisconsórcio unitário, dispondo “Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”. Não à toa, a doutrina criticava essa redação. Barbosa Moreira falava em “lamentável confusão”²³². Araken de Assis afirmou que o CPC de 1973 estava “baralhando os conceitos de litisconsórcio necessário e o unitário”²³³.

²³¹ ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. *Op. cit.*, p. 146-147.

²³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos*, p. 75.

²³³ ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. *Op. cit.*, p. 147.

A verdade é o que o equívoco na redação foi ajustado no CPC de 2015, definindo com precisão o litisconsórcio necessário no seu artigo 114,²³⁴ e o litisconsórcio unitário no seu artigo 116²³⁵.

Na linha da conjugação das hipóteses de litisconsórcio, fica fácil de notar que, como regra geral, todo litisconsórcio unitário será necessário. Isso acontece porque, se o litisconsórcio decorre da “natureza da relação jurídica material deduzida em juízo – isto é, da sua “incidibilidade””²³⁶ é mais do que natural que todos os litisconsortes devam participar do processo. Não é à toa, aliás, que o CPC de 2015 comina com nulidade a sentença proferida sem a integração completa do contraditório, se a decisão deve ser uniforme para todos, na forma do seu artigo 115, inciso I²³⁷.

Diga-se que essa é a regra geral, porque regras de direito material podem alterar essa configuração. Tratando-se de obrigação solidária, o credor pode exigir de um ou de alguns dos devedores, a seu critério. Não se olvide, portanto, que se está diante de regra de direito material que impõe um litisconsórcio facultativo, mas que, se ocorrer, será unitário, uma vez que a relação jurídica é uma só e incindível.

Nesse ponto da tese, o que importa demonstrar é como o sistema processual, pautado pela liberdade individual no que diz respeito à cumulação de ações, não exigindo que o autor obrigatoriamente demande no mesmo processo todos os pedidos decorrentes da mesma causa de pedir ou que deduza no mesmo processo todos os fundamentos (causas de pedir) ligadas a um mesmo pedido, não trata da mesma forma algumas hipóteses de cumulação subjetiva de ações.

²³⁴ CPC de 2015. Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

²³⁵ CPC de 2015. Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MTIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Volume 2. *Op. cit.*, p. 95.

²³⁷ CPC de 2015. Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será: I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo.

É clássica já a advertência doutrinária acerca da distinção entre cumulação subjetiva de ações e litisconsórcio. Araken de Assis já afirmou tal distinção²³⁸.

Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, o mais comum é que o litisconsórcio representa não só uma cumulação subjetiva, mas, como regra, também uma cumulação objetiva de ações, comportando diversas causas de pedir e pedidos em um mesmo processo. Para os autores, então, é de se detectar que o litisconsórcio nesses casos poderia ser substituído por diversos processos ou ações autônomas. Porém, fazem uma importante ressalva, no sentido de que

Apenas nas hipóteses de *litisconsórcio necessário* é que a cumulação subjetiva não implica cumulação objetiva, porque aí o que existe é uma *pretensão comum* alegada em litisconsórcio ativo ou passivo, sendo a litigância em conjunto consiste requisito erigido para resguardar o *direito ao contraditório* de todos os potencialmente atingíveis pela decisão da causa²³⁹.

Araken de Assis afirma ainda que, nesses casos, “a demanda conjunta se torna conveniente e, mesmo, rigorosamente indispensável”²⁴⁰.

Não se olvide que o litisconsórcio necessário pode se dar inclusive no polo ativo da ação. A regra do artigo 73, do CPC de 2015 (mantendo regra que já existia no artigo 10, do CPC de 1973) determina que “O cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens”, sendo que o § 3º estende tal situação para os casos de união estável comprovada nos autos. Fica claro então que, nesses casos, resta formado um litisconsórcio necessário ativo.

Dessa forma, por que razão tão protegida liberdade individual em demandar no processo civil parece mitigada com a exigência do litisconsórcio necessário, seja ativo ou passivo? Veja-

²³⁸ ASSIS, Araken. Cumulação de ações. *Op. cit.*, p.144-145.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Volume 2. *Op. cit.*, p.90. É o mesmo entendimento de Araken de Assis (ASSIS, Araken de. Cumulação de ações, *Op. cit.*, p. 144-145) e Ovídio Baptista da Silva (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil, Vol. I, p.252-253).

²⁴⁰ ASSIS, Araken de. Cumulação de ações, *Op. cit.*, p. 144.

se que, inclusive, na forma do artigo 74 do CPC de 2015²⁴¹, o consentimento do cônjuge ou companheiro(a) pode ser suprido pelo juiz, o que não deixa de ser uma forma de obrigar àquele que não concordou em demandar a sofrer os efeitos da decisão no processo.

Por que, para usar a expressão de Araken de Assis, no litisconsórcio necessário, a demanda conjunta é indispensável?

É claro que se pode ensaiar uma resposta retórica à questão, afirmando que isso acontece em razão de disposição legal ou da natureza da relação jurídica em juízo, como faz o artigo 114, do CPC de 2015, repetindo regra do artigo 47, do CPC de 1973.

Mas, então, por que a lei ou a natureza da relação jurídica controvertida exigem a participação de pessoas no processo, mesmo que isso não fosse necessariamente a vontade das partes?

Como visto anteriormente, o CPC de 1973, em sua redação confusa, não permitia uma correta distinção entre litisconsórcio unitário e necessário. Por isso, a doutrina tratou de fazer as correções devidas.

Nesse particular, Cândido Rangel Dinamarco cuidou de traçar em sua monografia sobre o tema a ideia da distinção entre os dois institutos, lembrando que são dois fenômenos distintos, afirmando que no litisconsórcio unitário cuida-se de “julgamento homogêneo” aos litisconsortes, enquanto no litisconsórcio necessário trata-se da exigência da presença de determinadas pessoas coligadas no mesmo polo da relação processual²⁴².

E é justamente na lição doutrinária de Dinamarco que é possível encontrar uma explicação para o fenômeno do litisconsórcio necessário e dessa mitigação da liberdade individual no processo. O processualista paulista, tratando de litisconsórcio necessário e litisconsórcio unitário, afirma que

ambos são *expressões de uma só ideia*, qual seja, a inadmissibilidade de cindir determinada relação jurídica, pretendendo inutilmente ditar uma solução endereçada

²⁴¹ CPC de 2015. Art. 74. O consentimento previsto no art. 73 pode ser suprido judicialmente quando for negado por um dos cônjuges sem justo motivo, ou quando lhe seja impossível concedê-lo. Parágrafo único. A falta de consentimento, quando necessário e não suprido pelo juiz, invalida o processo.

²⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. *Op. cit.*, p.112.

a certa pessoa, sem ditar a mesma solução com vistas a outra. Seria insuficiente exigir que, em certos casos, o julgamento fosse homogêneo e coerente entre os co-litigantes, permitindo embora que a causa se processasse sem a presença de todos eles: por outro lado, nesses casos, “não teria sentido obrigar diversos sujeitos a estar em juízo juntas”, se não fosse para com isso garantir-se o tratamento unitário dos seus interesses²⁴³.

Com efeito, então, o fundamento das hipóteses de litisconsórcio necessário – e que, portanto, impõe a participação de pluralidade de sujeitos no processo, independentemente da vontade das partes – em verdade, é o mesmo do litisconsórcio unitário: a necessidade de decisão uniforme para os litisconsortes.

É também de Dinamarco a afirmação conclusiva de que

a mesma ideia de direito “indivisível”, ou de “relação jurídica incindível”, que tem servido para distinguir as situações conducentes ao litisconsórcio unitário, o mesmo critério prático que exclui a admissibilidade de julgamentos conflitantes, todos esses pontos de referência deve servir, em princípio, como critério para determinar também a necessidade do litisconsórcio²⁴⁴.

Ora, se o litisconsórcio necessário tem por fundamento a necessidade de excluir julgamentos conflitantes, e, nesse sentido, a liberdade individual das partes pode ser mitigada, obrigando-as a demandar contra um número plural de sujeitos, independentemente de sua vontade, parece claro que a legislação reconhece a necessidade de se evitar decisões contraditórias, mesmo se isso representar eventual redução da liberdade individual no processo.

Portanto, a mitigação da liberdade individual no caso da cumulação subjetiva tem por fundamento a necessidade de se evitar decisões contraditórias. O mais curioso é que a mesma lógica não foi adotada pelo CPC de 1973, no que diz respeito à cumulação objetiva de ações, em especial a partir da não formação de coisa julgada sobre questões prejudiciais.

É por isso que o litisconsórcio necessário e seu fundamento pode ser um claro indicativo de que a opção do CPC de 1973 da não formação da coisa julgada sobre questão prejudicial, tendo por fundamento a liberdade individual, é um equívoco que permite e potencializa decisões contraditórias, o que indica também a necessidade de uma mudança nos limites objetivos da coisa julgada.

²⁴³ *Idem, ibidem*, com itálico no original.

²⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. *Op. cit.*, p.113.

II.5. A ausência de obrigatoriedade de dedução de todas as causas de pedir e de todos os pedidos potencialmente deduzidos a partir de causa de pedir idêntica na mesma relação processual e a liberdade individual

Como conclusão dessa análise sobre as hipóteses de causas de pedir e pedidos múltiplos que têm origem na mesma relação jurídica ou no mesmo conflito, o que importa perceber é que o processo civil protege sobremaneira a liberdade individual.

Isso porque, ao não obrigar (i) que a parte deduza todos os pedidos decorrentes da mesma causa de pedir no mesmo processo e (ii) que parte traga como fundamento, no mesmo processo, todas as causas de pedir relativas a um mesmo pedido, permite que a parte escolha, à sua livre disposição, se a cumulação de ações acontecerá ou não. Ainda que, por razões de economia (e, até mesmo, de segurança jurídica como se verá adiante), fosse recomendado que as ações fossem todas cumuladas no mesmo processo, não é de se esquecer do conteúdo dispositivo do processo, que é, sem dúvida, expressão da proteção da liberdade individual.

Mais do que isso. O princípio da congruência ou da adstrição do juiz ao pedido, ao determinar que o juiz somente poderá proferir sentença nos limites em que ação foi proposta, não podendo decidir para além daquilo que foi trazido pelas partes, proíbe que o juiz conheça de causa de pedir ou pedido não deduzido. E, o que parece mais importante, obrigará o Poder Judiciário a decidir, eventualmente, em processo diverso, sobre a mesma relação jurídica ou o mesmo conflito, com risco claro de decisão contraditória àquela já proferida em processo anterior.

Todavia, como se viu, mesmo no CPC de 1973 há hipótese em que a liberdade individual pode ser mitigada em face do interesse maior na inexistência de decisões contraditórias, o que ocorre no caso do litisconsórcio necessário.

Assim, faz-se necessário, para o alcance desse trabalho, analisar as questões relativas a possíveis decisões contraditórias sobre a mesma relação jurídica ou conflito, em decorrência da não cumulação de ações relativas a causas de pedir ou pedidos múltiplos em processos diversos.

CAPÍTULO III – A DEDUÇÃO DE AÇÕES CUMULÁVEIS EM PROCESSOS DIVERSOS: O PROBLEMA DE DECISÕES CONTRADITÓRIAS SOBRE A MESMA QUESTÃO

III.1. Apresentação do problema e considerações gerais

A possibilidade de a parte deduzir pretensões relativas à mesma causa de pedir em processos diversos, o que, como visto, é expressão da proteção da liberdade individual no processo civil, representa risco inegável de decisões contraditórias sobre o mesmo objeto mediato (fundamento) da ação.

Ressalte-se que o risco de decisões contraditórias não se aplica à hipótese anteriormente mencionada de pedido único decorrente de diversas causas de pedir, em razão de dois motivos distintos.

Pense-se no exemplo mencionado no item ‘II.2’ anterior, em que uma parte pretenda a declaração de inexistência de um débito. E, nesse caso ajuíze primeiramente uma ação (‘ação 01’), sustentando, como causa de pedir, que o débito está extinto pelo pagamento realizado por terceiro. Posteriormente, em outra ação (‘ação 02’), a mesma parte postula a declaração de inexistência da mesma dívida, em face do mesmo réu, portanto, porém, alegando como causa de pedir que somente agiu em nome de terceiro, na forma do artigo 663, primeira parte, do Código Civil e, em razão disso, não pode ser responsabilizada pelo débito.

Note-se que, em ambos os casos, o pedido imediato pretendido pela parte (declaração de inexistência daquele débito) é um só. Todavia, está-se diante, inegavelmente, de duas ações diversas, uma vez que são *duas causas de pedir distintas*. Assim, não há que se falar em *litispendência*, porque não são ações idênticas.

Todavia, nesse exemplo, não há risco de decisões contraditórias, porquanto ambas as causas de pedir são autônomas entre si, e suficientes para, se acolhidas enquanto fundamento da pretensão do autor, levarem à procedência da ação e consequente declaração de inexistência do débito. É mais do que lógico e evidente ressaltar que caso o juiz da ‘ação 01’ reconhecer o pagamento realizado por terceiro, e julgue procedente a ação, para declarar a inexistência do

débito em razão de tal fato extintivo, eventual decisão de improcedência na ‘ação 02’, que afaste a alegação de que o autor não seria responsável pela dívida, em termos práticos nada significaria. Em igual sentido, e na hipótese inversa, se o juiz da ‘ação 02’ reconhecer que o autor atuou apenas como mandatário e que por isso não tem responsabilidade pelo débito, julgando procedente tal ação, mesmo que o juiz da ‘ação 01’ não reconheça o pagamento feito por terceiro como fato extintivo da dívida, ela não poderá ser igualmente cobrada do autor.

Da mesma forma, se a ‘ação 01’ for julgada improcedente, nada impede que o autor ajuíze a ‘ação 02’ (ou vice-versa) porque se trata de ação diversa, uma vez que é distinta a causa de pedir e, portanto, não haverá coisa julgada. Ademais, as *causae petendi* das duas ações são igualmente autônomas e não guardam qualquer relação entre si, de maneira que não se terá decisões contraditórias, ainda que os resultados das ações, em seus respectivos méritos, sejam diferentes.

O risco de decisões contraditórias sobre o mesmo objeto ocorre nos casos em que se tem causa de pedir única e pedidos diversos. Imagine-se o exemplo igualmente mencionado no item ‘II.2’ a esse respeito. Uma parte postula, em processos diversos, dois pedidos que decorrem da mesma causa de pedir: inadimplemento da cláusula de determinado contrato. Na ‘ação 03’, o autor postula o cumprimento da cláusula contratual. Na ‘ação 04’, o autor postula o pagamento da cláusula penal indenizatória. Novamente, não se está diante de *litispendência*, uma vez que se trata de ações diversas, porque, embora haja identidade de partes e de causa de pedir, os pedidos são diferentes.

É importante salientar que, em nenhum dos processos, o autor deduziu pedido de *declaração do inadimplemento da cláusula contratual*. Isso porque, caso o tivesse feito, a sentença que decidisse o mérito de tal pedido declaratório, deduzido expressamente pelo autor, produziria efeitos sobre o outro processo, em razão de que sobre tal declaração haveria coisa julgada material. Por outro lado, não se esqueça das premissas de que o juiz somente deve decidir a lide *nos limites em que ela foi proposta*, e que qualquer decisão que extrapole tais limites será considerada nula. Porém, a existência do inadimplemento contratual é questão comum a ambos os processos, podendo ser caracterizada como *questão prejudicial* em relação às questões principais a serem decididas (cumprimento da obrigação e condenação a pagamento de cláusula penal). E, no esquema tradicional do processo civil, como se verá, a questão prejudicial decidida incidentalmente no processo, sem que sobre ela qualquer das partes tenha

deduzido pedido para que fosse decidida como questão principal, não produzirá coisa julgada, de maneira que a decisão de qualquer um dos juízes sobre o inadimplemento contratual não produzirá efeitos para o outro processo.

Ora, imagine-se que o juiz da ‘ação 03’ reconheça o inadimplemento contratual e julgue procedente a ação para determinar que o réu cumpra a cláusula descumprida. Por outro lado, o juiz da ‘ação 04’ não entende provado o inadimplemento contratual e julga improcedente a ação para não condenar o réu a pagar a cláusula penal indenizatória. A questão que se põe é: pode-se aceitar e conviver, tranquilamente, que sobre um mesmo *fato com repercussão jurídica* (inadimplemento de determinada cláusula contratual), envolvendo inclusive as mesmas partes, exista duas decisões contraditórias, uma reconhecendo e outra não, o inadimplemento contratual? Se é possível aceitar e conviver com tal circunstância, qual a justificativa para tanto? E, se não for possível, o processo civil tem meios para evitar que isso aconteça?

São essas as questões postas para esse Capítulo do trabalho. Para tanto, serão expostas posições doutrinárias que enfrentaram o problema. Inicialmente, será preciso (i) conceituar o que é *questão prejudicial*, (ii) analisar concepções doutrinárias que trataram da questão de decisões contraditórias sobre mesmo fundamento e (iii) o tratamento legislativo da questão prejudicial e coisa julgada no processo civil brasileiro, à luz dos códigos processuais de 1939 e de 1973.

III.2. O que é *questão prejudicial* e sua relação com a causa de pedir

A definição conceitual de *questão prejudicial* depende como é lógico da correta delimitação do que é *questão* e de como se caracteriza relação de *prejudicialidade* no processo.

Parece necessário começar tratando da clássica lição de Francesco Carnelutti sobre o conceito de questão, para quem, “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”²⁴⁵. Em Chiovenda, é possível encontrar igualmente a ideia de que a controvérsia sobre um ponto sobre o qual o juiz deva pronunciar-se é que torna esse ponto uma questão²⁴⁶.

A lição de Carnelutti é recepcionada pela doutrina brasileira. Cândido Dinamarco define que questão se forma em razão da controvérsia entre as partes, asseverando que “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”²⁴⁷.

Alfredo Buzaid, a partir da lição carneluttiana, também conceitua a questão no mesmo sentido. Nas suas próprias palavras,

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, porque existe uma questão em torno dos pressupostos de fato, ou de direito da tutela pretendida por cada um dos contendores²⁴⁸.

Moacyr Amaral Santos também assevera que pontos controvertidos são questões²⁴⁹.

Veja-se que, portanto, de forma geral, a questão pode ser definida como um ponto, de fato ou de direito, sobre o qual existe controvérsia firmada entre as partes no processo.

Assim definido o conceito de questão, importa delimitar o conceito de prejudicial.

Em obra clássica sobre o tema, Francesco Menestrina

²⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. Sistema... Op. cit., p. 353. Em tradução livre: “Enquanto uma afirmação compreendida na razão (da pretensão ou da contestação), possa gerar uma dúvida e assim deva ser verificada, se torna uma questão. Por isso a questão se pode definir como um ponto dúbio, de fato ou de direito, e a sua noção é correlata àquela de afirmação”.

²⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile. *Op. Cit.*, p. 350.

²⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel DINAMARCO, Instituições... Op. cit., v. II, p. 187.

²⁴⁸ BUZOID, Alfredo. Do agravo de petição.... Op. cit., p. 112.

²⁴⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil. *Op. Cit.*, p.448.

Antes de CARNELUTTI, já assinalava Francesco MENESTRINA que há pontos prejudiciais na hipótese de alegações não impugnadas do autor²⁵⁰. Trata-se, segundo sua definição, do precedente lógico não controvertido ou cuja controvérsia já foi resolvida²⁵¹. A questão prejudicial surge como o ponto de discordância, consistindo, então, na contestação de um ponto prejudicial²⁵². Quando o ponto se torna controvertido, transforma-se em questão.

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 subordinada²⁵³.

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 ocorrerá²⁵⁴. 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.

²⁵⁰ MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile* (1903), p. 137.

²⁵¹ 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”.

²⁵² 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”.

²⁵³ 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.

²⁵⁴ 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.

III.2.1. 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.

MENESTRINA acrescenta que é possível decompor a cadeia decisória, identificando os componentes que levaram à decisão²⁵⁵.

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 questões 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,

²⁵⁵ 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.

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 processo²⁵⁶. Essa abordagem reconhece a separação entre as categorias, mas não apresenta critérios seguros para sua identificação.

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 decisão²⁵⁷385.

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 influenciado²⁵⁸386. Logo, é preliminar a relação entre

²⁵⁶ 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.

²⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais... Op. cit., p. 29/30.

²⁵⁸ 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 legitimatio 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,

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 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 verificação²⁵⁹387.

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 mérito²⁶⁰.

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

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”.

²⁵⁹ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Op. cit., p. 50.

²⁶⁰ 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 legitimatio 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.

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 menoridade²⁶¹. 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 subordinação²⁶², materializada no plano lógico, não no cronológico²⁶³. 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 autonomia²⁶⁴392. 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.

²⁶¹ 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”.

²⁶² 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.

²⁶³ FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit., p. 38. Identicamente, José Carlos Barbosa MOREIRA, Questões prejudiciais... Op. cit., p. 42.

²⁶⁴ 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”.

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 prejudiciais²⁶⁵.

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 decisões²⁶⁶.

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 prejudicialidade²⁶⁷.

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

²⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais... Op. cit., p. 49/50.

²⁶⁶ 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 inúmeras 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".

²⁶⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit., p. 49.

à luz do CPC/1939²⁶⁸. 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 federal²⁶⁹. 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, a possibilidade de ajuizamento de demanda própria²⁷⁰. Demonstrou-se, acima, que uma questão

²⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais... Op. cit., p. 49/50.

²⁶⁹ 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".

²⁷⁰ 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.

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 prejudiciais²⁷¹. 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 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

²⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais... Op. cit., p. 48.

que a decisão sobre a primeira é capaz de determinar o conteúdo do provimento jurisdicional a respeito da segunda ou a obstar qualquer decism, 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.

III.2.2. 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.

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.

III.2.3. 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 criminal²⁷².

²⁷² 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.

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 processo²⁷³.

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 processo²⁷⁴. Existem, ainda, outros critérios de classificação, mas sua análise não é relevante para esta tese²⁷⁵. 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.

III.2.4. 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 técnica²⁷⁶.

²⁷³ Idem, p. 50. Clarisse Frechiani Lara LEITE, Op. cit., p. 98.

²⁷⁴ MENESTRINA, Francesco. Op. cit., p. 152.

²⁷⁵ LEITE, Clarisse Frechiani Lara, Op. cit., p. 93/99, passa em revista diversas classificações.

²⁷⁶ 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

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 pressuposto²⁷⁷. As relações jurídicas são heterogêneas, pois o fato invocado pelo demandado não tem origem na mesma relação da qual decorre o fato constitutivo²⁷⁸. Como destaca Giovanni BONATO, o nexó entre a filiação e os alimentos é exemplo de prejudicialidade técnica²⁷⁹.

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

relações jurídicas diferentes: “Altro caso ancora, quello in cui dal convenuto per prestazione alimentare, si impugni lo status dell’attore”. E complementa, denominando o nexó 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 SATTÀ 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.

²⁷⁷ MENCHINI, Sergio. Op. cit., p. 56: “(...) le questioni pregiudiziali in senso técnico, sono disciplinate dall’art. 34 c.p.c.; esse hanno ad oggetto una situazione giuridica indipendente dal fatto costitutivo del diritto dedotto in giudizio, la quale ne rappresenta però il 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 dele 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 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 cujus.

²⁷⁸ 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, 3º comma, c.c.; [...])”.

²⁷⁹ BONATO, Giovanni. *Algumas considerações sobre coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva* (2015), p. 130.

MENCHINI, vínculo entre a relação e um dos efeitos que dela se originam²⁸⁰. Aponta-se, como exemplo, a validade do contrato em relação à existência de prestação dele decorrente²⁸¹.

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 juízo²⁸². A classificação foi elaborada em atenção ao art. 34, do Codice di Procedura Civile²⁸³. 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 referido²⁸⁴.

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.

²⁸⁰ 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.

²⁸¹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Limites objetivos... Op. cit., p. 43.

²⁸² BONATO, Giovanni. Algumas considerações... Op. cit., p. 130.

²⁸³ 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.

²⁸⁴ 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.

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 processo²⁸⁵.

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 prejudicial²⁸⁶. 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 decidiu²⁸⁷.

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 práticas²⁸⁸. 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 ele não é filho do de cujus. Caracterizar-se-ia contradição prática apenas se a segunda decisão revogasse a condenação aos alimentos²⁸⁹.

²⁸⁵ 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.

²⁸⁶ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni...* Op. cit., p. 65.

²⁸⁷ ATTARDI, Aldo. In *tema di limiti oggettivi della cosa giudicata* (1990), p. 482.

²⁸⁸ *Idem*, p. 483/484 e 487.

²⁸⁹ 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

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 incidirá²⁹⁰.

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 iudicium²⁹¹.

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 CPC²⁹². 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 daquela²⁹³.

com a impugnação dos réus sobre a filiação. Em nenhum dos casos a decisão sobre a paternidade seria atingida pela autoridade da coisa julgada.

²⁹⁰ Idem, p. 489 e ss.

²⁹¹ RECCHIONI, Stefano. Op. cit., p. 177/178.

²⁹² Idem, p. 179/180.

²⁹³ 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 incidental²⁹⁴.

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 indissolúvel²⁹⁵. 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 decisão²⁹⁶.

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 julgada²⁹⁷ 425.

²⁹⁴ 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”.

²⁹⁵ BONATO, Giovanni. Algumas considerações... Op. cit., p. 130/131.

²⁹⁶ PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civile (dir. vig), Op. cit., p. 868. Este entendimento foi criticado por BONATO, Algumas considerações... Op. cit., p. 130.

²⁹⁷ TARUFFO, Michele. ‘Collateral estoppel’ e giudicato sulle questione, parte II (1972), p. 283/284.

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 juízo superior, competente para o julgamento²⁹⁸. 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 complexa²⁹⁹.

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.

²⁹⁸ TARUFFO, Michele. Idem, p. 286, nota de rodapé 186.

²⁹⁹ 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.

III.3. O desenvolvimento histórico da coisa julgada sobre questão e os limites objetivos da coisa julgada nas codificações processuais brasileiras: o início do movimento pendular até o CPC de 2015.

É de se apontar todos os cuidados que são necessários ao se afirmar algo como o “desenvolvimento histórico” de determinado instituto jurídico. A advertência é importante desde já para que não se corra o risco de utilizar como método de exposição de um ponto importante para essa tese, um modelo de historiografia meramente legitimadora de um discurso dogmático, que pretende ver no direito “atual” o ápice da evolução do direito, no qual, portanto, o direito se apresenta em uma linha em sentido ascendente, em que o estudo do passado jurídico serve apenas para reafirmar o caminho natural de um crescimento evolutivo, característica de uma historiografia que se pode dizer “positivista”,³⁰⁰ muito presente no século XIX, com influências decisivas também na doutrina do direito do século XX³⁰¹.

O que se pretende nesse sentido é traçar uma narrativa dos principais aspectos doutrinários e legislativos no âmbito da experiência jurídico-processual brasileira da coisa julgada sobre questão prejudicial e dos limites objetivos da coisa julgada nas legislações codificadas, em especial, nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973. O objetivo não é só demonstrar um “caminhar” histórico das temáticas, mas procurar enxergar um movimento pendular na história do processo civil brasileiro sobre o tema.

O que se buscará, portanto, é, com a ajuda metodológica da melhor historiografia do direito, identificar permanências e discontinuidades que permitam compreender a temática e, inclusive, contextualizá-la e colaborar para a solução de problemas a ela relacionados.

III.3.1. A coisa julgada e seus limites no CPC/1939

³⁰⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. Curitiba: Juruá, 2010. p. 36. Sobre a historiografia dita positivista para Ricardo Marcelo Fonseca, veja-se especialmente o capítulo denominado “Positivismo”, “Historiografia positivista” e “História do direito”, na obra “Introdução teórica à história do direito” (Idem, p. 39-66).

³⁰¹ Idem, p. 35.

O Código de Processo Civil de 1939 estabelecia em seu artigo 287 “A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão”.

O artigo 289 do diploma processual codificado dispunha que “Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I, nos casos expressamente previstos; 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”.

E, em razão desses dois dispositivos legais, a doutrina desenvolveu significativo debate sobre o alcance da coisa julgada e seus limites.

José Carlos Barbosa Moreira dedicou-se ao estudo tema e defendeu que o artigo 287, do CPC de 1939 tinha notória origem no artigo 290 do Projeto Carnelutti de reforma do CPC italiano que, de forma resumida, afirmava que a coisa julgada somente poderia atingir a lide, de forma parcial ou integral. Dessa forma, a expressão “questione decisa” diria respeito à questão principal, e não à questão prejudicial, de maneira que somente aquela poderia ser acobertada pela coisa julgada³⁰².

O posicionamento de Barbosa Moreira foi seguido por Luiz Machado Guimarães, para quem

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 julgada³⁰³.

³⁰² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais... Op. cit., p. 109.

³⁰³ GUIMARÃES, Luiz Machado GUIMARÃES. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo, Op. cit., p. 21

Barbosa Moreira apontou ainda que a polêmica doutrinária se deu pela redação inadequada trazida para a legislação brasileira, que permitiu uma leitura incorreta no sentido de que as questões prejudiciais seriam cobertas pela coisa julgada³⁰⁴. Para ele, ainda, o artigo 4º do CPC de 1939 vedava tal situação, pois, ao estabelecer que o juiz não poderá se pronunciar sobre o que não era objeto de pedido, limitava a atividade jurisdicional decisório apenas à questão principal³⁰⁵.

A posição de Lopes da Costa era idêntica, inclusive no que diz respeito ao fundamento da restrição da coisa julgada em razão do artigo 4º do CPC de 1939. Nas suas palavras, “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 incidentalmente o juiz tem que dar para chegar à principal”³⁰⁶.

Botelho de Mesquita também defendia a restrição dos limites objetivos da coisa julgada e igualmente imputava ao desconhecimento da teoria de Carnelutti e a redação ruim do artigo 287 o equívoco da doutrina em afirmar a coisa julgada sobre questão prejudicial³⁰⁷.

Celso Neves, ao sustentar a inexistência de coisa julgada sobre questões prejudiciais, trazia como fundamento de sua teoria a correlação necessária entre pedido e sentença³⁰⁸.

Foi esse, também, o argumento central de Liebman, que tinha por premissa que o pedido delimitava o objeto do processo. Assim, se a sentença somente responderia ao pedido, a coisa julgada apenas deveria incidir sobre ele e sobre o dispositivo da sentença. Nas palavras do mestre italiano,

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

³⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais... Op. cit., p. 110.

³⁰⁵ Idem, p. 111. CPC de 1939, Art. 4º: “O juiz não se pronunciará sobre o que não constitua objeto do pedido”.

³⁰⁶ COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. Manual elementar... Op. cit., p. 197.

³⁰⁷ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença (1963), p. 140 e ss.

³⁰⁸ 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.

da coisa julgada. Em conclusão, é exata a afirmativa de que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença³⁰⁹.

Uma das principais vozes dissonantes e que defendia a formação de coisa julgada sobre questão foi Thereza Alvim, afirmando que se o CPC de 1939 refere-se a “questões decididas”, não há dúvida sobre a interpretação no sentido da extensão da coisa julgada às questões abrangidas pelo processo³¹⁰. Reforçava seu argumento ao dizer que a palavra “decididas” também havia sido utilizada no que diz respeito à eficácia da sentença e, portanto, tinha relação com a coisa julgada.

Mais do que isso, dizia a processualista que o artigo 288, do CPC de 1939, trazia os elementos que não poderia ser abrangidos pela coisa julgada, e se o objeto do processo era limitado ao pedido, o autor não podia evitar que o juiz decidisse as questões imprescindíveis à conclusão, sobre as quais haveria coisa julgada³¹¹.

Pontes de Miranda foi outra voz no sentido da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. Nas suas próprias palavras,

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 posterior³¹².

Da mesma forma, Alfredo Buzaid também defendeu a coisa julgada sobre questão prejudicial, desde que constituíssem antecedente à questão principal, de modo que haveria julgamento implícito. Para ele, “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”³¹³.

³⁰⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Limites objetivos da coisa julgada (1947), p. 168.

³¹⁰ ALVIM, Thereza. Op. cit., p. 61/62.

³¹¹ ALVIM, Thereza. Op. cit. p., 77/78.

³¹² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários... Op. cit., v. IV, p. 100.

³¹³ BUZOID, Alfredo. Do agravo de petição... Op. cit., p. 113.

Parece possível afirmar que a doutrina que defendia a formação de coisa julgada sobre as questões prejudiciais estava com a razão, uma vez que a expressão “questões decididas” não foi estabelecida a partir de uma dimensão restrita.

O debate permaneceu intenso e somente foi, de alguma forma, “pacificado” com o advento do CPC de 1973 que adotou uma perspectiva restritiva dos limites objetivos da coisa julgada. É digno de nota que justamente Alfredo Buzaid tenha participado tão ativamente da elaboração do CPC de 1973 e tenha se adotado nele visão diferente àquela expressa pelo processualista paulista.

III.3.2. O regime jurídico do CPC/1973: coisa julgada, questões prejudiciais e restrição ao dispositivo como expressão do princípio da congruência e proteção da liberdade individual.

O Código de Processo Civil de 1973 procurou resolver a polêmica doutrinária intensa criada a partir da redação dos artigos 287 e 289, do CPC de 1939. O artigo 469, inciso III, expressamente estabelecia a não formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial decidida incidentalmente no processo e o artigo 470 reafirmava a ideia permitindo que qualquer das partes pudesse promover a ação declaratória incidental necessária e suficiente a representar pedido da parte para que o juiz decidisse a questão prejudicial com força de coisa julgada, desde que presentes seus requisitos.

Assim, inclusive no âmbito doutrinário, restou assentada a ideia da restrição dos limites objetivos da coisa julgada ao dispositivo da sentença.

Nesse sentido, posicionaram-se, por exemplo, Arruda Alvim³¹⁴, Egas Dirceu Moniz de Aragão³¹⁵.

³¹⁴ ALVIM, Arruda. Ação declaratória incidental (1980), p. 751.

³¹⁵ 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”.

Não parece haver dúvida que as disposições previstas nos artigos 469 e 470, do Código de Processo Civil de 1973, foram estabelecidas também no sentido de se resolver, de uma vez por todas e no plano legislativo³¹⁶, as polêmicas doutrinárias derivadas da redação dos artigos 287 e 289, do Código de Processo Civil de 1939.

Mas, mais do que isso, as regras estabelecidas sobre coisa julgada e questões prejudiciais no CPC de 1973 também demonstram o inegável compromisso desse diploma processual com a liberdade individual. Isso porque, se a lide deveria ser julgada nos limites em que foi proposta, e se o juiz estava proibido de decidir sobre aquilo que não foi demandado, a lógica do sistema determinava que somente poderia haver decisão com força de coisa julgada sobre o que as partes haviam pedido que dessa forma fosse decidido.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,

a ideia de restringir a coisa julgada ao pedido tem relação com o princípio dispositivo e, assim, com a liberdade das partes. Supunha-se que, como o juiz não pode decidir a não ser o que foi pedido pela parte, não seria possível tornar imutável e indiscutível algo que o próprio autor não pediu ao juiz. O Estado estaria ingressando numa esfera privada, que não é sua. O princípio dispositivo, ao limitar a atuação do juiz, também impediria a extensão da coisa julgada a uma questão que não foi formulada pela parte a título de pedido. Essa contingência fica ainda mais clara quanto se pensa na ação declaratória incidental: a decisão judicial só assume a condição de coisa julgada quando uma parte manifesta expressamente a sua vontade de ter a questão resolvida mediante tal condição³¹⁷.

³¹⁶ Moacyr Amaral Santos, escrevendo sobre o artigo 469, do Código de Processo Civil de 1973, asseverou que “O Código vigente cortou definitivamente a controvérsia, excluindo da eficácia da coisa julgada as questões resolvidas na fundamentação, até mesmo as chamadas questões prejudiciais” (SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil (...)**, *Op. Cit.*, p.446). Ainda, Adroaldo Furtado Fabricio também sustentou tal noção, escrevendo que “Embora o Código de Processo Civil vigente haja superado a tormentosa controvérsia que vem de ser resumida, ao optar explícita e claramente pela tese restritiva – até com certo exagero de minúcias (art. 467 e segs.) – (...)” (FABRICIO, Adroaldo Furtado. **Ação declaratória incidental**. Forense: Rio de Janeiro, 1976, p. 92). Barbosa Moreira afirmou também de forma taxativa que “O novo estatuto processual civil, muito louvavelmente, tomou posição nítida e categórica na matéria. (...) 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” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil (1974), p. 91).

³¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação Rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório**. RT: São Paulo, 2017, p.97.

Em outras palavras, se uma questão havia sido posta pelas partes ela somente poderia ser objeto de decisão passível de adquirir estabilidade de coisa julgada *caso houvesse pedido expresso nesse sentido*. Admitir-se o contrário seria desrespeitar o princípio da congruência (correção ou identidade entre *demanda* e *sentença*), o que representava sentença *extra petita*.

Logo, se não houvesse pedido expresso, *pela via da ação declaratória incidental* prevista no artigo 470, do CPC de 1973, não se formaria coisa julgada material sobre questão prejudicial³¹⁸. Na lógica do processo liberal, o Estado-Juiz está proibido de interferir na vida dos particulares, pronunciando-se com força de coisa julgada sobre questão que não foi objeto de pedido de atuação jurisdicional. Todavia, se a parte pretender que a questão prejudicial seja resolvida de forma definitiva, com força de coisa julgada material, o processo deve ter um instrumento permitindo que essa manifestação de vontade seja atendida. Ou seja, é escolha das partes, a partir de suas liberdades, decidir se a questão prejudicial deve ser resolvida ou não pelo juiz com força de coisa julgada.

Liebman assevera que o exame da questão prejudicial se dá *incidinter tantum*, afirmando que a questão prejudicial é “oggetto di cognizione, ma non di decisione”. Ademais, sustenta que é por isso que a resolução da questão prejudicial é vinculante somente para o julgamento da questão principal, não ficando coberta pelo “giudicato”. Relembra ainda o mestre italiano que “alle parti è lecito tuttavia chiedere che il giudice non solo conosca, ma decida la questione pregiudiziale, in modo da eliminare una volta per sempre ogni incertezza intorno ad essa”³¹⁹.

Para Liebman, portanto, de forma clara são as partes que podem pedir ao juiz que não somente conheça a questão prejudicial, mas a decida de maneira a evitar a incerteza sobre ela. Mas, note-se, isso é prerrogativa das partes, que manifestam sua vontade nesse sentido, mediante um pedido, e não consequência da atuação jurisdicional na resolução da questão principal.

Chiovenda também defende que

³¹⁸ Mais uma vez, a clara lição de Moacyr Amaral Santos, para quem “se qualquer das partes, no momento próprio, requerer que a prejudicial seja resolvida com força de sentença declaratória, isto é, se a seu respeito propuser ação declaratória incidente, a decisão, que a declarar, acolhendo-a ou rejeitando-a, terá eficácia de coisa julgada” (SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil** (...), *Op. Cit.*, p.451).

³¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile** (...), *Op. Cit.*, p.137.

le questioni pregiudiziali decise in una lite successiva; a meno che, per disposizione speciale di legge o per la volontà delle parti, la contestazione sorta nel processo precedente sopra un punto pregiudiziale siasi elevata al grado di una azione d'accertamento (accertamento incidentale); nel qual caso si troviamo di fronte a una domanda autonoma, concernente un bene della vita diverso, cioè la certezza sul rapporto pregiudiziale, colla conseguenza che la sentenza, in quanto accolga o respinga la domanda d'accertamento incidentale, avrà effetto di cosa giudicata³²⁰.

Ora, também para Chiovenda, portanto, é somente a vontade das partes (volontà delle parti), manifestada mediante uma *demandà*, no exercício de uma ação declaratória incidental, que pode revestir de coisa julgada a decisão do juiz sobre questão prejudicial. Nas suas palavras, “se normalmente la cosa giudicata non si estende alle questioni pregiudiziali, appunto per il riguardo dovuto alle volontà delle parti, deve essere consentito alle parti di manifestare una diversa volontà”³²¹.

E, a não formação de coisa julgada sobre questão prejudicial e a possibilidade de sua rediscussão em outro processo também foi afirmada por Chiovenda. Nas suas palavras, “la risoluzione giudiziale delle questioni logiche lungi da portare in sé il suggello della verità eterna, non esclude che la questione possa sempre rinnovarsi in successivi giudizi, tutte le volte che cio possa farsi senza attentare alla integrità della situazione delle parti fissata dal giudice rispetto al bene della vita controverso”³²².

O problema, nessa dimensão é justamente como é possível conviver com decisões contraditórias sobre a mesma questão. Como, no exemplo lembrado por Adroaldo Furtado Fabricio, pode ser possível alguém ser pai para fins de pagamento de pensão alimentícia e não o sê-lo para fins de transmissão de herança; o sistema processual pode admitir isso

³²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile. Volume Terzo**. Giuffrè: Milano, 1993, p. 268. Em tradução livre: “As questões prejudiciais decididas em uma lide sucessiva; a menos que, por disposição de lei ou pela vontade das partes, a contestação trazida no processo precedente sobre um ponto prejudicial seja elevada ao grau de uma ação declaratória (declaratória incidental); nesse caso, nos encontramos diante de uma demanda autônoma, concernente a um bem da vida diverso, isto é a certeza sobre relação prejudicial, com a consequência que a sentença, enquanto acolha ou rejeite a demanda declaratória incidental, terá efeito de coisa julgada”.

³²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile. Op. Cit.**, p. 360.

³²² CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile. Volume Terzo. Op. Cit.**, p. 268. Em tradução livre: “a resolução prejudicial das questões lógicas, longe de carregarem em si o selo da verdade eterna, não exclui que a questão possa sempre renovar-se em sucessivos juízos, todas as vezes que isso possa ser feito sem atentar à integridade da situação das partes fixada pelo juiz em relação ao bem da vida controverso”.

tranquilamente; se sim, como isso é possível; que *segurança jurídica* se terá nos casos de decisões contraditórias sobre a mesma questão.

Parece que se está diante de um conflito entre liberdade individual (e a premissa de que o juiz somente pode decidir nos estritos limites determinados pelas partes e é o pedido que delimitar sobre o que incide a estabilidade decorrente da coisa julgada) e segurança jurídica (e a explicação de decisões contraditórias sobre a mesma questão em processos distintos). É disso que se tratará no próximo item.

III.4. O conflito entre liberdade individual e segurança jurídica no processo civil brasileiro dos códigos de 1939 e 1973

Como visto, no regime jurídico do CPC de 1973, a questão prejudicial decidida pelo juiz como premissa de julgamento da questão principal não produz coisa julgada material, a não ser que tenha sido objeto de pedido específico de uma das partes, na chamada ação declaratória incidental.

Dessa forma, é possível que a mesma questão seja decidida em processos diferentes, inclusive entre as mesmas partes, podendo resultar em decisões contraditórias. Por exemplo, “Tício” pode ser considerado pai de “Mévio”, em razão de procedência de ação de alimentos fundada em paternidade, em que essa última é decidida apenas como questão prejudicial para o pedido de condenação a alimentar e, em demanda em que “Mévio” pleiteia a sua parte na herança de “Tício”, pode o juiz desse novo processo decidir que o sujeito ele não é pai de “Mévio”.

Portanto, fica claro o conflito entre a *segurança jurídica da resolução da questão* e a *liberdade individual* das partes que podem submeter a mesma questão em juízo sem que ela seja resolvida de forma definitiva, com força de coisa julgada, desde que a questão seja somente *prejudicial* e jamais tratada como questão *principal*, até que as partes resolvam, por sua própria vontade, pedir em juízo que a questão seja resolvida como principal.

Não se olvide que a segurança jurídica é, igualmente, elemento indispensável ao processo liberal. E, portanto, a escolha entre dois valores deve ser justificada de maneira que não represente a eliminação de um deles em detrimento a outro.

De forma geral, a doutrina que teorizou de forma mais aprofundada e sofisticada sobre o problema tentou explicar a possibilidade de decisões contraditórias sobre a mesma questão não representa violação de segurança jurídica, ao mesmo tempo em que se mantém a estrutura e a liberdade das partes em decidir, de forma exclusiva, quando o juiz pode (e deve) resolver de forma definitiva uma questão submetida várias vezes a apreciação em processos judiciais.

Chiovenda, ao tratar da questão, apresenta como alguma vantagem a possibilidade de que todas as questões decididas formarem coisa julgada, porque evitaria outro futuro processo e decisões contraditórias. Mas, diz ele que seriam ainda mais graves os inconvenientes decorrentes de tal posição³²³.

O mestre florentino apresenta como principal problema o fato de que as partes, ao proporem uma ação ou ao se defenderem não teriam mais nenhuma certeza sobre os limites da lide. Como se vê, é um problema que Chiovenda coloca no sentido de se retirar das partes, de alguma forma, a exclusividade da definição do *thema decidendum*.

Mas, tal ideia não resolve o problema das decisões contraditórias e da segurança jurídica. Chiovenda não deixa a questão sem resposta. Claro, a solução apresentada por ele pode ser contestada, mas é coerente com sua teorização.

Como visto, a premissa geral em Chiovenda é de que a jurisdição é a atuação concreta da vontade da lei. Ainda, a atuação da vontade da lei é pedida pelo autor, com o pedido de provimento jurisdicional por intermédio da ação (demanda), que é o primeiro ato processual no sentido da definição dos contornos do *thema decidendum* e, portanto, da própria sentença. Dessa feita, a segurança jurídica buscada no processo será definida por Chiovenda pela atuação da vontade concreta da lei pedida pelo autor. E, é nesse sentido que os limites objetivos da coisa julgada estejam, de regra, sobre o bem da vida reconhecido na sentença.

³²³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Op. Cit., p.358-359.

Como ele afirma expressamente, “l’essenza della cosa giudicata dal punto di vista oggettivo consiste in ciò, che non è ammesso che il giudice in un futuro processo possa comunque disconoscere o diminuire il bene riconosciuto nel precedente giudicato”³²⁴.

Assim, o mestre florentino prepara a sua solução para o problema das decisões contraditórias. Chiovenda aponta que podem existir conflitos *teóricos* e *práticos* entre decisões contraditórias. Afirma ele que

I principi sulla cosa giudicata escludono dunque per se stessi solo in conflitto *pratico* dei giudicati, cioè decisioni *diverse* rispetto alla *stessa azione*, quindi praticamente incompatibili. Essi invece non si preoccupano e non pongono alcun rimedio al semplice conflitto *teorico* dei giudicati, cioè al caso di decisioni *logicamente* incompatibili ma *praticamente* conciliabili. Come però anche in conflitto teorico può dar luogo a inconvenienti e può riuscir contrario alla dignità della funzione giurisdizionale, spesso la legge si occupa di dirimerlo o di impedirlo con norme espresse nei casi singoli. Là dove la legge non provvede espressamente, però, il semplice conflitto teorico non può impedire l’applicazione rigorosa dei principii sulla cosa giudicata³²⁵.

E, finalizando sua construção sofisticada, Chiovenda sustenta ainda a existência de uma importante distinção entre *cosa giudicata* e *questioni giudicate*. Para ele, “cosa giudicata non vuol dire giudizio, vuol dire bene riconosciuto o negato. Se invece *cosa* giudicata noi potessimo dire *bene* giudicato, noi renderemo nel modo più evidente la differenza tra *cosa* giudicata e *questioni* giudicate”³²⁶. Em outras palavras, a coisa julgada, para o processualista italiano, não é o juízo que o magistrado faz ao julgar o caso, mas sim o bem (da vida) que na sentença é

³²⁴ *Idem*, p. 373. Em tradução livre: “a essência da coisa julgada do ponto de vista objetivo consiste nisso, que não se admite que o juiz em um futuro processo possa desconhecer ou diminuir o bem reconhecido no julgado precedente”.

³²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**. *Op. Cit.*, p.358-359. Em tradução livre: “os princípios sobre coisa julgada excluem então por si mesmo somente o conflito *prático* dos julgados, isto é decisões *diversas* a respeito da mesma *ação*, então praticamente incompatíveis. Eles ao invés não se preocupam nem colocam algum remédio ao simples conflito *teórico* dos julgados, isto é ao caso de decisões logicamente incompatíveis mas praticamente conciliáveis. Como porém também o conflito teórico pode dar lugar a inconvenientes e pode ser contrário à dignidade da função jurisdicional, frequentemente a lei se ocupa de dirimi-lo ou de impedi-lo com normas expressas nos casos particulares. Onde a lei não provê expressamente, porém, o simples conflito teórico não pode impedir a aplicação rigorosa dos princípios sobre coisa julgada”.

³²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Volume Terzo. *Op. cit.*, p. 238, com itálicos no original. Em tradução livre: “coisa julgada não quer dizer juízo, quer dizer bem reconhecido ou negado. Se em vez de *cosa* julgada nós pudéssemos dizer *bem* julgado, nós deixaríamos de modo mais evidente a diferença entre *cosa* julgada e *questões* julgadas”.

negado ou reconhecido. É isso que, segundo ele, deixa evidente a diferença entre coisa julgada e questões julgadas.

Analisando a resposta chiovendiana, em primeiro lugar ele admite que o que chama de *conflito teórico* pode ser contrário à dignidade da função jurisdicional. Porém, fiel à sua visão legalista do direito, se a lei não provê expressa e especificamente os casos em que o chamado conflito teórico deve ser dirimido ou impedido, não será o juiz a fazê-lo.

Há, no entanto, duas críticas que parecem ser possíveis de fazer ao pensamento de Chiovenda nesse aspecto. Em primeiro lugar, ele não explica exatamente a diferença entre conflito *prático* e *teórico*, nem sob o ponto de vista científico e nem sob ponto de vista legislativo. O que ele parece afirmar é que o conflito prático somente ocorre quando se decide *sobre a mesma ação*, e, portanto, é aqui que a coisa julgada se aplica. Todavia, o conflito teórico, segundo ele, apresenta incompatibilidades lógicas, mas é praticamente conciliável. E aqui reside a segunda crítica: ora, pelo raciocínio de Chiovenda, a conciliação prática entre decisões contraditórias somente é possível porque a coisa julgada não se formou sobre as questões prejudiciais. E isso decorre de expressa norma legal. Norma legal que, aliás, segundo ele mesmo, pode estabelecer parâmetros para dirimir ou impedir conflitos teóricos.

No final das contas, Chiovenda apresenta como solução das decisões contraditórias sobre mesma questão uma construção artificial e que é somente explicada *porque a lei diz que é assim*.

No Brasil, as ideias de Chiovenda inspiraram a doutrina a tentar explicar como as decisões contraditórias sobre questão prejudicial podem acontecer no sistema sem ferir a segurança jurídica. Em especial, a teorização sofisticada de Barbosa Moreira é a que mais repercutiu.

Barbosa Moreira, em seu clássico “Questões Prejudiciais e Coisa Julgada”, apresentado como tese para o concurso de livre docência da cadeira de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, teoriza procurando responder aos argumentos daqueles que defendem a extensão da autoridade de coisa julgada às questões prejudiciais no sentido da conveniência de obstar a formação de decisões contraditórias. E,

inicia apontando que o risco de decisões contraditórias talvez não seja tão grave se forem considerados fatores que influenciam decisões judiciais. E, diz ele,

um deles, dos mais sensíveis, é precisamente a natural reverência com que ao proferir uma decisão, o órgão jurisdicional tende a inclinar-se ante a conclusão assentada, no tocante a relação conexa com a que lhe cabe apreciar, em anterior pronunciamento, sobretudo quando o prestigie a confirmação, em grau de recurso, por órgão superior. Em tais condições, a inexistência do vínculo característico da coisa julgada não excluirá a atenção que o juiz dê, ao formar seu convencimento à autoridade *lógica* do pronunciamento antecedente, tanto mais forte, é claro, quanto mais consistente o raciocínio em que esteja apoiado³²⁷.

Com todo respeito à obra de Barbosa Moreira, o argumento de que o juiz do segundo processo certamente dará atenção à decisão já tomada sobre a mesma questão em processo anterior, como se isso bastasse a resolver o problema, é insuficiente. Se fosse assim, se todo juiz sempre fosse atento à decisão tomada em processo anterior, a própria coisa julgada seria em si desnecessária.

Mas, não é só esse o argumento apresentado pelo mestre fluminense. Barbosa Moreira também aponta que o ordenamento jurídico não se preocupa tanto com eventual contradição teórica dos julgados, porquanto o que se deve evitar, de fato, são as contradições práticas. A repercussão do pensamento chiovendiano – e da teoria de Menestrina, que antecede e influencia a teorização de Chiovenda – é mais do que clara.

Nas palavras de Barbosa Moreira,

o que a lei não quer, acima de tudo, é que uma decisão judicial negue a determinada pessoa o ‘bem da vida’ que outra decisão lhe atribuiu e vice-versa. Em perspectiva diferente, caberia dizer que a ‘regra jurídica concreta’ disciplinadora de certa relação não pode ter ora tal teor, ora teor contrário. A uniformidade, por esse ângulo, é essencial à certeza do direito, à segurança da vida social; e garanti-la é justamente função precípua do instituto da coisa julgada³²⁸.

³²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. *Op. Cit.*, p. 94-95.

³²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. *Op. Cit.*, p. 95.

E o autor continua, afirmando que

que este pronunciamento, entretanto, adote premissas lógicas incompatíveis com as daquele outro, semelhante eventualidade não a encara o ordenamento com igual repulsa. Pode considerá-la, não raro a considera, pouco desejável; pode mesmo criar, e costuma fazê-lo, expedientes vários para impedi-la ou remediá-la. Mas entre eles não se incluíra necessariamente ao da extensão da *auctoritas rei iudicatae* – que corresponde a preocupações de outra ordem – aos motivos da sentença em geral e à solução das questões prejudiciais em especial³²⁹.

Salta aos olhos que a teorização de Barbosa Moreira tem os mesmos problemas do pensamento chiovendiano. Não se explica o que são contradições lógicas e práticas, e escancara a ideia de que aquelas primeiras não são desejáveis e resolve o problema da mesma forma: é assim, porque a lei quer que seja. Ainda, é se de perguntar a que “preocupações de outra ordem” que a coisa julgada se ocupa, que não seja, nas próprias palavras de Barbosa Moreira, “certeza do direito e segurança da vida social”. Obrigar todo e qualquer juiz a respeitar decisão já tomada por outro juiz sobre questão prejudicial de certo também não busca garantir tais valores?

Veja-se que afinal, a doutrina busca resolver o conflito entre liberdade individual e segurança jurídica no que diz respeito a questões prejudiciais decididas em processos diversos com potenciais decisões contraditórias em favor da liberdade de escolha das partes sobre que questões serão decididas em seus processos com força de coisa julgada. Em outras palavras, é como se as próprias partes pudessem, em algum sentido, abrir mão de segurança jurídica no julgamento de questões prejudiciais, somente buscando tal valor de forma expressa ao requerer que a questão prejudicial seja resolvida como questão principal, pela via da ação declaratória incidental.

É claro, então, que parece que as próprias partes podem abrir mão da segurança jurídica, se assim for de seu interesse. Tal perspectiva se aplica, sem sombra de dúvida, a um processo civil de matiz essencialmente liberal em que o Estado-Juiz está colocado para servir à solução dos conflitos privados.

³²⁹ *Idem*, p. 95-96.

Todavia, em uma estrutura estatal diferente, em que a função do processo civil não seja, somente, resolver conflitos privados, com a premissa de sua não intervenção de forma quase absoluta, o problema da coisa julgada sobre questão prejudicial pode ser tratado de outra forma, como, aliás, fez o Código de Processo Civil de 2015.

E, é disso que se tratará no próximo e derradeiro capítulo, em especial, a partir da abordagem de como a coisa julgada sobre questão prejudicial pode ser solução mais efetiva dos problemas decorrentes de potenciais decisões contraditórias sobre a mesma questão, sem que isso represente uma negação da liberdade individual.

CAPÍTULO IV – COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO NO CPC DE 2015 E A RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE LIBERDADE INDIVIDUAL E SEGURANÇA JURÍDICA

IV.1 A manutenção do princípio dispositivo e a desnecessidade de cumulação de pedidos decorrentes de causa de pedir idêntica no CPC/2015: a potencialidade do conflito entre liberdade individual e segurança jurídica

As modificações empreendidas no processo civil brasileiro a partir da Constituição da República, especialmente no sentido de se enxergar a tutela dos direitos como finalidade precípua do processo civil no estado constitucional, e que de alguma forma parecem ter seu ápice com o Código de Processo Civil de 2015 não eliminaram totalmente todas as noções estruturantes que dão sustentação ao processo civil de matriz liberal.

De fato, não é possível suprimir a ideia de que o processo civil tem algum conteúdo dispositivo, porquanto também tem por função a solução de conflitos intersubjetivos. Assim, continua sendo o autor que inicia a delimitar o *thema decidendum*, é o réu que pode ampliar o objeto da lide a partir do exercício de sua defesa e o juiz continua proibido de decidir fora dos limites propostos pelas partes.

Destarte, o Código de Processo Civil de 2015, mesmo moldado a partir de outras premissas ideológicas, continuou a proteger a liberdade individual em diversas perspectivas.

E, dentre elas, as normas processuais civis continuaram a não obrigar as partes a, sempre, cumularem suas ações (pedidos) quando fossem decorrentes da mesma causa de pedir. Aliás, como já visto anteriormente, é o Código de Processo Civil de 2015 que revoga expressamente a única regra que obrigava a parte a deduzir em um único processo todas as causas de pedir que existissem para fundar determinado pedido, *sob pena de preclusão*.

Dessa forma, se continua possível a propositura de ações decorrentes da mesma causa de pedir em processos diversos, potencialmente continua existindo a possibilidade de decisões contraditórias sobre mesmas questões, sobre as mesmas causas de pedir, ou sobre questões que sejam comuns a processos diversos.

O conflito entre liberdade individual e segurança jurídica, nesse aspecto, no Código de Processo Civil de 2015, continua a existir.

A questão é que, a partir da função do processo civil – e da jurisdição – no Estado Constitucional, a solução do conflito não pode mais pender tanto em favor da liberdade individual. É o que se verá no tópico a seguir.

IV.2 Liberdade Individual x Segurança Jurídica no Estado Constitucional: colisão entre valores analisados a partir da função da jurisdição e do processo civil

Se a liberdade individual era uma das principais premissas do processo civil de matriz essencialmente liberal, parece claro que no Estado Constitucional tal perspectiva deve ser redimensionada. Se a jurisdição no Estado Liberal, é voltada para a aplicação da *vontade concreta da lei* e se o juiz de tal modelo é apenas a *boca da lei*, é claro que o advento do Estado Constitucional obriga a rever a função da jurisdição e o modelo de atuação jurisdicional.

Os valores do Estado Constitucional, como não poderiam deixar de ser, repercutem também no modelo de processo civil.

Na perspectiva dos valores constitucionais que devem ser observados no processo civil, então, não se pode olvidar que há outros elementos estruturantes além da liberdade individual que representam a necessidade de reavaliação da funcionalidade do processo como um todo.

O Estado Constitucional contemporâneo representa inegavelmente uma mudança paradigmática também nas relações jurídicas e na organização normativa, inclusive quanto aos seus próprios princípios norteadores.

Ao tratar desta modificação e seus reflexos na ordem jurídica, Luiz Guilherme Marinoni aponta que “a neutralidade ou a falta de conteúdo da lei e da jurisdição – ou, enfim, do próprio Estado legislativo – rapidamente fez perceber que a igualdade social constituía requisito para a efetivação da própria liberdade, ou melhor, para o desenvolvimento da sociedade. (...) Surge, então, o Estado preocupado com as questões sociais que impediam a “justa” inserção do cidadão na comunidade”, concluindo, por fim, que esta nova compreensão levará a uma mudança da

concepção do direito e do princípio da legalidade, porque “A lei, desta forma, perde o seu posto de supremacia, e agora se subordina à Constituição”³³⁰.

Nesta nova conformação, e à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que tais direitos estão destinados a

“i) a conferir à sociedade os meios imprescindíveis para o seu justo desenvolvimento (direito às prestações sociais); ii) a proteger os direitos de um particular contra o outro, seja mediante atividades fáticas da administração, seja através de normas legais de proteção (direitos à proteção); e iii) a estruturar vias para que o cidadão possa participar de forma direta na reivindicação dos seus direitos (direitos à participação)”³³¹.

E, sob esta percepção também, é necessário se repensar a ideia e a função da jurisdição, que, como se viu, no Estado Liberal, Clássico estava destinada a, somente, atuar a vontade da lei, como na concepção chiovendiana. Ora, à jurisdição não basta somente “atuar a vontade da lei”, mas sim, enquanto poder estatal, representar também uma forma de proteção, efetivação e atuação da Constituição e, como consequência, dos direitos fundamentais assim reconhecidos como tal.

Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar da função da jurisdição no Estado Contemporâneo, sustenta que “O Estado também tem o dever de tutelar jurisdicionalmente os direitos fundamentais, inclusive suprindo eventuais omissões de tutela normativa, além de ter o dever de dar tutela jurisdicional a toda e qualquer espécie de direito, em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”, concluindo ainda no sentido de que “O Estado tem o dever de prestar a tutela jurisdicional prometida pelos direitos (individuais ou transindividuais) (...) porque toda posição jurídica deve ser protegida”, fugindo da concepção da jurisdição enquanto proteção de um direito subjetivo, o que afasta a jurisdição de uma função eminentemente privada³³².

³³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil, Teoria Geral do Processo, vol. 1. São Paulo: RT, 05ª ed, 2011, págs. 43 e 46.

³³¹ Idem, pág. 67.

³³² MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil...pág. 141.

E, como decorrência lógica e indeclinável desta nova função da jurisdição, “A compreensão do processo à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional requer a percepção da natureza instrumental da norma processual, isto é, de que ela deve permitir ao juiz encontrar uma técnica processual idônea à tutela processual à tutela das necessidades do caso conflitivo”³³³.

É por isso que, na dimensão do ordenamento jurídico brasileiro atual, a função do processo civil é *dar tutela aos direitos*³³⁴.

Destarte, de uma forma mais do que natural, o advento do Estado Constitucional contemporâneo, para regular tutela jurisdicional dos direitos por ele consagrados, exigiu uma reformulação também no instrumental outorgado aos jurisdicionados para fazer valer os direitos no âmbito da jurisdição civil: o Processo Civil.

O Código de Processo Civil de 2015 pretensamente inaugura um novo modelo processual, ao menos sob duas perspectivas. A primeira, diretamente relacionada com as fontes e as normas aplicáveis ao processo, impõe uma leitura constitucionalizada do processo e de suas regras, o que se verifica facilmente desde o artigo 1º, do novo código³³⁵, assim como a previsão expressa na nova legislação de diversas normas que igualmente estão previstas na Constituição, enquanto direitos processuais fundamentais³³⁶.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,

dentro do Estado Constitucional, um Código de Processo Civil só pode ser compreendido como um esforço do legislador infraconstitucional para densificar o direito de ação como o direito a um processo justo, e muito especialmente, como um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. O mesmo vale para o direito de defesa. Um Código de Processo Civil só pode ser visto, em outras palavras,

³³³ Idem, pág. 122.

³³⁴ Veja-se a esse respeito, e por todos, MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. Revista de Processo, São Paulo, n 229, p.51-74, 2014. Em passagem nos “Comentários ao Código de Processo Civil”, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero assentam que “todo o processo seja pensado a parir da *teoria da tutela dos direitos*. Essa é a *finalidade* do processo civil no Estado Constitucional e constitui o *eixo central* a partir do qual deve ser estudado, interpretado e aplicado” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Artigos 1 ao 69. Comentários ao Código de Processo Civil. V. RT: São Paulo, 2016, p. 57-58, com itálicos no original).

³³⁵ Nada é mais claro do que a própria redação do dispositivo legal: CPC 2015. Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

³³⁶ São exemplos disso os artigos 3º, 4º, 7º e 11, todos do Código de Processo Civil de 2015.

como uma *concretização* dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição³³⁷.

A outra perspectiva que parece traduzir um novo modelo processual é aquela que decorre de uma mudança necessária no comportamento dos sujeitos processuais e das inter-relações entre eles no processo e que podem ser dimensionadas a partir de duas premissas: *cooperação e contraditório efetivo*.

Se no modelo processual clássico, especialmente refletido na redação original do CPC de 1973, as partes exerciam um papel mais significativo na definição do *thema decidendum*, a partir da premissa individualista dos princípios da demanda e da inércia da jurisdição, que representavam limites à atuação jurisdicional no âmbito do aporte de conteúdos a serem discutidos no processo e na própria postura do magistrado na condução processual, por outro lado deixava o Poder Judiciário em posição de exclusivo protagonismo na decisão processual, inclusive quanto aos caminhos e premissas direcionados para sua produção.

Assim, a visão clássica da participação dos sujeitos processuais era representada pela célebre imagem de um *triângulo equilátero*, em que o juiz sempre ocupava o vértice de cima da figura, e no qual as partes estavam equidistantes em relação a ele.

Essa representação iconográfica traduzia-se naquilo que se denomina de imparcialidade e *neutralidade* do juiz, enquanto princípios de sua atuação processual. Como contrapartida, o juiz era absolutamente livre para proferir sua decisão, bastando que a fizesse de forma *livremente* motivada.

Dessa forma, os papéis processuais pareciam muito bem divididos: às partes, exclusivamente, cabia trazer a juízo o conteúdo que seria objeto litigioso, enquanto ao juiz cabia, também de forma exclusiva e sem qualquer participação dos demais sujeitos, decidir sobre o litígio. Especialmente, é de se ressaltar que o conteúdo material do processo era trazido pelas partes em seu contexto fático³³⁸, uma vez que, em razão da célebre regra *iura novit curia*, o juiz não ficava adstrito, para sua decisão, aos fundamentos jurídicos invocados pelas partes.

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Artigos 1 ao 69. Comentários ao Código de Processo Civil. *Op.cit.*, p.56, com itálicos no original.

³³⁸ Não há dúvidas disso na doutrina brasileira, que sempre reconheceu que o processo civil nacional, no que diz respeito à postulação, adotava a Teoria da Substanciação.

Todavia, tais premissas são incompatíveis com um modelo de Estado Constitucional que preza pela efetiva participação democrática dos sujeitos processuais na elaboração e construção da solução do processo.

Dessa forma, o modelo processual do Estado Constitucional exige novas funções e comportamentos dos sujeitos processuais, a influenciar não somente as suas participações exclusivas no processo, mas também as diversas relações entre eles.

Veja-se a lição de Vitor Salino de Moura Eça, para quem

o NCPC está constitucionalizado e filosofado. O sistema que agora se instaura socializa o processo, exige um diálogo intenso entre todos os atores processuais, alicerça-se no mais amplo contraditório e ainda redefine o instituto da persuasão racional. Espera-se que doravante o processo seja um espaço de discursividade, cujo aprofundamento dos debates possa ensejar a própria legitimação dos provimentos judiciais, porquanto estes passam a contar com a participação ativa de todos os interessados, e não apenas do magistrado³³⁹.

Não se olvide que não parece ser possível falar, de fato, em um *novo modelo processual*. O Código de Processo Civil de 2015 deve ser visto como uma consolidação do *modelo constitucional do processo civil*, resultado das mudanças que o sistema processual civil se viu obrigado a adotar com o advento da Constituição da República de 1988. As diversas reformas pelas quais o CPC de 1973 passou, a partir da nova ordem constitucional, é que de fato representaram uma mudança paradigmática no modelo processual brasileiro, com o abandono paulatino e gradual do que Ovídio Baptista da Silva chamava de *paradigma racionalista*³⁴⁰.

Aliás, é por isso que faz todo sentido a arguta observação de Daniel Mitidiero³⁴¹ de que o Código de Processo Civil de 1973, em sua história, pode e deve ser separado em dois diplomas distintos: (i) por primeiro, na sua redação original, chamado de *Código Buzaid*, em alusão ao Ministro da Justiça que foi seu principal construtor, marcado por uma legislação adequada ao modelo de Estado Liberal Burguês; e (ii) o *Código Reformado*, representado pelo modelo

³³⁹ DE MOURA EÇA, Vitor Salino. *A função do magistrado na direção do processo no Novo CPC e as repercussões no Processo do Trabalho*. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (org.). **Novo CPC: Repercussões no Processo do Trabalho**. Saraiva: São Paulo, p.32.

³⁴⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

³⁴¹ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**, São Paulo, n 83, p.165-194, 2010.

presente após as principais Reformas da legislação ocorridas a partir de 1994, como o alvorecer de uma legislação processual civil ajustada ao Estado Constitucional.

Todavia, algumas normas trazidas com o CPC de 2015 consolidam no plano normativo infraconstitucional um novo modal processual, e que tem reflexos importantes como espectros de mudança do comportamento dos sujeitos processuais.

Para a questão ora em exame, é preciso então contextualizar a segurança jurídica e a liberdade individual, a serem analisadas a partir de suas funcionalidades no Estado Constitucional e a respectiva repercussão de tal perspectiva no papel da jurisdição e do processo civil.

A segurança jurídica é elemento indissociável do processo civil no Estado Constitucional. Não à toa, a coisa julgada é erigida a status de *garantia fundamental*, no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República de 1988. Na verdade, a coisa julgada também representa um elemento essencial no Estado Democrático, como expressão da segurança jurídica e, tanto isto é verdade que, no dispositivo constitucional que a prevê, ela está colocada ao lado de outras duas figuras essenciais à segurança jurídica: o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

A definição de Humberto Ávila de segurança jurídica é fundamental para sua compreensão. Para o teórico, “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”³⁴².

Continuando, Ávila assevera 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 futuro³⁴³.

³⁴² ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica, 2011, p. 72-73

³⁴³ *Idem*, p. 91.

Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar da necessidade de uma moderna concepção da jurisdição, no Estado Contemporâneo, também ressalta a ideia de que atividade jurisdicional de solução dos conflitos seja revestida de indiscutibilidade e imutabilidade³⁴⁴, o que, de forma inegável, traz segurança jurídica. Para o processualista,

a jurisdição não é apenas um meio de resolver litígios, mas fundamentalmente uma manifestação estatal voltada a eliminá-los, ou seu fim. (...) a decisão jurisdicional, além de resolver os conflitos, deve se impor, tornando-se imutável e indiscutível. (...) A coisa julgada material, além de se constituir em pilar do Estado Democrático de Direito, é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva³⁴⁵.

Em razão da necessidade de se atribuir caráter definitivo às decisões judiciais que solucionam conflitos – como visto, inclusive, como medida de segurança jurídica em um Estado de Direito – é que a coisa julgada material é instituto significativamente importante para a justiça civil³⁴⁶.

Não resta dúvida, portanto, sobre a importância da segurança jurídica para o processo, inclusive no Estado Constitucional, no qual esse valor é erigido ao status de garantia fundamental.

Mas, o processo civil também é lugar de promoção e proteção da liberdade individual no Estado Constitucional. Para Ricardo Alexandre da Silva, “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”³⁴⁷.

³⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil..., pág. 136.

³⁴⁵ *Idem*, pág. 137/138.

³⁴⁶ Luiz Guilherme Marinoni chega a asseverar que a coisa julgada é elemento essencial do discurso jurídico, pois, para ele, sem a coisa julgada, o processo deixaria de ser um discurso assim qualificado, sendo apenas um discurso prático geral. (MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada inconstitucional. São Paulo: RT, 02ª ed, 2010, pág. 56).

³⁴⁷ SILVA, Ricardo Alexandre da. Tese de Doutorado. O processualista traz diversos exemplos de proteção da liberdade no processo, inclusive aqueles em especial aqui tratados no que diz respeito à delimitação do *thema decidendum*. Veja-se: “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.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, o Estado Constitucional também se preocupa em viabilizar um processo civil que seja apto a promover a liberdade, o que acontece em especial pelo princípio da demanda³⁴⁸.

A afirmação da proteção e promoção da liberdade no processo é decisiva. A liberdade é elemento central de promoção da dignidade humana, que é valor primordial na ordem constitucional brasileira.

O Código de Processo Civil de 2015 pode ser visto como o ápice das reformas no processo civil brasileiro a partir da Constituição da República. O artigo 1º, do *novel codex* é a marca indelével de tal circunstância.

E, como afirmado anteriormente, o modelo processual do código vigente é pautado em um modal que se afirma a partir de duas premissas: (i) a constitucionalização do processo civil; e (ii) a cooperação (ou colaboração) como medida de comportamento e relação entre os sujeitos do processo.

Um modelo cooperativo do processo civil já era defendido pela doutrina antes do advento do novo código. Um dos pioneiros a defender a necessidade de uma visão cooperativa para o processo civil foi Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁴⁹. Para o processualista gaúcho, o processo cooperativo exige do juiz, sem retirar-lhe os poderes de direção do processo, uma postura pautada no diálogo com as partes, tendo por consequência uma relativização dos célebres brocardos jurídicos “*iura novit curia*” e “*da mihi factum, dabo tibi ius*”, alertando ainda que, nessa nova dimensão, o magistrado passa a ter deveres para com as partes, para que pudessem ser prevenidas soluções simplesmente formais do processo, sem que o problema material fosse resolvido de forma definitiva.

Não à toa um dos herdeiros legítimos das ideias de Alvaro de Oliveira desenvolveu de forma mais acurada a ideia da *cooperação* no processo civil, embora emprestando a ela outro

Trata-se de limite à máxima *iura novit curia*, de acordo com a qual o juiz pode qualificar juridicamente os fatos narrados pelo autor. 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” (SILVA, Ricardo Alexandre da. Tese de Doutorado).

³⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Artigos 1 ao 69. Comentários ao Código de Processo Civil. *Op.cit.*, p.96, em referência especialmente ao artigo 2º, do CPC.

³⁴⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. In: Revista da Ajuris. Porto Alegre, 2013, nº 90, p.55-84.

nome: a *colaboração*. Em uma monografia célebre sobre o tema, Daniel Mitidiero trabalha especialmente com a colaboração como princípio e modelo, a informar a ideia geral de um modal de processo cooperativo³⁵⁰.

Nessa dimensão, e tratando especialmente do artigo 6º, do CPC de 2015, Mitidiero afirma que “se adotada uma chave de leitura apropriada, trata-se de norma da mais alta importância que ao mesmo tempo visa caracterizar o processo civil brasileiro a partir de um modelo e fazê-lo funcionar a partir de um princípio: o modelo cooperativo de processo civil e o princípio da colaboração”³⁵¹.

Em sua obra, Mitidiero aponta de forma expressa que

a colaboração é um modelo que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes (*prozessualen Zusammenarbeit*). Em outras palavras: visa a dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes. Como modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como pólo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro da sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional³⁵².

A cooperação representa um redesenho e uma reconfiguração do papel dos sujeitos do processo e suas interrelações. É isso que faz Daniel Mitidiero afirmar que o “o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois ocupa dupla posição: *paritário no diálogo e assimétrico na decisão*”³⁵³ e que permite desenvolver a ideia de que o juiz também possui deveres para com as partes³⁵⁴.

³⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.

³⁵¹ MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p.52.

³⁵² *Idem, ibidem*.

³⁵³ MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p.64-65.

³⁵⁴ É em razão disso que, de forma resumida, a doutrina reconhece que, no modelo de processo cooperativo, o juiz tem deveres para com as partes. O magistrado, então, tem deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio. Por todos, MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, especialmente p.69-70. Não se olvide da assertiva do processualista gaúcho que, com correção, aponta que “o procedimento comum do novo Processo Civil estrutura-se integralmente a partir desses deveres” (MITIDIERO, Daniel, *Op. Cit.*, p.70).

O processo cooperativo, então, reforça o papel das partes no desenvolvimento da relação processual, ao hiperbolizar sua efetiva participação na operação de construção decisória, e a impor deveres ao magistrado.

Nessa perspectiva, portanto, é mais do que natural que a esfera de atuação das partes seja ampliada e isso não acontece sem uma maior atribuição de espaços de liberdade no processo³⁵⁵. São exemplos mais do que evidentes do que se está a afirmar a possibilidade ampla de celebração de negócios jurídicos processuais (CPC, art. 190), a permissividade das partes definirem questões importantes ligadas ao saneamento do processo (CPC, art. 357, § 3º) ou de realizarem saneamento em cooperação com o juiz, de escolherem consensualmente o perito. Além das clássicas e mantidas expressões da liberdade individual no que diz respeito à definição do *thema decidendum* e da limitação da atuação jurisdicional decisória nesse sentido.

Logo, segurança e jurídica e liberdade são valores fundamentais para o processo civil no Estado Constitucional e essa circunstância se faz sempre presente no Código de Processo Civil de 2015. Mas, como se dá a relação entre segurança jurídica e liberdade no processo, e, em especial, para o objeto dessa tese?

Nesse sentido, parece inegável a assertiva de Daniel Mitidiero no sentido de que a segurança jurídica possibilita o desenvolvimento da liberdade, o que é forma de tutelar a dignidade humana³⁵⁶.

Para Ricardo Alexandre da Silva, aliás,

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,

³⁵⁵ Não se olvide de dizer que, ainda em uma nota de rodapé, que uma maior esfera de liberdade das partes em alguns aspectos é moderada pelo aumento de poderes do juiz em outras perspectivas. Cite-se, por exemplo, a ampla possibilidade de adoção de meios executivos atípicos prevista no artigo 139, IV, do CPC, que tanto debate tem ocasionado no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Ou, ainda, todo o esforço feito pela nova legislação na tentativa de criação de um modelo de respeito aos *precedentes*. A tensão entre ampliação de poderes e prerrogativas das partes e do juiz no CPC de 2015 é uma marca registrada da nova legislação.

³⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: Da persuasão à vinculação*. RT: São Paulo, 2016, p. 22.

estabelece os limites dentro dos quais a liberdade é exercida, promovendo-a também nesse aspecto³⁵⁷.

Nessa dimensão, portanto, como é possível enfrentar, sob a égide do novo modelo processual que a Constituição da República impõe e que o CPC de 2015 ensaia moldar, o conflito entre liberdade individual e segurança jurídica, no que diz respeito à coisa julgada sobre questão prejudicial e ações cumuláveis?

Como já apontado, a liberdade individual é elemento marcante e pilar de sustentação do processo civil no CPC de 2015. Especialmente no que diz respeito ao tema central dessa tese, é de se recordar que a nova legislação mantém estruturas e regras já existentes no código revogado no sentido de não obrigar que pedidos cumuláveis decorrentes da mesma causa de pedir sejam deduzidos no mesmo processo. Ainda, o novo código também mantém como regra (ou princípio para alguns) a congruência entre a sentença e o pedido, limitando a atuação jurisdicional na definição do *thema decidendum*.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ao comentarem o artigo 2º, do CPC, tratando do *princípio da demanda*, e lembrando que tal princípio tem suas bases teóricas firmadas a partir da ideia de que, se o direito discutido em juízo era privado, igualmente privada deveria ser a condução do processo, sob pena de indevida restrição de liberdade, e fazendo referência expressa a outros dispositivos do CPC de 2015 afirmam que esse possui como conteúdo

i) o processo civil começa por iniciativa da parte, sendo vedada a prestação da tutela jurisdicional de ofício (*nemo iudex sine actore e ne procedat iudex ex officio*); ii) a determinação do mérito da causa compete às partes; iii) a tutela jurisdicional deve ser congruente com o pedido; e iv) o processo civil pode ser extinto pela desistência da ação, pelo reconhecimento do pedido, pela renúncia ao direito e pela transação³⁵⁸.

Na centralidade dessa tese, e como vem se afirmando ao longo de todo esse trabalho, a inegável expressão de liberdade individual no sentido da ausência de obrigatoriedade de

³⁵⁷ SILVA, Ricardo Alexandre da. Tese de Doutorado.

³⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Artigos 1 ao 69. Comentários ao Código de Processo Civil. *Op.cit.*, p.104.

cumulação obrigatória no mesmo processo de todos os pedidos decorrentes da mesma causa de pedir mantém, ao menos em abstrato, a potencialidade de decisões contraditórias sobre o mesmo fundamento ou questão.

Sob a égide do CPC de 1973, como visto, a construção legislativa, ao se deparar com o dilema entre liberdade individual e segurança jurídica, parece optar pela primeira. Se não há pedido expresso, não há formação de coisa julgada, ainda que isso possa representar em processo futuro novo julgamento sobre questão prejudicial, cuja decisão posterior pode ser contraditória à primeira nesse aspecto. A doutrina, aliás, explica tal fenômeno a partir de uma perspectiva meramente formal e abstrata por intermédio das categorias de contradição teórica e prática.

Mas, a segurança jurídica no Estado Constitucional é elevada à categoria de garantia fundamental, e nessa mesma dimensão, se coloca no mesmo status da liberdade individual. Indaga-se se é possível restringir um desses princípios.

Não se olvide, desde logo, a advertência feita por Alexy no que diz respeito ao *direito geral de liberdade*, no sentido de que “em razão de sua cláusula de restrição, que não apenas *sempre*, como também *tão somente* permite intervenções que sejam formal e materialmente compatíveis com a Constituição”³⁵⁹. Ou seja, a intervenção na liberdade individual deve ser compatível com a Constituição. É por isso que a segurança jurídica pode ser medida que justifique algum grau de intervenção na liberdade.

A segurança jurídica é fundamento do Estado Constitucional brasileiro, e a partir da leitura do texto constitucional, “é evidente a existência de direito fundamental à segurança jurídica no processo em nossa ordem constitucional”³⁶⁰.

Em igual sentido, é perfeitamente possível inserir, a partir da matriz constitucional de sua proteção, segurança jurídica e liberdade individual como princípios dentro do ordenamento jurídico brasileiro. É de se ressaltar a lição de Ingo Sarlet pque afirma que a liberdade ocupa

³⁵⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 02 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 381.

³⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. RT: São Paulo, 2012, p.671.

um lugar de destaque na “arquitetura jurídico-constitucional” brasileira, na “condição de valor, princípio e direito”³⁶¹.

Mais ainda, ao se adotar a definição conceitual de princípio teorizada por Humberto Ávila. Para o teórico, “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”³⁶².

Essa natureza finalística dos princípios explica também um sentido de sua relação com as regras³⁶³. A teorização de Ávila delinea a questão, na perspectiva de que “os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras”³⁶⁴.

Ora, segurança jurídica e liberdade individual possuem conteúdo normativo e estabelecem fins a serem atingidos. Portanto, devem ser vistas como princípios e são importantes para a compreensão das regras do processo civil, sejam aquelas que dizem respeito à definição do *thema decidendum* e da adstrição do juiz ao pedido, quanto aquelas que são relativas à coisa julgada.

³⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. RT: São Paulo, 2012, p.430. Não é a finalidade precípua da presente tese, mas para uma compreensão do *locus* da liberdade na ordem jurídica brasileira, veja-se as demais linhas traçadas por Ingo Sarlet na obra ora referenciada. Em especial, sua visão de que existe na ordem constitucional nacional um *direito geral de liberdade* que “atua como critério material para a identificação de outras posições jurídicas fundamentais, em especial, como parâmetro para dedução de liberdades específicas que não foram objeto de direta e expressa previsão pelo constituinte. (...) a positivação de um direito geral de liberdade tem a vantagem de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro uma cláusula geral que permite dela derivar, por meio de interpretação extensiva, outras liberdades não expressamente consagradas no texto constitucional. Com efeito, a liberdade, como faculdade genérica de ação ou de omissão, concede ao indivíduo um amplíssimo leque de possibilidades de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de sua autonomia pessoal que não pode ser apreendido por meio de liberdades específicas previstas em textos normativos” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. RT: São Paulo, 2012, p.430-431). Parece lógico afirmar que, então, o direito geral de liberdade, como direito fundamental, também tem expressão na defesa da liberdade individual no processo, permitindo que a parte manifeste sua vontade, em razão também de sua autonomia pessoal.

³⁶² ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 12 ed. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 78-79.

³⁶³ Não é objeto desse trabalho uma aprofundada análise da conceituação e das distinções entre regras e princípios. Por todos, veja-se: ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 12 ed. Malheiros: São Paulo, 2011.

³⁶⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 12 ed. *Op. cit.*, p.97.

Mas, como resolver a questão se esses princípios entram em colisão? E se a liberdade individual de definir expressamente sobre o que o juiz poderá decidir, inclusive com força de coisa julgada, estabelecendo o julgamento da lide nos seus limites colidir com a segurança jurídica que deve advir da solução de uma questão prejudicial ao julgamento da lide, proibindo a rediscussão da questão em processos futuros para evitar decisões contraditórias?

Robert Alexy afirma que, quando há colisão de princípios, um deles deverá ceder, o que não significa uma invalidação do princípio afastado, e nem mesmo a inserção de alguma cláusula de exceção nele. Nas suas palavras, “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”³⁶⁵.

Tal construção evidencia que em se tratando de colisão de princípios de igual hierarquia não há uma solução *a priori* e abstrata para todas as situações. Isso significa dizer, para o que se está a analisar, que não há uma resposta sempre unívoca para a solução do conflito entre segurança jurídica e liberdade individual, de maneira a representar, em todas as situações, a prevalência de um princípio sobre o outro, de maneira a invalidar ou inserir uma cláusula de exceção em um deles.

Se, à luz do CPC de 1973, de alguma forma as regras relativas à coisa julgada sobre questão prejudicial indicavam uma proeminência da liberdade individual em relação à segurança jurídica, embora a explicação teórica sustenta que essa última deveria ser olhada a partir apenas do *bem da vida* entregue pela sentença de mérito, e não pela solução das premissas necessárias à decisão, parece possível e necessário duvidar dessa resposta no Código de Processo Civil de 2015.

Como bem asseveram Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,

Restringir a coisa julgada em virtude do princípio dispositivo ou da liberdade das partes obviamente não tem sentido. Afinal, são as próprias partes que controvertem a questão em juízo, tornando-a capaz de ser decidida com força de coisa julgada. Também são as partes que terão definitivamente resolvida uma questão importante para a acomodação do seu conflito social, bem como para a estabilidade de suas vidas³⁶⁶.

³⁶⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 02 ed. *Op. cit.*, p. 93.

³⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ação rescisória. *Op. cit.*, p. 97.

Ainda, há outros valores em jogo que levam a um necessário redesenho da solução dada ao conflito entre liberdade individual e segurança jurídica no que diz respeito ao aspecto central desse trabalho, sem que isso importe neutralizar amplamente um valor em detrimento do outro. É por isso que a opção do Código de Processo Civil de 2015, pela formação de coisa julgada sobre questão prejudicial como regra – e não mais como exceção, a depender da ação declaratória incidental e, portanto, de pedido expresso – faz todo o sentido no atual estágio constitucional brasileiro.

Em outras palavras, há também outros valores que obrigam à mudança empreendida nos limites objetivos da coisa julgada no CPC de 2015. E isso se dá também por outros fundamentos tão importantes como a segurança jurídica e a liberdade individual.

É disso que se tratará a seguir.

IV.3 A coerência do discurso jurídico: a necessidade de eliminação de decisões contraditórias sobre a mesma questão

Na mesma esteira do já afirmado no item ‘IV.2’ anterior, o discurso jurídico formado nos processos judiciais no Estado Constitucional não pode deixar de ser coerente, em nome da segurança jurídica.

No Brasil, isso decorre expressamente da Carta Constitucional de 1988, no seu título destinado aos direitos e garantias fundamentais eleva a segurança jurídica a tal status.

Luiz Guilherme Marinoni, embora tratando da coerência como fundamento da necessidade de respeito aos precedentes, afirma com indiscutível correção que “a coerência entre as decisões judiciais não só é fundamental à afirmação, à autoridade e à credibilidade do Poder Judiciário, como é imprescindível ao Estado de Direito”³⁶⁷.

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes. RT: São Paulo, 2013, p.168.

Em outra passagem de sua importante obra sobre os precedentes, o processualista paranaense afirma que “inexiste coerência num direito que se expressa mediante decisões que tratam de casos iguais de maneira desigual”³⁶⁸.

Ora, se isso é verdade para *casos semelhantes*, não é possível de se imaginar algo diferente quando se está diante da *mesma questão (prejudicial)* decidida em processos diversos.

A segurança jurídica é elemento indispensável no processo civil no Estado Constitucional, inclusive como corolário do devido processo justo. Não é possível pensar em um sistema processual que admita, como regra, que uma questão seja decidida várias vezes pelo Poder Judiciário e que, mais ainda, seja possível que ela seja decidida de forma contraditória.

A fórmula adotada pela doutrina majoritária para explicar como é possível existir decisão contraditória sobre a mesma questão em processos diversos já não parece mais ser suficiente. Não interessa se a contradição é “meramente” teórica. Continua sendo uma contradição, o que importa em violação à segurança jurídica e também torna incoerente o discurso jurídico.

Para ilustrar o problema, talvez valha a pena trazer um exemplo prático do que se está afirmar. Veja-se a seguinte ementa de julgado proferido pelo E. TRT da 09ª Região:

ACIDENTE DE TRABALHO. ÓBITO DO TRABALHADOR. DANOS MORAIS REFLEXOS (POR RICOCHETE). AÇÃO PROPOSTA PELOS GENITORES DO "DE CUJUS". AÇÃO ANTERIOR MOVIDA PELA VIÚVA. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria restritiva dos limites objetivos da coisa julgada, nos termos do artigo 469 do Código de Processo Civil, segundo o qual não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença e apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo. Nesse norte, os fatos reconhecidos como verdadeiros e os fundamentos (culpa da reclamada) da sentença proferida em ação indenizatória movida por viúva de trabalhador vitimado em acidente de trânsito no exercício de suas funções de motorista não fazem coisa julgada e, portanto, não são indiscutíveis e não vinculam decisão judicial a ser proferida em ação posterior movida pelos genitores desse mesmo trabalhador, por meio da qual se postula indenização por danos morais reflexos (por ricochete), cujo deferimento, portanto, não prescinde da comprovação efetiva da presença de todos os pressupostos da responsabilidade civil, dentre os quais o nexo de causalidade e a culpa da ré pelo evento danoso, ônus do qual os autores não se desincumbiram no caso, haja vista a

³⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. RT: São Paulo, 2010, p.171.

constatação de culpa exclusiva da vítima. Sentença mantida (TRT/PR, 00746-2014-020-09-00-2, 06ª T., Rel.: SUELI GIL EL RAFIHI, DEJT em 03-05-2016).

Veja-se trechos da fundamentação adotada no citado acórdão, porquanto são substancialmente elucidativos.

Durante a instrução processual, deixaram os autores de provar que a jornada de trabalho exercida pelo autor no dia do acidente era exaustiva e que, como alegam, tal fato deu causa ao acidente de trânsito, ônus que lhes incumbia. Com efeito, limitam-se a invocar os motivos da sentença proferida nos autos da ação sob número 03211-2012-020-09-00-1, movida pela viúva do "de cujus" em face da mesma ré, em razão do acidente ocorrido.

Todavia, o ordenamento jurídico pátrio adotou a teoria restritiva dos limites objetivos da coisa julgada, conforme dispõe expressamente o art. 469 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, por força do art. 769 da CLT³⁶⁹.

Nota-se então que no acórdão em comento, expressamente menciona-se o fato de que vige no CPC de 1973 uma "teoria restritiva" dos limites da coisa julgada. Mas, outro trecho da mesma decisão é ainda mais relevante.

Destarte, como bem concluiu o r. Julgador de origem, os fatos reconhecidos como verdadeiros e os fundamentos da sentença proferida nos autos da RT 03211-2012-020-09-00-1 não fazem coisa julgada, na exata forma do que dispõe o art. 469, I e II, do CPC". Logo, violação ao princípio da segurança haveria caso se acolhesse a pretensão dos autores e se admitissem acobertados pela coisa julgada os motivos e os fundamentos da decisão judicial anterior, em violação ao disposto no art. 469, I e II, do CPC³⁷⁰.

³⁶⁹ TRT/PR, 00746-2014-020-09-00-2, 06ª T., Rel.: SUELI GIL EL RAFIHI, DEJT em 03-05-2016.

³⁷⁰ TRT/PR, 00746-2014-020-09-00-2, 06ª T., Rel.: SUELI GIL EL RAFIHI, DEJT em 03-05-2016. Ressalte-se, título informativo que, contra o acórdão foi interposto competente recurso de revista para o TST. O TRT-PR negou seguimento ao recurso de revista e a parte interpôs agravo de instrumento visando o recebimento do recurso. O agravo de instrumento foi julgado monocraticamente pelo e. Min. João Oreste Dalazen que, em sua decisão, reforçou a correção do acórdão em comento (TST, AIRR 143-61.2014.5.09.0021, 04ª T., Rel. Min. João Oreste Dalazen, publicado em 14-06-2017).

Portanto, não somente admite-se no acórdão que é possível decidir-se de forma contrária sobre a mesma questão já decidida em processo anterior, cuja sentença transitou em julgado, como se afirma que adotar-se como premissa de julgamento a apreciação da questão como fora anteriormente decidida é que representaria *violação à segurança jurídica*. Parece incrível, mas é isso que se pode inferir do acórdão.

Ora, não salta aos olhos o absurdo da conclusão – correta, aliás, à luz do Código de Processo Civil de 1973 – adotada no acórdão? O reconhecimento de responsabilidade da empresa pelo acidente que vitimou fatalmente o trabalhador para fins de determinar a condenação ao pagamento de indenização à viúva na primeira ação não vincula o julgamento de ação movida posteriormente pelos pais do trabalhador? É possível, portanto, que na ação movida pelos pais, se considere que a empresa não tem qualquer responsabilidade pelo acidente que vitimou de morte o trabalhador? Como é possível explicar isso?

Mas, é exatamente isso que se aponta no acórdão em exame. Como se explica tal circunstância? Só com uma regra técnica: porque não há formação de coisa julgada material sobre questão prejudicial (responsabilidade da empresa) se não houve pedido expresso para tanto. A dificuldade é explicar isso para aqueles que, diretamente, são afetados pela regra técnica e pela decisão nela fundamentada: os pais do trabalhador. É verdadeiramente espinhoso explicar para alguém como a empresa pode, ao mesmo tempo, no mesmo ordenamento jurídico e no mesmo espaço de outorga de tutela jurisdicional e de sentido ao direito, ser responsável e não ser responsável pelo acidente que vitimou um trabalhador.

O direito e o processo não podem se distanciar da realidade³⁷¹. O processo não pode representar, ao contrário de sua funcionalidade, um instrumento de não promoção de segurança jurídica e de coerência no discurso. Se a finalidade do processo no Estado Constitucional é dar tutela aos direitos, isso não é possível se o resultado do processo promove insegurança e incoerência no discurso jurídico.

³⁷¹ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero expressam mesma linha de raciocínio, embora tratando de outro exemplo, ao afirmarem que “é absurdo permitir que as partes voltem a discutir a questão da paternidade, já resolvida na ação de alimentos, apenas porque um dia alguém afirmou em sede doutrinária que a coisa julgada recai apenas sobre o objeto do processo ou sobre o pedido do autor” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ação rescisória. *Op.cit.*, p. 97).

Em outras palavras, a ausência de técnicas adequadas de eliminação de decisões contraditórias (“teóricas” ou “práticas”) sobre a mesma questão representa limitação à própria finalidade do processo e absoluta negativa de prestação jurisdicional em sua dimensão constitucional.

No caso especificamente em exame, se houvesse formação de coisa julgada sobre questão prejudicial à época da decisão na ação movida pela viúva, a responsabilidade da empresa não precisaria sequer ser discutida na ação ajuizada posteriormente pelos pais do trabalhador. Mais do que isso: a responsabilidade da empresa seria premissa indiscutível de julgamento para o caso posterior. É claro que isso não significaria, necessariamente, julgar procedente a ação, que poderia ser rejeitada por qualquer outro motivo. Mas, tal ação jamais poderia ser julgada improcedente – como foi – ao fundamento de que não houve prova de responsabilidade da empresa, porque teria ficado provada a culpa exclusiva da vítima.

É por isso que a coisa julgada sobre questão prejudicial pode ser vista como uma técnica de eliminação de decisões contraditórias e, nessa medida, um instrumento de promoção de segurança jurídica e de coerência no discurso jurídico. É essa a perspectiva sobre a qual se trata a seguir.

IV.4 A coisa julgada sobre questão no CPC de 2015 como técnica de eliminação de decisões contraditórias: o regime jurídico do novo código

Os limites objetivos da coisa julgada no CPC de 2015 são disciplinados no artigo 503, *caput*. Nessa dimensão, portanto, o que se coloca em debate é a possibilidade da coisa julgada abranger não somente aquilo que é o se extrai como comando decisório (elemento imperativo) da sentença, mas igualmente aquilo que lhe é fundamento (elemento lógico). O objeto dessa tese não permite tratar de forma exaustiva dos chamados *limites objetivos da coisa julgada*, a partir de todos os seus aspectos. Para o que importa, é o tratamento dado a uma perspectiva dos limites objetivos que a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial.

Como já delineado nos itens III.3.1 e III.3.2 dessa tese, no Brasil há um nítido movimento pendular acerca da formação ou de coisa julgada sobre questões prejudiciais na

legislação codificada. Ainda que se possa discutir se o CPC de 1939 admitia, como regra, a coisa julgada sobre questão prejudicial (e, como se viu, há argumentos fortes em ambas as direções), o regime do CPC de 1973 pretendeu justamente resolver os debates doutrinários acerca da temática, fixando-se expressamente no artigo 469, inciso III, a não formação de coisa julgada sobre questão prejudicial como regra, admitindo-a apenas pela via da ação declaratória incidental, o que importa dizer desde que houvesse pedido expresso por qualquer das partes.

E, nessa dimensão, o CPC de 2015 indica claramente um sentido diametralmente oposto àquele adotado no CPC de 1973. Isso porque, o artigo 503, §1º, incs. I a III, e §2º, do *novel codex*, afirma a possibilidade de que as questões prejudiciais sejam cobertas pela coisa julgada, ficando a parte dispensada de promover ação declaratória incidental para essa finalidade.

A formação de coisa julgada sobre questão prejudicial, como emoldurada no CPC de 2015 tem nítidas semelhanças com uma técnica conhecida na *common law*: o *collateral estoppel*, de origem inicialmente inglesa, e desenvolvido de forma diferente no direito estadunidense.

Assim, para uma correta compreensão da coisa julgada sobre questão prejudicial, especialmente em sua perspectiva finalística, parece indispensável tratar do *collateral estoppel* e de suas diversas formas no direito anglo-saxão, para, posteriormente, tratar especificamente do regime jurídico da temática na nova legislação codificada brasileira, a partir de seus requisitos.

IV.4.1 A aproximação do sistema brasileiro do Collateral Estoppel: os fundamentos da coisa julgada sobre questão prejudicial e indicativos de soluções de problemas a partir da principiologia

A história do direito processual civil brasileiro legislado é prova viva de que o sistema de direito positivo pode adotar regras diversas relativas à coisa julgada sobre questão prejudicial. O direito, como produto humano, é sempre temporal, cultural, espacial e

histórico³⁷². É isso que explica como o problema da coisa julgada sobre questão prejudicial foi tratado de uma forma no CPC de 1939, de outra no CPC de 1973 (aliás, com expressa intenção de solucionar debate doutrinário surgido à luz do código que lhe foi anterior) e de uma terceira maneira no CPC de 2015.

Isso faz com que se possa afirmar que a coisa julgada, elemento tão importante para o processo no Estado Constitucional, não deve ser vista somente a partir das regras positivadas a seu respeito. Antes disso, é preciso procurar seu fundamento teleológico e finalístico, ou, em outras palavras, sua razão de ser principiológica.

É preciso, então, procurar um princípio que informe e dê substrato e finalidade à coisa julgada, de maneira a, inclusive, orientar e condicionar a interpretação das regras positivadas sobre ela.

O regime adotado no CPC de 2015 da coisa julgada sobre questão prejudicial tem nítidas semelhanças com o *Collateral Estoppel* do direito anglo-saxão. Isso faz com que seja necessário olhar para os fundamentos principiológicos de tal instituto no direito inglês e estadunidense.

O *collateral estoppel* é a regra, de tradição de *common law*, que impede a rediscussão de questões previamente decididas em outro processo³⁷³.

A coisa julgada sobre questão prejudicial, como vem disciplinada no CPC de 2015 aproxima-se do chamado *collateral estoppel* presente na *common law*³⁷⁴, porquanto o que ocorre é igualmente a estabilização de questão prejudicial, proibindo-se sua rediscussão futura.

Os requisitos firmados no âmbito do *common law* para o *collateral estoppel* têm nítida semelhança com aqueles previstos no artigo 503, §§1º e 2º, do CPC de 2015, a saber: (i)

³⁷² Nas palavras de Paolo Grossi, “Se o direito é vocacionado a ordenar a história humana, é certo que tenha em si uma determinada vocação a encarnar-se na experiência histórica, transformando-se numa dimensão insuprimível de tal experiência. E, como trama da experiência o direito vive a sua vida, bem inserido no tecido social, econômico e político”. (GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 27).

³⁷³ SOLDI, Linda J. Parklane Hoisery: offensive use of nonmutual collateral estoppel in federal courts. *Catholic University Law Review*, v. 29, n. 2, 1980, p. 509. Versão eletrônica disponível em: <http://scholarship.law.edu/lawreview/vol29/iss2/9>

³⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas (2016), p. 21.

identidade de questões, (ii) contraditório efetivo, (iii) expressa decisão sobre a questão e (iv) que ela seja indispensável para a decisão de mérito.

Dessa forma, impõe-se tratar e definir as nuances e fundamentos do *collateral estoppel* nos direitos inglês e estadunidense.

IV.4.1.a. Os fundamentos e a justificativa do *Estoppel* no direito inglês e a sua transposição para o CPC de 2015

Na Inglaterra, o fundamento principal da impossibilidade de rediscussão pela mesma parte que perdeu a questão em outro julgamento é uma ideia que se aproxima da *boa-fé objetiva*. Ora, se a parte já discutiu a questão em determinado processo, tendo a oportunidade de exercer amplamente seu direito de defesa, de apresentar seus argumentos, requerer e produzir provas, debater a questão de fato no processo, e a questão foi decidida contra ela, não é minimamente razoável e muito menos dentro dos limites da boa-fé que se exige em juízo que sua conduta processual seja pretender rediscutir a questão novamente.

Para Dean Knight existem duas perspectivas possíveis para a justificativa do *estoppel* inglês. Um deles tem fundamento na construção de Elizabeth Cooke, que conceitua o *estoppel* a partir de uma imposição de coerência, no sentido de quando se diz ou se faz algo que leva alguém a acreditar em um determinado estado de coisas, a coerência determina que tal posicionamento seja mantido, ainda que ausente qualquer vínculo contratual. O outro foi formulado por Lord Denning no julgamento do caso *Moorgate Mercantile Co Ltd v. Twitchings*, no qual o *estoppel* restou definido como um princípio de justiça e equidade, que impõe que um homem não pode retroceder sua posição e atitudes quando, por suas palavras e condutas, levou outro a acreditar em um particular estado de coisas³⁷⁵.

É mais que evidente que as duas concepções tomam como premissa uma ideia de boa-fé e impossibilidade de adoção de comportamentos contraditórios, especialmente quando as

³⁷⁵ KNIGHT, Dean R.. Estoppel (principles?) in public law: the substantive protection of legitimate expectations. 2004. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Masters Of Law, The University Of British Columbia, Vancouver, 2004. Disponível em: <<https://open.library.ubc.ca/cIRcle/collections/ubctheses/831/items/1.0077628>>. Acesso em: 28-05-2018, especialmente, p.6-7.

condutas geram expectativas em terceiros ou fazem esses acreditar em determinado estado de coisas.

Lucas Buril de Macêdo, tratando do tema, defende a ligação do *estoppel* com a segurança jurídica, como medida de proibição de nova controvérsia sobre questão decidida, no sentido da proteção da confiança legítima. Para o autor, aliás, o *estoppel* liga-se à proibição do comportamento contraditório com fundamento na proibição de *venire contra factum proprium*³⁷⁶.

Em passagem clássica, Henry Herman defende que o *estoppel* representa que um homem, em razão da boa-fé, fique impedido de afirmar como falso algo que em oportunidade anterior ter afirmado verdadeiro. O *estoppel* se manifesta então no sentido de que se um homem alega que algo é verdadeiro, mesmo sabendo ser falso, não poderá posteriormente alegar a falsidade do que reconheceu por verdadeiro³⁷⁷.

Robert Wyness Millar realizou estudo pormenorizado das raízes históricas e do desenvolvimento do *estoppel* no direito inglês (que, segundo ele, remontam ao direito germânico antigo) e, depois, de sua relação com a *res judicata* romana, que chega à Inglaterra após a invasão normanda³⁷⁸.

Em resumo, Millar defende que, embora possuam função parecida no sentido de proibir novo julgamento e serem institutos voltados para o futuro, *res judicata* e *estoppel* são princípios distintos, pois aquele significa o julgamento da ação, ao passo em que esse último de premissas, de fato ou de direito, para o julgamento ocorrido no processo. Em passagem bastante significativa, são suas palavras

Where the second suit is clearly no more than a repetition, at least in substance, of the former controversy (and on occasion, at least, even though the party-roles are

³⁷⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. Coisa julgada sobre fato? Análise comparativa com o collateral estoppel de sua possibilidade de lege lata ou de lege ferenda. Revista de Processo, vol. 260/2016, p. 355-412.

³⁷⁷ HERMAN, Henry M. The Law of Estoppel. Albany: W.c. Little & Co, 1871. 626 p. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=NvQrAQAAMAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pg=GBS.PR2>. Acesso em: 20 jul. 2017. p.7-8.

³⁷⁸ MILLAR, Robert Wyness. The historical relation of estoppel by record to res judicata. Illinois Law Review of Northwestern University, vol. 35, 1940, p. 41-59.

reversed) it is the judgment itself in that first suit that stands as barrier to the prosecution of the second. But where the second suit is not merely a repetition of the former controversy, yet it is so related that to allow a given controversy allegation, admission or finding in the first suit, it is not the judgment itself in the first suit but the particular record item which be thus contradicted that stands as the barrier: this and only is the case of estoppel by record³⁷⁹.

Millar relembra ainda que a ideia do *estoppel* foi sendo forjada no *common law*, mas que, mesmo assim, em alguns julgamentos de *equity* restou reconhecido que uma questão plenamente decidida como um passo necessário para acolher ou rejeitar um pedido deve impedir nova litigação da mesma questão em processo posterior, ainda que não se tratasse de processo idêntico³⁸⁰.

Portanto, parece clara a semelhança entre o *estoppel* e a estabilidade pretendida pelo CPC de 2015 para a questão prejudicial decidida incidentemente no processo, que, na raiz do *civil law* se afirma como coisa julgada³⁸¹.

O raciocínio conclusivo, portanto, é mais do que lógico. Se a coisa julgada sobre questão prejudicial é claramente semelhante e exerce o mesmo papel que o *estoppel*, é pouco mais do que evidente que seu fundamento principiológico seja o mesmo.

Em outras palavras, a proibição de comportamento contraditório e a boa-fé objetiva também devem ser vistas como fundamentos principiológicos da formação da coisa julgada sobre questão prejudicial no CPC de 2015. Diga-se desde já que esses valores não são novíssimos ou tampouco estranhos ao processo civil brasileiro, pois a restrição ao comportamento contraditório tem clara raiz na regra que proíbe o *venire contra factum*

³⁷⁹ *Idem*, p.46. Em tradução livre: “Onde o segundo processo é claramente nada mais que uma repetição, ao menos em substância, da controvérsia anterior (e na ocasião, pelo menos, ainda que o papel das partes esteja invertido) é o próprio julgamento no primeiro processo que representa uma barreira ao processamento do segundo. Mas onde o segundo processo não é simplesmente uma repetição da controvérsia anterior, ainda que esteja relacionada a permitir uma alegação controversa, admissão ou descoberta no primeiro processo, não é o próprio julgamento no primeiro processo mas o registro do item particular que agora é contraditado que se firma como barreira: é somente esse o caso do *estoppel by record*”.

³⁸⁰ MILLAR, Robert Wyness. The historical relation of estoppel by record to res judicata. Illinois Law Review of Northwestern University, vol. 35, 1940, p. 56.

³⁸¹ Em outra obra, Millar demonstra que coisa julgada sobre a conclusão das decisões é um algo presente em diversos sistemas, mas que existem diferenças importantes entre os sistemas, o que deriva do *collateral estoppel*, que determina a estabilidade de questões fáticas e jurídicas resolvidas como fundamento das decisões (MILLAR, Robert Wyness. The premises of the judgement as res judicata in continental and anglo-american law (1940), p. 2). Ora, é a imutabilidade das questões prejudiciais decididas expressamente é exatamente o que pretende o CPC de 2015.

proprium e a boa-fé objetiva é, inclusive, estabelecida expressamente como premissa de conduta das partes no CPC de 2015, em especial em seus artigos 5º e 6º, permitindo-se a imposição de sanções processuais àquele que age em seu desacordo (artigos 80 e 81, do CPC de 2015).

Para Antonio do Passo Cabral, a vedação do *venire contra factum proprium* deve ser utilizada, em razão de sua relação com a proteção da confiança e a boa-fé, e pela sua conexão com o *estoppel* do direito anglo-americano, o que faz com o instituto deva ser aplicado para impedir contradições observadas entre alegações processuais e comportamentos anteriores incompatíveis³⁸².

E, se tais valores são fundamentos principiológicos da coisa julgada sobre questão prejudicial, proibição de comportamento contraditório e boa-fé objetiva representam estado de coisas que se pretende atingir³⁸³, finalisticamente, com a regra da formação de coisa julgada sobre questão prejudicial.

Como conclusão, esses valores servem de chave de compreensão e validade interpretativa das regras relativas à coisa julgada sobre questão prejudicial, devendo ser parâmetros de solução de eventuais problemas hermenêuticos sobre tais normas.

IV.4.1.b. Os fundamentos e a justificativa do *Estoppel* no direito estadunidense e a sua transposição para o CPC de 2015

Nos EUA, o principal argumento que sustenta a impossibilidade de rediscussão da mesma questão em processos posteriores é a questão da *eficiência* do Poder Judiciário e da *economia* de recursos. Isso porque, se o Judiciário já foi chamado a decidir determinada questão e recursos foram gastos para tanto, não faz qualquer sentido que essa questão possa ser discutida novamente. Inclusive, em alguns casos, quando essa questão possa, eventualmente, ser discutida com outras partes. Isso ocorre quando a parte que foi derrotada no julgamento da

³⁸² CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. 2.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

³⁸³ Não se olvide da percepção já delineada no item “IV.2” dessa tese sobre a função normativa dos princípios na teoria do ordenamento jurídico moderna.

questão terá outro processo futuro em que essa questão será premissa de julgamento, mas envolvendo parte(s) adversa(s) diferente(s).

No direito estadunidense há dois institutos que dizem respeito às estabilidades de decisões, que têm por função promover certeza e estabilidade decisória. A *claim preclusion* ou *res judicata* informa a impossibilidade de nova discussão sobre idêntica causa de pedir. Já o *collateral estoppel* ou *issue preclusion* tem relação com a impossibilidade de rediscussão de questões que foram discutidas e decididas em processo anterior³⁸⁴.

Assim, nos EUA, o *collateral estoppel* proíbe nova alegação de que algo que foi anteriormente negado ou de negação daquilo que se afirmou em prévia decisão. Isso faz com a que a decisão sobre questões torna-se imutável, e é impossível rediscutir essas questões em processo futuro, mesmo que não se esteja diante da mesma causa de pedir.

A diferença de fundamento principiológico do *collateral estoppel* atualmente defendida nos EUA pode ser justificada pela ideia, confusa talvez, de que a *claim preclusion* e a *issue preclusion* são em algum sentido manifestações da *res judicata*. Pode-se trazer como exemplo as noções de Maurice Rosenberg, para quem, “collateral estoppel falls into the category of partial res judicata because its binding effect is limited to certain of the issues formerly in dispute, rather than extending to the entire controversy”³⁸⁵ e Alan Polaski, que afirma que “collateral estoppel, despite its development quite apart from the other aspects of res judicata, seems now to be classified as only a facet of the broad generic concept”³⁸⁶.

Portanto, se o *collateral estoppel* estadunidense é visto como alguma medida da própria coisa julgada, seu fundamento principiológico aproxima-se da ideia de proteção da própria decisão e também do próprio interesse público na proibição de rediscussão do litígio. O argumento central, então, aproxima-se da eficiência do Poder Judiciário e da economia de recursos.

Austin Scott defende que a finalidade do *collateral estoppel* é fundada em razões de

³⁸⁴ TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni, I.

³⁸⁵ ROSENBERG, Maurice. Collateral Estoppel in New York. *John's L. Rev.*, v. 44, 1969, p. 166. Em tradução livre: “collateral estoppel pretence à categoria de *res judicata* parcial porque seu efeito vinculante é limitado à certeza de questões anteriormente em disputa, em vez de se estender a toda controvérsia”.

³⁸⁶ POLASKY, Alan N. Collateral Estoppel-Effects of Prior Litigation. *Iowa L. Rev.*, v. 39, 1953. P. 217. Em tradução livre: “collateral estoppel, apesar do seu desenvolvimento apartado de outros aspectos da *res judicata*, parece agora ser classificado unicamente como uma faceta do conceito genérico amplo”.

política pública, pois é interesse estatal colocar fim às controvérsias, no sentido da otimização da economia processual e de redução de gastos de recursos pelo Judiciário, o que também visa evitar instabilidade e incerteza em relação a questões de fato e de direito já decididas³⁸⁷.

Em igual sentido, Maurice Rosenberg assevera que “at the core of *res judicata* is the idea that society's interests are better served by foreclosing repetitious litigation than by permitting litigants to show that the truth is otherwise than as found or assumed in a prior action”³⁸⁸.

Geoffrey Hazard Jr. menciona a eficiência da jurisdição como fundamento da proibição de rediscussão. Afirma ainda razões epistemológicas e institucionais, pois o resultado da atividade jurisdicional, por escolha política, tem autoridade e deve prevalecer³⁸⁹.

Essa visão é conhecida como a doutrina da *former adjudication*, que tem por função a proteção de interesses públicos que dizem respeito, como visto, à eficiência e à economia de recursos do Judiciário, mas que também tem por finalidade impedir que determinada questão seja sempre rediscutida, o que garante segurança jurídica às partes³⁹⁰.

Os requisitos para aplicação da *issue preclusion* encontram-se definidos no *Restatement Second of Judgments*, § 27, ao dispor: “when an issue of fact or law is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, the determination is conclusive in a subsequent action between the parties”³⁹¹, ainda que remanesça algum debate doutrinário e jurisprudencial sobre tais requisitos.

Dessa forma, é possível afirmar que é possível a formação da *issue preclusion* sobre questões de fato e de direito, que a questão tenha sido efetivamente litigada e decidida³⁹², o que

³⁸⁷ SCOTT, Austin Wakeman. Collateral Estoppel by judgment. Harvard Law Review, v. 56, n. 1, p. 1, 1942.

³⁸⁸ ROSENBERG, Maurice. *Op. cit.*, p. 166. Em tradução livre: “no núcleo da *res judicata* está a ideia de que o interesse da sociedade são melhores atendidos pelo encerramento de litigação repetitiva do que permitindo que litigantes mostrem que a verdade é outra que não aquela encontrada ou assumida em ação anterior”.

³⁸⁹ HAZARD JR., Geoffrey. *Preclusion as to issues of law: the legal system's interest*. Iowa Law Review, 1984. P. 82.

³⁹⁰ Polasky afirma que a *former adjudication* também se presta a possibilitar que os litigantes sigam suas vidas, sem medo de intermináveis “vexações” decorrentes da relitigância de uma mesma questão (POLASKY, Alan N. *op. cit.* p. 220).

³⁹¹ Restatement (Second) Of Judgments § 27 (1982). Em tradução livre: “quando uma questão de fato ou de direito é realmente litigada e determinada por um julgamento final e válido, e a determinação é essencial para o julgamento, a determinação é conclusiva em uma ação subsequente entre as partes”.

³⁹² A ideia é de que a *issue preclusion* não produz efeitos em caso de mera admissão no processo ou ainda sobre questões em relação às quais as partes não puderam adequadamente se manifestar, mas apenas àquelas que tiverem sido “fully litigated” (TARUFFO, Michele. “*Collateral estoppel*” e *giudicato sulle questioni*”, *II Rivista di Diritto Processuale*, aprile-giugno 1972, anno XXVII, n. 2, p. 290). Luiz Guilherme Marinoni defende que a coisa julgada sobre questão deve somente negar a rediscussão de questão não somente decidida, mas que foi efetivamente discutida (MARINONI, Luiz Guilherme. *Cosa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro*. Revista de Processo, São Paulo, n. 259, p. 97 – 116, set. 2016. p. 8).

significa que não haverá efeito preclusivo algum nos casos de falta de defesa ou transações ajustadas pelas partes. Para Antonio do Passo Cabral, é pressuposto da formação da *issue preclusion* que as partes tenham colocado a questão em debate, com efetiva discussão³⁹³, dependendo ainda de decisão final (finality)³⁹⁴.

Ademais, é necessário que a questão seja essencial à decisão de mérito da lide, o que significa que não haverá formação de *collateral estoppel* sobre aquilo que se entenda secundário no sentido da não influência no resultado do julgamento³⁹⁵.

E, ainda, se fala em requisito ligado à previsibilidade, no sentido de que as partes possam prever a eventualidade de invocação da questão discutida em processo futuro, como uma expressão de *full and fair opportunity for litigation*, ou seja, exigindo-se que as partes tenham tido integral e justa oportunidade de litigarem sobre a questão³⁹⁶.

Veja-se que, portanto, a eficiência e economia de recursos do Judiciário justificam a adoção do *collateral estoppel*, porquanto não importa a natureza da questão (se é de *fato* ou de *direito*), desde que seja efetiva e oportunamente litigada e debatida pelas partes e decidida de forma definitiva pelo magistrado. Ademais, é claro que é preciso que a questão seja indispensável (*necessary step*) para o julgamento do mérito da ação, porquanto se assim não for, certamente não haverá incentivo às partes para que litiguem sobre a questão de forma completa e justa.

Assim, se uma questão necessária a um julgamento de mérito já foi efetivamente debatida pelas partes e decidida de forma definitiva pelo Judiciário, seja uma questão de fato ou de direito, não faz nenhum sentido que sejam empreendidos novos esforços e recursos para nova discussão sobre ela. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “o *collateral estoppel* é um instituto que, antes de tudo, está preocupado em preservar a autoridade da decisão”³⁹⁷.

O problema resolve-se no binômio custo-resultado. Com efeito, pois somente se poderia, em tese, admitir a rediscussão da questão se a decisão sobre ela pudesse ser diferente. Do contrário, não há qualquer sentido no dispêndio de recursos de todas as naturezas para se formar convicção judicial e se decidir novamente de forma idêntica. Porém, se às partes já foi

³⁹³ idem

³⁹⁴ CAVANAGH, Edward D. op. cit. P. 869.

³⁹⁵ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit. p 190.

³⁹⁶ VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente de la Republica Argentina*. Revista de Processo, São Paulo, n. 167, p. 187-229, jan. 2009.

³⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente. RT: São Paulo, 2016, p.21, com itálico no original.

oportunizado debater de forma efetiva a questão, mediante *full and fair opportunity for litigation*³⁹⁸, e a questão restou resolvida de forma definitiva anteriormente, não se justifica a aplicação de mais recursos para a rediscussão da questão, que, provavelmente, resultaria no mesmo resultado.

Ou seja, se o resultado de novo julgamento sobre a mesma questão for exatamente ou muito provavelmente o mesmo, não há qualquer justificativa para o emprego de novos recursos na rediscussão da questão.

A eficiência e a economia de recursos que servem como fundamento principiológico para o *collateral estoppel* nos EUA certamente também devem servir como explicação finalística da formação de coisa julgada sobre questão prejudicial no Brasil.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam que

dar às partes a oportunidade para relitigar questão já discutida e decidida certamente dobra o gasto de tempo e de dinheiro das partes e da administração da justiça, constituindo um atentado contra a racionalidade da prestação jurisdicional. Isso é contra a necessidade de promoção de economia processual, inerente a uma adequada gestão do tempo no processo (art. 4º, CPC), e contra a necessidade de um processo civil eficiente (art. 8º, CPC)³⁹⁹.

Não se olvide desde logo que o princípio da eficiência deve nortear toda atividade estatal, incluindo-se, portanto, a jurisdição. É o artigo 8º do CPC que consagra o princípio no plano infraconstitucional processual ao dispor que “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Ademais, não parece igualmente econômico rediscutir novamente questão que, muito provavelmente, será decidida da mesma forma. O emprego de novos recursos, implicando em atividade jurisdicional sobre questão já resolvida não tem qualquer fundamento lógico-jurídico.

Dessa forma, também a eficiência e a economia de recursos servem como horizonte de sentido que se busca com o novo regime da coisa julgada sobre questão prejudicial no CPC de

³⁹⁸ “the doctrine of collateral estoppel will not be applied unless it appears that the party against whom the estoppel is asserted had a full and fair opportunity to litigate the issue in the prior proceeding” (Rachal v. Hill, 435 F2d 59 5th Cir. 1970). Em tradução livre: “a doutrina do *collateral estoppel* não será aplicada ao menos que a parte contra quem o *estopped* é alegado tenha tido uma ampla e justa oportunidade de litigar a questão no procedimento anterior”.

³⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ação rescisória. *Op. cit.*, p. 97-98.

2015, servindo igualmente com cânone de interpretação do ordenamento no sentido da solução de controvérsias hermenêuticas.

IV.4.1.c. Princípios norteadores e parâmetros interpretativos das regras do CPC 2015 da coisa julgada sobre questão prejudicial

Dessa forma, e se a coisa julgada sobre questão prejudicial é instituto claramente inspirado e assemelhado na figura do *collateral estoppel* e da *issue preclusion*, é pouco mais do que evidente que os princípios que norteiam a formação e servem de fundamento às figuras do *common law* também devem assim ser considerados para a realidade brasileira.

Nessa dimensão, a proibição de comportamentos contraditórios, a boa-fé objetiva, a eficiência e a economia de recursos do Judiciário devem ser vistos como finalidade das regras atinentes à coisa julgada sobre questão prejudicial, e, igualmente, são cânones de interpretação dessas normas.

E, quando alguns desses princípios estiverem em rota de colisão, na interpretação e aplicação de alguma regra relativa à coisa julgada sobre questão prejudicial, é se de aplicar o método já consagrado da ponderação, permitindo que se possa fazer uma escolha racional de precedência que não signifique a prevalência prévia, abstrata e definitiva de um princípio em detrimento de outro.

Isso significa que, tanto os fundamentos construídos pela experiência estadunidense quanto aqueles que servem de fundamento para o direito inglês, porque sustentam a ideia do *collateral estoppel*, inclusive permitindo que o julgamento de uma questão seja estendido em favor⁴⁰⁰ de partes que não participaram do processo em que ela foi julgada, podem servir para a compreensão mais correta do novo regime do Código de Processo Civil de 2015 e jogar uma luz principiológica para a solução dos problemas apontados.

É por isso que, na solução de problemas a serem apresentados e discutidos nos próximos tópicos, a proibição de comportamentos contraditórios, a boa-fé objetiva, a eficiência e a economia de recursos do Judiciário serão chaves de solução de problemas e parâmetros

⁴⁰⁰ Naturalmente, o julgamento de questão decidida em um processo não pode prejudicar parte que dele não participou, porque isso seria certamente violar o contraditório e a ampla defesa. Isso é premissa tanto no direito estadunidense quanto no inglês.

indicativos de interpretação normativa.

IV.4.1.d. A extensão do julgamento da questão em favor de terceiro: o *non-mutual collateral estoppel* e os novos limites subjetivos da coisa julgada no CPC de 2015

A possibilidade de um terceiro poder invocar em seu favor o julgamento de uma questão decidida em processo anterior, do qual não tenha participado, começa a ser discutida na metade do século XX nos EUA. Até então, o que se admitia é que o *collateral estoppel* somente pode ser aplicada entre as partes que litigaram a questão anteriormente. A perspectiva do *collateral estoppel* só pode ser vista a partir de uma visão mútua, entre as partes presentes na ação em que se decidiu a questão. É o *mutual collateral estoppel*.

Para Francisco Verbic, “el fundamento de esta regla descansaba principalmente sobre la directriz política de mantener el principio de igualdad entre las partes y no permitir beneficiarse de un decisorio a quien nada tenía que perder con su dictado”⁴⁰¹.

É notória a existência de um direito reconhecido pela ordem jurídica estadunidense no sentido de que a todos deve ser garantido o seu *day in court*, premissa inafastável do *due process of law* e que tem por manifestação o direito a *notice* (intimação a respeito do processo e dos fundamentos nele alegados) e a *personal jurisdiction* (direito de apresentar de maneira efetiva provas favoráveis a si e de refutar as provas desfavoráveis)⁴⁰².

Se o *day in court* garante a todos a possibilidade de estarem em juízo, é reflexo direto que, se esse direito foi exercido amplamente, fica vedada sua reutilização para discutir novamente a ação ou questões a ela relativas⁴⁰³.

Dessa forma, em duas oportunidades, cortes estadunidenses diferentes debatem a impossibilidade da parte litigar novamente questão já debatida e decidida em desfavor dela por juiz competente, mesmo frente outra contraparte. Primeiramente, em *Bernhard v. Bank of*

⁴⁰¹ VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente de la Republica Argentina*. Revista de Processo, São Paulo, n. 167, p. 187-229, jan. 2009. p. 13. Em tradução livre: “o fundamento dessa regra descansava principalmente sobre a diretriz política de manter o princípio da igualdade entre as partes e não permitir beneficiar-se de um decisório a quem nada teria a perder com seu ditado”.

⁴⁰² LUNEBURG, William V. *The Opportunity to Be Heard and the Doctrines of Preclusion: Federal Limits on State Law*, 31 Vill. L. Rev. 81, 1986. p. 90

⁴⁰³ LUNEBURG, William V. *The Opportunity to Be Heard and the Doctrines of Preclusion: Federal Limits on State Law*, 31 Vill. L. Rev. 81, 1986. Disponível em: <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol31/iss1/2>. p. 84.

America National Trust and Savings Association, em 1942, Suprema Corte da Califórnia⁴⁰⁴ e, e a própria Suprema Corte em, 1971, em *Blonder-Tongue Laboratories vs University of Illinois Foundation*. Os casos são relatados por Luiz Guilherme Marinoni, para quem

Tanto em *Bernhard* quanto em *Blonder-Tongue* firmaram-se os seguintes requisitos para a admissão da proibição de rediscussão: i) a questão que se pretende discutir deve ser idêntica (*the issue is identical*) àquela que já foi discutida; ii) deve ter ocorrido julgamento final de mérito (*a final judgments on the merits*) na ação anterior; iii) o litigante que se pretende proibir de discutir a questão deve não só ter sido parte na ação anterior, mas nela deve ter tido ampla e justa oportunidade de participar⁴⁰⁵.

Então, passa-se a falar em *non-mutual collateral estoppel*, admitido inicialmente apenas como matéria de defesa, quando a *issue preclusion* é alegada por terceiro como fundamento defensivo.

Posteriormente, todavia, o *non-mutual collateral estoppel* passa a ser reconhecido como fundamento de ação, e, portanto, como matéria deduzida pela parte requerente. Os registros históricos dão conta que em *Parklane Hosiery Co. vs. Shore*, a Suprema Corte em 1978, admite o *offensive collateral estoppel*, a partir do voto do Justice White⁴⁰⁶.

A lógica da regra do *non-mutual collateral estoppel* é simples no sentido de que a questão decidida anteriormente, efetivamente debatida pela parte, com *full and fair litigation* a ponto de formar uma *issue preclusion* não pode ser relitigada pura e simplesmente porque se está de frente a outro adversário, que não aquele do processo anterior.

Nessa dimensão, Francisco Verbic trata dos requisitos para o terceiro poder invocar a *issue preclusion* em seu favor, como matéria de demanda, no sentido de

⁴⁰⁴“The case justify this exception on the ground that it would be unjust to permit one who has had his day in court to reopen identical issues by merely switching adversaries” (*Bernhard v. Bank of America nat. Trust & Saving Association*, Supreme Court of California, 1942). Em tradução livre: “O caso justifica essa exceção no sentido de que seria injusto permitir que alguém que já teve seu *day in court* reabrir idênticas questões simplesmente trocando adversários”.

⁴⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. pp. 22-23.

⁴⁰⁶ “Offensive use of collateral estoppel occurs when plaintiff seeks to foreclose defendant from litigating an issue the defendant previously litigated unsuccessfully in an action with another party. (...) In any lawsuit where a defendant, because if the mutuality principle, is forced to present a complete defense on the merits to a claim which the plaintiff has fully litigated and lost in a prior action, there is and arguable misallocation of resources” (*Parklane v. Shore*, 439 u.s. 322, 1979). Em tradução livre: “O uso ofensivo do *collateral estoppel* ocorre quando o requerente pretende impedir o réu de litigar uma questão que o réu previamente litigou sem sucesso em uma ação contra outra parte. (...) Em qualquer processo onde um réu, por causa do princípio da mutualidade, é forçado a apresentar uma defesa completa no mérito contra um pedido no qual o requerente plenamente litigou e perdeu em ação posterior, existe uma discutível afetação de recursos”.

(i) la posibilidad del tercero de haber participado en el primer proceso; (ii) si el segundo proceso era suficientemente previsible al momento de desarrollarse el primero, generando en el demandado incentivos suficientes para actuar vigorosamente en tal oportunidad; (iii) si la decisión recaída en el primer proceso es consistente con respecto a otras que pudieran haberse producido con anterioridad frente al mismo demandado; y (iv) si existen en el segundo proceso instrumentos que no hubieran estado disponibles en el primero, con aptitud para habilitar la posibilidad de que recaiga una decisión diversa con respecto a la *issue* cuya discusión se pretende precluir⁴⁰⁷.

Se, por respeito ao contraditório, não se admite que um terceiro seja prejudicado por decisão em processo do qual não participou, não parece haver óbice nesse sentido ao aproveitamento da decisão proferida em processo anterior, no qual o terceiro não participou, se a solução da questão lhe é favorável.

A perspectiva do *non-mutual collateral estoppel* não é indene de críticas. A principal delas é no sentido de que, se terceiros podem se beneficiar de uma decisão sobre questão decidida em processo de que não participaram, e podem utilizar a *issue preclusion* como matéria de demanda, o seu adversário deverá, sempre, vencer *todas as demandas que disputar e que tenha a mesma questão como matéria debatida*. Mais do que isso, pode estimular os terceiros a não litigarem, à espera de uma decisão favorável em processo movido por outra parte⁴⁰⁸.

Brainerd Currie defende, então, que o *non-mutual collateral estoppel* somente pode ter lugar com restrições no sentido de que

(a) that one not a party to the prior action should not be allowed to assert the prior judgment against one who was a party thereto unless the person against whom the judgment is asserted in fact had a full, fair and effective opportunity to contest the issue; and (b) that the plea should not be allowed where its allowance would result in intolerable anomalies in the administration of justice⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ VERBIC, Francisco. *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente de la Republica Argentina*. Revista de Processo, São Paulo, n. 167, p. 187-229, jan. 2009. p. 15. Em tradução livre: “(i) a possibilidade do terceiro de ter participado no primeiro processo; (ii) se o segundo processo era suficientemente previsível no momento do desenvolvimento do primeiro, gerando no réu incentivos suficientes para atuar vigorosamente naquela oportunidade; (iii) se a decisão tomada no primeiro processo é consistente com relação a outras que poderiam ter se produzido com anterioridade frente ao mesmo réu; e (iv) se existem no segundo processo instrumentos que não tiveram estado disponíveis no primeiro, com aptidão para habilitar a possibilidade de que fosse tomada uma decisão diversa, com relação à *issue* cuja discussão se pretende que seja preclusa”.

⁴⁰⁸ Exemplificativamente, veja-se a crítica de Brainerd Currie, no sentido de que se terceiros podem se beneficiar da *issue preclusion* e não podem ser prejudicados por ela cria um problema que ela ilustra com um exemplo de um acidente de trem que fere cinquenta pessoas e que ele afirma um caso em que a ferrovia contra a qual os feridos se insurgem judicialmente é vitoriosa nos primeiros vinte e cinco processos, sendo, porém, derrotada no vigésimo sexto, o que pode significar benefícios para os vinte e quatro feridos que ainda não demandaram (CURRIE, Brainerd. *Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernhard Doctrine*. Stanford Law Review, Vol. 9, No. 2 (Mar., 1957), pp. 281-322).

⁴⁰⁹ CURRIE, Brainerd. *Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernhard Doctrine*. Stanford Law Review, Vol. 9, No. 2 (Mar., 1957), pp. 281-322. p. 322. Em tradução livre: “(a) que aquele que não foi parte na ação

É claro que a restrição apresentada em (a) de fato parece desnecessária, uma vez que é requisito da própria formação da *issue preclusion* que a parte contra a qual ela é decidida tenha tido amplas oportunidades de debate (*full and fair litigation*). A restrição de (b), todavia, insere uma discricionariedade para o julgador, visando prevenir o aproveitamento oportunista da *issue preclusion*, o que certamente tem relação com a proteção da boa-fé.

Todavia, a lição antiga de Jeremy Bentham no sentido de que “se há razão para dizer que um homem não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão dada em anterior processo de que não foi parte, não há qualquer razão para dizer que ele não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão proferida em um processo em que foi parte simplesmente porque o seu adversário não foi”⁴¹⁰ é utilizada pela doutrina e pelas cortes para permitir o *non-mutual collateral estoppel* como matéria alegável pelo autor.

Portanto, o resumo do estado d’arte atual sobre o *collateral estoppel* estadunidense é de que ele poder ser visto também em perspectiva não mutua, ou seja, pode ser usado por terceiros quando o julgamento da questão lhes beneficia e que, inclusive, a *issue preclusion* pode ser alegada como fundamento da ação.

O Código de Processo Civil de 2015 sem dúvida caminha no mesmo sentido. Já se viu anteriormente que as novas regras da formação de coisa julgada sobre questão prejudicial no *novel codex* são inspiradas e assemelhadas no *collateral estoppel* e que isso influencia um novo regime de limites objetivos da coisa julgada. Todavia, também no que diz respeito aos chamados *limites subjetivos da coisa julgada* há um eixo de mudança bastante significativo e que se aproxima, sobremaneira, do *collateral estoppel*, na suas dimensões mútua e não-mútua.

anterior não poderia ser permitido afirmar o julgamento anterior contra alguém que era parte anterior ao menos que a pessoa contra quem o julgamento foi proferido de fato tenha tido uma ampla, justa e efetiva oportunidade para contestar a questão; e (b) que o pedido não deveria ser permitido quando sua permissão poderia resultar em intoleráveis anomalias para a administração da justiça”. O autor aponta ainda que “(a) the strategic situation of the party against whom the plea is asserted in each type of proceeding be examined with care to determine how much control he had over the conditions under which the issue was litigated, and (b) that doubts be resolved in favor of allowing the plea, because of the artificiality of the presumption that one who does not control the conditions of trial is likely to be handicapped” (*ibid*, p. 317). Em tradução livre: “(a) a estratégica situação da parte contra qual o pedido é afirmado em cada tipo de procedimento ser examinado com cuidado para determinar quanto controle ela tinha sobre as condições sob as quais a questão foi litigada, e (b) as dúvidas serem resolvidas em favor de permitir o pedido, porque a artificialidade da presunção que alguém tem controle das condições do julgamento é normalmente uma desvantagem”.

⁴¹⁰ BENTHAM, Jeremy. *Rationale of judicial evidence*. London: Hunt and Clarke, 1827. p. 579.

É bom de se dizer desde já que a extensão subjetiva da coisa julgada em favor de terceiros não é grande novidade no ordenamento processual brasileiro. No regime da chamada tutela coletiva, a regra existente no artigo 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, já admite tal possibilidade desde o início da década de 1990⁴¹¹.

O texto do artigo 506 do CPC de 2015 expressamente dispõe que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. Em comparação com o artigo 472, do CPC de 1973, é de se notar a retirada da expressão “não beneficiando” do seu contexto, de maneira que o eixo de mudança é inegável. Se no CPC de 1973, a coisa julgada não poderia prejudicar e *nem beneficiar terceiros*, no CPC de 2015 essa última situação é perfeitamente possível.

Não há dúvida que o julgamento de questão a ser aproveitada por terceiro deve dizer respeito à pretensão da qual esse último é titular. É necessário, portanto, uma identidade de questão a ser aproveitada, inclusive a partir do mesmo conflito jurídico decidido no processo anterior⁴¹².

Ademais, não parece existir qualquer restrição ao aproveitamento da coisa julgada sobre questão em favor de terceiro. Não é tão somente, portanto, a coisa julgada sobre a questão principal que pode ser utilizada em favor de terceiro. Se assim fosse, estar-se-ia diante de uma restrição de direito que não tem qualquer fundamento legal e que, ademais, trataria de forma distinta a coisa julgada, conforme a natureza da questão por ela acobertada.

Ainda, eventual restrição do aproveitamento da coisa julgada sobre questão prejudicial também representaria uma negativa do próprio instituto, pois certamente as hipóteses de utilização da coisa julgada sobre questão prejudicial são, na prática, mais numerosas que o aproveitamento da coisa julgada sobre a questão principal.

Finalmente, as mesmas razões principiológicas já delineadas como fundamento da coisa julgada sobre questão (boa-fé objetiva, proibição de comportamentos contraditórios, eficiência e economia de recursos do Poder Judiciário) também aplicam-se no caso da

⁴¹¹ A produção doutrinária sobre o tema da coisa julgada nas ações coletivas e sua extensão subjetiva é bastante extensa e não é objeto de abordagem nessa tese. A respeito do tema, confira-se, dentre outros: (i) ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva dos direitos individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: RT, 2013; (ii) VENTURI, Elton. Processo civil coletivo. São Paulo: Malheiros, 2007; (iii) GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995; (iv) DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil. V.4. 7ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2012; e (v) MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2012.

⁴¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro*. Revista de Processo, São Paulo, n. 259, p. 97 – 116, set. 2016. p. 10 e ss.

utilização da coisa julgada sobre questão prejudicial em favor de terceiro. Negar tal possibilidade, então representaria uma negativa finalística do instituto.

Em verdade também, negar a possibilidade do terceiro ser beneficiado pela coisa julgada sobre questão seria dar utilidade apenas parcial ao instituto.

Assim, parece inegável afirmar que a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial também pode beneficiar terceiro, no regime do CPC de 2015.

Para o objeto central dessa tese, é claro que beneficiar terceiros com coisa julgada formada sobre questão prejudicial também representa respeito à segurança jurídica e resolução de problemas relativos a decisões contraditórias sobre questão idêntica.

Veja-se o próprio exemplo já indicado no item 'IV.3' dessa tese, em que, na primeira demanda, ajuizada pela viúva, reconheceu-se a responsabilidade da empresa pelo acidente que vitimou seu trabalhador, mas cuja responsabilidade não ficou reconhecida em segunda demanda, dessa feita ajuizada pelos pais do trabalhador. Ora, a coisa julgada sobre a questão prejudicial (responsabilidade da empresa) na primeira demanda, no regime do CPC de 2015, poderia ser aproveitada pelos pais do trabalhador na segunda demanda e não haveria decisão contraditória do Poder Judiciário sobre a mesma questão.

Não se olvide igualmente as considerações expostas no item 'II.4' dessa tese, especial sobre a cumulação subjetiva de ações (litisconsórcio). O artigo 113, do CPC⁴¹³ estabelece as três hipóteses de litisconsórcio facultativo, quais sejam, (i) quando entre os litisconsortes houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide, (ii) entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir e (iii) ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

Note-se que uma vez que se trata de litisconsórcio facultativo, não há qualquer imposição legal de que deve haver a cumulação subjetiva, em razão do que é possível que cada um dos potenciais litisconsortes litigue individualmente contra a contraparte comum. Aliás, a facultatividade do litisconsórcio é outro exemplo claro de proteção da liberdade individual no processo.

É claro que, das três hipóteses estabelecidas no citado dispositivo legal, a segunda delas e no que diz respeito ao pedido prescinde da formação de coisa julgada sobre questão

⁴¹³ CPC 2015. Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

prejudicial, porque representa identidade de pedido e, portanto, estar-se-ia diante de coisa julgada sobre questão principal.

Mas, nas demais hipóteses, a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial e seu aproveitamento por cada um dos potenciais litisconsortes que não litigaram é evidente. Se os litisconsortes em potencial (i) possuem “comunhão de direitos ou obrigações”, (ii) se trata-se da mesma causa de pedir ou ainda (iii) existem questões afins em razão de ponto de fato ou de direito, é mais lógico que haverá questão(ões) comum(s) em cada ação.

Não se pode deixar de registrar que a possibilidade da coisa julgada sobre questão prejudicial beneficiar terceiro, existe o risco já apontado por Brainerd Currie dos potenciais litigantes ficarem à espera de uma decisão favorável sobre a questão. É claro que isso pode acontecer.

Da mesma forma, existirá para o potencial litigante múltiplo, ou seja a parte contra a qual demandarão diversos potenciais litisconsortes, o dever de se defender de forma adequada e com cuidado em todas as ações que venham a ser propostas e que tenham questão prejudicial comum.

Em primeiro lugar, na sociedade de massa, a existência de litígios múltiplos, em vez de ser um risco é uma realidade. E aquele que pode vir a ser litigante múltiplo tem que estar preparado para tanto.

Em segundo lugar, certamente é preferível que a mesma questão seja aplicada de forma idêntica em tantos processos quantos sejam os potenciais litígios, do que se admitir decisões contraditórias sobre a mesma questão em processos diferentes. Até mesmo decisões contraditórias sobre a mesma questão representa clara desigualdade material no processo, o que afronta sobremaneira o valor constitucional fundamental da isonomia.

Finalmente, como aponta Luiz Guilherme Marinoni, a utilização adequada e correta do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto no CPC de 2015, nos artigos 976 e seguintes, pode solucionar a questão. Nas palavras do processualista,

Tanto aquele que pode ser beneficiado pela coisa julgada, quanto aquele que pode ser excessivamente exposto à necessidade de se defender para não ser prejudicado por decisão que possa produzir coisa julgada em benefício de seus adversários, pode requerer a instauração do incidente. (...) *De modo que o incidente tem importância para evitar que a coisa julgada em benefício de terceiros possa gerar abusos*⁴¹⁴.

⁴¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente. RT: São Paulo, 2016, p.20, com itálico no original.

Não se olvide ainda que a coisa julgada sobre questão prejudicial somente restará formada se (e somente se) a parte contra a qual ela foi decidida tiver tido *full and fair litigation*, garantindo-se os direitos processuais da parte ligados à ampla defesa e ao contraditório. Como se verá adiante, aliás, tal requisito também se manifesta no CPC de 2015 que exige contraditório efetivo como pressuposto da formação de coisa julgada sobre questão prejudicial.

Na análise da questão do aproveitamento por terceiro da coisa julgada sobre questão prejudicial há ainda mais um debate importante. Caso a questão prejudicial se decidida contra o vencedor da demanda, ela restará estabilizada? Nessa dimensão, o artigo 503, §1º, inc. I, do CPC dispõe sobre a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial se, em relação a essa última, sua “resolução depender o julgamento do mérito”

Há argumentos doutrinários para responder de forma negativa ou positiva tal questionamento.

Bruno Lopes, mesmo à luz do código anterior, defendida que isso não seria possível, em razão de ausência de sua essencialidade no julgamento do mérito, pois, nas suas próprias palavras,

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 exauriente⁴¹⁵.

Da mesma forma, é o posicionamento de Antonio Gidi⁴¹⁶, lembrando a doutrina estadunidense do “*necessary step*” para a decisão subordinada e Rodrigo Ramina de Lucca, para quem, “nenhuma decisão incidental contrária à parte vencedora poderá tornar-se imutável”⁴¹⁷.

Não é outro o posicionamento também de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero⁴¹⁸.

⁴¹⁵ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* Op. cit., p. 69.

⁴¹⁶ GIDI, Antonio. *Limites objetivos da coisa julgada no projeto de código de processo civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana* (2011), p. 8

⁴¹⁷ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Op. cit.*, p. 12.

⁴¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* Op. cit., v. II, p. 633/634.

Ricardo Alexandre da Silva, em trabalho dedicado aos limites objetivos da coisa julgada, discorda expressamente de tal posicionamento. Para tanto, o processualista afirma que a previsão legal da dependência do julgamento do mérito em relação à questão prejudicial deve ser aferida em tese, mas que “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”⁴¹⁹.

É de se concordar com o posicionamento de Ricardo Alexandre da Silva, especialmente no sentido de que o que a legislação codificada pretendeu 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 não pode ser imutabilizada, ainda que diga respeito a questões materiais”⁴²⁰.

O autor defende ainda outro argumento a favor da formação da coisa julgada sobre questão prejudicial decidida de forma desfavorável ao vencedor, afirmando que é a “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*”⁴²¹.

Tome-se como exemplo uma ação em que o autor postule o recebimento de seguro de vida de sua esposa, cujo pagamento lhe foi negado pela seguradora em razão da existência de doença pré-existente não comunicada no momento da contratação da apólice, com fundamento em cláusula contratual. O autor postula o pagamento da indenização e sustenta como fundamento de sua demanda a nulidade da cláusula contratual em que se baseou a seguradora para não pagar. Ao final da ação, não obstante tendo o juiz considerado que a cláusula contratual é nula, a demanda é julgada improcedente porque a esposa do autor havia renunciado expressamente à contratação, pedindo o cancelamento do seguro. Veja-se que a questão prejudicial foi resolvida de forma desfavorável à parte vencedora. Mas, se houve contraditório efetivo sobre a questão, em termos de uma *full and fair litigation* sobre ela, não parece lógico,

⁴¹⁹ SILVA, Ricardo Alexandre da. Tese de Doutorado.

⁴²⁰ *Idem, ibidem.*

⁴²¹ SILVA, Ricardo Alexandre. Tese de Doutorado. Em nota de rodapé nesse aspecto o processualista relembra a lição de Fredie Didier Jr (DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada... Op. cit., p. 88).

inclusive à luz dos princípios que norteiam a ideia da coisa julgada sobre questão, que a estabilização não aconteça.

E, se acontecer a estabilização acontecer nessa hipótese, certamente todos os demais segurados que tiveram (ou podem vir a ter) o pagamento de suas indenizações ao fundamento da cláusula relativa à doença pré-existente, poderão utilizar a questão decidida na ação em comento como fundamento de procedência de suas ações.

Notadamente, violaria a boa-fé objetiva, a eficiência e economia de recursos do Judiciário permitir-se que a seguradora pudesse discutir novamente a questão prejudicial decidida à luz do contraditório efetivo só porque o julgamento dela lhe foi desfavorável, embora tenha sido vencedora na ação.

Há, claro, um adendo que deve ser feito a esse entendimento. Se a questão prejudicial é decidida de forma desfavorável à parte vencedora da demanda, e mesmo assim sobre ela é possível que seja formada a coisa julgada, é natural que se tenha que admitir que o vencedor da ação possa interpor recurso para discutir a questão prejudicial que lhe foi decidida desfavoravelmente. O pressuposto processual da sucumbência necessário à interposição do recurso estaria consubstanciado pela derrota na questão prejudicial e o pressuposto do interesse em recorrer está presente justamente na formação da coisa julgada material. Nesse caso, aliás, negar-se a possibilidade de interposição de recurso *in abstracto* ou mesmo no caso concreto equivaleria à inexistência de *full and fair litigation* que impediria a formação da coisa julgada material sobre a questão prejudicial.

Relembre-se a esse respeito o que se já falou anteriormente da *previsibilidade* da projeção da coisa julgada material sobre questão prejudicial para outras demandas, como medida de avaliação da própria *full and fair litigation*.

Em outra perspectiva, Ricardo Alexandre da Silva afirma que, nesse aspecto, não se aplica a regra *necessary step*, porquanto a “extensão da coisa julgada à questão prejudicial não é idêntica ao collateral estoppel”⁴²², ilustrando ainda sua concepção ressaltando que, no Brasil, os fatos prejudiciais não se estabilizam, como pode acontecer nos EUA, em razão da regra do artigo 504, inc. II, do CPC.

⁴²² SILVA, Ricardo Alexandre da. Tese de Doutorado.

Nesse aspecto, não parece possível concordar de forma integral com o autor. Que a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial no Brasil não é idêntica à regra do *collateral estoppel* é certo. Que há expressa previsão no CPC sobre a não produção de coisa julgada sobre a “verdade dos fatos” é igualmente correto. Mas, sobre a regra do *necessary step* a assertiva não parece integralmente correta. Isso porque, pode-se pensar na citada regra, assim como na perspectiva da dependência do julgamento do mérito em razão da questão prejudicial, em tese, de forma hipotética. A questão prejudicial deve ser vista como passo necessário à decisão de mérito, independentemente de seu resultado. É claro que a regra do *necessary step* não pode ser vista como uma condicionante a depender do resultado da demanda, mas somente “em tese”, como questão sem a qual a ação não poderia ser julgada integralmente da forma como proposta.

Assim, a questão prejudicial decidida de forma desfavorável ao vencedor da demanda poderá formar coisa julgada, se presentes os requisitos para tanto, especialmente o contraditório efetivo, permitindo-se inclusive que o vencedor da ação possa recorrer da sentença para levar ao(s) tribunal(is) a questão debatida, que deve ser vista em tese, em projeção e não determinada pelo resultado da demanda.

E, claro, a questão prejudicial decidida de forma desfavorável ao vencedor da ação poderá ser aproveitada por terceiros, quando esses possam dela se beneficiar.

Destarte, o aproveitamento da coisa julgada sobre questão prejudicial em benefício de terceiro é medida que também elimina o problema de decisões contraditórias sobre mesma questão, promovendo segurança jurídica, igualdade e coerência no discurso jurídico no processo.

IV.4.2 O CPC de 2015 e os requisitos para formação de coisa julgada sobre questão prejudicial

Como visto, o CPC de 2015 estabelece como regra a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial, independentemente de pedido expresso da parte, desde que preenchidos os requisitos positivos e negativos previstos no seu artigo 503, §§ 2º e 3º.

Já se ressaltou, também, semelhança de tais requisitos com aqueles adotados pela experiência estadunidense para a formação do *collateral estoppel* (*issue preclusion*). Portanto, para sua regular compreensão, é de se explicitar e apontar eventuais polêmicas e problemas decorrentes de cada um dos requisitos elencados na legislação brasileira.

IV.4.2.a Questões prejudiciais decididas expressa e incidentemente (art. 503, § 1º, CPC)

O primeiro requisito da formação de coisa julgada sobre questão prejudicial a ser analisado é de que a questão prejudicial deve dizer respeito ao mérito e deve ter sido decidida expressa e incidentemente. Isso significa que se questão prejudicial foi levada a juízo, mas não foi objeto de decisão expressa, não haverá coisa julgada sobre ela. Antonio do Passo Cabral afirma que a regra visa evitar situações como aquela da Súmula 453 do STJ⁴²³, no sentido da inviabilidade de ação específica para a cobrança de honorários advocatícios se o julgamento anterior for omissivo a esse respeito⁴²⁴.

É de Bruno Garcia Redondo ainda a assertiva de que a questão prejudicial deve ser decidida “de forma expressa, clara, analítica e fundamentada”⁴²⁵.

Ressalte-se, desde já, a advertência de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero de que, muito embora as questões não apreciadas não sejam imutabilizadas, serão atingidas pela eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 508), o que significa que não podem ser invocadas em outro processo com o objetivo de modificar a decisão⁴²⁶.

⁴²³ Súmula 453, STJ: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”. Não se olvide que o citado enunciado jurisprudencial é rechaçado expressamente pelo artigo 85, § 18, do CPC de 2015, que dispõe que “Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança”.

⁴²⁴ CABRAL, Antônio do Passo. Breves comentários ao novo código de processo civil (2015), p. 1.291.

⁴²⁵ REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo cpc (2015), p. 5

⁴²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. Novo curso... Op. cit., v. II, p. 632/633. Identicamente, Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio ARENHART e Daniel MITIDIERO, Novo código... Op. cit., p. 516. A questão do alcance e da correta compreensão da eficácia preclusiva da coisa julgada e sua relação com as questões prejudiciais será tratada mais adiante em tópico específico.

Ainda, é necessário que a questão prejudicial tenha sido decidida “incidentemente”, o que significa que, se relativas ao mérito e de decididas de forma incidental (*incidenter tantum*) restarão abrangidas pela coisa julgada. Isso significa que as decisões ocorrem no elemento lógico do provimento jurisdicional.

Nesse particular, é de fácil percepção que as questões podem ser decididas de forma incidental ou principal. Aquelas questões ditas *principais* são justamente as que ficam sempre acobertadas pela coisa julgada quando há julgamento do mérito, uma vez que são objeto do pedido. É justamente para as questões que são resolvidas sem pedido, e, portanto *incidenter tantum* que serve a coisa julgada sobre questão prejudicial.

O pensamento pode ser resumido por Ricardo Alexandre da Silva, para quem

É adequado que o juiz indique no dispositivo (CPC, art. 489, inc. III) as questões decididas expressa e incidentemente. 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 postuladas⁴²⁷.

É clara a relação entre o requisito em comento com a expressão presente no *Restatement Second of Judgments*, § 27, que exige para a formação da *issue preclusion* que a questão tenha sido “determined by a valid and final judgment”. Não basta para a formação da estabilização

⁴²⁷ SILVA, Ricardo Alexandre da. Tese de Doutorado. O autor relembra o clássico e ilustrador exemplo da ação de alimentos que tem por fundamento a paternidade não reconhecida: “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 questão”, indicando ainda em nota de rodapé que “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” (SILVA, Ricardo Alexandre da. Tese de Doutorado).

da questão que ela tenha sido alegada pelas partes. É preciso que ela tenha sido decidida (determined) por um pronunciamento judicial válido que conduza ao julgamento do mérito (by a valid and final judgment).

É se de fazer uma ressalva importante, sobre a inexistência de coisa julgada sobre *ponto* prejudicial. Como visto, e de forma resumida, a questão é um ponto de fato ou de direito levado a juízo e sobre o qual as partes controvertem. Assim, pode-se afirmar, com algumas ressalvas técnicas e de forma bem sucinta, que uma questão é um ponto controvertido⁴²⁸.

O Código de Processo Civil fala na formação de coisa julgada sobre *questão* prejudicial, o que exige, de fato, controvérsia sobre a alegação de fato ou de direito para sua estabilização. O argumento, portanto, é também de direito positivo.

Porém, é possível encontrar fundamento teórico-sistemático para a não produção de coisa julgada sobre ponto prejudicial. Saliente-se, nesse aspecto, a lição de Ricardo Alexandre da Silva para quem “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”, lembrando ainda, e de forma decisiva, que a formação de coisa julgada nesse caso exige contraditório prévio e efetivo, na forma do artigo 503, §1º, inc. II, do CPC de 2015, o que impede a formação da coisa julgada sobre o ponto não controvertido⁴²⁹.

A solução é diferente se houver reconhecimento jurídico expresso sobre a questão prejudicial. Mais uma vez, a posição de Ricardo Alexandre da Silva parece imune a reparos. Para ele,

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)⁴³⁰.

⁴²⁸ Por todos, MENESTRINA, Francesco. *Op. cit.*, p. 137.

⁴²⁹ SILVA, Ricardo Alexandre da. Tese de Doutorado.

⁴³⁰ *Idem, ibidem*. Os exemplos trazidos pelo autor acerca da paternidade expressamente reconhecida em ação de alimentos e o reconhecimento expresso de relação contratual são ilustrativos. E se o próprio CPC admite e tutela a manifestação da vontade das partes de forma vinculada, ao tratar do reconhecimento jurídico do

Com efeito, portanto, somente as questões prejudiciais decididas de forma expressa e incidentalmente no processo é que podem ser acobertadas pela coisa julgada.

IV.4.2.b Desnecessidade de pedido da parte e providências do juiz

De forma lógica, se o sistema prevê que exista coisa julgada sobre questão prejudicial é claro isso independe de pedido da parte. Aliás, se houvesse pedido expresso, estar-se-ia diante de questão principal e não apenas decidida *incidenter tantum*⁴³¹.

Cumprre então tratar das providências que o juiz deve adotar ao se deparar com a questão prejudicial. Inicialmente é tarefa do juiz identificar a questão prejudicial no saneamento do processo, como prevê o artigo 357, incisos II e IV, do CPC. Aliás, não é outro o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, para quem “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”⁴³².

É de se ressaltar, todavia, que a ausência de providência jurisdicional na identificação da questão prejudicial e apontamento dela para as partes não impede a formação da coisa julgada, desde que sobre a questão tenha havido contraditório efetivo, que a ela tenha sido objeto de efetivo debate entre as partes.

pedido ou a renúncia da pretensão sobre a qual se funda a ação (porque a questão prejudicial pode ser decidida em desfavor do autor), no artigo 487, inciso III, ‘a’ e ‘c’, é claro que idêntica manifestação de vontade sobre questão prejudicial deve ser vista como possível. Trata-se da velha máxima de que “quem pode o mais, pode o menos”.

⁴³¹ DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro (2015), p. 92.

⁴³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. Novo código... *Op. cit.*, p. 517.

Eduardo Talamini aponta nesse sentido, afirmando expressamente que “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”⁴³³.

É de se questionar se a formação de coisa julgada sobre questão, independentemente de pedido da parte, representa alguma espécie de restrição da liberdade individual no processo. Não parece, em algum sentido, haver dúvida disso. Porém, tal restrição, como se viu em razão da abordagem dos princípios que orientam a coisa julgada sobre questão prejudicial é perfeitamente justificável.

Ademais, um dos mais *liberais* processualistas brasileiros, Ricardo Alexandre da Silva, defende inclusive que não há restrição na liberdade individual nesse caso, afirmando que

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 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 formulada⁴³⁴.

⁴³³ TALAMINI, Eduardo. Código... *Op. cit.*, p. 717.

⁴³⁴ SILVA, Ricardo Alexandre da. Tese de Doutorado. O processualista afirma ainda que havia restrição à liberdade individual no sistema anterior. Veja-se: “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”.

Portanto, e como se viu, a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial independe de pedido expresso da parte, sendo imprescindível apenas que tenha havido debate efetivo e amplo sobre a questão.

IV.4.2.c O debate sobre a questão como pressuposto da formação da coisa julgada: contraditório prévio, efetivo e restrição da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada na hipótese de revelia

Como se viu anteriormente, no direito estadunidense, a formação do *collateral estoppel* (*issue preclusion*) depende sempre do fato de que tenha havido *full and fair litigation* sobre a questão. Isso significa dizer que a litigação sobre a questão objeto do *collateral estoppel* tenha sido ampla e justa o suficiente, o que importa afirmar que o efetivo debate judicial da questão tenha sido amplo e sem restrições, condicionado ao exercício mais abrangente possível das faculdades processuais, dentre elas, o aporte de alegações, possibilidade de rechaço de alegações contrárias, produção ampla de provas etc.

Com efeito, se haverá estabilização sobre a questão decidida, é de se exigir igualmente a amplitude máxima da cognição exauriente e do efetivo debate pelas partes.

O CPC de 2015 preocupa-se com isso e igualmente traz com pressuposto da formação da coisa julgada sobre questão prejudicial quatro dimensões de tal perspectiva, uma em sentido positivo e as outras três em sentido negativo. Em um modelo *cooperativo*⁴³⁵, em que se hiperboliza a participação efetiva das partes como garantia de validade do discurso construído no processo, os pressupostos ora em comento fazem ainda mais sentido.

Como requisito positivo, o artigo 503, §1º, inc. II, dispõe que é preciso que, para formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial, tenha ocorrido sobre essa última contraditório prévio e efetivo.

⁴³⁵ CPC de 2015. Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, **competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório** (sem negrito no original).

O mesmo dispositivo legal encerra o primeiro requisito negativo, estabelecendo que não haverá formação de coisa julgada sobre questão prejudicial se houve revelia.

Já o § 2º, do mesmo artigo 503, estabeleceu outros dois requisitos negativos de formação de coisa julgada sobre questão prejudicial, para os casos em que (i) houver restrições probatórias ou (ii) limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão.

De uma forma objetiva, todos os requisitos em comento poderiam verdadeiramente ser resumidos à ideia do *contraditório efetivo*. Isso porque, nessa nova dimensão do contraditório, o que importa é a possibilidade de participação efetiva de influência para a operação de decisão no processo, o que depende da ampla possibilidade de utilização dos meios, técnicas e garantias processuais existentes, o que resta limitado nos casos de revelia e de limitações probatórias ou à cognição que impeçam o debate aprofundado da questão prejudicial.

Como já afirmado anteriormente, em um modelo processual verdadeiramente democrático, o direito ao contraditório é mais do que poder ter ciência e reagir frente ao processo⁴³⁶. Não há dúvida de que tais perspectivas são indispensáveis. Todavia, elas devem estar somadas ao direito de *efetiva participação* no processo, a garantir que a parte possa, de fato, exercer influência no processo decisório.

Para Nicolo Trocker⁴³⁷, o conteúdo do contraditório deve ser visto sob o prisma da “*participação*” e, uma vez que a finalidade da participação é dar ao indivíduo um papel efetivo no processo, o contraditório se configura como direito de incidir sobre o desenvolvimento da controvérsia, ou, como o direito de apresentar instâncias e de desenvolver a atividade processual, assegurando de um lado ao titular da situação garantida a possibilidade de pronunciar-se em juízo e ao dever do julgante de ouvi-lo. Nesse sentido, para o jurista italiano, portanto, o objetivo principal da garantia não é a defesa entendida somente em sentido negativo, ou seja, como oposição ou resistência ao agir, mas como a influência ou direito ou possibilidade de incidir ativamente sobre desenvolvimento e êxito do juízo.

Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, não é diferente. Para eles, “o contraditório é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação, ou que sabe que todo poder, nas democracias, é legitimado pela participação”⁴³⁸.

É de se ressaltar que, ao tratar do contraditório na forma ora mencionada, Trocker está a falar do artigo 24, da Constituição Italiana e que os processualistas brasileiros estão a tratar

⁴³⁶ A visão clássica do contraditório aponta que esse é um direito bidimensional, no sentido do binômio ciência-reação. Veja-se, por exemplo, lição de Nelson Nery Jr., para quem “por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis” (NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. RT: São Paulo, 1992, p. 122-123).

⁴³⁷ TROCKER, Nicolo. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p.370-372.

⁴³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. V. 1. São Paulo: RT, 2015, p.354.

do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Brasileira. Isso evidencia o *status* constitucional da garantia do contraditório, e de que como tal garantia deve ser vista no âmbito normativo, em seu conteúdo.

Nessa dimensão, entender o contraditório como uma garantia processual apenas do réu é, antes de tudo, um erro dimensional. A norma constitucional brasileira que reconhece o contraditório como direito (ou garantia) ou fundamental deve ser corretamente interpretada, portanto.

Com efeito, pois o artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna brasileira estabelece que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. Dessa forma, uma leitura literal do dispositivo pode levar à errônea interpretação de que o contraditório é apenas ligado à *defesa* no processo judicial, o que importaria reconhecer que o contraditório não tem qualquer relação com a posição jurídica ocupada pela *ação* no processo.

Ora, a perspectiva de que o contraditório envolve, sem dúvida, o direito à participação efetiva no processo tem como consequência lógica o fato de que também se deve assegurá-lo ao autor, e não somente ao réu.

Novamente, veja-se o que Marinoni, Arenhart e Mitidiero asseveram a respeito, pois “o autor também possui o direito de participar de forma efetiva e adequada do processo, pois do contrário o processo serão tão ilegítimo quanto se negada for a participação do réu. De modo que o contraditório, como expressão técnico-processual do princípio da participação, diz respeito não apenas ao réu, mas também ao autor”⁴³⁹.

É essa também a visão de Trocker, para quem a garantia do contraditório faz parte do próprio direito geral de ação, em razão que é clara a convergência de conteúdo nos conceitos constitucionais de ação e de defesa, pois é o que permite às partes participar ativamente do desenvolvimento do processo, cooperando sobre a descoberta dos fatos e a colheita da prova, ou à elaboração e formação do convencimento do juiz⁴⁴⁰.

Portanto, o Código de Processo Civil de 2015, ao impor ao juiz o dever de zelar pelo *efetivo contraditório*, está a falar desse modelo de contraditório *forte*, que é marcado, em uma perspectiva verdadeiramente democrática do processo, por um *trinômio* consubstanciado em *ciência-reação-participação*. Há, portanto, uma ruptura parcial de paradigma, pois o contraditório não será *efetivo* se não se garantir às partes a ampla possibilidade de participação no processo decisório, não bastando mais somente garantir ciência e reação frente a movimentos processuais⁴⁴¹.

⁴³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. V. 1. São Paulo: RT, 2015, p.354.

⁴⁴⁰ TROCKER, Nicolo. *Op.cit.*, p.372. No mesmo sentido, Luigi Paolo Comoglio defende um paralelo entre ação e defesa, a significar que o contraditório serve para assegurar a ambas as partes a possibilidade da prática de atos processuais para fazer valer seus direitos em juízo (COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile**. Padova: Cedam, 1970, p.147).

⁴⁴¹ Na concepção adequada de Nicolo Trocker, a garantia do contraditório efetivo, de um lado supera os pressupostos da neutralidade ou da equidistância do juiz e da igualdade formal das partes e de outro assegura o respeito das exigências de lealdade e de correção do jogo, que representam uma condição essencial para a realização de uma efetiva dialética processual (TROCKER, Nicolo. **Processo civile e costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974, p.390).

É assim que as disposições previstas nos artigos 9º e 10⁴⁴², do CPC de 2015, devem ser interpretadas. Os textos legais, ao exigirem que o juiz não possa proferir decisão contra a parte sem que ela seja ouvida, como regra geral, ou que o juiz não possa decidir com base em fundamento sobre o qual não tenha dado às partes a possibilidade de se manifestar previamente, ainda que seja matéria conhecível de ofício, em verdade, consagram a ideia de um *contraditório forte e efetivo, entendido também como direito de efetiva participação e possibilidade de influência no processo decisório*.

Nesse *novo* modelo, o processo desenvolve-se amplamente no âmbito do debate, do diálogo, do discurso. No campo do fundamento filosófico de tal perspectiva, a *Teoria do Agir Comunicativo* insere-se como ferramenta válida de compreensão, posto que somente o fundamento que for objeto de *efetivo debate* entre os sujeitos processuais está apto a ser considerado como fundamento válido da decisão, sob o ponto de vista da argumentação.

É de se dizer: é pressuposto de validade do fundamento decisório que sobre ele se tenha permitido o debate e diálogo prévios, uma vez que, sem essa premissa, não se pode considerá-lo como elemento do discurso validamente construído na decisão.

E, é claro, o debate e o diálogo são premissas que não se colocam no campo discursivo sem a *efetiva participação dos sujeitos processuais diretamente envolvidos com a solução do litígio, quais sejam, as partes e o juiz*.

Gustavo Osna, em obra destinada à crítica da teoria processual, assevera com correção que

É a partir dessa perspectiva que se compreende, por exemplo, a preocupação do Código de 2015 em atribuir um novo conteúdo para a garantia processual do contraditório – utilizando-se, aqui, expressões como “contraditório estendido” ou “contraditório forte”. De maneira gera, sob essa linha argumentativa procura-se radicalizar a possibilidade de participação em juízo, exigindo que, para decidir a respeito de qualquer aspecto do litígio, o magistrado ouça previamente as partes interessadas. A questão dialogaria com o que se costuma conceber como uma perspectiva mais “colaborativa” do processo, exigindo um novo nível de diálogo em sua condução⁴⁴³.

Trocker assevera a ideia de que a exigência de efetiva participação representa o núcleo essencial da garantia do contraditório, porque visa a evitar que as decisões sejam tomadas sem a presença ativa dos destinatários. Para ele, se toda decisão judicial resulta potencialmente

⁴⁴² CPC 2015. Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.

CPC 2015. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Em relação a esse último dispositivo, a doutrina tem tratado dele como a *proibição da decisão-surpresa*.

⁴⁴³ OSNA, Gustavo. **Processo civil, Cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual**. São Paulo: RT, 2017, p.33

efeitos na esfera patrimonial ou pessoal do sujeito, o destinatário deve ter a possibilidade de influenciar e de afetar sobre a formação do respectivo procedimento⁴⁴⁴.

Para o jurista italiano, o contraditório deve se entender lesado se não se permitiu às partes a possibilidade de interlocução sobre um fato ou elemento de prova relevante para a solução da controvérsia, não importando se foi alegado ou introduzido pelos interessados ou reconhecido de ofício pelo juiz⁴⁴⁵.

Portanto, uma restrição qualquer na possibilidade de participação efetiva das partes no âmbito do processo judicial pode evidenciar justamente uma restrição ao contraditório, de maneira que as hipóteses tratadas nesse item como requisitos da formação da coisa julgada material sobre questão prejudicial parecem todas indicar uma limitação ao contraditório efetivo.

De toda forma, é de se tratar especificamente das hipóteses em comento.

A ideia de prévio contraditório não é nova. Ovídio Baptista da Silva, por exemplo, conceitua tal modalidade para os casos em que o debate entre as partes aconteça antes da decisão. Nas palavras do mestre gaúcho, o contraditório prévio garante “que o juiz somente poderá fazer ou permitir que se faça alguma coisa depois de ouvir a ambas as partes”⁴⁴⁶.

À luz do Código de Processo Civil de 2015, a doutrina defende de forma tranquila que a prévia discussão é pressuposto da formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial. É esse o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero⁴⁴⁷, Eduardo Talamini⁴⁴⁸ e Fredie Didier Jr⁴⁴⁹.

Não basta somente que o contraditório seja prévio. É necessário que ele seja efetivo. Essa é a verdadeira garantia que exprime a ideia estadunidense da *full and fair litigation*. Em verdade, talvez seja possível dizer que era desnecessário mencionar que o contraditório fosse prévio. Isso porque, se fosse permitido ao juiz decidir sobre a questão antes da oportunização de participação das partes, é mais do que claro que não teria havido igualmente contraditório efetivo.

⁴⁴⁴ TROCKER, Nicolo. *Op.cit.*, p.373-374.

⁴⁴⁵ *Idem*, p. 388.

⁴⁴⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Demandas plenárias e sumárias, p. 151.

⁴⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. Novo código... *Op. cit.*, p. 517.

⁴⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. Código... *Op. cit.*, p. 717.

⁴⁴⁹ FREDIE DIDIER JR., Extensão da coisa julgada... *Op. cit.*, p. 88

Há, porém, uma questão importante a ser considerada. O contraditório dito *efetivo* não pode depender da *efetiva* participação e conduta das partes, praticando todos os atos processuais e exercendo todas as faculdades, prerrogativas e direitos processuais que lhe são garantidos. Exigir-se isso poderia resultar na postura da parte que deixasse de praticar ato processual que lhe é facultado (como, por exemplo, requerer a produção de determinada prova sobre a questão) justamente para obstar a formação da coisa julgada sobre a questão. O que se deve entender como contraditório efetivo é a efetiva oportunidade às partes do exercício pleno do contraditório e de sua defesa, essa entendida em sentido mais amplo possível.

Eduardo Talamini, por exemplo, afirma com correção que “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”⁴⁵⁰. É de Ricardo Alexandre da Silva a expressa menção de que

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 posta⁴⁵¹.

Há vários questionamentos que podem ser feitos à luz do chamado contraditório efetivo, especialmente ao se recordar que tem se apontado que à *full and fair litigation* deve ser acrescida, como integrante de tal perspectiva, a ideia da previsibilidade (*forseability*) da parte no sentido de que, em potencial processo futuro, a análise da questão em debate seja essencial, de maneira a estimulá-la a litigar com todo seu empenho e dedicação.

⁴⁵⁰ TALAMINI, Eduardo. Código... Op. cit., p. 717.

⁴⁵¹ SILVA, Ricardo Alexandre da. Tese de Doutorado.

No Brasil, por exemplo, em que se afirma, com correção, que o STJ e o STF são as Cortes Supremas que devem promover unidade ao direito federal e constitucional⁴⁵², respectivamente, o contraditório efetivo para a formação da coisa julgada sobre questão prejudicial, caso não tenha havido o debate da questão em um ou em outro tribunal superior (conforme se trate de questão federal ou constitucional) estará preenchido? Ou mesmo em tribunais em que as custas para o Recurso de Apelação sejam tão altas que desestimulem a interposição do recurso pela parte, deverá se entender devidamente preenchido o contraditório efetivo?

Como já apontado anteriormente, os princípios que orientam a formação da coisa julgada sobre questão prejudicial devem servir como parâmetro interpretativo das regras sobre a temática. Assim, o que se deve questionar é se a boa-fé objetiva, a proibição de comportamentos contraditórios, a eficiência e economia de recursos do Judiciário encontram-se atendidas em tais casos.

Para o primeiro questionamento (condicionamento da formação da coisa julgada sobre questão prejudicial ao debate sobre ela no STJ e-ou no STF), parece claro que o preenchimento contraditório efetivo não pode depender de tal circunstância. Isso pode se dar por várias razões, inclusive aquelas que dizem respeito às regras específicas de admissão dos recursos de natureza excepcional. Pode ser que a parte tenha empreendido todos os esforços legítimos para debater a questão no STJ ou STF, mas, por qualquer motivo de natureza meramente processual, o recurso não tenha sido objeto de decisão nos tribunais superiores.

Não se olvide ainda que o STJ e o STF não podem rediscutir a matéria fática adotada no tribunal de segunda instância tomada como premissa para o julgamento, o que limita em algum sentido a análise da prova produzida nos autos. Isso também revela que o contraditório efetivo, para ser adequadamente preenchido, não pode depender de manifestação do STJ ou do STF sobre a questão no caso concreto.

Já o segundo questionamento é de resposta talvez mais polêmica. Pode ser que o valor da causa envolvido não justifique a interposição do Recurso de Apelação. Não se olvide, ainda, que o recurso poderá inclusive majorar eventual condenação, por conta da possibilidade de

⁴⁵² A esse respeito, veja-se por todos: (i) MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. *Op. cit.*; (ii) MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte Suprema. *Op. cit.*; e (iii) MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. RT: São Paulo, ...

fixação de honorários sucumbenciais, na forma do artigo 85, § 11, do CPC de 2015. Nesses casos, pode a parte sentir-se desestimulada a buscar o duplo grau de jurisdição.

Talvez nessa hipótese a previsibilidade da projeção da questão deva ser especialmente aferida. Isso porque, embora o valor daquela causa em especial pode não ser significativo a ponto de justificar a interposição do recurso, porém, a análise da possível repercussão futura da questão deveria levar à parte a considerar de fato submeter a questão ao tribunal superior.

Pense-se no singelo exemplo. Em uma determinada ação, postulada no Juizado Especial Cível, um consumidor de plano de saúde pleiteia o fornecimento de uma prótese ortopédica da ordem de R\$ 5.000,00, que lhe foi negada pela empresa de saúde complementar. O fundamento da ação é a nulidade de determinada cláusula prevista no contrato de adesão firmado entre as partes que impõe o não fornecimento de prótese pelo prazo de carência de 3 (três) anos desde a assinatura do contrato. Note-se que a nulidade da cláusula do contrato é questão prejudicial à questão principal e, portanto, poderá também ser formada coisa julgada sobre ela, inclusive para eventual benefício de terceiros.

A ação é julgada procedente e o plano de saúde é condenado a fornecer a prótese. Ora, a interposição do recurso para a Turma Recursal poderá impor à empresa do plano de saúde os seguintes custos, até então inexistentes: (i) custas processuais; (ii) honorários de sucumbência; e (iii) até mesmo honorários contratuais para seu advogado interpor o recurso e acompanhar seu julgamento. Some-se ainda, hipoteticamente, que o plano de saúde consegue a prótese com desconto de 60% (sessenta por cento) diante da grande quantidade que a adquire. Vale a pena, para a empresa de saúde complementar interpor o recurso? Na análise individualizada da ação, parece ficar claro que isso não compensa.

Por outro lado, é *previsível* que a questão prejudicial (nulidade da cláusula de carência) sobre a qual se formará a coisa julgada em caso de não interposição do recurso possa ser utilizada em desfavor da empresa como matéria de demanda em ações diversas, em que sejam postuladas próteses cardiológicas, por exemplo, notadamente bem mais caras?

Mais uma vez, os princípios que norteiam a coisa julgada sobre questão prejudicial ajudam a resolver o questionamento. Seria um comportamento de acordo com a boa-fé se a empresa de plano de saúde tem condições de avaliar qual a possível repercussão da coisa julgada sobre a questão prejudicial da nulidade da cláusula de carência em ações futuras e, mesmo

assim, deixa de recorrer? Aliás, simplesmente dizer que nesse caso, não deve haver formação de coisa julgada sobre questão seria a mesma coisa que dizer que, então, fazendo a análise da previsibilidade da repercussão futura, a empresa de plano de saúde deixaria de recorrer apenas e tão somente para a não formação da coisa julgada. Certamente, esse último comportamento não atende aos critérios da boa-fé.

Ademais, certamente a atuação em novo grau de jurisdição em uma única demanda já proposta demanda menos custos que várias novas demandas rediscutindo a mesma questão. Assim, inclusive em razão da eficiência e da economia de recursos do Judiciário, parece correto afirmar que mesmo que o recurso não seja interposto pela empresa de plano de saúde, haverá formação de coisa julgada inclusive sobre a questão prejudicial.

Portanto, o que importa ao final é saber se foi oportunizada, de fato, a litigação ampla, justa e efetiva da questão para a parte, para a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial, mesmo que a parte não tenha exercido todas as suas prerrogativas, faculdades e direitos processuais.

Ainda, o CPC de 2015 proíbe a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial no caso de revelia. Essa, como se sabe e previsto no artigo 344, da lei processual civil, é a ausência de contestação no processo.

O texto codificado parece não deixar dúvidas sobre a inexistência de coisa julgada sobre a questão prejudicial no caso de revelia, até mesmo porque, se não houver impugnação específica, não haverá questão a ser resolvida, porque o ponto será incontrovertido.

Ricardo Alexandre da Silva problematiza a temática, afirmando inclusive que o debate pode se dar em razão da possibilidade do réu revel produzir provas no processo, como, aliás, se permite no artigo 349, do CPC. Nas suas palavras,

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 prejudiciais⁴⁵³.

É de se concordar com o posicionamento de Ricardo Alexandre da Silva, para quem, em resumo, a coisa julgada sobre a questão prejudicial será formada se houver debate efetivo, mesmo que o réu tenha sido revel, o que ocorre principalmente se ele compareceu no processo em tempo de produzir provas e contraprovas.

Acrescente-se ainda a isso o fato de que pode ser que o réu compareça em juízo, tardiamente e sem apresentar contestação, mas que traga alegações que digam respeito à questão “meramente” de direito, ou seja, que não comporte produção de prova.

A título exemplificativo, uma Prefeitura Municipal é requerida em ação em que um servidor público pretende receber reflexos pecuniários decorrentes da incorporação de determinada gratificação em seus, sem que seja necessário qualquer produção probatória sobre a questão. O órgão municipal, aliás, somente traz em sua manifestação decisões de tribunais que não reconheceram a natureza vencimental da gratificação e negaram o direito aos reflexos.

Parece claro dizer que, a eventual natureza vencimental da gratificação é questão prejudicial na demanda e que, se houver decisão sobre ela, poderá se formar coisa julgada, uma vez que o contraditório efetivo sobre ela ocorreu, até mesmo porque a Prefeitura Municipal trouxe diversos subsídios jurisprudenciais em seu favor.

Finalmente, pode ser ainda que, mesmo com a revelia do réu, questões que são conhecíveis de ofício pelo magistrado podem produzir coisa julgada material, se forem prejudiciais e houver sobre elas o debate efetivo. Talvez o exemplo mais claro seja eventual acolhimento de ofício de prescrição⁴⁵⁴ (CPC, arts. 332, § 1º e 487, II). É lógico que, a proibição

⁴⁵³ SILVA, Ricardo Alexandre. Tese de Doutorado. O processualista, aliás, em nota de rodapé faz referência aos posicionamentos de Rodrigo Ramina de Lucca (LUCCA, Rodrigo Ramina de, *Op. cit.*, p. 14), no sentido de que “o legislador se equivocou ao impedir a extensão da coisa julgada nas hipóteses de revelia” e de Bruno Garcia Redondo (REDONDO, Bruno Garcia. *Op. cit.*, p. 5), no mesmo sentido de que “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”.

⁴⁵⁴ Não se olvide o sério debate doutrinário no sentido de que a prescrição não poderia ser conhecida de ofício. Todavia, ao menos para os fins didáticos que se pretende nessa tese, é de se utilizar a interpretação literal dos dispositivos processuais que permitem o reconhecimento de ofício da prescrição, pois se trata de questão que assim pode ser conhecida e de que diz respeito ao direito material, permitindo a formação da coisa julgada.

da decisão surpresa, prevista no artigo 10, do CPC de 2015 e repetida para as hipóteses específicas de decadência e prescrição no Parágrafo Único, do artigo 487, obrigam que o juiz instaure o debate sobre a matéria, permitindo às partes a manifestação sobre a prescrição antes da decisão.

Imagine-se que o INSS promova ação contra um particular, postulando a devolução dos valores pagos a título de um benefício previdenciário qualquer e o réu seja revel. O juiz, então, entendendo, por exemplo, que o prazo prescricional seria quinquenal e deveria contar desde o deferimento do benefício e que não há renovação de prescrição mês a mês, determine a manifestação das partes sobre a questão e, ao final, reconheça a prescrição contra o INSS. O INSS, então, recorre e há, inclusive, posterior pronunciamento do STJ sobre o tema, confirmando a sentença de primeiro grau e dando pela prescrição, em razão do início do prazo prescricional.

Parece claro afirmar que, nesse caso, haverá coisa julgada sobre a questão prejudicial (prescrição), mesmo em razão da revelia do réu⁴⁵⁵, e que, inclusive, pode beneficiar diversos terceiros em igual situação processual em relação ao INSS.

Acresça-se ainda a hipótese em que o réu revel, mas, mesmo assim, a questão prejudicial é decidida de forma favorável a ele. Aliás, a hipótese imediatamente anterior, do reconhecimento da prescrição, é exemplo disso também. Nesse caso, parece claro que haverá formação de coisa julgada, desde que tenha sido permitido à parte autora o exercício do contraditório efetivo sobre a questão, porquanto é claro que deve ter se permitido a *full and fair litigation* à parte contra a qual a questão foi decidida.

Imagine-se o clássico exemplo de uma ação de alimentos fundada em filiação não reconhecida. O réu é revel, sendo, inclusive, citado por edital. O curador especial nomeado para o caso (CPC, art. 72, II), de forma diligente, requer a realização de exame de DNA na parte autora. O réu é localizado para coleta de material e a prova pericial constata que o réu não é pai da parte autora. A ação de alimentos será julgada improcedente e parece claro afirmar que haverá coisa julgada material sobre a questão prejudicial “filiação”, mesmo tendo o réu sido revel. Observe-se que, aliás, os filhos do réu poderão inclusive alegar a coisa julgada sobre a

⁴⁵⁵ Não se olvide que, nessa hipótese, há ainda mais um argumento a favor da formação da coisa julgada: a decisão foi tomada em favor do réu revel, o que revela que não houve prejuízo a ele na produção da estabilidade da decisão.

questão prejudicial se a parte autora ajuizar petição de herança quando houver o falecimento do réu originário, em hipótese clara de aproveitamento da coisa julgada em benefício de terceiros.

Portanto, a simples revelia não é razão suficiente para a negativa de formação da coisa julgada sobre questão prejudicial, sendo necessário, ainda, que não tenha havido debate sobre a questão, que a questão não tenha sido conhecida de ofício e que, ainda, a decisão sobre ela tenha sido prejudicial ao réu.

O artigo 503, §2º, do CPC aponta que não se forma coisa julgada sobre questão prejudicial no caso de restrições probatórias ou limitações à cognição que inviabilizem a sua análise aprofundada. Como visto, a premissa em questão é, sempre, a necessária presença da *full and fair litigation*.

No caso da restrição probatória, a ausência de formação de coisa julgada dá-se justamente pela limitação ao amplo direito de produção de provas. Nessa hipótese, embora exista produção probatória suficiente para a questão principal, não haverá para a questão prejudicial.

A hipótese em comento diz respeito a situações previstas em abstrato pela legislação como, por exemplo, no mandado de segurança (em razão da admissão exclusivamente de provas pré-constituídas, na forma da Lei n. 12.016/09, em seu artigo 6º), ou ainda nos inventários e partilhas, com a restrição à prova documental, na forma do artigo 612, do CPC.

É claro que o que se está a afirmar é que a restrição probatória suficiente a evitar a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial é somente aquele que não permite o aprofundamento necessário sobre ela. Isso significa dizer, portanto que, por exemplo, se a prova documental é necessária para a solução da questão prejudicial, não haverá qualquer restrição se não houver produção de outras provas no sentido da não formação de coisa julgada.

Em relação à cognição parcial, o eixo central de análise continua sendo o mesmo: a ampla oportunidade às partes de exercício do contraditório de maneira a impedir o aprofundamento da questão prejudicial sem que, entretanto, o mesmo aconteça com a questão dita principal.

Para ilustrar a hipótese, Ricardo Alexandre da Silva menciona a proibição de pronunciamento jurisdicional sobre o domínio nas ações possessórias⁴⁵⁶, o que decorre não só de norma processual (CPC, artigo 557), mas também do artigo 1.210, §2º, do Código Civil. Veja-se que a norma processual proíbe que, na pendência de processo possessório, autor e réu possa “propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa”. Ora, se está vetado pela lei propor ação de reconhecimento na pendência da ação possessória, tampouco se pode imaginar permitido que, em razão de decisão no processo possessório se reconheça o domínio, com coisa julgada (como questão prejudicial) em favor de uma das partes.

É de se afirmar que o juiz não está impedido de decidir sobre o domínio, especialmente se as partes disputam a posse com fundamento nele. O que se está a apontar é que não se poderá formar coisa julgada sobre o domínio no âmbito de ação possessória – UTP.

Da mesma forma, Ricardo Alexandre traz exemplo de ação de cognição parcial e como pode não haver restrição à formação da coisa julgada sobre questão prejudicial, tratando da consignação em pagamento e do artigo 544, do CPC que indica as matérias de mérito que podem ser objeto de alegação em defesa. Termina o processualista afirmando que, por exemplo, a validade do contrato que originou a obrigação pode ser debatida como questão prejudicial e, se houver amplo aprofundamento na discussão, é possível a formação da coisa julgada sobre a validade do contrato⁴⁵⁷.

A observação não poderia ser mais correta. Mais adiante, o processualista defende que o tema deve ser solucionado, sempre, à luz do caso concreto. Parece inegável a correção também de tal assertiva. É sempre nas hipóteses concretas que o amplo debate e o exercício do contraditório de forma efetiva a ponto de permitir o aprofundamento da questão prejudicial permitirá, sem dúvida, a formação de coisa julgada sobre ela, mesmo que o procedimento a priori tenha alguma limitação à cognição.

⁴⁵⁶ SILVA, Ricardo Alexandre da. Tese de Doutorado.

⁴⁵⁷ *Idem, ibidem.*

IV.4.2.d Competência absoluta do juízo

O CPC de 2015 também impõe como requisito para a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial, na forma do seu artigo 503, §1º, inc. III, do CPC⁴⁵⁸.

A regra é mais do que lógica, porquanto a competência absoluta do juízo é vista como pressuposto processual de validade do processo⁴⁵⁹ (nota de rodapé), cuja violação, inclusive, permite que a coisa julgada seja desfeita, na forma do artigo 966, inciso II, do CPC.

Portanto, de forma clara, se o juízo é absolutamente incompetente para resolução da questão prejudicial, ainda que seja competente para o processo como um todo e resolução da questão principal, não se poderá formar coisa julgada sobre ela.

É claro que o fato do juiz ser absolutamente para *julgamento* da questão prejudicial não o impede de decidir sobre ela, até mesmo porque sua condição de prejudicialidade impõe tal decisão como requisito para julgamento da questão principal. Como bem afirma Eduardo Talamini, “A]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”⁴⁶⁰.

Antonio do Passo Cabral traz exemplo ilustrativo da questão, afirmando a incompetência do juízo federal para o reconhecimento da união estável (ou casamento), de competência da justiça estadual, o que impede a formação de coisa julgada sobre essa questão prejudicial em ação que tenha por pedido o benefício da pensão por morte, essa questão prejudicial não será atingida pela res judicata, o que torna claro o ponto em comento.

⁴⁵⁸ O dispositivo legal dispõe sobre “a competência em razão da matéria e da pessoa”. Parece, no âmbito dessa tese, desnecessário demonstrar que se trata de hipótese de competência absoluta.

⁴⁵⁹ “A competência do órgão jurisdicional é requisito de validade do procedimento” (DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo. Saraiva: São Paulo, 2005, p.150. No mesmo sentido: (i) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Volume 1. *Op. cit.*, p. 543; (ii) ALVIM, Arruda. Manual...V. 1. *Op. cit.*, p.550. Contra, entendendo que a competência não é pressuposto processual porque não leva à extinção do processo sem resolução do mérito, CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 9 ed. V. 1. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003, p. 233-234.

⁴⁶⁰ TALAMINI, Eduardo. Código... *Op. cit.*, p. 717.

Assim, a competência absoluta do juízo para julgamento da questão prejudicial não o impede de decidir sobre ela, mas obstaculiza a formação de coisa julgada.

IV.5 O fim da Ação Declaratória Incidental

Como visto, no regime do CPC de 1973, para que uma questão prejudicial ficasse acobertada pela coisa julgada era indispensável e necessário que houvesse pedido expresso de qualquer das partes, que era apresentado na forma da chamada *ação declaratória incidental*. Já se apontou anteriormente que tal perspectiva decorria da visão estrita sobre a coisa julgada, que somente poderia incidir sobre o pedido, e de medida de expressão da liberdade individual no processo, posto que somente aquilo que fosse objeto de pretensão pelas partes poderia igualmente ser objeto de pronunciamento judicial com força de coisa julgada.

No CPC de 2015, a formação da coisa julgada sobre questão prejudicial passa a ser a regra, independentemente de pedido expresso das partes, desde que presentes os requisitos para tanto, como se viu no item ‘IV.4’ anterior.

Assim, é de se perquirir se, no regime do CPC de 2015, ainda é possível falar em ação declaratória incidental.

Há duas observações preliminares a serem feitas antes de se apontar alguns argumentos a favor de uma resposta.

Em primeiro lugar, parece claro dizer que o sistema não eliminou – como não poderia, de fato, fazê-lo – a possibilidade do ajuizamento de ação meramente declaratória. O artigo 20, do CPC de 2015 expressamente admite tal possibilidade, ao dispor que “É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito” e que tem por fundamento a existência, inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica, na forma do artigo 19, I, da legislação processual civil.

E, embora a disposição expressa ora mencionada, a perspectiva constitucional do direito de ação como o direito à tutela jurisdicional efetiva, na dimensão do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, reafirmada no *caput* do artigo 3º do CPC de 2015, já seria suficiente garantir a possibilidade de ajuizamento da ação meramente declaratória.

A segunda observação a ser feita é que a legislação processual civil mantém expressamente a possibilidade de uma ação declaratória a ser ajuizada incidentalmente a um processo já existente: a ação de falsidade documental. É isso que se depreende especificamente dos artigos 19, II e 433, do CPC. 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.

Então, é possível o ajuizamento de ação meramente declaratória, buscando sentença que declare existência, inexistência ou modo de ser de relação jurídica e a ação declaratória incidental tendente a ver declarada a falsidade documental.

A questão sobre se remanesce ainda no sistema a possibilidade de ação declaratória incidental que não vise à declaração de falsidade de documento é polêmica na doutrina.

Antonio do Passo Cabral defende que ainda permanece interesse na ação declaratória incidental. Na sua teorização, o processualista afirma que o interesse processual se fará sempre se não forem preenchidos os requisitos para a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial. Em resumo, defende o autor que o interesse seria caracterizado nas hipóteses em que inexistia dependência lógica entre questão prejudicial e questão principal, ou na hipótese de dúvida a respeito da subordinação entre as questões⁴⁶¹.

Ricardo Alexandre da Silva discorda de tal entendimento. Em resumo, seu argumento teórico para refutar a tese de Cabral é no sentido de que “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 medida”⁴⁶².

Ricardo Alexandre ainda rebate, com correção, o argumento de que afirmar que a ação declaratória incidental não pode ser mais ajuizada seria uma violação ao direito de ação,

⁴⁶¹ 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”.

⁴⁶² SILVA, Ricardo Alexandre. Tese de Doutorado. O autor refere-se ainda às lições de Luiz Roberto Hijo Sampietro (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).

apontando que o princípio constitucional “assegura apenas que não se pode suprimir a tutela declaratória”⁴⁶³.

Ao final, a própria história do processo civil brasileiro ajuda a explicar o porquê da ausência de interesse processual no ajuizamento da ação declaratória incidental.

Adrolado Furtado Fabrício, em sua clássica obra sobre “A ação declaratória incidental” afirma que

independentemente de expressa menção legislativa, a ação declaratória incidental tende a surgir em qualquer sistema jurídico-processual que exclua do âmbito da *res iudicata* a resolução de questões não compreendidas nos limites do pedido e admita, a par da ação meramente declaratória, alguma forma de cumulação sucessiva de pedidos⁴⁶⁴.

Liebman também apontou que a ação declaratória incidental era uma medida que era lícito às partes adotarem e que ampliava o objeto do juízo e do “giudicato”, pedindo ao juiz que decida a questão prejudicial, de modo a eliminar uma vez para sempre toda incerteza em torno dela⁴⁶⁵.

Chiovenda também sustentou que o *accertamento incidentale*, que se dá por meio de ação autônoma, tem por finalidade atender à vontade das partes quando essas pretendam que sobre uma questão prejudicial tenha lugar um *accertamento*, ou seja, uma decisão com efeitos de coisa julgada⁴⁶⁶.

Desses três exemplos clássicos da doutrina sobre questão prejudicial, coisa julgada e ação declaratória incidental, fica mais do que evidente que essa última tem por função e objetivo, em última *ratio*, a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial. Ora, se a finalidade da ação declaratória é essa, em um sistema em que a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial independa de pedido expresso das partes, a ação declaratória incidental revela-se absolutamente inútil e desnecessária. E essa inutilidade e desnecessidade levam à

⁴⁶³ *Idem, ibidem*.

⁴⁶⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Ação declaratória incidental. *Op. cit.*, p.97.

⁴⁶⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile. I. *Op. cit.*, p. 137.

⁴⁶⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile. *Op. cit.*, p. 360.

ausência de interesse processual no ajuizamento de ação declaratória incidental, excetuando-se, no caso do CPC de 2015, em que a falsidade documental é o objeto do pedido declaratório incidental.

É taxativa a afirmação de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, para quem “a possibilidade de formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial, inclusive mediante provocação de ofício pelo juiz, suplantou a necessidade de *ação declaratória incidental*, que por essa razão não foi prevista no novo Código”⁴⁶⁷.

Portanto, de fato a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial, independentemente de pedido expresso da parte, eliminou a possibilidade de ajuizamento da ação declaratória incidental, em razão da ausência de interesse processual, excetuando-se nos casos em que se pretende ver reconhecida falsidade documental.

IV.6 Questão prejudicial e eficácia preclusiva da coisa julgada: ainda há distinção entre os institutos?

A formação da coisa julgada sobre questão prejudicial no CPC de 2015, independentemente de pedido das partes, tem reflexos inegáveis sobre outro importante e tradicional instituto do processo civil: a eficácia preclusiva da coisa julgada.

No CPC de 2015, a eficácia preclusiva da coisa julgada encontra-se inserida no seu artigo 508, que dispõe que “Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”.

Afirmada desde sempre como uma expressão da regra do “deduzido e do dedutível” ou do “julgamento implícito”, a eficácia preclusiva da coisa julgada também se fazia presente no CPC de 1973, mais especificamente no seu artigo 474. Isso faz com que seja intuitivo pensar

⁴⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. V. 2. *Op. cit.*, p. 683, com itálicos no original.

que o instituto tem uma utilidade e importância para além da coisa julgada sobre questão prejudicial.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam, sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, que “aquelas alegações – que concernem ao mérito da causa – que poderiam ter sido alegadas, mas não o foram, não podem ser invocadas para a desestabilização do julgado. É a lógica já presente no brocardo “*tantum iudicatum quantum disputatum vel disputari debebat*”⁴⁶⁸.

Ricardo Alexandre da Silva faz importante advertência, no sentido de que, para a correta compreensão do instituto da eficácia preclusiva da coisa julgada, é necessário ter em mente a escolha do legislador brasileiro pela máxima da tríplice identidade, quando se diz respeito à ação, inclusive para fins da coisa julgada⁴⁶⁹.

É mais do que evidente afirmar-se que a eficácia preclusiva deve ser pensada a partir da perspectiva dos elementos que identificam a ação e, portanto, a definição do mérito (do objeto litigioso ou do objeto do processo) é fundamental para a compreensão do instituto⁴⁷⁰.

A doutrina é farta a esse respeito. Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero “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”⁴⁷¹.

Para Egas Moniz Dirceu de Aragão “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*”⁴⁷².

⁴⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. V. 2. *Op. cit.*, p. 683, com itálicos no original.

⁴⁶⁹ SILVA, Ricardo Alexandre. Tese de Doutorado.

⁴⁷⁰ Daniel Mitidiero afirma que a eficácia preclusiva se limita ao objeto litigioso. MITIDIERO, Daniel. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva (2006), p. 73.

⁴⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. Novo código... *Op. cit.*, p. 520.

⁴⁷² ARAGÃO, Egas Moniz Dirceu de. Sentença e coisa julgada, *Op. cit.*, p. 326.

Antonio do Passo Cabral afirma que é a causa de pedir deduzida que limita a eficácia preclusiva da coisa julgada⁴⁷³. É o mesmo entendimento de Bruno Carrilho Lopes⁴⁷⁴.

Renato Montans de Sá afirma, expressamente, que “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”⁴⁷⁵.

Portanto, a causa de pedir é o principal elemento a se analisar na perspectiva da eficácia preclusiva da coisa julgada. É a *causa petendi* em última *ratio* que determina os limites da eficácia preclusiva. Isso porque, estando-se diante de outra causa de pedir, igualmente ter-se-á nova ação e, por conseguinte, não haverá coisa julgada a impedir a rediscutir de alegações das partes relativas a essa *nova* causa de pedir, e tampouco haverá qualquer eficácia preclusiva a incidir.

Veja-se a lição de Barbosa Moreira, para quem

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 julgada⁴⁷⁶.

Nota-se, então, que tudo o que já se assentou no item ‘’ dessa tese sobre a causa de pedir e sua correta identificação deve ser utilizado também como suporte teórico da delimitação da eficácia preclusiva da coisa julgada. Em especial, aliás, é de recordar a advertência de que, como o sistema brasileiro adota a Teoria da Substanciação no que diz respeito à definição da causa de pedir, são os fatos constitutivos afirmados pelo autor e não a qualificação jurídica que a eles é dada que determinam também a eventual incidência da eficácia preclusiva da coisa julgada.

⁴⁷³ CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada... Op. cit., p. 160

⁴⁷⁴ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho LOPES, Limites objetivos... Op. cit., p. 108.

⁴⁷⁵ SÁ, Renato Montans de. Eficácia preclusiva da coisa julgada (2011), p. 213/214.

⁴⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro (1975), p. 100.

É de Ricardo Alexandre da Silva o elucidativo exemplo de que, em uma primeira demanda, o autor postule a anulabilidade de negócio jurídico ao fundamento do dolo, em especial sobre a velocidade do veículo adquirido e seu consumo de combustível, e tal demanda seja rejeitada. Se o mesmo autor postulasse nova demanda de anulabilidade, agora ao fundamento do dolo sobre problemas no sistema de frenagem do veículo, a coisa julgada seria óbice ao julgamento do mérito da segunda demanda. Todavia, em outro exemplo, o processualista ilustra a alteração da causa de pedir suficiente à não incidência da eficácia preclusiva, se o autor postula nova demanda de anulabilidade do contrato, agora fundamentando seu pedido em coação⁴⁷⁷.

A eficácia preclusiva da coisa julgada, portanto, impede a rediscussão do que foi decidido no julgamento do mérito e que diga respeito à mesma causa de pedir apresentada como fundamento da ação. Ela repele as alegações deduzidas e que, por qualquer razão, não foram objeto de decisão, mas também rechaça as alegações que poderiam ter sido deduzidas em relação à mesma causa de pedir, seja como fundamento da ação ou da defesa.

É nesse sentido a afirmação da doutrina sobre as chamadas “causas internas”. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que “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”⁴⁷⁸.

Não há dúvida de que essa é uma teoria que restringe o âmbito de aplicação da eficácia preclusiva da coisa julgada. Mas, é aquela que tem a melhor aderência ao ordenamento brasileiro.

A adoção de outras premissas legislativas certamente pode conduzir a resultados diversos.

⁴⁷⁷ SILVA, Ricardo Alexandre da. Tese de doutorado.

⁴⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. Novo curso... Op. cit., v. II, p. 638.

Giovanni Bonato demonstrou uma tendência europeia de ampliação da eficácia preclusiva⁴⁷⁹.

Um dos principais exemplos europeus é a reforma ocorrida na Ley de Enjuiciamiento espanhola, do ano 2000, que alterou o seu artigo 400. O novo dispositivo passa a exigir do autor o ônus da concentração de todas as causas de pedir relativas ao mesmo pedido em uma só ação⁴⁸⁰.

Ora, o direito brasileiro desconhece regra parecida⁴⁸¹.

Giovanni Bonato ressalta também uma nova tendência na França em favor da concentração de demandas, a partir do julgamento de acórdão em razão de decisão da Corte de Cassação sobre o célebre Caso n. 540, conhecido como caso “Cesareo”⁴⁸².

Em resumo, o conselheiro da Corte, Tony Moussa sustentou mudança de sentido interpretativo para reconhecer que alteração de fundamento jurídico permite nova demanda, sem o óbice da coisa julgada. Isso fez com que, a partir de tal julgamento, a parte deve

⁴⁷⁹ BONATO, Giovanni. Algumas considerações... Op. cit., p. 136.

⁴⁸⁰ 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. Em tradução livre: “Artigo 400 Preclusão da alegação de fatos e fundamentos jurídicos. 1. Quando o que se pede na demanda pode fundar-se em diferentes fatos ou em distintos fundamentos ou títulos jurídicos, terão de aduzir-se nela quantos resultem conhecidos ou possam invocar-se ao tempo de interpô-la, sem que seja admissível reservar sua alegação para um processo ulterior. O ônus da alegação a que se refere o parágrafo anterior se estenderá sem prejuízo das alegações complementares ou de fatos novos ou de nova notícia permitida nessa lei em momentos posteriores à demanda e à contestação. 2. De conformidade com o disposto no apartado anterior, para efeitos de litispendência e coisa julgada, os fatos e fundamentos jurídicos aduzidos em um litígio se considerarão os mesmos que os alegados em outro juízo anterior se tivessem podido alegá-los nesse”. Veja-se ainda a lição de Andrés de la Oliva Santos sobre o dispositivo: SANTOS, Andrés de la Oliva. Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil (2005), p. 64/65.

⁴⁸¹ Relembre-se apenas a revogação expressa pelo Código de Processo Civil de 2015 de regra existente na Lei de Concorrência que dispunha da obrigatoriedade de dedução de todas as causas de pedir relativas ao mesmo pedido de anulação de registro de marca ou patente, em especial o art. 98, §4º, da Lei n. 12.529/2011.

⁴⁸² BONATO, Giovanni. Algumas considerações... Op. cit., p. 137.

concentrar todas as questões já na primeira ação, pois, não poderá o fazer em demanda posterior⁴⁸³.

Ainda, na Itália, Bonato afirma que a doutrina majoritária entende englobadas, na eficácia preclusiva, todas as causas de pedir capazes de fundamentar a pretensão. Isso faz todo o sentido no direito italiano que, sobre a causa de pedir, adota a Teoria da Individuação, e faz com que eficácia preclusiva alcance tudo o que se referir ao direito discutido (*titolo della domanda*)⁴⁸⁴.

Não se olvide, portanto, que no Brasil é de se entender pela restrição da eficácia preclusiva da coisa julgada à luz da tríplice identidade. Assim, somente as alegações e fundamentos sobre os quais não houve decisão, tenham sido elas afirmadas em juízo ou não, é que ficam acobertados pela coisa julgada em sua modalidade preclusiva, desde que digam respeito à mesma causa de pedir.

Mas, e qual é a relação existente entre eficácia preclusiva e a coisa julgada sobre questão prejudicial? Em que sentido tais institutos se relacionam?

Em primeiro lugar, é de se apontar que não é possível falar em eficácia preclusiva da coisa julgada sobre questão prejudicial. Isso porque, como visto, o contraditório efetivo, à luz da *full and fair litigation*, é requisito para a formação da coisa julgada sobre questão. E, dessa forma, as alegações que poderiam ser deduzidas na apreciação da questão, mas que, por qualquer razão, não foram deduzidas, não podem se entender como repelidas, uma vez que a não amplitude do julgamento sobre a questão impede a formação de coisa julgada sobre ela. Da mesma forma acontece com as alegações que foram deduzidas, mas sobre as quais não houve pronunciamento judicial. Não se olvide que a formação de coisa julgada sobre a questão exige expressa decisão.

Em segundo lugar, a coisa julgada sobre questão prejudicial agrega-se à eficácia preclusiva como elemento que promove segurança jurídica. Especialmente ao se recordar que

⁴⁸³ 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.

⁴⁸⁴ BONATO, Giovanni. Algumas considerações... Op. cit. p. 138.

a coisa julgada sobre questão pode ser utilizada em benefício de terceiro, o que não ocorre com a eficácia preclusiva.

Veja-se o seguinte exemplo. Em uma determinada ação, o autor postula o pagamento de uma parcela decorrente de um contrato de compra e venda de uma máquina agrícola celebrado com o réu, alegando sua inadimplência. O réu, em sua defesa, alega a anulabilidade do contrato, fundamentando sua alegação em dolo do autor, que escondeu do réu, propositalmente, um defeito na máquina que a deixou sem funcionamento. O juiz julga a ação improcedente a ação, acolhendo a exceção substancial trazida pelo réu. O autor recorre, a decisão é mantida pelo tribunal e transita em julgado.

Em outra ação, o mesmo autor postula o cumprimento de outra obrigação, decorrente do mesmo contrato e em face do mesmo réu. O questionamento é: a improcedência da primeira ação, com força de coisa julgada impõe a extinção do processo da segunda demanda?

No regime do CPC de 1973 a resposta é negativa. Isso porque, como se trata de nova causa de pedir (outra obrigação, ainda que decorrente do mesmo contrato), não há coisa julgada, pois se está diante de ações diferentes. E, assim, será possível existirem, em potencial, decisões contraditórias sobre a mesma questão (validade do contrato).

Porém, no CPC de 2015, a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial (anulabilidade do contrato) impedirá o julgamento de mérito da segunda demanda, o que impedirá igualmente a existência de decisões contraditórias sobre a validade do contrato.

Mas, e a eficácia preclusiva da coisa julgada?

Em continuidade à análise do exemplo acima, imagine-se que, agora, a primeira demanda seja julgada procedente. Em especial, que o juiz tivesse afastado a alegação de anulabilidade. O réu recorreu e o tribunal manteve a sentença que, ao final, transita em julgado.

Na segunda demanda, o réu alega tanto a anulabilidade, e, também a exceção de contrato não cumprido, afirmando que o autor não cumpriu prestação que lhe cabia e que, em razão disso, o contrato não seria exigível. O questionamento é: o réu poderá fazer tais alegações, ou elas estão cobertas por alguma forma de estabilidade?

No CPC de 1973, ambas as alegações não poderão ser feitas pelo

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, 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 invalidade⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada... Op. cit., p. 75. Andrés la Oliva SANTOS, Op. cit., p. 247 e ss., critica a noção de limites temporais.

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 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 julgada⁴⁸⁶. Essa assertiva é válida tanto para o capítulo decisório concernente à questão principal, quanto para aqueles relacionados às questões prejudiciais.

CONCLUSÕES E 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”⁴⁸⁷537.

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.

⁴⁸⁶ Idem, p. 91 e ss.

⁴⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do direito processual civil, p. 12.

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 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 aceitáveis⁴⁸⁸. 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 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:

- (a) O processo civil brasileiro antes da Constituição de 1988 é marcado por valores liberais, dentre eles a liberdade individual e isso se reflete de forma decisiva no

⁴⁸⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, v. I, p. 519. Do mesmo autor, *Principii di diritto processuale civile*, p. 1.153/1.154.

sentido de que são as partes que determinam os limites e contornos do *thema decidendum*;

- (b) O *thema decidendum* pode ser definido como o mérito do processo, e é conformado por atos processuais praticados por autor, réu e terceiros que eventualmente intervenham no processo;
- (c) A não obrigatoriedade de dedução de todas as causas de pedir que podem ser fundamentos de um mesmo pedido ou de dedução de todos pedidos decorrentes da mesma causa de pedir é expressão da liberdade individual no processo;
- (d) A possibilidade de dedução de ações cumuláveis em processos diversos pode levar a decisões contraditórias sobre o mesmo fundamento ou sobre a mesma questão, o que não acontece somente nos casos em que há causas de pedir múltiplas a fundar pedido único;
- (e) A possibilidade de decisões contraditórias sobre mesmo fundamento ou questão é admitida pelo processo civil no Código de Processo Civil de 1973 e representa um conflito entre liberdade individual e segurança jurídica, que é resolvido com a prevalência daquela primeira sobre essa última;
- (f) A forma como a doutrina explica a prevalência da liberdade individual em face da segurança jurídica, de forma a tentar manter essa última inviolada, não tem fundamento científico e tampouco prático, pois é explicada somente a partir da perspectiva legislativa;
- (g) No processo civil do Estado Constitucional, não se admite uma prevalência absoluta da liberdade individual sobre a segurança jurídica, pois essa última também tem status de garantia fundamental e consubstancia-se elemento indispensável do devido processo justo, exigindo-se coerência do discurso jurídico para tanto;
- (h) As mudanças empreendidas no Código de Processo Civil de 2015 no regime da coisa julgada, em especial no sentido da formação, como regra, de coisa julgada sobre questão prejudicial resolve, quando incidente, o conflito entre liberdade individual e segurança jurídica, sem representar uma anulação daquela primeira;

- (i) Os problemas e questionamentos acerca de interpretações possíveis a partir das normas estatuídas no regime da coisa julgada devem ter suas soluções buscadas a partir de uma perspectiva principiológica;
- (j) O fundamento da coisa julgada não pode mais ser visto somente a partir da segurança jurídica, mas também da eficiência do Poder Judiciário, da economia processual e da boa-fé objetiva;
- (k) 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);
- (l) 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);
- (m) a indicação, no dispositivo da decisão, da questão prejudicial decidida, é recomendável, mas não imprescindível, para que ela seja atingida pela coisa julgada;
- (n) 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;
- (o) quando houver revelia não se caracteriza questão, de modo que o não comparecimento do revel impede a estabilização, pela coisa julgada, da matéria prejudicial; 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; 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;

- (p) 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);
- (q) 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;
- (r) 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;
- (s) não há interesse processual no ajuizamento de ação declaratória incidental para a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais;
- (t) só há interesse no ajuizamento de reconvenção quando a pretensão do réu não puder ser obtida pela contestação;
- (u) 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;
- (v) 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;
- (w) 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;
- (x) é cabível ação rescisória para a desconstituição da res judicata formada sobre questão prejudicial.

- (y) A formação de coisa julgada sobre questão prejudicial também pode ser estendida subjetivamente para beneficiar terceiros, na forma do artigo 506, do CPC de 2015, assim como a coisa julgada da questão principal;
- (z) O artigo 506, do CPC de 2015, a natureza jurídica no plano processual da coisa julgada nos casos de extensão subjetiva dela em favor de terceiros, hipótese em que ela deixa de ser pressuposto processual negativo e passa a ser de observância obrigatória para juízos futuros, impedindo a parte derrotada no julgamento anterior sobre a questão principal ou prejudicial decidida discutir a mesma questão em processos futuros.

REFERÊNCIAS

ALLORIO, Enrico. *Per una Teoria Dell'oggetto Dell'accertamento Giudiziale*, Jus, 1955.

_____. *Problemas de Derecho Procesal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1963.

ALVIM, Arruda. *Ação declaratória incidental*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais Processo Civil*. v. II. São Paulo: RT, 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: RT, 2000.

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Reflexões sobre o princípio da demanda*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (Org.). *Processo e Constituição*. São Paulo: RT, 2006, p. 587-603.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998.

_____. *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.

BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907.

BELLAVITIS, Mario. *L'identificazione delle Azioni*, 2ª ed. Padova: Litotipo Ed. Univ., 1924.

BERZOSA FRANCOS, Maria Victoria. *Demanda, Causa Petendi y Objeto del Proceso*. Cordoba: Almendro, 1984.

BETTI, Emilio. *Ragione e azione*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: 1932, v. 9, p. 205-237.

_____. *Diritto Processuale Civile Italiano*, 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936.

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: RT, jul./dez. 2015, p. 121-143.

BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. *Da lide: estudo sobre o objeto litigioso*. In: _____. Estudos e pareceres de direito processual civil. São Paulo: RT, 2002, p. 72-132.

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: RT, 2015, p. 1.280-1.310.

_____. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*. In: _____. Opere Giuridiche. Napoli: Morano Editore, 1965.

CANOVA, Augusto Cerino. *Commentario del codice di procedura civile. v. II. t. I*. Torino: UTET, 1980.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.

_____. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1959.

_____. *Capo di Sentenza*. Rivista di diritto processuale civile. Padova: CEDAM, 1933, n. 2. p. 117-131.

_____. *Lezioni del diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1986.

_____. *Sistema del diritto processuale civile*. Milano: Padova, 1938.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1933.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965.

_____. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Objeto Litigioso De Lent a Habscheid e Jauerning*. In: Revista Brasileira de Direito Processual, 19, 1959.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro. v. III. 2. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. *Manual elementar de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

DA CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. *Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada*. Revista de Processo. São Paulo: RT, set/2008, n. 33, p. 359-375.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir*. São Paulo: RT, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência*. Revista de Processo. São Paulo: RT, set/2013, n. 223, p. 87-100.

_____. *Curso de direito processual civil*. 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/>)

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Capítulos de sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1936.

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

_____. *Extinção do processo e mérito da causa*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais Processo Civil*. v. VI. São Paulo: RT, 2011, p. 351-387.

FAZZALARI, Elio. *Note in Tema di Diritto e Processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

- FENOLL, Jordi Nieva. *Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2016.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1988.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991.
- FERRI, Corrado. *Struttura del Processo e Modificazione della Domanda*. Padova: Cedam, 1975.
- 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.
- GIANNOZZI, Giancarlo. *La Modificazione della Domanda nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 1958.
- GIORGETTI, Mariacarla. *Il principio de variabilità nell'oggetto del giudizio*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1936.
- 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.
- HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: Cedam, 1937.
- LAZZARINI, Alexandre Alves. *A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução da união estável*. 1.ed. 2. tir. São Paulo: RT, 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: RT, 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.

_____. *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.

_____. *Manuale di diritto processo civile*. Terza edizione. Milano: Giuffrè, 1973.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *A extensão da coisa julgada às questões apreciadas na motivação da sentença*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 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.

LOPES, João Batista. *Ação declaratória incidental*. 3 ed. São Paulo: RT, 1991.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil*. *Revista de processo*. São Paulo: RT, fev./2016, v. 252, p. 79-110 (disponível em <http://www.rtonline.com.br/>)

MANDRIOLI, Crisanto. *Riflessioni in tema di "petitum" e di "causa petendi"*. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1984, n. 3, p. 465-480.

_____. *Corso di Diritto Processuale Civile*. 6ª ed., Torino: Giappichelli, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 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*. RT. dez./2015, v. 962, p. 131-151 (disponível em

<http://www.rtonline.com.br/>).

_____. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: RT, 1993.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed.. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3 ed. São Paulo: RT, 2017.

_____; _____. *Novo curso de processo civil*. 3 ed. São Paulo: RT, 2017.

MENCHINI, Sergio. *Il giudicato civile*. Torino: Utet, 1988.

MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963.

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: RT, 2005, p. 97-154.

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.

MITIDIERO, Daniel. *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, nov./dez. 2006, p. 51-78.

_____. *Colaboração no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional*. Revista de Processo, São Paulo, n 229, p.51-74, 2014.

_____. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo, São Paulo, n. 83, p.165-194, 2010.

MONTEIRO, João. *Theoria do processo civil e comercial*. 2 ed. São Paulo: Duprat & Comp, 1905.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1985, n. 40.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1967.

_____. *Temas de Direito Processual. Primeira Série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Temas de Direito Processual. Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 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.

OSNA, Gustavo. *Processo civil, Cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017.

PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacuccia, 1982.

_____. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 4. ed. Napoli: Jovene Editore, 2002.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

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

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: RT, 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: RT, 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.

RISPOLI, Arturo. *Ancora sul Concetto di Causa Petendi*, *'Archivio di Ricerche Giuridiche*. Roma: Studio di Ricerche Giuridiche Degli Avvocati, 1954.

ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil. t. II*. Buenos Aires: EJE, 1955.

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: RT, 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: RT, 2011, p. 81-104.

SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Navarra: Thomson Civitas, 2005.

SATTA, Salvatore. *Accertamento incidentale*. In: CALASSO, Francesco (Coord). *Enciclopedia del diritto*. v. I. Varese: Giuffrè, 1958, p. 243-246.

SAVIGNY, F. Carl von. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Trad. it. Vittorio Scialoja, vol. 5, Torino: Un. Tip. Ed., 1893.

SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1968.

SEGRÉ, Tullio. *La Causa Petendi Nell'identificazione della Domanda*. Giurisprudenza Italiana, 1958, parte I.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Sentença e Coisa Julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais*. Tese de Doutorado apresentada junto ao PPGD-UFPR. Curitiba: 2016. Disponível em: (<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46316/R%20%20T%20%20RICARDO%20ALEXANDRE%20DA%20SILVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

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.

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: RT, 2005.

_____. *Saneamento do processo*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais Processo Civil*. v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 281-328.

TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

TARUFFO, Michele. *Collateral estoppel e giudicato sulle questione. parte II*. Rivista di diritto processuale. Padova: Cedam, 1972, p. 272-300.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 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.

VERDE, Giovanni. *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizibilità*. Rivista de diretto processuale. Padova: Cedam, 1989, p. 175-180.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 14. ed. São Paulo: RT, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro*. Revista de processo. São Paulo: RT, abril/2014, v. 230, p. 75-89 (disponível em <http://www.rtonline.com.br/>)

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.