

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MURILO CARRARA GUEDES

LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA: SEGURANÇA JURÍDICA PELA
DECISÃO DE QUESTÕES PREJUDICIAIS

CURITIBA

2022

MURILO CARRARA GUEDES

LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA: SEGURANÇA JURÍDICA PELA
DECISÃO DE QUESTÕES PREJUDICIAIS

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, na área Direito, Tutela e Efetividade.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2022

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Guedes, Murilo Carrara

Limites objetivos da coisa julgada: segurança jurídica
pela decisão de questões prejudiciais / Murilo Carrara
Guedes. – Curitiba, 2022.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-
graduação em Direito.

Orientador: Sérgio Cruz Arenhart.

1. Coisa julgada. 2. Segurança jurídica. I. Arenhart,
Sérgio Cruz. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.



ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia trinta de março de dois mil e vinte e dois às 10:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **MURILO CARRARA GUEDES**, intitulada: **LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA: SEGURANÇA JURÍDICA PELA DECISÃO DE QUESTÕES PREJUDICIAIS**, sob orientação do Prof. Dr. SERGIO CRUZ ARENHART. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: SERGIO CRUZ ARENHART (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), RICARDO ALEXANDRE DA SILVA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre 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, SERGIO CRUZ ARENHART, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 30 de Março de 2022.

Assinatura Eletrônica

12/04/2022 10:58:50.0

SERGIO CRUZ ARENHART

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

12/04/2022 11:53:55.0

RICARDO ALEXANDRE DA SILVA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

12/04/2022 16:53:27.0

CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **MURILO CARRARA GUEDES** intitulada: **LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA: SEGURANÇA JURÍDICA PELA DECISÃO DE QUESTÕES PREJUDICIAIS**, sob orientação do Prof. Dr. SERGIO CRUZ ARENHART, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre 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, 30 de Março de 2022.

Assinatura Eletrônica

12/04/2022 10:58:50.0

SERGIO CRUZ ARENHART

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

12/04/2022 11:53:55.0

RICARDO ALEXANDRE DA SILVA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

12/04/2022 16:53:27.0

CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Praça Santos Andrade, 50 - CURITIBA - Paraná - Brasil
CEP 80020300 - Tel: (41) 3310-2739 - E-mail: ppgrufpr@gmail.com

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.

Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 174228

Para autenticar este documento/assinatura, acesse <https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp>
e insira o código 174228

Para minha esposa Akemi e meus filhos Daniela e Eduardo.

Para meus pais Maria e Madiel.

Para meu irmão Danilo.

AGRADECIMENTOS

O processo de escrita é solitário. Em meu caso, contudo, essa afirmação é parcialmente verdadeira. Ao longo de todo o processo de elaboração desta dissertação sempre estive muito bem acompanhado por uma sinfonia ao fundo: as risadas dos meus filhos, Dani e Dudu, e da minha esposa, Akemi. Elas sempre me lembravam que, ao fim do dia, tudo ficaria bem na companhia deles. E sempre foi assim. À minha esposa, Akemi, um particular agradecimento: obrigado não só por estar presente comigo nessa caminhada, mas, acima de tudo, agradeço por ser, mais do que estar, sempre muito presente na vida dos nossos filhos. Sem você ao meu lado, nada disso seria possível. Agradeço a Deus pela família que tenho e por me permitir estar diariamente ao lado dela.

Ao lado dos meus filhos e da minha esposa, agradeço aos meus pais, Maria e Madiel, por nunca medirem esforços para que eu tivesse acesso a uma educação de qualidade desde o início de minha formação. Muitos foram os sacrifícios e espero tê-los feito valer a pena. Agradeço, também, ao meu irmão Danilo, exemplo de profissional que, apesar de trabalhar em área completamente diversa, sempre foi um referencial de dedicação, empenho e competência.

A vida também me permitiu fazer dois grandes amigos, João Augusto e Fausto Vizoni, amizade essa já vintenária. Os diálogos frequentes, um pouco afetados nos últimos anos, não pela distância, mas por uma pandemia, ajudaram-me a transpor as adversidades não apenas acadêmicas.

Os momentos de preocupação, muitos por sinal, passaram. A alegria por ter logrado êxito nesse desafio não seria possível sem o apoio de todos vocês!

Ao longo do mestrado fiz amigos. Com dois deles, Luís e Arthur, partilhei frustrações e conquistas. Com o Luís tive o prazer de compartilhar uma publicação. Mas não posso olvidar de outro grande amigo, Paulo Mazini, a quem muito devo por estar sempre disposto a me auxiliar, mesmo quando não nos conhecíamos. A tão almejada aprovação nesse difícil processo seletivo da UFPR também só foi possível pela generosidade de Caio Cesar Bueno Schinemann, que, também sem me conhecer, não hesitou em me ajudar quando precisei.

Nesta etapa final do mestrado, dedicada à escrita da dissertação, estendo meus agradecimentos ao Professor Ricardo Alexandre da Silva, que, apesar de seus múltiplos afazeres, encontrou tempo para dialogar sobre o tema da coisa julgada.

Agradeço a todos os professores da Universidade Federal do Paraná pelos ensinamentos ao longo dos últimos dois anos, notadamente aos Professores Doutores Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Guilherme Marinoni, Eduardo Talamini, Clayton de Albuquerque

Maranhão, Sérgio Said Staut Júnior, Estefania Maria de Queiroz Barboza, Ilton Norberto Robl Filho, Fabricio Ricardo de Limas Tomio, César Antônio Serbena, Miguel Gualano de Godoy.

Ao Professor Sérgio Cruz Arenhart, em particular, a quem acompanho há anos, todos os elogios são merecidos. Professor gentil, acessível, cativante, profundo conhecedor do Direito, não apenas do processo civil. Agradeço por ter me admitido como seu orientando e, também, por permitir, muito antes, quando o mestrado ainda era um sonho, que eu frequentasse suas aulas. Não fosse sua generosidade, talvez o sonho não tivesse virado realidade. Todas as tentativas frustradas de aprovação foram recompensadas pela certeza, agora irrefutável, de que a obstinação em tê-lo como orientador valeu a pena.

RESUMO

O presente trabalho visa estudar os limites objetivos da coisa julgada à luz da redação do art. 503, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil. Busca-se delinear os contornos da decisão sobre questões prejudiciais e, ao mesmo tempo, tem-se uma preocupação com a densificação de seus pressupostos. Nessa trajetória, a coisa julgada é analisada enquanto instituto que se conecta com a segurança jurídica e com a própria construção de uma sociedade democrática. Seus propósitos estão relacionados com a edificação de um arquétipo estabilizador seguro, objetivo, voltado para impedir a rediscussão de matérias já decididas e, com isso, conferir previsibilidade à sociedade. Não só isso: a coerência do Direito, a harmonia entre as decisões judiciais e a redução da litigiosidade são, também, vetores que orientam / justificam a coisa julgada sobre a decisão de questões prejudiciais. Mesmo que o evoluer social e a evolução do próprio Direito tenham feito emergir novos modelos estabilizadores, a coisa julgada ainda mantém sua relevância. Tanto é assim que o próprio Legislador, ao invés de restringir sua incidência, ampliou sua ocorrência para a decisão de questões prejudiciais. A prejudicialidade, pois, conjugada com o contraditório, a competência, a cognição e a atividade probatória, ocupam papel central nessa conjuntura e impõem um olhar metódico. Ao fim desse estudo, o que se observa é que a coisa julgada sobre questões prejudiciais, quando presentes os seus pressupostos, mostra-se uma ferramenta importante para a consolidação de uma sociedade mais segura e com decisões mais previsíveis.

Palavras-chave: Segurança jurídica, estabilização, coisa julgada, questão prejudicial

ABSTRACT

The present study aims to study the objective limits of *res judicata* in the light of the wording of art. 503, §§ 1 and 2 of the Civil Procedure Code. It seeks to outline the contours of the decision on issues preclusion and, at the same time, there is a concern with the densification of its standards. In this trajectory, *res judicata* is analyzed as an institute that connects with judicial security and with the very construction of a democratic society. Its purposes are related with the construction of a safe and objective stabilizer archetype, meant to prevent a re-discussion of already decided matters and, with that, give previsibility to society. Not only that: the coherence of Law, the harmony between judicial rulings and the reduction of litigation are, also, vectors that orient/justify *res judicata* about rulings of prejudicial questions. Even if the social evolve and the evolution of Law itself gave cause to new stabilizer models, *res judicata* still maintains its relevance. So much so that the Lawmaker himself, instead of restricting its incidence, has widened its occurrence to rulings of issue preclusion. Prejudiciality, combined with contradictory, competence, cognition and evidentiary activity, occupy a central role in this conjuncture and exercise a meticulous look. At the end of this study, what is observed is that *res judicata* over issue preclusion, when present its requisites, proves to be an important tool for the realization of a safer society and more predictable rulings.

Keywords: Legal certainty, stabilization, *res judicata*, issue preclusion

LISTA DE ABREVIACÕES

CPC: Código de processo civil.

CF: Constituio Federal.

ART.: Artigo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
 CAPÍTULO I.....	14
SEGURANÇA JURÍDICA E O PROCESSO CIVIL	14
1. Segurança das (nas) relações humanas: uma preocupação milenar.....	14
2. Segurança das (nas) decisões judiciais: primeira aproximação.	16
3. Segurança jurídica e sua modelagem: de um passado imutável a uma realidade dinâmica.	20
3.1. Segurança jurídica e sua densificação.	22
 CAPÍTULO II.....	25
DA COISA JULGADA	25
1. Retomando algumas premissas da coisa julgada.....	25
2. PELO RETROVISOR DA HISTÓRIA.....	26
3. Natureza jurídica da coisa julgada: verdade, ficção, certeza.....	30
3.1. Teorias materiais.....	31
3.1.1. Teoria da Presunção da Verdade (Pothier).	31
3.1.2. Teoria da Ficção de Verdade (Savigny)	31
3.2. Teorias processuais.	33
3.2.1. Teoria da Extinção da Obrigação Jurisdicional (Ugo Rocco).	33
3.2.2. Teoria da eficácia da declaração (Konrad Hellwig).	35
4. Afinal, o que é a coisa julgada e qual é o seu núcleo essencial?	37
5. O que pensam Chiovenda e Liebman sobre a coisa julgada?.....	38
5.1. O pensamento de Giuseppe Chiovenda	38
5.2. O pensamento de Enrico Tullio Liebman.....	43
6. E no Brasil? O que pensam José Carlos Barbosa Moreira e Ovídio Baptista da Silva?	46
6.1. Ainda no Brasil: a tese de Antônio do Passo Cabral e a tese de Luiz Guilherme Marinoni.	52
6.1.1. A tese de Antônio do Passo Cabral.	52
6.1.2. A tese de Luiz Guilherme Marinoni.	55
 CAPÍTULO III	58
AINDA SOBRE A COISA JULGADA	58

1. Desdobramentos da coisa julgada: coisa julgada formal, coisa julgada material, efeito preclusivo da coisa julgada, efeitos positivo ou negativo da coisa julgada.....	58
1.1. Coisa julgada formal e coisa julgada material.....	58
1.2. Efeito preclusivo da coisa julgada.....	60
1.3. Efeito positivo ou negativo da coisa julgada.....	64
2. Limites da coisa julgada: territoriais, temporais, subjetivos e objetivos.....	65
2.1. Coisa julgada no espaço.....	65
2.2. Coisa julgada no tempo.....	68
2.3. Limites subjetivos.....	75
2.3.1. Uma breve digressão sobre as principais teorias acerca dos limites subjetivos da coisa julgada.....	75
2.3.2. Os limites subjetivos da coisa julgada na realidade brasileira.....	77
2.4. Limites objetivos da coisa julgada: primeira aproximação.....	81
3. Críticas à coisa julgada: o começo de uma nova Era?.....	82
3.1. Coisa julgada e as contradições lógicas: um problema inevitável?.....	82
3.2. E as críticas continuam: pela superação do binômio imutabilidade-indiscutibilidade e mais.....	83
4. Estamos presenciando o ocaso da coisa julgada?.....	88
 CAPÍTULO IV.....	 98
OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO E PREJUDICIALIDADE.....	98
1. Objeto do processo, objeto litigioso do processo e objeto da cognição.....	98
2. Objeto litigioso: seis hipóteses.....	101
2.1. Mérito como questões de mérito.....	101
2.2. Mérito como demanda (Chiovenda).....	103
2.3. Mérito como relação jurídica controvertida.....	104
2.4. Mérito como lide (Carlenutti).....	105
2.5. Mérito como situação jurídica substancial afirmada em juízo.....	107
2.6. Mérito como pretensão.....	108
3. Objeto litigioso do processo, princípio da demanda e princípio da congruência.....	109
3.1. Objeto litigioso e causa de pedir.....	111
4. O direito de defesa e seus (possíveis) reflexos sobre o objeto litigioso do processo.....	117
5. DA PREJUDICIALIDADE.....	120
6. Primeiras distinções: ponto, questão e causa prejudiciais.....	120

7. Questões prévias, questões preliminares e questões prejudiciais: estremando conceitos para evitar equívocos.	124
8. Elementos da prejudicialidade: antecedência lógica (ou dependência racional), necessariedade (essencialidade ou interdependência) e autonomia?	130
9. Espécies de prejudicialidade.....	140
9.1. Prejudicialidade interna e externa.....	140
9.2. Prejudicialidade lógica e jurídica	141
9.3. Prejudicialidade enquanto vínculo jurídico.....	143
 CAPÍTULO V.....	144
LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA	144
1. Retomando algumas premissas e abrindo as janelas para a análise do direito comparado.....	144
2. Breves considerações sobre a estabilização das decisões judiciais no direito estrangeiro.	145
2.1. Coisa julgada no direito italiano.	145
2.2. Coisa julgada no direito espanhol.....	149
3. Coisa julgada no direito estadunidense.....	153
3.1. Algumas ponderações sobre o instituto do estoppel.....	154
3.2. A regra da mutualidade.....	156
3.3. Claim preclusion e issue preclusion.	160
3.4. Síntese conclusiva para estabilização das questões no direito estadunidense	163
4. Reverberação sobre o direito brasileiro.	164
4.1. O tratamento das questões prejudiciais nos códigos processuais de 1939 e de 1973.....	164
5. A prejudicialidade exigida pelo art. 503, § 1º, do CPC: o “problema” da doutrina do <i>necessary step</i>	166
5.1. Haverá coisa julgada na hipótese de pluralidade de questões prejudiciais?	168
5.2. Coisa julgada sobre questão prejudicial decidida em desfavor do vencedor.....	171
6. Exigência de decisão incidental e expressa.	172
7. Necessidade de contraditório prévio e efetivo.....	174
8. Competência absoluta do juiz para julgar a questão a título principal.	181
9. Ausência de restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.	184
9.1. Ausência de limitações à cognição e a coisa julgada sobre questões prejudiciais.....	184
9.2. Ausência de restrições probatórias e os reflexos na coisa julgada sobre questão.....	187
9.2.1. Restrições probatórias decorrentes de fontes negociais.....	190

9.2.2. Restrições probatórias decorrentes de fontes judiciais.	199
9.2.3. Tutela antecipatória antecedente e restrições à cognição.	200
10. Coisa julgada sobre questão e interesse recursal.	200
 CONCLUSÕES.....	 204
 BIBLIOGRAFIA	 208

INTRODUÇÃO

A maioria daqueles que buscam no Judiciário a solução para um conflito de interesses espera um julgamento célere, efetivo, adequado e seguro.

Diversos fatores auxiliam ou dificultam esse processo. Essa problemática, por si só, já mereceria um estudo específico. Muito singelamente, contudo, pode-se dizer que razões de ordem pessoal (contingente de pessoas para o volume de demandas) e orçamentária, aliadas ao quase irrestrito acesso ao Judiciário, fomentado por um fenômeno pouco racional e, por vezes desmedido, de demandas repetitivas, de filtros nem sempre efetivos para evitar a repetição de julgamentos idênticos e de uma já desgastada, porém muito enraizada, noção segundo a qual somente o que foi objeto de pedido das partes pode ser alcançado pela imutabilidade da coisa julgada concorrem para que o julgamento nem sempre corresponda ao esperado, vale dizer, nem sempre (para não dizer raras vezes) o processo será célere, efetivo, adequado e seguro.

Neste estudo, dedicar-se-á atenção ao elemento da segurança jurídica, com especial enfoque na coisa julgada, particularmente sob a ótica das questões prejudiciais.

A coisa julgada é um instituto presente em variados sistemas processuais. É um tema de alta indagação que desperta o interesse da doutrina, tanto daqui quanto do direito estrangeiro.

Além de seu *status* constitucional, a previsão expressa no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal (CF), de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, eleva o instituto ao patamar de direito fundamental e, por isso, impede sua abolição do nosso ordenamento (artigo 60, § 4º, IV, CF).

Trata-se, indubitavelmente, de uma faceta da segurança jurídica, que está predisposta à edificação de um sistema de justiça estável, valendo-se, para tanto, da imutabilidade e da inalterabilidade. Ainda que não seja mais o epicentro do sistema de estabilizações, pois coexiste com outros arquétipos estabilizadores, sua relevância é, ao menos majoritariamente, indiscutível. Expurgá-la do sistema jurídico não é uma opção que se repute possível, ou mesmo justificável.

O legislador infraconstitucional de 2015, firme nesse propósito, inseriu, no art. 503, §§ 1º e 2º do Código do Processo Civil (CPC), pressupostos que, uma vez presentes, autorizam a coisa julgada sobre a decisão de questão prejudicial. Ao invés de desidratar o instituto da coisa julgada, o CPC vigente trilhou caminho oposto e passou a admitir que sua ocorrência fosse subtraída ao princípio da demanda e incidisse sobre decisões não necessariamente previstas no dispositivo. Não que antes, sob a égide do CPC/73, uma decisão sobre questão prejudicial não pudesse alcançar, por outros meios, ares de imutabilidade e indiscutibilidade. Para tanto,

todavia, ela deveria ser apresentada como questão principal em uma ação declaratória incidental e ser objeto de decisão no dispositivo.

A partir dessas premissas, o presente trabalho analisa, no Capítulo I, a coisa julgada e suas imbricações com a segurança jurídica. São abordadas leituras modernas sobre a segurança jurídica e também não se descarta das teses que apresentam propostas para substituir a coisa julgada por um modelo mais fluido e dinâmico, assentado em uma vertente da segurança-continuidade.

Os Capítulos II e III são dedicados ao estudo da coisa julgada e de seus desdobramentos, além de serem abordadas e afastadas, em certa medida, algumas das críticas endereçadas ao instituto estabilizador ora sob análise.

Concluindo pela existência de argumentos favoráveis à manutenção do instituto da coisa julgada no sistema pátrio, no Capítulo IV o enfoque recai sobre o estudo do objeto litigioso do processo e sobre a prejudicialidade. São estudadas as correlações entre o pedido e a causa de pedir, as teorias da individuação e da substanciação e o conceito de mérito. No campo da prejudicialidade, analisam-se seus elementos e procura-se demonstrar que a conformação dada à questão prejudicial sob o pálio do CPC/73 precisa ser recalibrada para atender e potencializar a força estabilizante da coisa julgada.

Por fim, no Capítulo V, o telescópio é apontado para o campo dos limites objetivos da coisa julgada. Lá, ponderar-se-á que o novo regramento não apenas alterou essa lógica de estabilização do regime anterior, como também passou a dispensar pedido expresso das partes para julgamento da questão prejudicial. Ademais, verificar-se-á que a ocorrência da coisa julgada sobre a decisão da questão prejudicial está condicionada à presença dos seguintes fatores: i) que haja decisão expressa e incidental; ii) que dessa resolução dependa o julgamento do mérito; iii) que a seu respeito tenha havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; iv) que o juízo tenha competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal; v) que não haja restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

O tema possui desdobramentos que ecoam em várias frentes e que tocam em pontos essenciais do sistema de justiça: isonomia perante as decisões judiciais; coerência e harmonia das decisões judiciais; evitar a rediscussão de temas que já foram decididos; eficiência do sistema de justiça; otimização de recursos, humanos e econômicos; resgatar o prestígio das decisões judiciais e fortalecer a previsibilidade das decisões judiciais a fim de que as pessoas tenham mais segurança quanto aos seus futuros impactos.

Não bastasse isso, a preocupação desse estudo, além de analisar os principais meandros da coisa julgada sobre a questão prejudicial, também está voltada a verificar se, tal como postas, as hipóteses do art. 503, §§ 1º e 2º do CPC, representam um avanço na tutela dos direitos e contribuem para a edificação de um sistema de justiça seguro.

Nessa perspectiva, procurar-se-á demonstrar que a coisa julgada sobre questões prejudiciais converge para um modelo processual que redunde em ganhos em termos teóricos e práticos e que pode, a depender dos contornos, do direcionamento, da interpretação, da densificação ou da modelagem que se conferir aos seus requisitos, ser mais uma importante engrenagem na estruturação de um regime de estabilizações preocupado em resolver, com definitividade, a parcela do litígio que foi juridicizada, sem perder de mira que a boa-fé e a proibição de relitigação de uma questão já discutida e decidida são variáveis que devem ser observadas quando da elaboração de uma teoria da coisa julgada sobre questões.

Todas essas discussões que orbitam o tema da coisa julgada apenas reforçam que o instituto ainda mantém sua atualidade e merece ser objeto de estudo pela doutrina, para o que se espera contribuir com este trabalho. Logo, ao contrário do que disse Giuseppe CHIOVENDA¹ e aderindo à conclusão de Anissara TOSCAN, sobre a coisa julgada ainda há muito a ser dito².

¹ Nas palavras do professor italiano, “[...] della cosa giudicata dirò poche cose ed assai brevemente; perchè sul vastissimo tema poco ormai resta a dire, che non sia inutile.” (CHIOVENDA, Giuseppe. “Sulla cosa giudicata”, in **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993, vol. II, p. 399).

² A conclusão, ainda que com outras palavras, é feita por Anissara Toscan em sua tese de doutorado, defendida junto à Universidade Federal do Paraná - UFPR, no ano de 2021, ainda não disponível para consulta, mas que foi gentilmente cedida pela autora para este estudo: “[...]. E esse problema, subsistindo, embora perecíveis as fórmulas cogitáveis para se compreendê-lo, torna agora inevitável a conclusão de que, ao invés do que, em 1905, noticiou Giuseppe Chiovenda, *sobre a coisa julgada se haverá sempre o que dizer*.” (**Coisa julgada: contribuição para uma nova teoria**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná. Cedida pela autora. 2021, p. 508).

CAPÍTULO I

SEGURANÇA JURÍDICA E O PROCESSO CIVIL

1. SEGURANÇA DAS (NAS) RELAÇÕES HUMANAS: UMA PREOCUPAÇÃO MILENAR

A preocupação com a segurança das (nas) relações humanas não é uma característica exclusivamente contemporânea. Ao contrário, mesmo entre os povos da Antiguidade percebia-se, em certa medida e guardadas as devidas proporções, a tentativa, ainda que pela força, de assegurar a continuidade das relações, tivessem elas cunho social, político, religioso, patriarcal (familiar) e/ou jurídico.

Não se desconhece o abismo que separa a ideia contemporânea de segurança jurídica daquela que existia noutros séculos ou mesmo noutros milênios. Dizer isso é dizer o óbvio. O que se quer chamar a atenção, contudo, é para o fato de que o interesse (rudimentar, poder-se-ia dizer) pela manutenção da estabilidade das relações acompanha a humanidade desde seus primórdios, ainda que suas facetas tenham, com o tempo, passado por necessárias alterações.

Não seria exagero dizer que a segurança jurídica guarda estreita relação com a própria existência do Direito³, pois, em última análise, não se concebe a existência de um Direito que não se preste a conferir segurança jurídica à sociedade e às relações que regula⁴. Se o sistema

³ Esta correlação da segurança jurídica com a própria essência / existência do Direito é exposta assertivamente por Luis Recaséns Siches, de cuja obra se extrai que “Entiéndase bien que *la seguridad es el valor fundamental de lo jurídico, sin el cual no puede haber Derecho*; pero no es ni el único ni el supremo, pues en el Derecho deben plasmar una serie de valores de rango superior - justicia, utilidad común, etc. Ahora bien, aunque el Derecho se refiera a esos valores y encuentre, además, en ellos su justificación (en la medida en que los realice), no los contiene dentro de su concepto. Pero, en cambio, sí contiene ciertamente en su misma esencia formal la idea de seguridad. *Sin seguridad no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase*. Es verdad que, además, el Derecho debe ser justo, servir al bien común, etc. Si no lo hace, será injusto, estará injustificado, representará un malogro. Pero, en cambio, *si no representa un orden de seguridad, entonces no hay Derecho de ninguna clase*. La injusticia se opone a la justicia; el yerro en determinados fines se opone a la utilidad común; pero, en cambio, *la ausencia de seguridad niega la esencia misma de lo jurídico. La seguridad es el motivo radical o la razón de ser del Derecho*, pero no es su fin supremo. Este consiste en la realización de valores de rango superior. Claro que la seguridad es también un valor; pero en relación con la justicia es un valor inferior. Ahora bien, recuérdese que el cumplimiento de los valores inferiores condiciona la posibilidad de realización de los superiores. Así pues, hemos encontrado en la seguridad un sentido funcional del Derecho. Y este sentido funcional es un ingrediente de la esencia de lo jurídico, de su concepto universal...” - destaquei em itálico (SICHES, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofía del derecho**. 19ª ed. Mexico: Ed. Porrúa, 2008, pp. 224-225).

⁴ Neil MacCormick, ao trabalhar o Estado de Direito (*Rule of Law*), destaca a importância da segurança jurídica enquanto mecanismo para impedir a arbitrariedade estatal e sua relevância para o planejamento de vida dos cidadãos. A seguinte passagem bem retrata sua compreensão: “Where there is in some polity a body of established and acknowledged law that is supposed to govern the dealings of persons in all capacities in that polity, a strict observance of all those laws, especially their strict observance by those who hold governmental power, is of inestimable value. Where the law is faithfully observed, the Rule of Law obtains; and societies that live under the

de justiça de uma sociedade organizada e complexa não for estruturado para conferir segurança aos seus integrantes, fatalmente haverá inconsistências e, hora ou outra, todo o sistema ruirá, ou se perceberá a necessidade de se rearranjarem as bases normativas sobre as quais aquele sistema foi instituído para, assim, implementar-se mecanismos de estabilização. Não se ignora que o Direito tem outros escopos, que, por si só, mereceriam um estudo próprio, mas isso refoge ao propósito que aqui se pretende desenvolver.

Ainda nesta trilogia passado-presente-futuro, não se pode olvidar da influência romana no *civil law*. A própria coisa julgada⁵ tem fortes laços com o direito romano e dele carrega características que transcendem às codificações. Essa conexão ainda hoje é percebida, mas, ao lado dela, emergem novos modelos interpretativos que propõem uma abordagem revitalizada do fenômeno das estabilidades. O campo de incidência das estabilidades é bastante denso e permeado por diversos institutos, notadamente pelas preclusões e pela coisa julgada. Mas não é só: há estabilidades que não têm, ainda, uma nomenclatura específica - o que talvez nem mesmo seja necessário -, mas que transitam no sistema processual moderno, a exemplo da estabilidade decorrente da tutela antecipatória antecedente prevista no art. 304 do CPC.

A segurança também dialoga com outros valores importantes ao sistema jurídico, particularmente com a tutela da liberdade e da igualdade⁶. A coexistência desses três pilares - segurança, liberdade e igualdade - é o arcabouço mínimo que todo e qualquer sistema jurídico

Rule of Law enjoy great benefits by comparison with those that do not. The Rule of Law is a possible condition to be achieved under human governments. Among the values that it can secure, none is more important than legal certainty, except perhaps its stablemates, security of legal expectations and safety of the citizen from arbitrary interference by governments and their agents. For a society that achieves legal certainty and legal security enables its citizens to live autonomous lives in circumstances of mutual trust. Where the Rule of Law is observed, people can have reasonable certainty in advance concerning the rules and standards by which their conduct will be judged, and the requirements they must satisfy to give legal validity to their transactions. They can then have reasonable security in their expectations of the conduct of others, and in particular of those holding official positions under law.”. (MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005, pp. 15-16).

⁵ Apesar de já arraigada no sistema processual nacional, há quem advirta que a expressão coisa julgada deveria ser substituída por caso julgado ou mesmo por causa julgada. A esse respeito, esclarece Alexandre Freitas Câmara: “Vale registrar, aqui, que a denominação *coisa julgada*, muito tradicional na linguagem processual, não é exatamente a mais apropriada. É que o vocábulo *coisa*, na terminologia jurídica, designa os bens corpóreos, o que a coisa julgada definitivamente não é. Melhor seria que se usasse *caso julgado* (como se lê, por exemplo, no art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) ou, como parece preferível, *causa julgada*. Dever-se-ia, então, afirmar que se já há *causa julgada* (isto é, se a sentença deu à causa um julgamento final, não mais se admitindo recurso, e tendo ela adquirido, por força da lei, a estabilidade de que se está aqui a tratar), não seria possível ajuizar novamente a mesma demanda e, caso isto viesse a acontecer, o novo processo teria de ser extinto, sem resolução do mérito, por já estar aquela *causa julgada*.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015, p. 304).

⁶ Ricardo Alexandre da Silva aborda esses vínculos no capítulo 1 de seu livro **A nova dimensão da coisa julgada** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Luiz Guilherme Marinoni aponta esses três valores como princípios básicos do Estado Constitucional em diversas passagens de seu livro **Coisa Julgada sobre Questão**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 207.

deve almejar e, uma vez alcançado, jamais perder de vista, sob pena de os interesses dos envolvidos serem enfraquecidos em suas garantias básicas e fundamentais.

O propósito deste capítulo é, pois, sem a pretensão de esgotamento, abordar os principais desdobramentos da segurança jurídica, com particular enfoque na estabilidade decorrente da coisa julgada.

2. SEGURANÇA DAS (NAS) DECISÕES JUDICIAIS: PRIMEIRA APROXIMAÇÃO

Na Constituição Federal há mais de trinta menções à palavra segurança, mas, para os fins deste trabalho, destaca-se aquela inserida no artigo 5º, *caput*, especialmente para reforçar sua importância enquanto direito fundamental.

Já a locução *segurança jurídica* não está prevista expressamente no texto constitucional⁷. Tal ausência, todavia, não desnatura em nada sua importância, mesmo porque, na conjuntura jurídica moderna, a segurança jurídica alçou o patamar de princípio⁸, sendo sustentáculo de todo o regime de estabilidades, desde a preclusão à coisa julgada.

Já no CPC⁹ a segurança jurídica é expressamente mencionada em sete ocasiões.

No Brasil, o desenvolvimento de estudos a respeito da coisa julgada, em particular, sempre foi ancorado na doutrina italiana. LIEBMAN foi certamente o estudioso que mais influenciou a temática em solos brasileiros. Ocorre que, por apego à tradição¹⁰, o tema da coisa

⁷ O texto constitucional, contudo, por ocasião da emenda constitucional 45, trouxe, ao tratar das súmulas vinculantes, a locução *insegurança jurídica* no art. 103, § 1.º, da CF, onde se lê que a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave *insegurança jurídica* e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

⁸ A temática dos princípios, os critérios de distinção entre princípios e regras, a análise dos postulados e seus mecanismos de aplicação, são analisados por Humberto Ávila em seu livro **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2018.

⁹ Artigos 525, § 13; 535, § 6º; 927, §§ 3º e 4º; 976, II; 982, § 3º; 1029, § 4º.

¹⁰ Quanto ao peso da tradição, Antônio do Passo Cabral pondera que: “Não há dúvida tampouco que a tradição pesa e é importante, porque é através dela que os conceitos e as práticas do direito vão sendo transmitidos de geração em geração, adquirindo significação para a vida das pessoas e determinando inclusive os papéis sociais segundo os quais o indivíduo deverá enxergar a lei e as questões morais de comportamento. Nesse sentido, um modelo normativo de estabilidades não pode ser universal e eterno em sua configuração, mas depende da visão que, numa sociedade e em determinado tempo, pode-se ter de suas funções no sistema jurídico. Porém, nenhuma tradição é estática, e uma alteração sistêmica afigura-se possível porque a tradição muda e evolui. Não é porque os romanos utilizavam a *res iudicata* há três mil anos que este instituto será sempre o mais adequado para a solução dos problemas de hoje. Como lembra Nieva Fenoll, as sociedades contemporâneas avançadas têm outro ritmo e outras estruturas, que exigem a evolução dos institutos jurídicos.” (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 319).

julgada e, mais amplamente, o das estabilidades processuais, restou, por longo período, inalterado como se fosse um bloco monolítico.

Não se quer dizer, contudo, que os estudos sobre o instituto foram escassos e superficiais. Grande engano, isso porque a coisa julgada foi e continua a ser objeto de incontáveis análises. Mas a proliferação dos textos nem sempre foi acompanhada por revisões críticas e propositivas, a ponto de Giuseppe CHIOVENDA afirmar que “*della cosa giudicata dirò poche cose ed assai brevemente; perchè sul vastissimo tema poco ormai resta a dire, che non sia inutile.*”¹¹. Noutros termos, o estudo da coisa julgada parece ter sido acobertado, ele mesmo, pela imutabilidade e indiscutibilidade que se pretendia, por meio dela, assegurar às decisões de mérito. Muitas análises sobre o tema apenas reforçavam e repetiam as concepções dominantes.

A afirmação do mestre italiano, hoje, porém, parece exagerada, isto porque o devir sempre nos traz oportunidades para visitar conceitos e institutos, ora para ratificar seus fundamentos, ora para buscar novos horizontes, novas aplicações e compreensões até então desconhecidos.

No campo da coisa julgada, talvez valha a conclusão oposta àquela dita pelo professor italiano, vale dizer, *sobre a coisa julgada sempre haverá algo a ser dito*¹².

Prova disso é que a visão estanque da coisa julgada foi gradualmente sendo revista. Propostas críticas passaram a ecoar nos sistemas jurídicos e viu-se, enfim, a possibilidade, senão

¹¹ “da coisa julgada direi pouca coisa e muito brevemente; porque sobre o vastíssimo tema resta pouco a dizer, que não seja inútil.” – tradução livre. (CHIOVENDA, Giuseppe. “Sulla cosa giudicata”, op. cit., p. 399). A advertência demonstrou-se equivocada, tanto que o próprio Chiovenda, com mais profundidade, voltou ao tema por ocasião da obra “Cosa giudicata e preclusione”, in **Saggi di diritto processuale civile**, reimpressão da edição de Roma de 1931, vol. III, Milano, 1993, p. 231 ss. Tal preocupação também não foi ignorada por Jordi Nieva-Fenoll que não esconde sua surpresa diante de tal afirmação de Chiovenda: “Surpreende esta profecia do Mestre, com uma arrogância imprópria de sua doutrina, e que ademais contrasta com o fato de que ele mesmo, anos depois, publicaria outro estudo, ainda mais extenso, sobre a coisa julgada e preclusão, e também analisara o tema em sucessivas obras...” (NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. Tradução Antônio do Passo Cabral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 27).

¹² Nos dizeres de Anissara Toscan: “O desenvolvimento das teses propostas foi conduzido pela premissa do caráter provisório e perecível das formas assumidas pelo saber jurídico, o que nos revela, paradoxalmente, à permanência dos problemas maiores que lhes estejam à base. Por isso, como visto, o problema da coisa julgada coloca-se como algo a ser “compreendido” em sua (dupla) culturalidade, e não a ser “resolvido” – afinal, solucioná-lo implicaria sua própria negação. E esse problema, subsistindo, embora perecíveis as fórmulas cogitáveis para se compreendê-lo, torna agora inevitável a conclusão de que, ao invés do que, em 1905, noticiou Giuseppe Chiovenda, *sobre a coisa julgada se haverá sempre o que dizer*. Desse modo, reforçamos aqui a advertência, feita logo na introdução, de que o debate científico sobre a coisa julgada não pode ter por pretensão aquietar as discussões a respeito, e sim, pelo contrário, deve ser sempre reacendido e recolocado à prova, em um permanente controle de sua adesão com a experiência jurídica a partir da qual se exprima e das necessidades concretas a que pretenda servir...” (TOSCAN, Anissara. **Coisa julgada: contribuição para uma nova teoria**. Tese de doutorado. 2021, p. 508).

a necessidade, de revigorar as técnicas de análise da coisa julgada e, mais amplamente, do próprio fenômeno das estabilidades processuais.

Todo esse evoluir foi refletido no CPC/15 e pode ser observado, a título de exemplo, na disseminação das palavras estável e estabilidade no texto positivado, ou ainda, em institutos como o da estabilização da tutela antecipatória antecedente (art. 304, CPC), da coisa julgada sobre questões (art. 503, CPC) e no capítulo referente à organização e saneamento do processo (art. 357, § 1º, CPC).

Os vetores interpretativos das estabilidades processuais, ao menos nas últimas décadas, procuraram libertar-se das amarras que, desde sempre, tangenciaram a discussão, quando não representaram a única chave de interpretação.

Sem ignorar o peso do legado cultural, autores a exemplo de Humberto ÁVILA¹³, Antônio do Passo CABRAL¹⁴, Anissara TOSCAN¹⁵ e Luiz Guilherme MARINONI¹⁶ aportaram no cenário com novas abordagens, com propostas que, partindo de análises críticas das concepções clássicas, acrescentaram outras considerações e compreensões propositivas, para, ao fim e ao cabo, demonstrar que o regime de estabilidades, particularmente no campo processual, comporta, ou melhor, exige que se pense para além da coisa julgada¹⁷. Mas é importante frisar: pensar para além da coisa julgada não significa pensar, necessariamente, em um sistema sem coisa julgada.

O CPC não superou todas as barreiras possíveis nesse tormentoso campo da segurança jurídica - e das estabilidades -, algo compreensível, inclusive, pois, reitere-se, a força da herança cultural não pode ser simplesmente ignorada. Em verdade, o acervo cultural não é, necessariamente, um vilão, salvo quando se coloca como um empecilho às melhorias e evoluções. Seria muita ingenuidade imaginar que, de um código para outro, houvesse uma ruptura significativa. Sequer se defende que assim devesse sê-lo. Não se desconhece que as alterações são graduais e ocorrem, em grande medida, quando já sedimentadas na prática e na

¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros - JusPodivm, 2021.

¹⁴ Idem. E mais em CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

¹⁵ TOSCAN, Anissara. **Coisa julgada...**, op. cit.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

¹⁷ “Para trabalhar com o conceito de “estabilidades processuais”, deve-se, entretanto, afastar a suposição equivocada comum à quase integralidade da doutrina de matriz romano-germânica, de que a coisa julgada é a estabilidade processual “por excelência” (veja-se que, normalmente, as discussões sobre a estabilidade de um ato processual começam pelo questionamento de se aquela estabilidade é a coisa julgada ou não). Na verdade, a coisa julgada deveria ser entendida apenas como mais uma das inúmeras manifestações do fenômeno, uma das várias espécies de estabilidade processual.” (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 306).

cultura social¹⁸. Isso não significa dizer, contudo, que o Código não poderia ter sido mais ambicioso. De todo modo, o panorama das estabilidades processuais e da própria coisa julgada passou por transformações positivas, as quais, num horizonte não mais inimaginável, podem ser mais bem modeladas para acomodar a tutela dos direitos das pessoas, sempre com o olhar para a segurança jurídica e para evitar a relitigação, logo, a eternização / perenização dos litígios.

Enquanto gênero que agasalha variadas modalidades de estabilidades, a segurança jurídica nas, das e pelas decisões judiciais tem, por pedra de toque, a busca por previsibilidade e por escopo evitar que uma mesma questão já decidida seja novamente levada ao Judiciário.

Ainda não se logrou êxito em implementar um arquétipo processual ideal ou perfeito, alheio às críticas e que concilie integralmente os mais multifacetados interesses que orbitam o Direito. Talvez esse modelo sequer exista, pois a falibilidade é inerente a tudo o que é humano. Some-se a isso que o porvir é desconhecido e toda e qualquer arquitetura processual é incapaz de antevê-lo.

Apesar dessa conclusão acachapante, é necessário salvaguardar os interesses e direitos das pessoas e buscar mecanismos e técnicas de estabilização das decisões judiciais que, em alguma medida, permitam às partes interessadas, de maneira confiável, guiar suas condutas de modo a não serem surpreendidas por futuras decisões diametralmente opostas àquilo que já fora julgado, ou mesmo terem seus comportamentos sancionados ainda quando conformes à orientação sedimentada numa decisão judicial¹⁹.

Nesse quadrante, a segurança na, da e pela decisão judicial avulta em importância, especialmente quando se pensa na coisa julgada e nos precedentes judiciais. Estes estão preocupados, principalmente, com a unidade do direito, mas também com a coerência e harmonia das decisões. E sua observância é relevante, para o que aqui importa, porque confere segurança e previsibilidade aos cidadãos, notadamente quando o direito positivado é dúbio e comporta diversas, por vezes contraditórias, interpretações²⁰.

¹⁸ O Professor Oscar G. Chase aborda a correlação entre o Direito e a Cultura em sua obra **Direito, Cultura e Ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Tradução de Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. 1ª ed., São Paulo: editora Marcial Pons, 2014.

¹⁹ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero advertem para a importância da segurança jurídica no processo: “Mas não basta obviamente estruturar o processo para que nele haja segurança. Em uma perspectiva geral, de bem pouco adianta um *processo seguro* se não houver *segurança pelo processo*, isto é, segurança no resultado da prestação jurisdicional. [...]” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo**. v. 1. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 556).

²⁰ Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra sobre precedentes obrigatórios, destaca o papel das decisões judiciais como ferramenta de segurança jurídica: “Perceba-se que, quando há uma crise de colaboração na realização do direito material e os textos normativos encontram diversas interpretações no Judiciário, o que obviamente importa

A segurança decorrente das - ou existente nas - decisões é uma necessidade indispensável à própria sobrevivência de qualquer sistema jurídico, ao menos daqueles que se pretendam democráticos. Como já sinalizado, a segurança é um conceito macro jurídico e isto se dá porque ela não está circunscrita a um determinado microssistema, tampouco às fronteiras do processo civil. Há modelos de estabilização mais rígidos, centrados num único instituto, e há aqueles outros em que o leque de possibilidades de estabilização, logo, de segurança jurídica, é mais flexível.

Tudo isso está a prenunciar que o tema da segurança jurídica, em especial o das estabilidades, ainda justifica estudos parametrizados em princípios e valores mais modernos, o que, contudo, ressalve-se, não conduz à conclusão necessária de que a coisa julgada, em específico, deve ser abandonada por completo e/ou que essas novas formatações das estabilidades sejam incompatíveis e/ou inconciliáveis com a *res iudicata*.

3. SEGURANÇA JURÍDICA E SUA MODELAGEM: DE UM PASSADO IMUTÁVEL A UMA REALIDADE DINÂMICA

Antes de imiscuir-se na abordagem da segurança pelo Direito, é preciso recordar a advertência de Arthur KAUFMANN: “[...]. *Apenas existe segurança através do direito quando o próprio direito é seguro*. [...]”²¹ O princípio de tudo está, pois, na segurança do próprio Direito. Essa segurança do próprio Direito, continua o filósofo, é tanto mais robusta quanto menos houver conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas abertas ou gerais, elementos tipicamente normativos e legislação oportunista - ou de oportunidade²². A profusão de leis

são as decisões judiciais, momento em que a dimensão normativa dos textos encontra expressão, e não o texto normativo abstratamente considerado. Ora, se a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial, é evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato. Não é por outra razão que Massimo Corsale concluiu que, para que se possa realizar a certeza da ação através do direito, o que conta, em última análise, não é tanto a fórmula escrita no código, a norma abstrata, mas a dita norma individual, a concretização da regra no caso específico. Da mesma forma, porque a inteligência de uma norma pode ser controvertida, é claro que a norma em abstrato não é suficiente para que o cidadão possa prever o comportamento dos terceiros que com ele podem se deparar. Curioso é que o direito legislado, ao contrário de constituir um pressuposto, representa um obstáculo para a segurança jurídica. Isso não se dá apenas em razão da hiperinflação legislativa ou em virtude de ser impossível o pleno conhecimento das regras legais, mas substancialmente porque o sistema de direito legislado não liga a previsibilidade e a confiança a quem define o que é direito.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, pp. 123-124).

²¹ A colocação do autor faz parte do seguinte trecho: “Segurança jurídica pode significar duas coisas: 1. segurança *através do direito*, e, portanto, segurança face ao roubo, homicídio, furto, incumprimento do contrato; 2. segurança *do próprio direito*, garantia da sua cognoscibilidade, aplicabilidade, efetividade. Apenas existe segurança através do direito, quando o próprio direito é seguro. [...]” (KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 281).

²² O filósofo alemão desenvolve sua argumentação no capítulo 12 de sua obra sobre Filosofia do Direito (Idem, p. 281-288).

também é mencionada, não sem se alertar que ela - inflação legislativa - pode redundar em injustiças materiais. Essa tensão, portanto, entre (in)segurança e (in)justiça é uma constante para a qual não existe uma solução indene às críticas. Antes de amainar o interesse, contudo, essa busca por um ponto de equilíbrio entre valores tão caros ao sistema jurídico tem o efeito reverso, vale dizer, potencializa a vontade de compreender tão intrincado tema.

Aqui, entretanto, não é o local para aprofundar e percorrer as bases teóricas que pavimentaram, e ainda orientam, o trajeto já percorrido para a (na) construção desse Direito seguro, se é que, de fato, ele verdadeiramente existe. Não se nega, por outro lado, a existência de uma prática social²³ disseminada de que as normas devem ser seguidas e é a partir dessa premissa que este estudo será desenvolvido.

A segurança jurídica, pois, tem merecido atenção cada vez mais crescente, não só da doutrina, mas também da jurisprudência. A percepção que se tinha de tal princípio em meados do século XX foi, aos poucos, passando por ajustes finos em sua modelagem.

A segurança jurídica está associada à estabilidade, à coisa julgada, às preclusões, aos precedentes, à necessidade de unidade e coerência do direito, à proibição de repetição de julgamentos. A sociedade, em seu atual estágio, não mais deseja um mar de incertezas; ao contrário, busca sempre um porto seguro a nortear seus comportamentos presentes e futuros.

A constante mutabilidade das relações socioculturais, muito mais velozes por uma infinidade de fatores não existentes noutras épocas, não é mais totalmente compatível com arquétipos insensíveis às possíveis e, às vezes inevitáveis, modificações. Diante deste panorama cambiante, a compreensão da estabilidade das decisões judiciais demanda novas leituras capazes de acomodar os interesses e direitos das pessoas. Nesta toada, a segurança jurídica impõe um aprofundamento em busca de sua densificação.

²³ A Filosofia é o ramo do Direito que mais se dedica ao estudo da temática concernente à relação entre norma, regra e moral. Inúmeras são as correntes filosóficas sobre jusnaturalismo, positivismo, realismo, entre outras. Dentro do positivismo, a celeuma também impera. Entre os diversos pensadores, a teoria desenvolvida por Herbert L. Hart parece responder satisfatoriamente às infindáveis indagações jusfilosóficas. Nem mesmo a teoria desenvolvida por Ronald Dworkin foi suficiente para superar a tese do professor inglês. Hart edifica sua teoria, pois, a partir do que ele chamou de *regra de reconhecimento*. Essa, para Hart, é fluida, maleável e representa o teste para identificar a validade doutras regras. Seria uma regra sociocomportamental, logo, ligada à prática social. Não há, em Hart, um delineamento dos critérios que compõem a regra de reconhecimento, porque eles são cambiantes a depender das práticas sociais de cada comunidade. A calibragem dessa regra de reconhecimento pode oscilar a depender dos critérios por ela abarcados. Nada impediria, na teoria de Hart, que ela incluísse, dentre seus critérios, critérios morais de reconhecimento, algo, aliás, que não seria incomum em ordenamentos típicos do *common law* ou mais abertos às ingerências socioculturais. Para um maior detalhamento das teses de Herbert Hart e Ronald Dworkin, sugere-se o estudo das obras: HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

3.1. Segurança jurídica e sua densificação

Logo no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 há menção expressa à segurança, valor social e jurídico que o Estado Democrático de Direito brasileiro comprometeu-se a assegurar. Não importa aqui a discussão sobre a natureza normativa ou não dessa passagem preambular do texto constitucional, debate que não diminui a importância do compromisso ali assumido. Aliás, insta registrar que, ao lado da segurança, a reforçar sua grandeza e relevância, o Estado Democrático de Direito aqui adotado também assumiu a responsabilidade de proteger o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, todos reconhecidos pelo próprio constituinte como valores supremos de (em) nossa sociedade²⁴.

A segurança jurídica também está intrinsecamente conectada com o Estado de Direito²⁵. Isso significa que todo Estado que se submete ao Direito deve comportar-se de modo a que os interessados saibam quais normas, regras e procedimentos serão seguidos. Regra geral, as condutas desviadas desses referenciais poderão ser sancionadas. Disso decorre uma expectativa legítima dos interessados, consubstanciada na ideia de que, nos limites das regras postas, é possível ter-se segurança quanto às consequências das ações e omissões.

A decomposição dos elementos que caracterizam a segurança jurídica, na ótica de Humberto ÁVILA, redundando em três feixes principais: *cognoscibilidade* (ou *compreensibilidade*), *confiabilidade* e *calculabilidade*²⁶, em substituição à *determinação* (ou *determinabilidade*), *imutabilidade* e *previsibilidade*. Tais conceitos, porém, não foram cunhados por ele, pois já foram utilizados na obra de outros autores. Recorre-se novamente à

²⁴ Humberto Ávila, sua obra sobre segurança jurídica, esclarece que: “As considerações anteriores demonstram que a previsão da ‘segurança’ no ‘Preâmbulo’ e no *caput* do art. 5º qualifica-se como proteção da segurança jurídica como segurança do Direito e segurança pelo Direito, do cidadão frente ao Estado, a ser realizada pelo Estado por meio de regras, de atos e de procedimentos capazes de efetivar a segurança como *direito individual* e como *valor social*.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. Op. cit., p. 222).

²⁵ Recorre-se novamente à lição de Humberto Ávila porque sintetiza os principais argumentos. Discorrendo sobre o princípio do Estado de Direito, diz o professor gaúcho: “[...]. Esse princípio não apenas é associado com a universalidade e com a não-arbitrariedade do Direito, mas também com a exigência de que a atuação estatal seja governada por regras gerais, claras, conhecidas, relativamente constantes no tempo, prospectivas e não-contraditórias. Um Estado de Direito caracteriza-se igualmente pelo ideal de protetividade de direitos e de responsabilidade estatal, somente atingido por meio de um ordenamento inteligível, confiável e previsível: a atividade estatal não é fundada e limitada pelo Direito se os poderes e se os procedimentos não são previstos, estáveis e controláveis (segurança do Direito); ainda, os direitos fundamentais não são minimamente efetivados se o cidadão não sabe previamente dentro de que limites pode exercer plenamente a sua liberdade (segurança de direitos) e se não há instrumentos que possam assegurar as suas expectativas (segurança pelo Direito) e atribuir-lhes eficácia no caso de restrições injustificadas (segurança frente ao Direito). Se o Estado de Direito é a proteção do indivíduo contra a arbitrariedade, somente um ordenamento acessível e compreensível pode desempenhar essa função. [...]” (Idem, p. 225).

²⁶ A tríade mencionada é desenvolvida pelo autor no capítulo 2, seção 5, da sua obra sobre a **Teoria da Segurança Jurídica**, op. cit., p. 140-144.

lição de Arthur KAUFMANN, o qual, tratando da segurança do Direito, asseverou que “[...]. A paz jurídica apenas pode existir quando o direito é, de uma forma óptima, previsível, calculável. [...]”.²⁷

Em linhas gerais, a *cognoscibilidade*²⁸ relaciona-se com a possibilidade de prévio conhecimento das normas que regem o Estado e as relações ocorridas em seu âmbito. Disso decorre que o Poder Legislativo, no exercício de seu mister, deve criar leis claras, abstratas, objetivas e inteligíveis; a *confiabilidade*²⁹ corresponde à expectativa de que ditas normas não passem por mudanças abruptas, de inopino, súbitas, inesperadas; e, por fim, a *calculabilidade*³⁰ representa a possibilidade de antecipação das consequências e dos resultados a partir das normas então vigentes³¹.

Todos esses fatores autorizam as pessoas a organizar suas condutas, a planejar seus comportamentos, a programar e pautar seus atos - omissivos ou comissivos - em conformidade com as normas e mensurar os benefícios e riscos deles advindos.

Essa segurança jurídica, contudo, não pode ser objeto de estudo apenas no campo teórico. Após a maturação das ideias, ela deve descolar-se da abstração dos livros para atuar em seu habitat mais necessário, vale dizer, no seio das relações pessoais, profissionais, empresariais e jurídicas. Em outras palavras, deve-se buscar meios para concretizá-la no mundo real, na vida

²⁷ KAUFMANN, Arthur. Op. cit. 284.

²⁸ Para Humberto Ávila, “[...] pode-se usar o termo ‘cognoscibilidade’, ou ‘compreensibilidade’, como capacidade, formal ou material, de conhecimento de conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los. Note-se que tal expressão ainda é mais ampla que ‘determinabilidade’, pois permite abranger tanto aspectos materiais relativos à acessibilidade do conteúdo (como publicação e intimação, por exemplo) e à sua abrangência quanto à sua inteligibilidade (como clareza e determinabilidade, por exemplo).” (ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 141).

²⁹ Nas palavras do autor, “De outro lado, no entanto, pode-se compreender a segurança jurídica como exigência de ‘estabilidade na mudança’, isto é, como a proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade. A palavra mais consistente para denotar esse sentido é, assim, ‘confiabilidade’, compreendida como a exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis [...]. Nessa segunda significação a segurança jurídica apenas estabelece exigências relativamente à transição do Direito passado ao Direito futuro. Não uma imutabilidade, portanto, mas uma estabilidade ou racionalidade da mudança, que evite alterações violentas. [...]. Portanto, o que o Direito não pode é ser modificado de maneira frequente, brusca e drástica; ele deve, porém, adaptar-se à nova realidade, sob pena de ser um freio à própria atividade econômica. Busca-se, na verdade, a segurança do movimento. [...]” (Idem, p. 142-143).

³⁰ Novamente se vale aqui da explicação de Humberto Ávila, para quem “[...] pode-se arguir que a segurança jurídica apenas exige a elevada capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas. Nessa acepção, a segurança jurídica garante que se possa, em larga medida, antecipar as alternativas interpretativas reconstruídas de dispositivos normativos e os efeitos da aplicação de normas jurídicas. A palavra mais correta para denotar esse sentido, em vez de ‘previsibilidade’ (*Voraussehbarkeit*), é ‘calculabilidade’ (*Berechenbarkeit*). Calculabilidade significa, pois, a capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais.” (Ibidem, p. 143-144).

³¹ Esses três fatores subjacentes à estabilidade também são trabalhados por Anissara Toscan em sua tese de doutoramento, particularmente no item 9.1 (TOSCAN, Anissara. **Coisa julgada...**, op. cit., p. 244-249).

das pessoas e no microcosmo do processo³². Isso porque é justamente nas vivências humanas e nas suas multifacetadas relações que a segurança jurídica mais se faz indispensável, pois, sem ela, as pessoas tendem a comportar-se com cautela redobrada, isto quando não desistem da almejada tutela jurisdicional.

Onde imperar a insegurança, há de prevalecer o caos e enquanto imperar a insegurança, não haverá solo fértil para a consolidação de um Estado *Democrático* de Direito³³. A ruptura de um regime de segurança jurídica num Estado Democrático de Direito certamente acarretará consequências desastrosas e nefastas à imensa maioria dos que estiverem sob o jugo daqueles que detiverem o poder.

O vácuo de segurança jurídica ou os bolsões de insegurança são fontes de instabilidades, logo, de incertezas que potencializam a insegurança, cujos desdobramentos, além de perigosos, podem ser desastrosos.

Fonte para essa almejada segurança, a coisa julgada, ao longo dos séculos, foi tida como uma das mais importantes ferramentas para obtenção de segurança pelo Direito. A despeito disso, o evoluir sociocultural, econômico e político repercutiu sobre o sistema de justiça e fez emergir novos mecanismos de estabilização. Ao lado deles, a própria coisa julgada, ainda que não tenha sido modificada em sua essência (imutabilidade, inalterabilidade), não ficou incólume aos novos tempos. A mensuração dos eventuais impactos e a análise das alterações introduzidas pelo CPC no referido instituto passam pela depuração de alguns conceitos e pela compreensão do próprio instituto e suas variáveis, propósito que será desenvolvido nos capítulos vindouros.

³² Paulo Mendes de Oliveira também analisa a segurança jurídica na perspectiva processual. Em sua obra, segurança jurídica compreende, em suma: clareza normativa, previsibilidade, inteligibilidade das disposições normativas, coerência, não contradição e harmonia. Essa ideia fica clara na seguinte passagem: "Com efeito, clareza normativa e previsibilidade são os dois conceitos-chave para que o processo civil seja um ambiente seguro à idônea tutela dos direitos. Trata-se de construção que nos permite olhar tanto para a segurança do direito processual quanto para a segurança da estrutura do processo." (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: Da rigidez à flexibilização processual**. [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, parte II, seção 1). O autor propõe uma visão *holística* da segurança processual, baseada nas premissas de segurança pelo processo (abrangendo a segurança-cognoscibilidade: "o processo deve proporcionar uma maior cognoscibilidade do direito, informando à sociedade qual o conteúdo normativo em vigor" e a segurança-realização: o processo deve "conferir atuabilidade aos direitos, garantindo aos cidadãos que o ordenamento jurídico seja eficaz e confira tutela adequada às situações jurídicas materiais") e de segurança no processo ("análise interna do processo"). Esses conceitos são aprofundados pelo autor na parte II, seção 2, de seu livro.

³³ E cediço que existem diversos modelos de estabilidades e que os institutos jurídicos podem ser manipulados para atribuir ares de legalidade a regimes pouco afetos à Democracia. Ainda assim, em tese, mesmo em regimes antidemocráticos é possível dizer que há segurança jurídica. Este princípio é, pois, universal. Essa universalidade será retomada no raio do próximo capítulo.

CAPÍTULO II

DA COISA JULGADA

1. RETOMANDO ALGUMAS PREMISSAS DA COISA JULGADA

Ninguém desconhece a vasta gama de escritos sobre a coisa julgada. Sua universalidade³⁴ ainda prevalece, mesmo que haja distinções a depender do sistema analisado. Sua existência é importante para toda sociedade que busque assegurar alguma segurança a seus integrantes e às relações que nela ocorrem³⁵.

Porque inequivocamente atrelado às estabilidades processuais e à segurança jurídica, o tema habita as discussões e análises há séculos. É frequente apontar-se o direito romano como fonte do instituto, nascente a partir da qual emergiram os pilares de ancoragem para desenvolvimentos futuros.

O caminho percorrido desde então até àquilo que hoje se vê positivado no direito processual pátrio está embebido por lições, dentre outros autores, de Giuseppe CHIOVENDA e Enrico Tullio LIEBMAN. Também não se descarta a influência advinda da tradição do *civil law* e de toda gama (rede) axiológica que ela trouxe consigo.

Não se ignora, ainda, que a dualidade *civil law* vs *common law*, antigamente mais estanque e delimitada, tem sido mitigada a ponto de já haver análises que sinalizam para uma maior interpenetração entre ambas. É possível dizer que tal interoperabilidade já é vista com

³⁴ A afirmação encontra azo na lição de Kevin M. Clermont: “**A. Argumento fraco: todo sistema jurídico tem coisa julgada.** A tarefa principiológica de síntese e integração pode começar com uma visão geral comparativa, embora realizar uma revisão comparativa da coisa julgada seja uma tarefa desafiadora que será adiada até a próxima parte deste artigo. Neste momento, farei algumas generalizações comparativas abrangentes, e farei isso em escala mundial. Começo com a afirmação aparentemente audaciosa de que a coisa julgada é absolutamente universal, que todo sistema legal deve ter um corpo mínimo de coisa julgada. [...]. **B. Argumento forte: todo sistema de justiça proporciona um núcleo mínimo da coisa julgada.** Empiricamente, todo sistema de justiça no mundo, praticamente desde o seu início, traz um núcleo comum de coisa julgada para tornar as decisões judiciais vinculantes. “A doutrina da coisa julgada é um princípio universal da teoria do Direito, que compõe os sistemas jurídicos de todas as nações civilizadas.” É essa observação empírica que impulsiona meu argumento forte...” (Coisa julgada: origens e importância sob a perspectiva do direito norte-americano. *Revista de Processo*, vol. 307/2020, p. 361 - 397, set/2020 - versão digital). O mesmo autor, em coautoria com Robert C. Casad, também possui um livro dedicado ao estudo da coisa julgada: **Res Judicata: A Handbook on Its Theory, Doctrine, and Practice**. Durhan, Carolina Academic Press, 2001.

³⁵ “Todavia, torna-se menos árduo o trabalho quando o objeto do estudo, guardadas as opções peculiares de técnica e de política legislativa, tem uma finalidade comum, como sucede com o instituto da coisa julgada. Este, como averbou Habscheid, é um instituto jurídico universal - a despeito das possíveis diferenças de detalhes, caracterizadoras de um ou outro ordenamento -, que tem dois escopos essenciais: o de proteger os direitos subjetivos e, simultaneamente, o direito objetivo; e, ainda, o de restabelecer e manter a certeza e a paz jurídica.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 23).

certa naturalidade e está a ecoar no presente de forma cada vez mais evidente, situação que tende a ser potencializada no porvir. Prova disso são os debates sobre *case management*, *collateral estoppel* e processos estruturais, para ficar em alguns exemplos.

O modelo de estabilidades no *civil law* singrou ventos diferentes daqueles que impulsionaram as velas da doutrina do *common law*. A coisa julgada do sistema de *civil law* não é igual àquela que se observa no direito oriundo do *common law*, ainda que, ao fim e ao cabo, o propósito, tanto aqui quanto acolá, seja o de conferir segurança jurídica às relações. Os percursos foram diversos, mesmo que a mola propulsora tenha origem em finalidades semelhantes.

A própria ideia em torno da segurança jurídica evoluiu e, modernamente, além de ser interpretada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, tem-se visto autores, a exemplo de Antônio do Passo CABRAL, sustentar que a coisa julgada não é mais o epicentro do sistema de estabilidades. Colocam-na, ao revés, como uma espécie do gênero “estabilidades”, ao lado doutras modalidades, como a preclusão. Em verdade, Antônio do Passo CABRAL, em particular, vai mais além e defende que a coisa julgada deve ser substituída por um modelo mais flexível, dúctil, dotado de maior adaptabilidade à sempre dinâmica e mutável realidade³⁶. A linha mestra para sua tese é a segurança-continuidade.

À luz dessas considerações, imiscuir-se-á no aprofundamento da coisa julgada.

2. PELO RETROVISOR DA HISTÓRIA

Um pouco sobre a história evolutiva dos institutos processuais contribui para o desenvolvimento do raciocínio e pode explicar o trajeto percorrido, no caso, pela coisa julgada. Não se pretende, contudo, perder-se do propósito inicial e alongar-se mais do que o estritamente necessário neste evoluir histórico.

O escopo é encontrar um fio condutor, no campo da coisa julgada, que permita conectar passado, presente e, talvez, futuro.

Nesta toada, um primeiro mirar de olhos pelo retrovisor da história costumeiramente transporta o estudo da coisa julgada ao direito romano.

³⁶ “E, como a segurança-continuidade não impede a mudança de posições estáveis, apresenta-se como um novo paradigma que pode ser eficazmente transposto para os atos processuais, em substituição à tradicional “imutabilidade”. O estudo desta nova perspectiva da segurança jurídica faz com que possamos agora repensar institutos processuais como as preclusões e a coisa julgada sob uma nova perspectiva que considere o sistema normativo de maneira mais dinâmica e flexível, corrigindo os defeitos já apontados no modelo tradicional.” (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 375).

Há, porém, textos legais ainda mais antigos que são, com certas ressalvas, apontados como a fonte mais longínqua do instituto da coisa julgada. O fundamento remontaria à orientação cunhada no “Código” de Hamurabi³⁷, logo, anterior aos romanos. A regra nele esculpida é tida como a mais antiga dentre as conhecidas e, conquanto rudimentar, é considerada como a primeira representação da coisa julgada formal³⁸.

Dentre tantas traduções do que está gravado na regra VI, § 5º do referido Código, algumas, inclusive, com sentidos diferentes, valer-se-á daquela feita por Federico Lara PEINADO: “§ 5. *Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia (y) depositado el documento sellado, si, a continuación, cambia su decisión, se le probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente, se le hará levantar de su asiento de justicia (y) no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces en un proceso.*”³⁹

Independentemente da tradução que se utilize, todas convergem para a mesma conclusão, qual seja, a de que a decisão proferida não poderia, em regra, ser alterada pelo mesmo julgador. Disso se extrai que a ideia de estabilidade das decisões judiciais, ainda que incipiente, pode encontrar embasamento na “codificação” da Era Mesopotâmica.

O pensamento por detrás dessa regra não sucumbiu ao tempo e, ainda que não haja um rastro preciso que permita explicar como ela chegou em Roma, o texto do Digesto, notadamente

³⁷ Não se desconhece as diversas advertências que se faz quando a pesquisa acadêmica pretende referenciar o Código de Hamurabi. Por todos, cf. OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurabi!** Disponível em https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4213608/mod_resource/content/1/OLIVEIRA%2C%20Hamurabi.pdf. Acesso em 21/10/2021. Também não se ignora que toda e qualquer utilização de textos e códigos antigos deve guardar correlação com o conjunto da obra, sendo impertinente e descabido qualquer uso desconexo com a pesquisa. Tendo isso em mente, as referências aqui feitas, ainda que breves, guardam pertinência com o estudo proposto, mesmo porque há autores, como Jordi Nieva-Fenoll, que atribuem à má-interpretação do instituto romano alguns dos problemas que assolam a coisa julgada ainda hoje.

³⁸ A expressão *coisa julgada formal* é utilizada aqui apenas para facilitar a compreensão, mas não se ignora que ela está superada e não há mais razões para se falar em coisa julgada formal e coisa julgada material. O assunto será retomado noutra oportunidade, ainda neste capítulo.

³⁹ LARA PEINADO, Federico. **Código de Hammurabi**. 2ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1992, p. 7. A título complementar, seguem duas outras traduções do mesmo dispositivo: “**Judgment once given not to be altered** § 5. If a judge pronounce a judgment, render a decision, deliver a verdict duly signed and sealed and afterward alter his judgment, they shall call that judge to account for the alteration of the judgment which he had pronounced, and he shall pay twelve-fold the penalty which was in said judgment; and, in the assembly, they shall expel him from his seat of judgment, and he shall not return, and with the judges in a case he shall not take his seat.” (**The Code of Hammurabi**. Text by Robert Francis Harper. Chicago: University of Chicago Press, 1904). Disponível em https://oll.libertyfund.org/title/hammurabi-the-code-of-hammurabi#lf0762_label_009. Consulta em 07/08/2021. Outra tradução foi feita por L.W.King nos seguintes termos: “5. If a judge try a case, reach a decision, and present his judgment in writing; if later error shall appear in his decision, and it be through his own fault, then he shall pay twelve times the fine set by him in the case, and he shall be publicly removed from the judge's bench, and never again shall he sit there to render judgement.” Disponível em <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>. Consulta em 07/08/2021.

nos livros XLII⁴⁰⁻⁴¹ e XLIV, incorporou orientação não idêntica àquela do Código de Hamurabi, mas com o mesmo escopo, que se espalhou por todo o *civil law*. Tal escopo poderia ser resumido à impossibilidade de se decidir novamente sobre algo que já fora objeto de decisão final⁴²⁻⁴³, fim este que pode ser dito o núcleo comum que os romanos herdaram daquele Código. Há, pois, nos textos antigos citados, uma clara preocupação com a possibilidade de alteração de uma decisão final já proferida, o que sinalizaria uma tendência de manutenção da conclusão já exteriorizada. Essa aproximação, associação ou correlação entre a possibilidade de modificação da decisão e a segurança jurídica é bastante plausível e não exige muito esforço interpretativo. Tampouco soa exagerada a defesa que se faz dessa origem remota, circunstância que reforça a transcendência da preocupação com a estabilidade das decisões e das relações jurídicas.

Os romanos também não ignoraram os efeitos da coisa julgada quanto às pessoas, da mesma forma que não descuraram dos problemas atinentes aos limites objetivos do instituto⁴⁴.

⁴⁰ Na coletânea de Ildefonso L. García del Corral há transcrição dos livros do Digesto. Ao mesmo tempo em que transcreve o texto do latim, o autor apresenta, em paralelo, a tradução correspondente. Em particular no Tomo III estão os Livros XLII e XLIV, importantes por tratarem sobre a coisa julgada. No original encontra-se a seguinte passagem: “LIBER QUADRAGESIMUS SECUNDUS TIT. I. DE RE IUDICATA, ET DE EFFECTU SENTENTIARUM, ET DE INTERLOCUTIONIBUS (2) [Cf. Cod. VII. 42-58. 60.] 1. MODESTINUS *libro VI. Pandectarum*. - Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit (3), quod vel condemnatione, vel absolutione contingit.” A tradução é apresentada pelo autor nos seguintes termos: “LIBRO CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. TÍTULO 1. DE LA COSA JUZGADA, DEL EFECTO DE LAS SENTENCIAS, Y DE LAS INTERLOCUTORIAS [Véase Cód. VII. 42-58 60.] 1. MODESTINO; *Pandectas, libro VII.*— **Dícese cosa juzgada, la que puso término á las controversias con el pronunciamiento del juez, lo que tiene lugar ó por condenación, ó por absolución.**” (destaquei em negrito) (GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L. **Cuerpo del Derecho Civil Romano**. Primera Parte. Digesto. Tomo III. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Barcelona, 1897, p. 360).

⁴¹ O livro XLII, Título I, do Digesto é fecundo sobre a coisa julgada e a tradução de Ildefonso L. García del Corral facilita a compreensão. Ao longo das 64 (sessenta e quatro) seções e dos diversos parágrafos que integram o livro XLII são abordadas várias situações em que a coisa julgada tem relevo, dentre elas: herança, pagamento de quantia, comodato, entrega de coisa, relações familiares (dote), impossibilidade de alteração da sentença pelo juiz depois de proferido o julgamento, matérias cíveis e criminais.

⁴² No tópico 55 do Título I do Livro XLII do Digesto há uma passagem que é apontada para justificar essa impossibilidade de alteração, pelo mesmo juiz, da decisão já proferida: “55. ULPIANUS *libro LI. ad Sabinum* - ludex, posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit; et hoc iure utimur, ut iudex, qui semel vel pluris, vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit; semel enim male seu bene officio functus est.” Vale-se, novamente, da tradução feita por Ildefonso L. García del Corral: “55. ULPIANO. *Comentarios á Sabino, Libro LI.* - El juez., una vez que pronunció la sentencia, deja de ser juez después; y observamos este derecho, que el juez que una vez condenó en más o en menos, no puede ya corregir su sentencia; porque ya una vez desempeñó bien ó mal su oficio.” (GARCÍA DEL CORRAL. Ildefonso L. **Cuerpo del Derecho Civil Romano**. *Op. cit.*, p. 371).

⁴³ O tópico 62 do mesmo Livro XLII, Título I, do Digesto, reforça essa inalterabilidade pós-decisão: “62. ALFENUS VARUS (3) *libro VI. Digestorum a Paulo epitomatorum*. — Quum quaerebatur, iudex, si perperam iudicasset, an posset eodem die iterum iudicare, respondit, non posse.” Na tradução de García del Corral: “82. ALFENO VARO; *Digesto compendiado por Paulo, libro VI.* — Preguntándose si el juez, que hubiese juzgado malamente, podría juzgar otra vez en el mismo día, respondió que no podía.” (Ibidem, P. 372).

⁴⁴ “Com efeito, na experiência jurídica romana, as fontes revelam que a jurisprudência clássica, visando a inibir o ajuizamento de nova ação com idêntico objeto, passou a elaborar uma série de critérios pelos quais se aferia a reprodução de uma demanda já finda (*eadem res*). Tais critérios são conhecidos por meio de inúmeros preciosos fragmentos que foram conservados, especialmente, no livro 44 do Digesto.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos...**, op. cit., p. 38).

Em verdade, a celeuma a respeito das dimensões subjetiva e objetiva da coisa julgada também é recorrentemente apontada como uma decorrência do direito romano. Há, inclusive, estudos⁴⁵ que sinalizam que a desordem, as contradições e as imprecisões dos textos romanos, aliadas às dificuldades interpretativas do idioma, foram fatores propulsores da discussão sobre ditos limites da *res iudicata*.

Ainda assim, o legado dessa época fincou balizas que ecoaram na posteridade e que, até hoje, tangenciam todo e qualquer debate que se trave acerca do tema. Pretender que os romanos tivessem a mesma sofisticação que modernamente se observa é pura ingenuidade. Isso não significa, contudo, que aquilo que lá foi construído não sirva para nada senão como fonte histórica. Compreender essa trajetória auxilia na percepção de que, guardadas as devidas proporções, alguns dos problemas atuais não destoam muito daqueles havidos em épocas romanas, e que a preocupação hodierna com a estabilidade das decisões não foi ignorada por nossos predecessores. Ao contrário, se algo definitivamente acompanha o ser humano é a preocupação com a existência de um mínimo de segurança jurídica nas relações, ainda que os meios para alcançá-la tenham diversas facetas.

Em solo europeu, o espraiamento da influência romana foi significativo, especialmente na Itália e na Alemanha, mas os reflexos foram consolidados para além das fronteiras terrestres, vindo a repercutir, principalmente, em sociedades que encamparam a ideologia do *civil law* (ou romano-germânica).

Em território brasileiro, colônia do *civil law*, a influência romana também ecoou, especialmente porque a doutrina italiana sempre gozou de muito prestígio e impacto. Já em sede legislativa, a seu turno, a coisa julgada foi prevista no CPC/39⁴⁶, CPC/73⁴⁷ e no CPC/15⁴⁸. No primeiro há apenas duas menções à “cousa” julgada, sem qualquer tentativa de definição. Já nos dois últimos códigos o legislador valeu-se de uma interpretação autêntica e procurou definir o instituto, o que torna necessária uma análise mais pormenorizada do fenômeno,

⁴⁵ Jordi Nieva-Fenoll é quem trata desta correlação: “... Se o que se quer evitar são as contradições entre pronunciamentos jurisdicionais, assim como que se gastem inúteis esforços judiciais, como vimos, é quase inevitável pensar na influência da decisão anterior em processos futuros, para evitar que se prejudique o já julgado incidindo outra vez nos mesmos temas. O Direito romano também se ocupou deste assunto, que hoje se conhece majoritariamente como ‘coisa julgada material’. E o fez de uma forma que se compreende perfeitamente que os juristas de nossa época, lastreados pelas conclusões romanas, tenham caído nas mesmas imprecisões que eles. Porque tais imprecisões são numerosas; as contradições, frequentes; e a desordem na exposição, tremenda. Por derradeiro, as defeituosas traduções de um latim muitas vezes difícil tampouco contribuíram para fazer mais simples um tema já complexo em si...” (NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. Op. cit., p. 37-38).

⁴⁶ Art. 288. Não terão efeito de coisa julgada os despachos meramente interlocutórios e as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios, e de desquite por mútuo consentimento.

⁴⁷ Capítulo VIII, Seção II. Artigos 467-475.

⁴⁸ Capítulo XIII. Seção V. Artigos 502-508.

especialmente para trazer à lume as principais contribuições a respeito do tema e delimitar as características essenciais⁴⁹ à sua configuração.

3. NATUREZA JURÍDICA DA COISA JULGADA: VERDADE, FICÇÃO, CERTEZA

O debate sobre a importância de se buscar a verdade⁵⁰ no e pelo processo ganhou, ao menos na doutrina nacional, novo fôlego, especialmente em razão de estudos no campo do direito probatório, com destaque para os chamados *standards probatórios*. Tais estudos estão enlaçados com a epistemologia jurídica e têm conduzido a pesquisas interdisciplinares, notadamente entre o processo civil e o processo penal.

Se hoje o tema da busca da verdade impõe uma nova modelagem, certo é que, transposta a discussão para a arena da coisa julgada, a doutrina oscilou entre teorias que nela visualizavam (i) uma presunção de verdade, (ii) uma ficção da verdade, (iii) uma certeza judicial ou mesmo (iv) uma expressão da vontade do Estado.

Essas teorias podem ser alocadas em dois grandes grupos: teorias materiais (teorias da presunção e ficção da verdade) ou teorias processuais (teoria extinção da obrigação jurisdicional; teoria da eficácia declaratória e teoria da qualidade da sentença).

Reputam-se materiais as teorias que vislumbram na coisa julgada uma força capaz de constituir direitos. Pregam a influência direta da coisa julgada sobre o direito material.

As teorias processuais, em contrapartida, defendem que a coisa julgada tem efeitos apenas de índole processual, sem reflexos diretos sobre o direito substancial. Eventuais consequências para além da relação processual seriam apenas indiretas. A coisa julgada proporcionaria apenas a vinculação dos juízes, em casos futuros, à decisão proferida quando do primeiro julgamento⁵¹.

⁴⁹ Não se ignora que a doutrina de alguns autores, como Antônio do Passo Cabral, põe em xeque muitas premissas tradicionais da coisa julgada, mas ainda é assente apresentar-se a coisa julgada a partir de alguns elementos essenciais. A tese do professor Antônio do Passo Cabral será melhor aprofundada ainda neste capítulo.

⁵⁰ Para um estudo da relação da verdade no e pelo processo destaca-se a obra de TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

⁵¹ “Para a doutrina materialista (ou materialística), a sentença na verdade tem função constitutiva de direito. Ou seja, a sentença é que efetivamente cria o direito, portanto, a coisa julgada influenciará a relação jurídica de direito material. Nessa toada, as sentenças justas produzem os mesmos efeitos da injusta. Pelo outro lado, no entender da doutrina processualista (ou processualística), a coisa julgada na realidade fixa as relações jurídicas controvertidas e produz o efeito processual de vincular qualquer juiz futuro ao que foi decidido pela sentença. Logo, não há qualquer influência na relação jurídica material, mas tão somente na relação de natureza processual.” (DELLORE, Luiz Guilherme. **Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 21).

3.1. Teorias materiais

3.1.1. Teoria da Presunção da Verdade (Pothier)

Antes de POTHIER, a coisa julgada era tida como sinônimo de verdade. Isso se deu muito por conta de ULPIANO, a quem, sob a égide do direito romano, é atribuída a afirmação de que a coisa julgada deveria ser admitida como verdade⁵².

A teoria capitaneada por POTHIER, por sua vez, ainda que influenciada pelo direito romano, defendeu que a coisa julgada seria uma presunção *iuris et de iure*⁵³ e não uma certeza de verdade.

Na essência, a teoria da presunção da verdade buscava descolar a coisa julgada da ideia de verdade absoluta. Os sequazes desse pensamento perceberam que nem sempre seria possível afirmar, categoricamente, que a sentença retratava fielmente a realidade. Ainda assim, defendiam que esse possível descompasso ou a falta desse paralelismo perfeito não poderia retirar da sentença sua carga decisória e imperativa, razão pela qual, mesmo que o resultado do julgamento fosse iníquo porque contrário à realidade dos fatos e da vida, a autoridade da coisa julgada deveria ser respeitada. E a explicação para isso estava em considerar a coisa julgada uma presunção absoluta (*iuris et de iure*), logo, impossível de ser contrariada e modificada.

Ugo ROCCO aponta que essa teoria parte de uma premissa equivocada, vale dizer, considera, dita teoria, provável que a sentença não tenha erros e, partindo desse referencial, transforma essa mera hipótese (probabilidade) numa presunção absoluta⁵⁴ ou num retrato fiel da verdade objetiva.

3.1.2. Teoria da Ficção de Verdade (Savigny)

⁵² No livro L, título XVII, do Digesto, há célebre afirmação atribuída a Ulpiano, onde se lê: “207. ULPIANUS (6) libro I. ad legem Iuliam et Papiam.- Res iudicata pro veritate accipitur.” Na tradução de Garcia del Corral: “207. ULPIANO; *Comentarios a la Ley Julia y Papia*, libro I.- La cosa juzgada es admitida como verdad.” (GARCIA DEL CORRAL, Ildefonso L. **Cuerpo del Derecho Civil Romano**. Op. cit., p. 961).

⁵³ O decreto 737, datado de 1850, possui um resquício dessa teoria, que pode ser observado no artigo 185: “São presunções legais absolutas os factos, ou actos que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrario, como - a cousa julgada”. (BRASIL. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em: 04.12.2021).

⁵⁴ Nas palavras de Ugo Rocco: “Secondo tale teoria si presume che la sentenza, divenuta inoppugnabile, contenga la verità obbiettiva in fatto e in diritto, ed è questa una presunzione *iuris et de jure*. Tale dottrina è errata, per quanto meno inesatta della precedente, poichè *figitur super falso, praesuminatur super vero*. Mentre la teoria della finzione della verità parte dalla ipotesi che la sentenza possa essere errata e cerca di giustificare questa possibilità mediante una finzione, la teoria della presunzione di verità parte invece dalla ipotesi opposta, cioè della probabilità che la sentenza non contenga errore e trasforma questa ipotesi, solo probabile, in presunzione assoluta.” (ROCCO, Ugo. **Trattato di diritto processuale civile**. v. II. Turim: Editora UTET, 1957, p. 301).

Se para POTHIER a coisa julgada consistia numa presunção (*iuris et de iure*), para SAVIGNY ela representava uma ficção.

Os defensores dessa teoria propugnavam que a sentença, uma vez acobertada pela coisa julgada, tornaria verdadeiro seu conteúdo, ainda que, na realidade dos fatos, as coisas tivessem ocorrido de forma diversa. Isso explica o recurso à expressão ficção da verdade, isto porque a ficção se presta, no âmbito jurídico, para representar uma situação que, apesar de não ser condizente com a realidade e com a verdade, é tida como tal - real e veraz -, isto por força de uma opção legislativa consciente e deliberada⁵⁵. Celso NEVES bem expõe o cariz material dessa teoria da ficção de verdade quando explica que “2. Por força dessa ficção, pode acontecer que um direito antes inexistente seja constituído, *ex novo*, ou que um direito existente seja eliminado, reduzido ou alterado no seu conteúdo...”⁵⁶.

O processo, contudo, não é uma ciência exata e não é incomum haver sérias dificuldades para se reconstruir a verdade dos fatos, se é que, em última análise, essa tarefa seja mesmo possível. Ainda que haja limitações à atividade probatória do juiz, entende-se que ele deve conduzir o processo de modo a alcançar a verdade, mesmo que por aproximação. Isso não conduz, entretanto, à afirmação de que a conclusão materializada na sentença corresponda, necessariamente, à verdade dos fatos e como tal deva ser interpretada.

Ugo ROCCO também teceu considerações críticas a essa teoria e ponderou que a busca da verdade não seria atribuição do processo. Se a verdade objetiva, diz ROCCO, por vezes não era alcançável nem mesmo pelas pessoas, não seria pelo processo que se lograria tal intento⁵⁷.

⁵⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, discorrendo sobre a distinção entre presunção *iuris et de iure* e ficções esclarece que: “A presunção *iuris et de iure* não deve ser confundida com a ficção jurídica. Embora ambas não admitam prova em contrário, a ficção não pretende considerar verdadeiro um fato qualquer, que pode ser até possível, mas dar por verdadeiro um fato que é necessariamente falso. A falsidade é inteiramente assumida e, assim, não é enganosa. De tal sorte, a ficção não supõe, mas cria uma realidade, ordenando que algo seja tratado como se fosse coisa completamente diversa.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. **Revista de Processo**. Vol. 196. Jun. 2011, p. 18).

⁵⁶ NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971, p. 108-109. O mesmo autor analisa a teoria de Savigny nessa mesma obra, particularmente no capítulo III, § 2º, p. 107-127.

⁵⁷ As críticas postas são as seguintes: “1. - Come prima teoria accenniamo a quella del Savigny, detta della finzione della verità. In breve, secondo questa teoria, l'istituto della cosa giudicata può in generale designarsi come la forza legale della sentenza, fondata sopra una finzione della verità, mercè la quale la sentenza passata in giudicato è garantita contro ogni futuro tentativo d'impugnazione o di invalidazione. Quindi in forza di tale finzione la sentenza ingiusta viene ad acquistare un valore costitutivo di diritti. Ma l'obiezione fondamentale che si può muovere a questa teoria è la seguente: al processo civile non si deve assegnare come compito la ricerca della verità obiettiva la quale verrebbe espressa nella sentenza, e non si può sostenere, che ogni qualvolta non sia raggiunta, si debba creare una verità posticcia *quoad juris effectum*. Il processo civile non può aver per fine la ricerca della verità obiettiva: essa non può mai essere conseguita nell'ordine umano della realtà, perchè imperfetti e insufficienti sono i mezzi a sua disposizione. La umana conoscenza, appunto perchè tale, ha valore solamente subiettivo e deve contentarsi della verità subiettiva (certezza), che rappresenta l'equivalente della verità. Quindi, se la verità obiettiva non esiste, come si potrebbe affidarle il raggiungimento al processo civile? Il diritto non può correre dietro ad un'avaga chimera. Si può anche aggiungere che lo Stato, con la cosa giudicata non ha tentato di trasformare mediante

Atualmente parece não suscitar dúvidas que a reconstrução endoprocessual dos fatos pode não corresponder à realidade extraprocessual, de modo que as situações não se sobrepõem⁵⁸. Nada vai mudar a vida como ela é ou a vida como ela foi, muito menos uma sentença judicial. Nenhum efeito retroativo pode mudar aquilo que já se viveu. Acreditar, pois, que a sentença substitui a realidade é um pensamento fantasioso e equivocado *ab initio*.

3.2. Teorias processuais

3.2.1. Teoria da Extinção da Obrigação Jurisdicional (Ugo Rocco)

Ugo ROCCO constrói sua teoria sob a perspectiva de que o direito à prestação jurisdicional seria, ao mesmo tempo, um direito subjetivo público⁵⁹ (perspectiva da parte) e uma obrigação estatal⁶⁰ (perspectiva do Estado). Esclarece que a maneira usual para a extinção das obrigações consiste no seu adimplemento, raciocínio que o professor italiano transporta para a obrigação estatal atinente à prestação da tutela jurisdicional, isso para concluir que a obrigação estatal aqui tratada reputar-se-ia extinta quando prestada a tutela jurisdicional.

A obrigação de prestar a tutela jurisdicional, pode-se dizer, adviria de uma opção do Estado de concentrar em si tal mister, vedando, com isso, a utilização da autotutela ou meios alternativos como ferramenta de solução dos conflitos. Ao findar tal obrigação, o Estado, por meio da sentença, apresenta uma resposta ao direito de ação já exercido pelo interessado, esgotando de consequência aquela obrigação.

O autor italiano prossegue seu raciocínio e aponta a sentença como o momento no qual a pretensão jurídica reputar-se-á satisfeita, logo, extinta a obrigação estatal⁶¹. Mas não se trata

l'artificioso espediente di una finzione di verità, il prodotto della umana conoscenza, che ha valore relativo e controvertibile, in verità assoluta e incontrovertibile.” (ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 300).

⁵⁸ Egas D. Moniz de Aragão também aponta a insuficiência dessas teorias quando diz que “... Por conseguinte, as teorias cujo fundamento consiste em imaginar que o julgamento há de atingir *a verdade* e com base nisso procuram explicar-lhe a futura imutabilidade (em que consiste a coisa julgada) devem ser postas de lado, pois seu objetivo está desviado das realidades da vida, com as quais o processo tem necessariamente de construir suas categorias. Se se concordasse em que o objetivo do processo é descobrir e proclamar *a verdade* ter-se-ia de admitir que enquanto alguém duvidar de ela haver sido encontrada (e o vencido por certo sempre duvidará) não pode ele encerrar-se, o que orçaria pelo absurdo. O processo visa à solução do litígio e em dado momento há de ser tido como ultimado; nesse momento definido pela lei formar-se-á a coisa julgada, estará assegurado a ambas as partes o bem (*a res*) sobre o que versa a disputa.” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 207).

⁵⁹ “2. – Tra questi diritti soggettivi pubblici vi è il diritto di azione (e di contraddizione in giudizio), che è il diritto al rendimento della prestazione giurisdizionale.” (ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 306).

⁶⁰ “È un diritto astratto e a contenuto indeterminato, ma determinabile, come astratto è l’obbligo giuridico dello Stato ad esso corrispondente [...]” (Idem, loc. cit.)

⁶¹ “Anche per il diritto di azione l’adempimento è causa di estinzione del diritto stesso e precisamente l’adempimento della prestazione giurisdizionale deve, di necessità, considerarsi come causa di liberazione dall’obbligo della giurisdizione civile. E, innanzi tutto, quando può dirsi che lo Stato abbia adempiuto all’obbligo

de toda e qualquer sentença. Para Ugo ROCCO, apenas as sentenças definitivas (finais) e de mérito teriam essa força extintiva. E mais, não bastaria ser final e de mérito: a sentença também deveria ter transitado em julgado (“*divenuta inoppugnabile*”)⁶². A coisa julgada seria o marco derradeiro e último dessa obrigação⁶³, pois a decisão assumiria, então, a indiscutibilidade⁶⁴ almejada⁶⁵.

Nessa lógica de que a sentença deve ser final e de mérito, o professor italiano distingue entre ações declaratórias e condenatórias para dizer que, no primeiro caso, das ações declaratórias, a sentença é bastante em si para extinguir a obrigação estatal de prestação da tutela jurisdicional, ao passo que, no segundo caso, das ações condenatórias, a sentença dotada de tal natureza representaria apenas uma passagem para a execução (um adimplemento parcial da obrigação de prestar a tutela jurisdicional). Somente ao final da fase executiva (ou ação de execução, à época) é que o Estado estaria liberado de sua obrigação.

Quanto aos efeitos propriamente ditos, Ugo ROCCO, ao tratar da exceção de *res iudicata*, defende ser a coisa julgada um efeito de direito processual, conforme se depreende da seguinte passagem:

5. Questo concetto così chiaro e semplice dell'autorità della cosa giudicata, come effetto di diritto processuale, derivante dal fatto o fenomeno processuale della estinzione del diritto di azione e di contraddizione in giudizio del cittadino verso lo

della giurisdizione civile? [...]. Naturalmente la sentenza, la quale è, quindi, l'atto degli organi giurisdizionali che rappresenta il momento in cui la pretesa giuridica individuale all'accertamento è soddisfatta.” (Ibidem, p. 307).

⁶² Tratando da sentença apta a extinguir a obrigação estatal de prestação da tutela jurisdicional, Ugo Rocco esclarece: “Però, non ogni sentenza, tra le numerose specie, che ne esistono, ha questa prerogativa, ma solo quella finale e di merito... Ma non basta: questa sentenza non potrà avere che il valore di un parziale adempimento dell'obbligo dello Stato durante il termine concesso per appellare; è necessario che la sentenza finale o definitiva di merito sia divenuta inoppugnabile [...]” (Ibidem, loc. cit.).

⁶³ Essa função extintiva da sentença definitiva e de mérito passada em julgado consta da seguinte passagem: “La sentenza finale di merito divenuta inoppugnabile segna necessariamente il punto in cui lo Stato ha esaurito il suo ufficio (*functus officio*) ed è quindi liberato dall'obbligo della giurisdizione civile. Ed in questa funzione estintiva dell'azione e del processo civile per opera della sentenza finale di merito inoppugnabile, trova il suo giuridico fondamento e la sua giustificazione l'istituto della cosa giudicata, che rappresenta appunto il momento estintivo dell'azione civile, la naturale fine di essa, dopo che ha svolto e consumato, attraverso il processo, il corso della sua vita.” (Ibidem, loc. cit.).

⁶⁴ Antônio do Passo Cabral bem pontua que “[...] Assim, esta concepção parte de uma visão *funcionalista* da coisa julgada, que presta apenas para eximir o Estado de seu dever de ‘prover com imutabilidade’.” (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**..., op. cit., p. 85).

⁶⁵ Ao encerramento de suas explicações, Ugo Rocco condensa suas conclusões no seguinte excerto: “4. - Concludendo: como ogni diritto subiettivo, privato o pubblico, di obbligazione, trova nell'adempimento della prestazione a cui tende la sua naturale fine, così il diritto di azione, deve necessariamente trovare nell'adempimento della prestazione dell'attività giurisdizionale la sua naturale causa di estinzione. E poichè nel nostro sistema positivo l'adempimento della prestazione giurisdizionale è segnato dal passaggio in giudicato della sentenza finale di merito, così la cosa giudicata, in quanto segna il momento dell'adempimento della prestazione giurisdizionale è la naturale causa di estinzione (azione di accertamento) o di modificazione (azione di condanna) del diritto di azione civile.” (ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 308).

Stato, e dal fatto o fenomeno processuale della estinzione del diritto di giurisdizione dello Stato verso il cittadino [...].⁶⁶

O professor italiano não descarta para a possibilidade de a coisa julgada produzir efeitos substanciais ou indiretos, que, em sua ótica, seriam a fixidez e a estabilidade⁶⁷. Esses efeitos, contudo, não seriam efeitos jurídicos, mas apenas consequências de fato⁶⁸.

Esta concepção não se mostra mais atual porque há decisões parciais de mérito que alcançam a autoridade da coisa julgada sem que haja, só por isso, esgotamento ou exaurimento do dever jurisdicional. Ademais, condicionar o encerramento da atividade jurisdicional à ocorrência da coisa julgada é um equívoco porque desconsidera aquelas situações em que ela não ocorrerá, a despeito de ser inegável a existência de atividade jurisdicional (ex: estabilidade do art. 304 do CPC).

3.2.2. Teoria da eficácia da declaração (Konrad Hellwig)

A teoria da eficácia da declaração, desenvolvida por Konrad HELLWIG, insere-se no grupo das teorias processuais. Seu enfoque está centrado, como o próprio nome já sugere, na eficácia da *declaração* contida na sentença. Apesar de não ignorar a existência doutras eficácias (constitutiva e condenatória), HELLWIG entende que apenas aquela de cunho declaratório será acobertada pela coisa julgada. Ademais, considera que toda e qualquer sentença possui, no mínimo, uma eficácia declaratória, a qual podem, ou não, somar-se outras eficácias de naturezas diversas.

Para a construção de sua tese, HELLWIG cindiu as sentenças em dois grandes grupos: a) de um lado havia os chamados atos de declaração de direitos (representados pelas sentenças declaratórias); b) do outro, os atos de constituição de direitos (consistentes nas sentenças constitutivas e as condenatórias). No entender do autor, a sentença declaratória *não cria*

⁶⁶ “Este conceito claro e simples da autoridade da coisa julgada, como efeito de direito processual, decorrente do fato ou fenômeno processual da extinção do direito de ação do cidadão e da contradição em juízo contra o Estado, e do fato processual ou fenômeno da extinção do direito de jurisdição do Estado em relação ao cidadão...” – tradução livre. Idem, p. 319.

⁶⁷ “La *fissità e stabilità dei rapporti giuridici sostanziali*, è, quindi, il normale e caratteristico effetto che la cosa giudicata produce nel campo dei rapporti giuridici sostanziali.” (Ibidem, p. 326).

⁶⁸ “Ma, quale la natura di questi effetti che indirettamente o di riflesso si producono sul diritto sostanziale costituente oggetto dell'accertamento, quando la sentenza sia passata in cosa giudicata? E più precisamente posso essi considerarsi come effetti giuridici? La risposta a tale domanda risulta implicitamente da quanto si è detto. Poichè la cosa giudicata non è dal diritto considerata come causa diretta e immediata degli effetti di diritto sostanziale (stabilità del diritto); poichè, quindi, tali effetti di diritto sostanziale non sono riconnessi alla cosa giudicata direttamente e parallelamente agli effetti di diritto processuale (autorità della cosa giudicata), si deve necessariamente argomentare, che tali effetti *non sono effetti giuridici*, ma *semplici conseguenze di fatto*. [...]” (Ibidem, p. 328-329).

direitos, apenas *declara* aqueles já existentes. As únicas sentenças capazes de *criar* direitos seriam aquelas de cunho constitutivo ou condenatório, as primeiras mediante a modificação ou criação de uma relação jurídica ou de um estado, ao passo que as segundas o fariam ao *criar* para a parte requerida a obrigação de cumprir aquilo que foi fixado em sentença.

Por ser uma derivação de uma teoria processual, seu alcance está circunscrito aos lindes do processo, sem reverberações no campo do direito material. Noutras palavras, HELLWIG admite que as eficácias constitutivas e condenatórias sejam novamente trazidas à arena dos debates em processos futuros, *abertura não existente quando se trata da eficácia declaratória*. O julgador do futuro processo, pois, fica vinculado àquilo que foi declarado no primeiro julgamento⁶⁹.

O elemento nuclear da teoria aqui analisada era, pois, o de vislumbrar apenas no aspecto declaratório da sentença a aptidão para tornar-se imutável⁷⁰.

Ugo ROCCO, todavia, ao analisar a teoria de HELLWIG, não sem antes reconhecer sua importância, chama a atenção para o fato de que a coisa julgada, ainda que seja um fenômeno processual, espalha seus efeitos também sobre o direito substancial, o qual resta definitivamente fixado e atrelado à declaração contida na sentença, isto porque ele não será mais suscetível de uma decisão judicial posterior que contrarie aquela já proferida⁷¹.

⁶⁹ Marcos de Araújo Cavalcanti, ao tratar da teoria de Hellwig, conclui que “Como se verifica, o elemento comum presente nas 3 (três) categorias de sentença diz respeito à *função declaratória* da decisão. Segundo a concepção de Hellwig, após a prolação da sentença, a sentença transitada em julgado produz efeitos jurídicos *meramente processuais*, no sentido de impedir a *discutibilidade* da *declaração* contida na decisão. Nessa visão, o *conteúdo declaratório* da decisão transitada em julgado produz efeitos jurídicos, chamados de “eficácia da declaração” (*feststellungswirkung*), a qual determina, aos juízos dos casos subsequentes, a necessária observância da *declaração* definida na decisão anterior. Desse modo, a tese de Hellwig limitou a *indiscutibilidade* apenas à declaração, presente em todas as sentenças, em que pese nem sempre ser o único conteúdo. Para o jurista, quando houvesse uma sentença com diversos conteúdos, o instituto da coisa julgada não impedia a rediscussão de outros conteúdos que não fosse o declaratório. A *tese da eficácia da declaração* desproveu o conteúdo *condenatório* e *constitutivo* da proteção do instituto da coisa julgada.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa julgada & Questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos**. [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, tópico 4.5.2.1).

⁷⁰ Barbosa Moreira também expõe esse pensamento de Hellwig, destacando que o autor alemão reconduziu a coisa julgada apenas ao elemento declaratório de todas as sentenças. Para Hellwig, diz Barbosa Moreira “Apresenta a sentença constitutiva, pois, um conteúdo declaratório, que em regra só vale para as partes. Já a modificação jurídica produz-se em face de todos (3). Na sentença condenatória ocorre fenômeno análogo: ela igualmente contém uma declaração (da obrigação de prestar) e outro elemento, a ordem de prestar (*Leistungsbefehl*), de que deflui para o vencedor a pretensão à execução (*Vollstreckungsanspruch*). Também a sentença condenatória, destarte, realiza uma modificação jurídica, o que permite equipará-la à constitutiva; e, assim como nesta, a modificação vale *erga omnes*, enquanto a declaração, de ordinário, apenas *inter partes*. Em que consistia para HELLWIG, precisamente, o particular efeito só ligado ao elemento declaratório da sentença? Na indiscutibilidade ou incontestabilidade (*Unbestreitbarkeit*) de que se reforça a declaração a partir do trânsito em julgado, e que a torna vinculada para todos os juízes (4). Eis aí, no pensamento do autor, a essência da coisa julgada (material).” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Coisa julgada e declaração**. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758662/Jose_Carlos_Barbosa_Moreira.pdf, acesso em 10/10/2021, p. 60-61).

⁷¹ Nos dizeres do professor italiano: “6. - L'Hellwig sostenne un'altra teoria che molto contribuì alla soluzione del problema della cosa giudicata, ma che non è del tutto esatta. Secondo questa teoria il contenuto dell'accertamento

Por fim, as críticas quanto à utilização da terminologia *eficácia* ou *efeito* da sentença na obra de HELLWIG são, para Antônio do Passo CABRAL⁷², superdimensionadas pelos adversários do professor alemão porque, em verdade, ele não estava tão preocupado com essa precisão linguística quanto estava em restringir a incidência da coisa julgada à dimensão declaratória da sentença⁷³.

4. AFINAL, O QUE É A COISA JULGADA E QUAL É O SEU NÚCLEO ESSENCIAL?

A Constituição Federal de 1988 reconhece à coisa julgada o *status* de direito fundamental quando, no artigo 5º, XXXVI, estatui que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Isso está a indicar que a coisa julgada é uma peça importante no tabuleiro do processo. Essa constatação significa, contudo, que a coisa julgada é uma peça que não pode ser sacada do processo (tabuleiro)? Seria a coisa julgada a fonte única de estabilidades? Seria a coisa julgada uma característica cuja ausência faria ruir (ou teria a possibilidade de fazer ruir), a qualquer tempo, a decisão final de mérito proferida ao término

delle sentenze passate in giudicato non ha alcuna influenza sui rapporti giuridici sostanziali, i quali, in caso de errore nell'accertamento giudiziale, restano quelli che sono: l'unico effetto che si procuce è un diritto processuale di coloro pei quali è emessa la sentenza, alla osservanza, da parte degli organi giurisdizionali, di ciò che fu accertato, e un obbligo da parte degli stessi organi di rispettare il precedente accertamento contenuto in una sentenza passata in giudicato. Ma, se questi sono gli effetti della cosa giudicata, procedendo a fil di logica, si può concludere che il verificarsi del fenomeno processuale produce necessariamente e di riflesso effetti nel diritto sostanziale, il quale resta irrevocabilmente fissato e legatto all'accertamento giurisdizionale, perchè non più suscettibile de un nuovo e ulteriore accertamento giurisdizionale.” (ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 303).

⁷² Antônio do Passo Cabral chama a atenção para essa situação e esclarece que “Notemos também – e este é o ponto principal que gostaríamos de chamar a atenção – que as críticas de Liebman, Barbosa Moreira e outros apenas tangenciam, mas não se focam, no ponto essencial do pensamento de Hellwig, que é aquele de que a coisa julgada não torna imutáveis conteúdos outros que não a declaração. Esta era sua principal bandeira, e não a conceituação da *res iudicata* como ‘efeito’. Vale dizer, mais do que pregar contra o uso do termo ‘efeito’, a crítica maior ao pensamento de Hellwig deveria ser a limitação desta eficácia aos conteúdos declaratórios da sentença.” (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 174).

⁷³ José Ignacio Botelho de MESQUITA suscita algumas críticas à teoria de HELLWIG: “Do ponto de que parte, Hellwig foi levado a uma construção que se ressentia da mesma artificialidade do problema da sentença errônea. A limitação da coisa julgada à função declaratória das sentenças contraria não só a lei como a própria natureza das coisas; a incontestabilidade dos efeitos constitutivos e condenatórios da sentença, independentemente dos seus efeitos declaratórios, é um fato inegável, não bastando para explicá-lo a vinculação de qualquer juiz futuro ao conteúdo do que haja sido precedentemente declarado. [...]. Além disso, a teoria de Hellwig deixa de levar na devida consideração - e nisto se alheia totalmente da realidade - as profundas repercussões provocadas pela sentença no mundo jurídico material que, de forma nenhuma, se restringem a um vínculo limitado aos órgãos jurisdicionais, mas bem ao contrário, atingem a todos os que se colocam na órbita de irradiação dos efeitos da sentença. (MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Teses, estudos e pareceres de processo civil. v. 2: jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais. Apresentação José Rogério Cruz e Tucci, Walter Piva Rodrigues, Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 109-110).

do julgamento? O sistema não sobreviveria se sempre fosse possível a revisão de toda decisão final de mérito, sem critérios temporais limitadores?

Todas essas problematizações serão oportunamente abordadas, mas, para o que interessa ao presente momento, todas também servem para indicar a importância de se ter bem claras as premissas que caracterizam a coisa julgada, bem como qual é o seu núcleo essencial. Noutro capítulo, ver-se-á como essa construção tradicional é colocada em xeque, o que reforça ainda mais a necessidade de se firmar as bases que ainda hoje norteiam toda e qualquer investigação sobre o tema, afinal, só se pode pensar em reconstruir algo quando se tem pleno domínio / conhecimento do processo de elaboração daquilo que se visa reformular.

No campo interpretativo autêntico, coisa julgada material é a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

O legislador, deliberadamente, nada diz sobre a “coisa julgada” formal. Parece tratar-se de um caso de silêncio eloquente, mas a isso se retornará quando se analisar a dicotomia coisa julgada material e formal.

Por ora, é importante pinçar cinco elementos daquela definição: i) autoridade; ii) imutável; iii) indiscutível; iv) decisão de mérito; e v) não sujeita a recurso.

O percurso para chegar-se a esses cinco elementos traz a reboque muito da tradição romano-germânica, mas também muita reflexão da doutrina, com destaque para Enrico Tullio LIEBMAN. É necessário também voltar os olhos para as lições de Giuseppe CHIOVENDA, não sem antes deixar uma advertência: ainda que as teses desses juristas não fossem mais aplicáveis no atual estágio de desenvolvimento da ciência processual, tal circunstância não desnaturaria sua qualidade e importância. É sempre necessário ler e interpretar esses autores clássicos à luz da época em que suas obras foram apresentadas. Essa contextualização, por vezes esquecida ou ignorada, deve sempre estar presente para que não haja injustiças e para não se incorrer em erros metodológicos. Ao fim e ao cabo, o que não se pode negar é que esses pensadores certamente contribuíram para a modelagem e evolução do tema da coisa julgada.

5. O QUE PENSAM CHIOVENDA E LIEBMAN SOBRE A COISA JULGADA?

5.1. O pensamento de Giuseppe Chiovenda

Giuseppe CHIOVENDA trata do tema da coisa julgada em diversas obras⁷⁴. Entre idas e vindas, contrariando sua própria advertência⁷⁵, retoma o estudo do tema, dada a importância que ele detém no processo.

Ao mesmo tempo em que asseverou que o direito italiano foi preponderantemente permeado pelas lições romanas⁷⁶, CHIOVENDA pontuou que muitas regras romanas também foram desvirtuadas ou deturpadas. Em uma de suas tantas palestras, depois transformada em artigo com um título muito apropriado, “*Romanismo y Germanismo en el Proceso Civil*”, CHIOVENDA passeia pelo direito romano, alemão e francês para demonstrar que o direito italiano moderno (à época), ainda que tivesse recebido alguns aportes do direito alemão, era, em sua essência, mais próximo do direito romano puro⁷⁷. Ao longo do referido texto, CHIOVENDA sinaliza que o processo alemão, no tocante a alguns institutos, foi uma influência negativa, quando não deletéria, apontando que os estudiosos alemães esqueceram-se, ao tecer considerações críticas ao direito italiano, que, em alguns casos, os institutos criticados tinham fonte no próprio direito germânico.

Essa influência romana repercutiu na doutrina de CHIOVENDA, particularmente no terreno da coisa julgada⁷⁸, logo, na defesa que o professor italiano fez da vinculação daquela

⁷⁴ Luiz Guilherme Marinoni destaca a importância de Chiovenda na temática da coisa julgada: “Falar de uma doutrina, e não apenas de ordenamento jurídico, constitui uma postura de quem acredita que a história do direito é, em grande medida, a história das doutrinas. A doutrina chiovendiana sobre coisa julgada, celebrizada pela importância de seu artifice, não somente ainda é repetida na Itália, mas também atemoriza os doutrinadores de *civil law*, sabido que a doutrina de Chiovenda moldou e marcou o desenvolvimento do direito processual civil de vários países.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. Op. cit., p. 146).

⁷⁵ A advertência aqui mencionada já consta na nota 1 deste trabalho.

⁷⁶ Os reflexos e impactos do direito romano e alemão no direito italiano foram objeto de conferência proferida por Chiovenda. No texto **Romanismo y Germanismo en el proceso civil**, Chiovenda traça uma retrospectiva breve, porém muito interessante, sobre essas interações. Numa passagem o professor lança uma questão que resume bem o propósito do texto: “Y es por ello que falta, y faltará durante mucho tiempo aún, una respuesta satisfactoria al problema que ahora podemos plantear así: ¿Cuál es la importancia respectiva del elemento romano y del germánico en el proceso moderno, como resultado final de su contacto histórico?” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Romanismo y Germanismo en el proceso civil**. Tradução de Roberto L. Mantilla Molina. Disponível em <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/escuela-nal-jurisprudencia/article/view/20537/18443>. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, tomos IV-V, núm. 16-17, México, 1943, p. 517).

⁷⁷ “En cuanto a mí respecta me he conformado con poner de manifiesto, hojeando la historia, algunos puntos, no tanto de antagonismo, como de coordinación, de los dos elementos opuestos. Si no considerara más prudente abstenerme, por ahora, de afirmaciones generales, **me atrevería a decir que también en el derecho moderno ha seguido prevaleciendo el elemento romano**. Pues ciertamente las características más salientes del proceso germánico e sus derivados, el concepto de juicio, la prueba formal y, por ende, la legal, la exageración del juramento, las censuras en el procedimiento, el principio de preclusión y el eventual (salvo pocas aplicaciones subsistentes), etc., han desaparecido; y por el contrario, son romanas las ideas fundamentales sobre la relación procesal y sobre la prueba, cuando menos. **De este modo somos mucho más romanos en nuestro proceso de lo que lo fueron nuestros padres, pues en muchas instituciones la legislación y la ciencia nos han vuelto a llevar ao derecho romano puro...**” (destaquei em negrito) - (Ibidem, p. 534).

⁷⁸ Dois trabalhos do professor peninsular merecem destaque: “Sulla cosa giudicata” In **Saggi di diritto processuale civile**. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 1993, pp. 399-408; e “Cosa giudicata e preclusione” In **Saggi di diritto processuale civile**. Vol. 3. Milano: Giuffrè, 1993, pp. 231-283. Este último é o artigo mais recente e algumas das conclusões constantes do primeiro texto são retomadas.

apenas ao pedido formulado pela parte, refutando sua incidência sobre questões decididas ao longo do processo. CHIOVENDA também sustentou que o processo teria dois elementos bem definidos: a) *lógico*, antecedente e preparatório à (da) sentença que julga a lide; e b) *estatal*, consistente na atuação da vontade concreta da lei, perfectibilizada no dispositivo.

A partir dessa dicotomia e porque CHIOVENDA defendia que a jurisdição consistiria na atuação da vontade concreta da lei - *elemento estatal* -, a coisa julgada só incidiria sobre o dispositivo, ainda que o juiz tivesse decidido outras questões ao longo do processo - a resolução de tais decisões não seria relevante porque incidente sobre elementos de menor importância, úteis apenas endoprocessualmente.

Indo mais a fundo nessa temática, a defesa de algumas premissas romanas foi levada a extremos por CHIOVENDA, a ponto de ser tomada como verdade absoluta. No terreno da coisa julgada, por exemplo, CHIOVENDA enfatizava que os romanos não se preocupavam com as decisões sobre as questões prévias ao julgamento do mérito porque todo o trabalho judicial estaria voltado unicamente à absolvição ou à condenação - somente atos com este conteúdo constituíam a *sententia* romana. A etapa lógica seria apenas uma fase preparatória, cuja eventual carga decisória, se existente - CHIOVENDA nega esse viés decisório às deliberações sobre questões prévias -, teria apenas efeitos intraprocessuais, sem repercussões para além do processo, logo, não seria acobertada pela coisa julgada.

Esse raciocínio destoa, contudo, daquele preconizado no direito germânico, onde não se negava a possibilidade de haver *sententia interlocutoria* (ou *Beweisurteil*). Nisso reside a grande diferença entre o direito romano e o alemão: enquanto em um - romano - o tratamento dado às interlocutórias era esvaziado, no outro - germânico - as interlocutórias eram prestigiadas. Mas qual é o cerne para explicar essas posições díspares?

No direito germânico, o poder decisório do juiz em deferir, ou não, a produção da prova era maior do que aquele que esse mesmo juiz teria quando fosse valorá-la ao final do julgamento. A atividade valorativa do juiz, depois de produzida a prova, seria ínfima, quando não apenas expositiva, cabendo-lhe curvar-se ao resultado da prova, isto porque o juiz estaria a ele(a) vinculado⁷⁹. Essa sujeição ao resultado da prova, pois, era o que justificava haver maior

⁷⁹ Chiovenda elucida com clareza essa característica do direito germânico: “... al contrario, la prova germanica, per il suo carattere strettamente formale, è sottratta al libero apprezzamento del giudice, l'ufficio più delicato del quale consiste nel decidere sulla prova *da darsi*, mentre poi *dopo data la prova* esso si riduce alla semplice e formale constatazione dei risultati della prova stessa, così che la vittoria o soccombenza della parte, espressa nella pronuncia ultima del giudice, non è che la conseguenza automatica della pronuncia precedente, tanto che già in questa si trova spesso enunciata o dichiarata preventivamente. Il processo germanico presenta dunque due sentenze, o anche più, delle quali, quella o quelle che statuiscono sulla prova non solo hanno, come l'ultima, il nome di sentenza, ma costituiscono la vera potenziale decisione della causa. Per riassumere questi concetti (tante volte ripetuti) colle parole del più recente storico del nostro processo, dirò che «questa sentenza statuente sulla

rigor na fase que antecedia a produção dela, fase essa correspondente ao deferimento ou não da prova.

Por outro lado, no direito romano, o resultado da prova não seria vinculante, isto porque se reconhecia ao juiz a livre apreciação da prova. Eram esses os principais fatores - *princípio da livre apreciação da prova e não vinculatividade do resultado* -, segundo lição de CHIOVENDA, que explicaria a inexistência de coisa julgada sobre as decisões interlocutórias, somados ao fato de que tais interlocutórias sobre matéria probatória não possuiriam caráter decisório, mas apenas ordinatório⁸⁰.

Avançando nessa ideia, CHIOVENDA diferencia *coisa julgada e preclusão* e diz que aquela seria a eficácia inerente à sentença que “*acolhe ou rejeita a demanda*”, teria função prospectiva e por escopo evitar que a situação da parte, já decidida por sentença definitiva, fosse novamente contestada⁸¹; já a preclusão estaria associada à resolução de outras questões, processuais ou substanciais, fáticas ou jurídicas, distintas da matéria decidida quando se *acolhe ou rejeita a demanda*. E porque a matéria sobre a qual recai não corresponde ao bem da vida, a decisão sobre aquelas questões teria uma “*eficácia mais limitada, imposta por exigências de ordem e de segurança no desenvolvimento do processo*, que consiste na preclusão da faculdade de renovar a *mesma questão no mesmo processo*.”⁸²

prova da farsi aveva grandissima importanza, anzi si può dire che fosse la vera definitiva, quindi che vi fosse una sola sentenza, questa che ordinando la prova dichiarava nel contempo accettarne i risultati per la decisione finale, sentenza pronunciata sotto condizione che vincerà la lite chi vincerà la prova, e perciò la seconda sentenza non fosse che declaratoria di quella sulla prova» (SALVIOLI, Storia della procedura civile e criminale, I, Milano, Hoepli, 1925, pag. 323).” (CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa giudicata e preclusione”. Op. cit., p. 248-249).

⁸⁰ O raciocínio de Chiovenda é o seguinte: “...Anche questo problema, come quello delle forme del processo (cfr. *L'oralità e la prova*, nei miei *Saggi*, II, pag. 197 segg.) ci riconduce al punto fondamentale, che è la diversa funzione della prova nel processo romano e nel germanico, da cui discende ed è spiegata la profonda differenza fra la *interlocutio* romana sulla prova (sopra § n. 3) e la sentenza probatoria (*Beweisurteil*) del processo germanico. Mentre il processo romano è tutto fondato sul principio del libero convincimento del giudice, di modo che le *interlocutiones* sulla prova, anche quando come s'è visto, risolvono questioni, hanno carattere meramente ordinatorio e non vincolano menomamente il giudice nella valutazione delle prove ch'egli fa poi secondo la sua coscienza e il suo criterio e che esprime nella *sententia*, la quale pertanto è il solo atto decisivo, vale a dire *definitivo* della lite;...” (CHIOVENDA, Giuseppe. Idem, p. 248).

⁸¹ “8. Torno dunque a dire: la cosa giudicata è l'efficacia propria della sentenza che *accoglie o respinge la domanda*, e consiste in ciò che, per la suprema esigenza dell'*ordine e della sicurezza della vita sociale*, la situazione delle parti fissata dal giudice rispetto ai beni della vita (*res*) che fu oggetto di contestazione, non può più essere successivamente contestata; l'attore che ha vinto non può più essere disturbato nel godimento di quel bene, l'attore che ha perduto non può ulteriormente reclamarne il godimento. L'efficacia o autorità della cosa giudicata è dunque per definizione destinata ad agire nel futuro, di fronte ai futuri processi.” (CHIOVENDA, Giuseppe. Ibidem, p. 267).

⁸² Nas próprias palavras de Chiovenda: “La risoluzione invece data dal giudice alle singole questioni logiche che si presentano nel processo, sia essa contenuta in sentenze interlocutorie o nella sentenza definitiva, *riguardi questioni processuali o sostanziali*, di fatto o di diritto, appunto perché è distinta dalla pronuncia d'accoglimento o di rigetto, non ha l'efficacia propria di quest'ultima: essa ha soltanto un'efficacia più limitata, imposta da *esigenze d'ordine e di sicurezza nello svolgimento del processo*, che consiste nella preclusione della facoltà di rinnovare la stessa questione nello stesso processo.” (CHIOVENDA, Giuseppe. Ibidem, loc. cit.).

E CHIOVENDA continua sua argumentação aduzindo que até mesmo as ditas questões de mérito - ou substanciais -, quando decididas ao longo do processo, estariam sujeitas à preclusão e não à coisa julgada. Seria um erro, em sua ótica, confundir coisa julgada com decisão sobre o mérito⁸³. A coisa julgada só existiria, diga-se novamente, a partir da decisão que acolhesse ou rejeitasse a demanda. Toda e qualquer outra decisão que não fosse de acolhimento ou de rejeição da demanda, decidisse ela sobre questão processual ou substancial, estaria sujeita à preclusão.

Essa forma enfática com que o professor italiano defendeu a distinção entre preclusão e coisa julgada parece ter deixado de lado, contudo, ao menos dois dados relevantes, quais sejam, a *importância* e os *reflexos* que uma questão decidida no transcorrer de um processo poderia vir a ter num processo vindouro. E sobre este mesmo problema, indaga-se: o que justificaria concluir que a decisão sobre uma questão prejudicial ao longo do processo não estaria acobertada pela coisa julgada, ao passo que o julgamento dessa *mesma* questão, agora em sede de ação declaratória incidental, estaria sujeito à coisa julgada? Existiria alguma diferença essencial nestes dois julgamentos a ponto de conduzir a entendimentos tão diferentes ou, em verdade, o raciocínio anterior seria produto de um mero artificialismo para justificar uma tese?

Luiz Guilherme MARINONI é cirúrgico ao avaliar estas inconsistências na teoria de CHIOVENDA:

É realmente curioso: a mesma questão passaria a ser outra coisa, que não uma simples questão lógica, apenas porque posta à solução judicial mediante ação autônoma ou por meio de pedido. O erro lógico, que evidencia a ineficácia do argumento chiovendiano, desde logo pode ser desnudado quando se percebe que existe uma tautologia ao se dizer (i) que a coisa julgada não abrange a questão necessária ao julgamento do pedido e (ii) que a coisa julgada abrange o pedido que veicula a mesma questão. Ora, aí simplesmente se está a afirmar que a coisa julgada recai apenas sobre o pedido.

O verdadeiro problema - desconsiderado por Chiovenda - seria o de se a questão de mérito resolvida no curso do processo, porque pode ter relevância em processo futuro, deve ficar coberta pela coisa julgada. Retenha-se o ponto: Chiovenda não se preocupou com o significado da resolução da questão, mas apenas com a forma mediante a qual a questão é posta ao conhecimento judicial, o que, como se verá mais tarde, é completamente irrelevante ou tem relevância para quem supõe que determinado conceito, no caso o conceito romano de coisa julgada, pode ser imposto como verdadeiro em virtude da importância de uma tradição.”⁸⁴

⁸³ Novamente se remete ao original: “...Appunto: anche la risoluzione di questioni sostanziali, o di *merito*, come suol dirsi comunemente, dà luogo a semplice preclusione. È un altro errore comune confondere pronuncia sul merito e cosa giudicata.”. (CHIOVENDA, Giuseppe. Ibidem, loc. cit.).

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. Op. cit., p. 150-151.

Apesar das críticas, naturais a toda teoria, não se nega a grande contribuição de CHIOVENDA no estudo da coisa julgada. Da mesma forma que ele dirigiu comentários ácidos à influência germânica no direito italiano, talvez se possa dizer que o apego à tradição romana, aos seus cânones e dogmas, tenha impedido CHIOVENDA de vislumbrar - ou mesmo aceitar - que o julgamento de questões no curso do processo, a depender de certos requisitos, mereceria o manto da coisa julgada, até mesmo como ferramenta para garantir a tutela do bem da vida, fim tão caro a esse grande jurista.

5.2. O pensamento de Enrico Tullio Liebman

O processo civil brasileiro está inquestionavelmente atrelado ao pensamento de LIEBMAN. No terreno da coisa julgada, a teoria desse autor encontrou, de início, forte resistência na Itália, principalmente por parte de Francesco CARNELUTTI⁸⁵. Sem esmorecer às críticas, por vezes pessoais, LIEBMAN ganhou adeptos e, no Brasil, sua tese foi acolhida e até hoje prevalece.

O cenário que existia até os escritos de LIEBMAN dividia-se, basicamente, em duas frentes: a) daqueles que perfilhavam a tradição romana e sustentavam que a coisa julgada seria um dentre os vários efeitos da sentença; b) daqueles que adotavam o viés germânico e que

⁸⁵ Liebman é um autor muito aclamado no Brasil. Na Itália, contudo, ao mesmo tempo em que ganhou projeção no início dos anos de 1930, teve que enfrentar a oposição e, em algumas ocasiões, a ira de Francesco Carnelutti. A relação entre ambos foi marcada por divergências pouco amistosas, muitas vezes nada elegantes ou corteses, particularmente do lado de Carnelutti, já conhecido por sua sinceridade pouco sutil e nada complacente. Esses desentendimentos foram retratados por Cândido Rangel Dinamarco no artigo *Polêmicas do Processo Civil*, de cujo bojo destaca-se, num primeiro momento, a discórdia havida entre Carnelutti e Liebman a respeito do título executivo. A esse respeito, diz Dinamarco: “**6. Executivo (Liebman-Carnelutti)**. Infelizmente, porém, haveriam de repetir-se essas palavras irônicas, ferinas, desencorajadoras, de um processualista veterano e festejado a um jovem que está ainda galgando a escada do prestígio e da afirmação como jurista. Todos conhecem a pena terrível que era Carnelutti: implacável, a ninguém poupava nas notas bibliográficas que regularmente fazia para a “*Rivista di Diritto Processuale Civile*”, não se dando a rodeios para dizer que o autor da obra comentada não tinha a necessária preparação cultural, ou que a obra era de baixíssimo nível estudantil, ou que a tese sustentada é absurda. E Carnelutti às vezes se excedia nessa sua honesta, mas impiedosa crítica. Um exemplo disso é a sua atitude na polêmica mantida com Liebman sobre o título executivo...”. Um pouco mais à frente, no mesmo artigo, Dinamarco diz que o debate novamente ultrapassou as fronteiras intelectuais e desbordou para ataques pessoais quando Liebman defendeu sua tese sobre a coisa julgada, que ia de encontro àquela ensinada por Carnelutti: “**7. Coisa julgada (Liebman x Carnelutti)**. Estavam ainda bem vivas as feridas da batalha, quando logo no ano seguinte (1935) voltam à liça os mesmos contendores – agora em polêmica sobre a coisa julgada. Foi, ainda essa vez, o então jovem Liebman a atacar as posições guardadas pelo já veterano e glorioso Carnelutti. E foi dessa vez que Liebman inscreveu definitivamente o seu nome no livro da história do Processo Civil. Era grande, como se vê, a distância entre os dois juristas. E aqui, mais uma vez, Carnelutti respondeu naquela sua forma agressiva, não se limitando à crítica objetiva, mas permitindo-se também ataques pessoais (violentos, irônicos, prepotentes) ao jovem colega que, com 4 erros crassos, acabou cometendo uma heresia, perante a qual buscava ele (Carnelutti) comportar-se com paciência, em vez de se deixar tomar uma segunda vez pela cólera, pois se via que Liebman não tinha entendido os seus ensinamentos.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Polêmicas do processo civil. Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 1, p. 523 - 542, Out / 2011, versão digital).

diziam que a coisa julgada seria o próprio efeito declaratório, negando sua ocorrência nos efeitos constitutivo ou condenatório⁸⁶⁻⁸⁷.

Nesse contexto, LIEBMAN trouxe à lume uma teoria que contrastava àquelas vertentes porque propunha uma distinção entre os efeitos da sentença e a autoridade da coisa julgada, o que fica muito claro já nas primeiras páginas de sua exposição, quando lança os seguintes questionamentos: “...Seria, pois, a coisa julgada um efeito que se põe ao lado deles e no mesmo nível ou se sobrepõe a eles e os abrange? Ou é, pelo contrário, antes uma qualidade desses efeitos, um modo de ser deles, a intensidade com que se produzem?”⁸⁸ A resposta ele oferece algumas linhas depois: “A linguagem induziu-nos, portanto, inconscientemente, à descoberta desta verdade: que a autoridade da coisa julgada não é o efeito, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam...”⁸⁹ A lição também é repetida noutro trecho: “... a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado.”⁹⁰

No decorrer da sua obra, o professor italiano esclarece, ainda, que seria um *erro lógico* equiparar a coisa julgada aos demais efeitos da sentença, isto porque, ao assim proceder, estar-se-ia colocando “... no mesmo plano coisas heterogêneas e de qualidade bem diversa.”⁹¹

⁸⁶ Esta corrente germânica foi encabeçada por Hellwig, cuja síntese de Liebman é bastante elucidativa. Antes, porém, é preciso esclarecer que Hellwig propunha que os atos jurisdicionais constitutivos abarcavam tanto as sentenças constitutivas em sentido estrito quanto as sentenças condenatórias. Dito isso, observa Liebman que: “HELLWIG tentou, de fato, desembaraçar a meada, confinando, em resumo, a autoridade do julgado à pura declaração, tal como aparece em todas as sentenças; e já que estava firmemente persuadido de que nela residisse o efeito capital e característico da sentença, acabou por identificar a coisa julgada com a declaração obrigatória e indiscutível que produz. [...] mas as sentenças constitutivas, como as condenatórias, encerram ainda uma declaração, isto é, a declaração do direito à mudança jurídica ou à prestação. Ora, a coisa julgada (*Rechtskraft*) consiste na força vinculante da declaração, quer se apresente esta por si só na sentença, quer seja acompanhada de efeito constitutivo da espécie indicada; este efeito constitutivo, pois, nada tem que ver com a coisa julgada, absolutamente desnecessária para que ele se possa produzir. O termo tradicional de ‘coisa julgada’ (*Rechtskraft*) poderia e deveria então substituir-se pelo mais preciso de ‘eficácia de declaração’ (*Feststellungswirkung*), que indicaria, pois, o efeito constante de todas as sentenças com o qual podem apresentar-se juntos eventualmente também o efeito constitutivo ou o executório, conforme o tipo de sentença que se considere.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e de Benvidio Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 21).

⁸⁷ Antônio do Passo Cabral faz relevantes considerações sobre a relação de Liebman com a temática da coisa julgada em artigo intitulado: Alguns mitos do processo (II): Liebman e a coisa julgada. **Revista de Processo**, ano 38, vol. 217, p. 41-73, março/2013. Elementos centrais do pensamento de Liebman são analisados e ponderados à luz de outros autores e de outras teorias.

⁸⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença...**, p. 5.

⁸⁹ Idem, p. 6.

⁹⁰ Ibidem, p. 41.

⁹¹ Ibidem, p. 22.

LIEBMAN não nega que a sentença possa ter diversos efeitos, mas adverte que isso em nada se confunde com a estabilidade que esses mesmos efeitos terão.

Também afirma que toda sentença pode possuir e produzir efeitos na esfera de quem quer que seja, ainda que não sujeitos à relação jurídica decidida e que tais efeitos, ao menos no plano abstrato, não dependem da autoridade da coisa julgada para existir⁹². Tanto isso seria verdade que “...ainda hoje, segundo o direito canônico, as sentenças em matéria de estado não logram jamais a autoridade da coisa julgada.”⁹³ A isso ele chamou de eficácia natural da sentença ou de imperatividade da sentença.

Essa eficácia natural, como bem apontado por LIEBMAN, não se confunde com a autoridade da coisa julgada. Esta não deixa de ser uma opção política e social traduzida numa qualidade que se agrega ao *comando*⁹⁴ emergente da sentença para torná-lo, assim como o próprio ato formal do qual emana, imutável. Ao restringir a autoridade da coisa julgada ao *comando* contido na sentença, o professor italiano exclui do espectro dela - coisa julgada - toda a atividade lógica do juiz que antecedeu e embasou a decisão. Além disso, também observa que, enquanto *comando*, a sentença é eficaz para todos, mas enquanto *comando imutável*, ele somente o é entre as partes.

A expressão *autoridade da coisa julgada* tem uma característica inafastável que se traduz na *referibilidade* ou, em outras palavras, ela só existe em função de algo, logo, não existe em si mesma. Essa referibilidade reforça a tese de que a coisa julgada não é um efeito da sentença tal qual os outros e tampouco se confunde com o efeito declaratório, mas, antes, é uma qualidade que a eles se soma para tornar imutável o comando emergente da sentença.

⁹² “... Uma coisa é distinguir os efeitos da sentença segundo sua natureza declaratória ou constitutiva, outra é verificar se eles se produzem de modo mais ou menos perene e imutável. De fato, todos os efeitos possíveis da sentença (declaratório, constitutivo, executório) podem, de igual modo, imaginar-se, pelo menos em sentido puramente hipotético, produzidos independentemente da autoridade da coisa julgada, sem que por isso se lhe desnature a essência. A coisa julgada é qualquer coisa mais que se junta para aumentar-lhe a estabilidade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis das sentenças. Identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica.” (Ibidem, p. 23).

⁹³ Ibidem, p. 40.

⁹⁴ “Assim, a eficácia de uma sentença não pode por si só impedir o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente uma razão de utilidade política e social - o que já foi lembrado - intervém para evitar esta possibilidade, tornando o *comando* imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada. Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela, simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.” (Ibidem, p. 51).

6. E NO BRASIL? O QUE PENSAM JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA E OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA?

Ainda que a teoria de LIEBMAN tenha sido acolhida no Brasil, não se pode olvidar as ponderações feitas por José Carlos BARBOSA MOREIRA⁹⁵ e por Ovídio BAPTISTA DA SILVA⁹⁶.

BARBOSA MOREIRA, tratando da correlação entre coisa julgada e o efeito declaratório da sentença, faz uma ressalva à tese de LIEBMAN pois, na sua ótica, ainda que a autoridade da coisa julgada seja uma qualidade, ela não se refere aos efeitos propriamente ditos, mas sim ao *conteúdo* do comando⁹⁷. Para BARBOSA MOREIRA, os efeitos podem ser modificados, alterados ou mesmo extintos⁹⁸, quer naturalmente, quer por imposição legal, ou por vontade das partes, donde se conclui não ser possível submetê-los à imutabilidade típica da coisa julgada.⁹⁹ Essa alterabilidade hipotética da situação concreta decidida por meio de sentença, contudo, “...em nada afeta a autoridade de coisa julgada que esta, porventura, haja

⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Coisa julgada e declaração**. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758662/Jose_Carlos_Barbosa_Moreira.pdf, acesso em 10/10/2021, pp. 60-68; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, RT 416/9, jun./1970. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, vol. 6, p. 679, Out / 2011 - versão digital

⁹⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 1. 5ª ed. São Paulo: Editora RT, 2000.

⁹⁷ Diz o professor carioca: “A coincidência temporal entre a formação da *res iudicata* e o comêço da produção dos efeitos não é ditada por uma *necessidade intrínseca*. Se o fôsse, não se conceberia antecipação sequer a título excepcional. Liebman, que tanto fez para distinguir da eficácia da sentença a autoridade da coisa julgada, e com isso prestou serviço inestimável à ciência processual, deteve-se, contudo a meio caminho. Em sua construção, fica ainda a coisa julgada conceptualmente prês a rede dos efeitos da sentença, como algo que a êles adere “per qualificarli e rafforzarli in un senso ben determinato”, ou seja, para fazê-los imutáveis. Ora, tal compromisso é insatisfatório, até porque, na realidade, os efeitos da sentença *não* se tornam imutáveis com o trânsito em julgado: o que se torna imutável (ou, se se prefere, indiscutível) é o *próprio conteúdo* da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sôbre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Coisa julgada e declaração**. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758662/Jose_Carlos_Barbosa_Moreira.pdf, acesso em 10/10/2021, pp. 67-68).

⁹⁸ Barbosa Moreira é categórico ao dizer que os efeitos subtraem-se à imutabilidade, afirmação contida na seguinte passagem, seguida de exemplos: “Ora, a quem observe, com atenção, a realidade da vida jurídica, não pode deixar de impor-se esta verdade muito simples: se alguma coisa, em tudo isso, escapa ao selo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença. A decisão que acolhe o pedido, na ação renovatória, produz o efeito de estender por certo prazo, e com fixação de determinado aluguel, o vínculo locatício; mas que impede as partes de, no curso desse prazo, de comum acôrdo, modificarem o aluguel fixado, alterarem esta ou aquela cláusula, e até porem fim à locação? Os cônjuges que hoje se desquitam, (mesmo litigiosamente) podem amanhã restabelecer a sociedade conjugal, como podem os donos de terrenos confinantes estabelecer convencionalmente, para as respectivas áreas, divisa diferente da que se fixara no processo da ação de demarcação.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, RT 416/9, jun./1970. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, vol. 6, p. 679, Out / 2011 - versão digital).

⁹⁹ As observações de Barbosa Moreira também são retratadas por Eduardo Talamini em sua já consagrada, porém esgotada, obra monográfica intitulada **Coisa julgada e sua revisão**, op. cit., p. 35-37.

adquirido. A norma sentencial permanece imutável, enquanto norma jurídica concreta referida a uma determinada situação.”¹⁰⁰

Mas o que exatamente seria esse *conteúdo do comando* da sentença na doutrina de BARBOSA MOREIRA?

Tratando do tema, o autor fluminense distingue, inicialmente, eficácia e efeito, para dizer que a eficácia está no plano abstrato e diz respeito à possibilidade de um ato jurídico, ainda que em potencial, produzir efeitos ou, em suas próprias palavras: “Eficácia, enfim, é a palavra que se costuma usar, na linguagem jurídica, para designar a qualidade do ato enquanto gerador de efeitos.”¹⁰¹ Já com relação aos efeitos, ensina BARBOSA MOREIRA que “Os efeitos podem ser considerados em potência (como passíveis de produzir-se) ou em ato (como realmente produzidos).”¹⁰² Ainda que se verifique, como anota o autor, quem equipare eficácia e efeito, tal aproximação não lhe parece acertada, ao menos não como regra geral.

Quanto ao conteúdo, diz o professor carioca, não é incomum relacioná-lo com os efeitos, mas aponta ser um equívoco afirmar que eles se fundem num só, isto porque é racional e logicamente insustentável defender que a consequência está contida no ato que a gerou¹⁰³. Isso fica muito claro na seguinte passagem: “Conteúdo e efeito são verdadeiramente entidades inconfundíveis. Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra.”¹⁰⁴ O mais adequado seria, pois, conectar conteúdo e eficácia.

Transpondo essa linha de raciocínio para a sentença propriamente dita, é possível distinguir o seu conteúdo dos efeitos que dela decorrem. A sentença poderia ter, pois, conteúdo - eficácia - declaratório(a), constitutivo(a), condenatório(a), mandamental ou executivo(a). A partir disso, o professor BARBOSA MOREIRA chama a atenção para as sentenças constitutivas para dizer que sua principal característica, a modificação jurídica, admite uma interpretação bifronte: “...pode indicar o ato pelo qual se modifica alguma coisa, ou o estado consequente a esse ato.”¹⁰⁵ Na primeira hipótese - *ato pelo qual se modifica alguma coisa* - a modificação integraria o conteúdo da sentença. Na segunda situação - *estado consequente a esse ato* - a modificação seria externa ao conteúdo.

¹⁰⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**. Op. cit. - versão digital.

¹⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. **Revista de Processo**. Vol. 40/1985, p. 7 - 12. Out - Dez / 1985 - versão digital.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ “De modo algum significa isso que o efeito produzido pelo ato se identifique ou se confunda com o respectivo conteúdo, ou faça parte desse conteúdo. O efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, quer se trate de fato natural, quer de ato jurídico. Padece de contradição a idéia de um efeito “incluso” no ato jurídico.” (Ibidem).

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Ibidem.

Em síntese, para BARBOSA MOREIRA, os efeitos não integram o conteúdo e a autoridade da coisa julgada recai sobre tudo que estiver contido no conteúdo do comando, isto é, sobre toda a carga eficaz que do comando da sentença emana, seja aquela declaratória, constitutiva ou condenatória. Mas, justamente porque os efeitos são mutáveis, na ótica do professor carioca, nada impediria as partes de entabular uma avença que destoasse ou mesmo contrariasse aquilo que foi decidido, *ainda que atinente ao elemento puramente declaratório*.

Um registro, porém, precisa ser feito: a crítica de BARBOSA MOREIRA à teoria de LIEBMAN procede, mas o que não se diz com tanta frequência é que o próprio LIEBMAN, como dito no tópico acima, chegou a asseverar que a autoridade da coisa julgada seria uma qualidade aderente ao *comando nascente da sentença*. Por vezes, se diz apenas que, para LIEBMAN, coisa julgada seria uma qualidade associada aos efeitos, sem ressaltar a menção por ele mesmo feita ao *comando emergente da sentença*. Talvez o que possa explicar essa abordagem - ou a falta dela - esteja no fato de que parece haver, na tese liebmaniana, certa amálgama ou confusão entre os conceitos de comando e de efeitos da sentença - a ponto de se poder equipará-los - ou, em outras palavras, parece não haver uma delimitação - ou dissociação - mais precisa entre comando e efeitos, mas é errôneo dizer que LIEBMAN ignorou por completo a possibilidade da autoridade da coisa julgada recair sobre o comando da sentença, restringindo-a apenas aos efeitos¹⁰⁶. A depuração feita por BARBOSA MOREIRA, pois, decorreria do fato de ter vislumbrado que a coisa julgada estaria a qualificar o *conteúdo do comando emergente da sentença*.

Ao lado de BARBOSA MOREIRA, outro grande jurista que tratou dessa problemática foi Ovídio A. BATISTA DA SILVA. Da mesma forma que BARBOSA MOREIRA, o professor Ovídio BAPTISTA também acompanha a tese de LIEBMAN no que concerne à sua índole adjetiva, ou seja, quanto a ser a coisa julgada uma qualidade e não um efeito da sentença, à semelhança de outros (declaratório, constitutivo e condenatório)¹⁰⁷. Diverge, contudo, quanto àquilo que é acobertado por essa autoridade de coisa julgada.

¹⁰⁶ Liebman, logo após dizer que a coisa julgada qualificaria o *comando nascente da sentença*, também afirma que aquela, além de revestir o ato sentença em sua existência formal, também revestiria os *efeitos* do próprio ato, quaisquer que fossem. O melhor talvez fosse ter feito menção novamente ao *comando* da sentença, mas, da forma como o texto está traduzido, há razões para sustentar-se essa aproximação entre comando e efeitos. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença...**, op. cit., p. 51).

¹⁰⁷ Diz o professor que: "LIEBMAN efetivamente tem razão ao afirmar que a coisa julgada material não pode ser equiparada a um efeito da sentença, semelhante aos efeitos declaratório, constitutivo, executório, condenatório ou mandamental. Estes cinco são os únicos efeitos que a sentença pode produzir. A coisa julgada deve ser entendida como uma maneira, ou *uma qualidade*, pela qual o efeito se manifesta, qual seja a sua imutabilidade e indiscutibilidade, como afirma LIEBMAN, ou simplesmente sua indiscutibilidade, como julgamos preferível dizer." (SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil...**, v. 1, op. cit., p. 486).

Ao contrário do que apregoa LIEBMAN e, com suas ressalvas, BARBOSA MOREIRA, o professor Ovídio BAPTISTA, a seu turno, sustenta que a coisa julgada é uma qualidade aderente à *eficácia declaratória da sentença*. Ela - eficácia - não se confunde com o efeito declaratório¹⁰⁸. Concorde, ainda, com a crítica feita por BARBOSA MOREIRA à ideia de estender a autoridade da coisa julgada a todos os efeitos da sentença e vale-se do mesmo raciocínio do professor carioca, retratado na seguinte passagem: “... Os efeitos que a sentença produz são perfeitamente modificáveis pela vontade das partes...”¹⁰⁹.

Mas, destoando do que diz BARBOSA MOREIRA, Ovídio BAPTISTA argumenta ser perigoso pretender aplicar, no campo jurídico, uma lógica cartesiana que associe os efeitos sempre a um evento externo ao conteúdo e, em razão disso, depois de citar dois exemplos - reconhecimento voluntário de paternidade e escritura pública de quitação - aduz que a complexidade da vida em sociedade impõe, em certas ocasiões, que os efeitos integrem o conteúdo da decisão¹¹⁰.

Além dessa divergência, Ovídio BAPTISTA também se desvia da tese de BARBOSA MOREIRA quando, e esse é o cerne do seu raciocínio, *defende que apenas os efeitos constitutivos ou condenatórios são passíveis de modificação ou extinção, situações não admissíveis quando se pensa nos efeitos declaratórios*.

Lembre-se, Ovídio BAPTISTA não nega ser a coisa julgada uma qualidade, mas, na sua perspectiva, seria ela uma qualidade que se soma somente ao elemento declaratório - *eficácia declaratória* - inerente a toda sentença para torná-lo(a), com isso, imutável¹¹¹. Prosseguindo na distinção, Ovídio BAPTISTA elucida que o fator de *discrímen* entre as várias

¹⁰⁸ O estudioso chama a atenção para a exata compreensão destas conceituações e adverte que: “[...]. Para aproximarmo-nos um pouco mais de uma solução para este intrincado problema, devemos considerar a existência de três conceitos de que os processualistas constantemente se valem, quando tratam de definir a coisa julgada. São eles a noção de *conteúdo* da sentença, o de seus *efeitos* e ainda o conceito de *eficácia* da sentença...” (Idem, p. 487).

¹⁰⁹ Ibidem, p. 495.

¹¹⁰ Nas suas palavras: “Eis a razão pela qual entendemos que o conteúdo da sentença seja formado não só pela declaração, ou por esta e pela modificação do mundo jurídico causada pela sentença constitutiva, mas, em certos casos, também por determinados efeitos que não sejam apenas o declaratório e o constitutivo.” (Ibidem, p. 489).

¹¹¹ O pensamento de Ovídio Baptista fica claro na seguinte passagem: “Pelas considerações precedentes, cremos que se pode concluir, com LIEBMAN, que a coisa julgada não é um *efeito*, mas uma *qualidade* que se ajunta não, como ele afirma, ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença, tornando-a imutável, e sim apenas ao efeito declaratório, tornando-o indiscutível (que é o meio de a declaração tornar-se imutável!) nos futuros julgamentos.” (Ibidem, p. 496). Linhas a seguir a lição é repetida: “Temos, pois, como instrumentos para nossa análise subsequente, estes dois elementos obtidos a partir das observações anteriores: I) as sentenças podem ter, e normalmente têm, mais de uma eficácia, havendo alguns casos em que o respectivo espectro eficaz apresenta três ou quatro ou, talvez mesmo, as cinco eficácias capazes de serem produzidas pelas sentenças; II) a coisa julgada material é a qualidade que se adiciona, em dadas circunstâncias, ao efeito declaratório da sentença, tornando-a indiscutível.” (Ibidem, p. 497).

espécies de sentenças estaria naquilo que ele chamou de *eficácia sentencial*¹¹². Essa eficácia não se confundiria com a validade da sentença e tampouco com o alcance subjetivo da mesma. Tal eficácia faria parte do próprio *ser da sentença* e não corresponderia aos efeitos dela advindos¹¹³. *E seria precisamente essa eficácia sentencial declaratória que estaria acobertada pela autoridade da coisa julgada*. Arremata o professor que essa eficácia sentencial declaratória não poderia ser objeto de estipulação diversa pelas partes em momento ulterior à sentença sob pena de nulidade.

Em suma, a polêmica entre BARBOSA MOREIRA e Ovídio BAPTISTA pode ser retratada nos seguintes termos: i) para BARBOSA MOREIRA, os efeitos não integram o conteúdo da sentença; ii) para Ovídio BAPTISTA, há situações em que os efeitos podem integrar o conteúdo da sentença; iii) para BARBOSA MOREIRA, a autoridade da coisa julgada recai sobre todas as eficácias presentes no conteúdo do comando da sentença; iv) para Ovídio BAPTISTA, a autoridade da coisa julgada recai apenas sobre o efeito declaratório¹¹⁴; v) o dissenso primordial entre os professores pode ser reconduzido ao seguinte quadrante: em que medida as partes estão vinculadas à autoridade da coisa julgada incidente sobre o efeito declaratório?¹¹⁵

¹¹² “Para que se possa distinguir, segundo suas respectivas espécies, as diversas sentenças, não há outro remédio senão utilizarmos-nos do conceito de *eficácia sentencial*.” (Ibidem, p. 490).

¹¹³ Ibidem, p. 491.

¹¹⁴ A polêmica é tratada por Rennan Thamay e exposta nos seguintes termos: “Esta discordância entre Ovídio A. Baptista da Silva e José Carlos Barbosa Moreira se dá, especificamente, em relação ao que adquire a autoridade da coisa julgada. Para o autor carioca, o que se torna imutável é o pronunciamento judicial, como um todo, enquanto, para o gaúcho, somente o comando declaratório da decisão. Ovídio A. Baptista da Silva, então, acaba entendendo que a *res iudicata* é uma qualidade que se agrega somente aos efeitos declaratórios do conteúdo da sentença, ou seja, à declaração judicial. Para o processualista gaúcho, a coisa julgada, portanto, estaria na força vinculante da decisão judicial, que imperará sobre as partes, sempre referente ao que é declarado pelo magistrado, independentemente de acompanhar o efeito constitutivo ou não”. (THAMAY, Rennan. **Coisa julgada** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 202, seção 1.8.). Noutra seção, 1.9, prossegue o autor: “Efetivamente, José Carlos Barbosa Moreira concorda com a distinção da eficácia da sentença com a autoridade da coisa julgada, assim como Enrico Tullio Liebman, mas distingue-se deste ao pensar que a imutabilidade não atinge os efeitos da decisão, mas sim o seu conteúdo, todavia não se limita ao elemento declaratório. Nasce, aqui, a divergência com Ovídio A. Baptista da Silva. Diferentemente do que fora afirmado por Ovídio A. Baptista da Silva, José Carlos Barbosa Moreira sustenta que a autoridade da coisa julgada envolve todo o conteúdo decisório e não somente o declaratório. Entende José Carlos Barbosa Moreira que a coisa julgada deve proteger e preservar a modificação jurídica operada, não o mero direito de promovê-la, reconhecido ao autor. Com efeito, José Carlos Barbosa Moreira aduz que a imutabilidade consequente ao trânsito em julgado reveste o conteúdo da sentença e não os seus efeitos. Para ele, reveste-se todo o conteúdo decisório. Deixa de fora a motivação, como a solução dada pelo juiz a cada uma das questões de fato e de direito. Não deixa fora, todavia, os elementos do *decisum* de natureza não puramente declaratória. Para Ovídio A. Baptista da Silva, a coisa julgada é uma qualidade e não um efeito (assim como para Enrico Tullio Liebman e José Carlos Barbosa Moreira) que se agrega ao conteúdo declaratório da decisão (combatendo José Carlos Barbosa Moreira, pois este entende que é imutável o conteúdo decisório e não meramente o conteúdo declaratório da decisão).”

¹¹⁵ A pergunta que aqui se coloca foi posta por Eduardo Talamini nos seguintes termos: “A definição da coisa julgada como qualidade do conteúdo do *decisum* ou como qualidade da *declaração* ali contida passa pela consideração (e tomada de posição diante) da seguinte questão: qual a vinculação das partes ao efeito declaratório da sentença? A indagação pode ser configurada concretamente nos seguintes termos: tendo a sentença declarado

Para Ovídio BAPTISTA, há uma vinculação perene, quase eterna, das partes com relação àquilo que foi *declarado*, não lhes sendo permitido estipular, numa avença futura, algo diverso daquilo que foi *declarado* por sentença.

A tese de BARBOSA MOREIRA, em outro sentido, não obsta que as partes convençionem, após a sentença, a respeito de algo que vá de encontro ao que foi decidido. A proposta desse professor irradia consequências no *âmbito jurisdicional*, de modo a obstar apenas que as partes obtenham nova solução jurídica sobre aquilo que já fora decidido. Se as partes, consensualmente, optarem por firmar, no plano fático, um negócio jurídico que contenha uma manifestação contrária ao que foi declarado em juízo, não se abre, só por isso, uma oportunidade para que busquem rediscutir a matéria em juízo a fim de obter uma solução jurídica diversa daquela já proferida¹¹⁶⁻¹¹⁷.

a inexistência do direito, podem as partes depois consensualmente estabelecer que o direito existia, extraindo-lhes todos os efeitos desde o momento em que preteritamente ter-se-ia constituído?” (TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. Op. cit., p. 39).

¹¹⁶ Eduardo Talamini, respondendo à indagação por ele mesmo formulada sobre a liberdade das partes de convençionarem em oposição ao que foi declarado por sentença, toma partido em favor de Barbosa Moreira no debate que travou com Ovídio Baptista e diz que: “Pois bem, caso a resposta seja negativa, ou seja, caso se considere que as partes não poderão, mediante consenso, reconhecer a existência (pretérita) do direito disponível já declarado inexistente pela sentença, isso significará que a coisa julgada atinge a própria declaração, nos termos concebidos por Ovídio Baptista da Silva. Já se a resposta for positiva, ter-se-á como pressuposto que a coisa julgada recai sobre o conteúdo do comando da sentença, apenas impedindo nova solução jurisdicional para o objeto anteriormente decidido, mas não perpetua nem mesmo o efeito declaratório contido na sentença. Não parece haver razão para rejeitar essa segunda solução: as partes podem consensualmente reconhecer a existência (pretérita) do direito ou relação jurídica de caráter disponível já declarada inexistente pela sentença, assim como podem ter por inexistente (desde a origem) o direito ou relação *disponível* declarado existente pelo juiz. Não poderão, todavia, pretender do juiz declaração ou qualquer outra providência no sentido oposto à declaração que ele já emitiu. Portanto, a formulação de Barbosa Moreira parece a mais adequada. Convém frisar: as partes não ficam vinculadas à declaração jurisdicional; podem, no âmbito das relações disponíveis, abdicar da solução de eliminação da incerteza dada pelo juiz e consensualmente estabelecer outra; *porém, ainda que estando de acordo entre si, é vedado às partes obter novo pronunciamento que vá contra o conteúdo do dispositivo revestido da coisa julgada* (e a coisa julgada é questão de ordem pública, a ser conhecida de ofício no curso do processo...” (TALAMINI, Eduardo. Idem, p. 39-40).

¹¹⁷ Raciocínio semelhante é desenvolvido por Ricardo Alexandre da Silva: “As duas correntes preconizam a imutabilização do que foi decidido. Ainda que as partes transacionem em sentido contrário, o teor do provimento jurisdicional não pode ser modificado. Todavia, a ideia de que a *res judicata* atinge apenas o efeito declaratório é insuficiente para a estabilização de demandas que não sejam meramente declaratórias. O autor de ação constitutiva negativa almeja tanto a imutabilização do reconhecimento de seu direito à desconstituição, quanto a estabilização da própria desconstituição, entendida como *ato de desconstituir*. É a desconstituição no plano fático, compreendida como a situação decorrente da sentença, que não será coberta pela coisa julgada. Essa situação fática pode ser livremente modificada pelas partes quando o litígio envolver direitos disponíveis. Por outro lado, a concepção de que o *efeito* declaratório fica imutabilizado impede que as partes disponham em sentido oposto ao decidido, acarretando engessamento da vida social. A *declaração* que é alcançada pela coisa julgada é o *ato de declarar*, ou seja, a eficácia declaratória. Mesmo que venham a realizar negócio jurídico que termine por neutralizar os efeitos da decisão, as partes não podem recusar a existência de provimento jurisdicional sobre o objeto litigioso. A declaração, concebida como efeito – projeção no plano fático – da eficácia declaratória, não é imutabilizada, o que se demonstra pela possibilidade de as partes disporem contrariamente ao que fora decidido.” (SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão...**, op. cit., seção 2.4).

6.1. Ainda no Brasil: a tese de Antônio do Passo Cabral e a tese de Luiz Guilherme Marinoni

Os debates travados entre José Carlos BARBOSA MOREIRA e Ovídio BAPTISTA DA SILVA foram importantes para a edificação e o avanço da teorização sobre a coisa julgada. Há, porém, novas abordagens sobre o tema que destoam, em alguma medida, das lições trazidas por esses autores e que merecem ser estudadas.

6.1.1. A tese de Antônio do Passo Cabral

Ao lado dessas teorias clássicas, Antônio do Passo CABRAL desponta como um estudioso que apresenta um novo arquétipo processual das estabilidades cuja viga-mestra é a segurança-continuidade.

Para o autor, o modelo majoritário sobre a coisa julgada possui cinco características principais, a saber: i) retrospectivo; ii) privatista; iii) estático; iv) cognitivista; e v) fracionado¹¹⁸.

Dizê-lo *retrospectivo* significa, para o professor carioca, que o modelo é “...voltado ao passado porque fundado na imutabilidade; um sistema que não lida com uma característica marcante da sociedade contemporânea: a mudança...”¹¹⁹.

Com a segunda característica, ser *privatista*, o autor chama a atenção para o fato de que, tal como posto, o sistema privilegia a vontade das partes em detrimento de outros valores caros ao sistema de justiça, isto porque, pelo princípio da demanda, incumbe às partes definir os contornos do objeto litigioso do processo e, com isso, aquilo que será objeto de decisão a título principal, logo, passível de estabilização pela coisa julgada.

A terceira característica, ser *estático*, demonstra que o modelo atual ignora ser o processo um espaço dialogal, cooperativo, pautado pelo contraditório. Ademais, essa estaticidade, além de trazer consigo uma percepção objetivista do sistema jurídico, de cisão entre a norma e o intérprete, ignora que “...a decisão é posicionada no fim de uma cadeia de outros muitos atos, condicionada por tantas outras condutas, posições e situações jurídicas intermédias, cuja estabilidade também deveria ser incorporada ao exame da estabilidade do ato final.”¹²⁰

¹¹⁸ **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 46.

¹¹⁹ Idem, p. 46.

¹²⁰ Ibidem, p. 47.

A quarta nota identificadora, a *cognitivista*, indica que o modelo adotado foi idealizado para atender às necessidades do processo de conhecimento, desconsiderando os atos advindos dos processos executivos e cautelares.

Por fim, o quinto e último elemento, o *fracionamento*, é apontado por Antônio do Passo CABRAL para indicar, ao mesmo tempo, a separação, por vezes radical, entre atos das partes e atos do juiz, entre as estabilidades que incidem sobre tais atos (preclusão - partes; coisa julgada - sentença). Ainda, o que seria o mais grave dos problemas para o referido estudioso, o modelo tradicional “...separa indevidamente a estabilidade da decisão final de mérito (o ato jurisdicional por excelência), dos demais atos estatais como a lei e o ato administrativo, e por isso se afasta da teoria geral do processo...”¹²¹.

O autor encabeça muitas das críticas feitas à coisa julgada enquanto instituto de estabilização e, como proposta à necessidade de superação daquela, desenvolve sua teoria partindo da premissa de que o sistema jurídico moderno precisa de um modelo dotado de maior flexibilidade¹²² e adaptabilidade. Em suas próprias palavras, “Aos poucos, todavia, começou-se a atentar para a necessidade incontornável de maior flexibilidade e adaptabilidade. O sistema jurídico precisava garantir segurança sem necessariamente impedir a mudança...”¹²³.

Em sua ótica, a estabilidade e a própria segurança não são incompatíveis com a alterabilidade. Deve-se desmistificar essa crença de que a coisa julgada exerce uma força gravitacional no sistema de estabilidades, ocupando posição central e inquestionável. Da mesma forma, aponta para a não-essencialidade da imutabilidade, da indiscutibilidade ou da incontestabilidade como característica da jurisdição.

O novo fio condutor das estabilidades nesse regime proposto é a continuidade. Todo o modelo é redimensionado ou reconfigurado para se adaptar a esse referencial, trazendo consigo a ideia de transições graduais, suaves, de continuidade na mudança ou de permanência

¹²¹ Ibidem, p. 48.

¹²² “Flexibilidade compreende não apenas assumir a mutabilidade do conteúdo dos atos processuais, mas sobretudo um *poder maleável de resposta à estabilidade e à necessidade de mudança*. Trata-se da *capacidade de reagir à pressão por alterações*, que pode ser tanto uma atenção prospectiva como uma retrovisão para o passado, ou seja, nem *só constância nem só mudança*. Flexibilidade, no Estado de Direito contemporâneo, significa que, mesmo com a necessária proteção à segurança jurídica, atos irreversíveis devem ser principiologicamente evitados pois que a *adaptabilidade* passa a ser uma das características do direito. Revisões e aprimoramentos de conteúdo devem ser normalmente permitidos, evidentemente que dentro de pressupostos claros e na medida estrita em que novos elementos justifiquem a alteração. Com isso, melhora-se a *mobilidade* do sistema jurídico, uma de suas características mais importantes.” (CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição...**, op. cit., p. 42). No mesmo sentido (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 365).

¹²³ CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição...**, op. cit., p. 13-14.

tendencial¹²⁴. Por ser um elemento chave na teoria aqui analisada, recorre-se à explicação do próprio idealizador:

A continuidade jurídica é um conceito que está na síntese da tensão entre o completo estatismo e o oposto de uma ampla e total alterabilidade. Continuidade, portanto, não significa petrificação, mas mudança com consistência. O conceito de continuidade jurídica serve de chave para a construção de ‘pontes’ nos momentos de ruptura, permitindo que constância e alteração, elementos que sempre foram drasticamente separados na acepção ortodoxa de segurança jurídica, possam atualmente fundir-se num estado constitucional.

[...].

Portanto, a continuidade revela uma maneira de não bloquear totalmente as mudanças e, ao mesmo tempo, preservar a segurança. A continuidade torna a posição jurídica *tendencialmente estável*, sem, contudo, apelar para a sua imutabilidade. Seu fundamento gira em torno do *equilíbrio entre alteração e permanência* de posições jurídicas consolidadas, permitindo uma segurança temporalmente balanceada entre as conquistas pretéritas, as exigências do presente e as expectativas e prognoses futuras.¹²⁵

Essa teoria também realça a importância do ônus argumentativo e, dentre suas tantas premissas e escopos, há a proteção da confiança legítima, a busca por maior previsibilidade, a superação do binômio imutabilidade-indiscutibilidade, a previsão de regras de transição, a construção de cadeias de vínculos, a normatividade dos vínculos, tudo isso para que a possibilidade de alteração de uma situação estável seja vista com mais naturalidade e possa ser conduzida de forma menos traumática.

Na essência, o que sugere o professor Antônio do Passo CABRAL é que haja uma perene abertura à mudança ao invés de uma imutabilidade definitiva e irreversível¹²⁶.

Essa abordagem do fenômeno das estabilidades ainda é recente, mas vem recebendo adesão paulatina¹²⁷. A interpretação é fundada em paradigmas de direito estrangeiro e recorre às lições do direito germânico. Implica numa significativa alteração de valores quando comparada com a doutrina clássica da coisa julgada e seus consectários. Aos poucos ela está

¹²⁴ “Durabilidade ou permanência tendencial são, portanto, os referenciais contemporâneos da continuidade jurídica para a estabilidade dos atos pretéritos. Em comparação com a antiga forma de caracterização da segurança jurídica, são equivalentes atuais das tradicionais “irrevogabilidade”, “imutabilidade”, “inalterabilidade”, “intangibilidade”. (Cabral, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 370-371).

¹²⁵ CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição...**, op. cit., p. 43. No mesmo sentido, do mesmo autor, **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 366.

¹²⁶ “Assim, ao contrário da disciplina tradicional da coisa julgada, p. ex., que era baseada na imutabilidade, o exame de continuidade não significa verificar se é possível a alteração, já que a mudança é sempre uma alternativa aberta. A análise de continuidade importa em perguntar acerca da *necessidade* da mudança.” (CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição...**, op. cit., p. 52). E também do mesmo autor, **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 371.

¹²⁷ A já citada tese de doutoramento de Anissara Toscan, **Coisa julgada...**, op. cit., perfilha o mesmo pensamento desenvolvido por Antônio do Passo Cabral.

fincando raízes cada vez mais robustas e já há dispositivos legais que expressamente a incorporaram, *ex vi* do art. 23 da LINDB.

Se esse é um caminho irreversível, ainda é cedo para afirmar-se categoricamente. Mas, porque se trata de uma teoria recorrente quando se aborda a segurança jurídica e as estabilidades processuais, sua menção, ainda que breve, é importante. Fato é, contudo, que ela ainda não alcançou seu propósito último - se é que logrará tal intento -, qual seja, o de substituir a coisa julgada.

6.1.2. *A tese de Luiz Guilherme Marinoni*

O professor Luiz Guilherme MARINONI tem dedicado atenção ao estudo do processo civil há tempos e, nesse percurso, fincou raízes muito sólidas. O núcleo de suas obras sempre orbitou uma premissa muita cara ao autor: o processo deve servir para a tutela do direito das partes, tutela essa que deve ser efetiva, tempestiva e adequada.

Dentre todos os temas do processo civil, a coisa julgada não escapou à pena do professor paranaense. Particularmente no campo da coisa julgada sobre questão, o processualista retoma algumas ideias, inclusive para superá-las, e, com esse propósito, tece críticas ao modelo italiano, notadamente ao discurso jurídico defendido por Giuseppe CHIOVENDA. A partir disso, tomando como premissa que o sistema de justiça não deve compactuar com a reiteração ou repetição de julgamentos, MARINONI propõe, na linha da doutrina estadunidense, que a coisa julgada sobre questões seja interpretada à luz da doutrina do *estoppel*.

Para chegar a essa conclusão, contudo, o autor estabelece outros referenciais:

- i) a coisa julgada é uma regra para a existência do discurso jurídico¹²⁸;
- ii) a coisa julgada sobre questões é um consectário de três princípios estruturais do Estado Constitucional, consistentes na segurança jurídica, liberdade e igualdade¹²⁹;
- iii) o sistema de justiça não pode mais conviver com julgamentos contraditórios;
- iv) a falta de estabilidade das decisões traz como consequências: o descrédito do Judiciário enquanto instituição, a desconfiança no que foi decidido e abala a legitimidade do Judiciário enquanto poder do Estado para a resolução de litígios;

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada da decisão de inconstitucionalidade: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, CPC/15** [livro eletrônico]. 2ª ed. em e-book baseada na 4ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, seção 3.1.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. Op. cit., p. 207.

v) o sistema processual também deve preocupar-se com a eliminação de incoerências, isto para evitar “[...] que os titulares de um mesmo direito sejam tratados de modo diverso, impedindo a sobrevivência de uma prática que não só nega o ditado de que “todos são iguais perante o direito”, mas também corrói a credibilidade no Poder Judiciário.”¹³⁰

vi) a decisão judicial tem um valor em si, logo, ela não se exaure ou esgota na esfera subjetiva das partes, podendo, pois, beneficiar terceiros;

vii) a máxima garantia de liberdade para litigar não pode ser levada às últimas consequências para respaldar a litigância desnecessária¹³¹;

viii) a coisa julgada, ao vedar a rediscussão de uma questão, não é um retrato de autoritarismo estatal. Justamente porque a parte já teve uma resposta jurisdicional, a vedação à rediscussão confere segurança ao jurisdicionado, permitindo-lhe guiar suas escolhas, a partir de então, pelo direito estampado na decisão;

ix) não se pode fechar os olhos para a necessidade de que a atividade jurisdicional seja gerenciada também a partir dos custos da litigância¹³², que envolvem a análise de consequências não apenas jurídicas, mas também sociais, econômicas e culturais que dialogam com a eficiência do próprio sistema de justiça;

x) o conceito clássico de coisa julgada, de origem romana e moldado à luz da teoria de CHIOVENDA, que restringia o fenômeno ao pedido das partes e limitava sua incidência apenas *inter partes* não é mais aderente ao momento processual atual;

¹³⁰ Idem, p. 371.

¹³¹ Ibidem, p. 372.

¹³² Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni: “Atualmente, tendo-se o Estado como devedor de prestações aos direitos fundamentais, imprescindíveis à organização social justa, preocupa sobremaneira a eficiência, evitando-se com que o Estado cumpra suas funções com gasto de energia e dinheiro que ultrapasse exatamente o necessário. A consciência da limitação de recursos impõe a exigência de que o Estado atue com eficiência, inclusive na administração da justiça, de forma que o tema da “litigância desnecessária” assume notável importância na área do direito processual. Lembre-se de que, a partir de relatórios do Conselho Nacional de Justiça, é possível afirmar que o descaso com a relitigação de questão decidida permite escoar pelo ralo, a cada ano, bilhões de reais dos cofres públicos. Isso é suficiente para que não se possa desculpar o uso impróprio e ineficiente da nova forma de coisa julgada estabelecida pelo legislador mediante o Código de 2015. A doutrina tem nas mãos regras para a elaboração de uma dogmática capaz de, além de tutelar a coerência do direito e a segurança jurídica, viabilizar a eficiência do Estado no gasto de recursos públicos, dando-lhe a chance de atender de forma racional e idônea a outras necessidades da sociedade brasileira. A Academia não pode mais fingir não ver o colapso dos Tribunais. É notória a incapacidade destes de responder ao volume de casos que lhes chegam todos os dias. A população tem consciência de que é humanamente impossível a um juiz atender a quantidade de processos que lhe é submetida. Mas ninguém deseja juizes que não podem julgar ou decidir de modo adequado. Todos respeitam os membros do Judiciário e, por isso mesmo, esperam deles a devida resposta aos seus reclamos. A possibilidade de o juiz repelir a litigância desnecessária, negando a relitigação de questão já discutida e decidida, constitui alternativa da mais alta importância para o início de uma nova fase, de uma época em que Juizes, membros do Ministério Público e Advogados trabalhem e possam trabalhar para que a sociedade tenha a Justiça que merece.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. Op. cit., p. 372-373).

xi) da mesma forma, a vinculação da coisa julgada ao mérito não atende à teoria da coisa julgada sobre questão e restringe, indevidamente, seu alcance, inclusive às questões fáticas e processuais¹³³;

xii) o jurista deve trabalhar com conceitos e interpretações que favoreçam e potencializem a tutela dos direitos, distanciando-se de discursos jurídicos que tenham o efeito reverso, vale dizer, que prejudiquem os interesses dos jurisdicionados e que enfraqueçam a realização dos direitos. A máxima ou plena tutela dos direitos deve ser, sempre, o fim último do processo, o que justifica, para o professor paranaense, a incidência da coisa julgada sobre as questões discutidas e decididas ao longo do *iter* processual. O jurista, no entender de MARINONI, não pode compactuar com a construção de um direito inútil se tem ao seu alcance mecanismos para tornar o direito, logo sua tutela, útil. Sob esse fundamento, o autor, cuja tese aqui se analisa, é enfático e categórico ao cravar que a teoria do *collateral estoppel* foi a matriz para a elaboração da regra do art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC.

Diferentemente do que apresentado por Antônio do Passo CABRAL, o professor Luiz Guilherme MARINONI não propugna por uma modificação da essência da coisa julgada, consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da decisão. Ao contrário, o professor paranaense entende que a coisa julgada deve ter seu espectro ampliado para impedir que uma mesma parte possa retomar o debate de uma questão quando esta já foi debatida e decidida noutra demanda, ainda que diversas as partes contendoras. Em essência, e particularmente quanto à decisão sobre questões, com a ressalva de tratar-se de questão *idêntica* àquela já debatida e decidida – isso para diferenciar-se dos precedentes, do *stare decisis* -, MARINONI sustenta que a coisa julgada deve ser reconhecida com todos os seus consectários, operando-se, com isso, a imutabilidade e indiscutibilidade.

¹³³ A incidência da coisa julgada sobre questões processuais é trabalhada na parte III, seção 2.2.4, da obra **Coisa julgada sobre questão**, op. cit, p. 241-249.

CAPÍTULO III

AINDA SOBRE A COISA JULGADA

1. DESDOBRAMENTOS DA COISA JULGADA: COISA JULGADA FORMAL, COISA JULGADA MATERIAL, EFEITO PRECLUSIVO DA COISA JULGADA, EFEITOS POSITIVO OU NEGATIVO DA COISA JULGADA

Superada a etapa anterior, avultam, desde logo, outras temáticas quando do estudo da coisa julgada e que, basicamente, abarcam quatro frentes: coisa julgada formal, coisa julgada material, efeito preclusivo da coisa julgada e efeitos positivo ou negativo da coisa julgada.

1.1. Coisa julgada formal e coisa julgada material

A doutrina clássica costuma sustentar que a coisa julgada formal é um antecedente lógico, não necessariamente cronológico, da coisa julgada material, sem olvidar que essa relação não é recíproca, vale dizer, a coisa julgada formal não pressupõe – e nem poderia pressupor – a existência de coisa julgada material¹³⁴, sob pena de uma inversão logicamente inadmissível.

A coisa julgada formal, hoje entendida, por boa parte da doutrina, apenas como sinônimo de preclusão¹³⁵, seria aquela a operar tão somente dentro do mesmo processo. Essa

¹³⁴ A observação também é feita por Antônio do Passo Cabral nos seguintes termos: “Nesse cenário, dizia-se com frequência que ambos os conceitos estão numa relação lógica, ou numa relação de sucessividade ou pressuposição. Segundo a doutrina tradicional, para a formação da coisa julgada material, deve-se formar antes a coisa julgada formal, ou seja, a coisa julgada formal seria um “pressuposto” lógico (ainda que não cronológico) da coisa julgada material. Porém, o inverso não se observa, pois seria possível observar-se a formação da coisa julgada formal sem que se configure a coisa julgada material.” (CABRAL, Antônio do Passo. *A coisa julgada formal faz sentido no Sistema do Cpc/2015? - Parte IV*. In: AURELLI, Arlete et al. **Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim [livro eletrônico]: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, seção 1). O mesmo texto também está disponível na coletânea coordenada por Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral, **Grandes temas do novo cpc - v.12 - coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 141-161.

¹³⁵ A recondução da coisa julgada formal ao conceito de preclusão é explicada por Luiz Guilherme Marinoni, *et alli*, na seguinte passagem: “...a impossibilidade de rediscutir a matéria decidida *dentro do mesmo processo* a partir de um dado momento conduz inexoravelmente à ideia de *preclusão*. Afinal, a preclusão é a perda, extinção ou consumação de uma posição jurídica operada no curso do processo. De fato, somente se pode pensar que dentro do processo não se pode discutir a sentença prolatada, se por algum motivo não mais houver a possibilidade de interposição de recurso em relação a ela. Por isso mesmo, a chamada coisa julgada formal em verdade não se confunde com a verdadeira coisa julgada (ou seja, com a coisa julgada material). É, isso sim, uma modalidade de preclusão (preclusão temporal), a última do processo, que torna insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença nela proferida...” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 685).

“modalidade” de coisa julgada, verdadeira preclusão, repita-se, impediria que uma determinada matéria fosse novamente apreciada na mesma relação processual, operando efeitos exclusivamente internos.

Vista como preclusão, a errática designação coisa julgada formal muito bem poderia ser compreendida como uma preclusão temporal, também máxima ou última¹³⁶⁻¹³⁷. Quando se pretende chamar de coisa julgada formal o cenário que decorre da inexistência - ou não mais existência - de recursos contra a sentença, o que se está a fazer é substituir um fenômeno processual já consagrado por algo que, em sua essência, não difere daquilo que a preclusão temporal já explica.

A coisa julgada material¹³⁸ é, por sua vez, como já amplamente explanado, uma qualidade que se ajunta aos efeitos da sentença (ou ao conteúdo do comando da sentença; ou à eficácia declaratória do conteúdo da sentença, a depender da tese escolhida) para torná-los imutáveis em processos futuros¹³⁹. Sua marca é ser prospectiva.

¹³⁶ Sobre as preclusões, destaca-se o livro de Anissara Toscan, **Preclusão processual civil: estática e dinâmica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹³⁷ Nos dizeres de Antônio do Passo Cabral, “De fato, se a coisa julgada formal é uma estabilidade conferida à decisão que extingue o processo ou parcela dele, e impede que esta decisão seja alterada dentro de um mesmo processo, em verdade, a coisa julgada formal sempre foi uma *preclusão específica*; uma preclusão aplicável à decisão terminativa ou extintiva do processo; uma preclusão a que a doutrina dava outro nome; mas, ainda assim, era uma preclusão. Percebendo o problema, pequena parte da doutrina demonstrava clara dificuldade de explicar a diferença entre coisa julgada formal e preclusão, com algum constrangimento ao concluir, ao menos ao intuir, a desnecessidade da diferenciação. Com razão, Celso Barbi afirmava que a coisa julgada formal poderia, no Brasil, ser considerada apenas mais uma preclusão. E Adroaldo Fabrício dizia que só por “refinadas sutilezas semânticas” poder-se-ia diferenciar preclusão e coisa julgada formal. Mas a doutrina amplamente majoritária sempre fechou os olhos para o ponto. Se a coisa julgada formal é uma preclusão, deveria ser tratada no campo das preclusões, ao contrário de tentarmos estrear institutos que em essência são iguais.” (CABRAL, Antônio do Passo. A coisa julgada formal faz sentido no Sistema do Cpc/2015? Op. cit., seção 2).

¹³⁸ Antônio do Passo Cabral, ao referir-se à coisa julgada material, diz: “Já a *coisa julgada material* leva este nome porque se refletiria no próprio direito material, isto é, seria a “imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito”. A estabilidade da coisa julgada “material” atingiria o conteúdo do ato decisório sobre o mérito, e portanto, seria projetada *ad extra*, para fora do processo em que proferida a decisão, vedando a renovação da discussão a respeito do direito material não só naquele procedimento, mas em qualquer outro. Assim, enquanto a coisa julgada formal é endógena, a coisa julgada material operaria efeitos para além do direito processual porque a regra material passa a ser aquela decidida no caso.” (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 70).

¹³⁹ A doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero muito bem esclarece a distinção: “Quando se alude à indiscutibilidade da sentença judicial fora do processo, portanto, em relação a outros feitos judiciais, o campo é o da *coisa julgada material*, que aqui realmente importa e constitui verdadeiramente o âmbito em que se afigura mais relevante a coisa julgada. Já a indiscutibilidade da decisão judicial verificada dentro do processo remete à noção de *coisa julgada formal*. A coisa julgada formal, assim, é *endoprocessual* e vincula-se exclusivamente à impossibilidade de rediscutir o tema decidido dentro do processo em que a sentença foi prolatada. Já a coisa julgada material é *extraprocessual*, ou seja, seus efeitos projetam-se especialmente para fora do processo.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil...**, v. 2, op. cit., p. 685). Um pouco mais à frente, os mesmos autores expõem um argumento derradeiro contra essa dicotomia. Em síntese, dizem que a expressão coisa julgada material seria tautológica ao passo que a locução coisa julgada formal seria contraditória. (Ibidem, p. 686).

A tentativa de justificar a distinção adrede exposta (coisa julgada formal *v.* coisa julgada material), se teve razão para existir num passado, não mais se sustenta nos dias atuais, isso segundo preconiza Antônio do Passo CABRAL. Para o estudioso “...o critério do local onde se produz a estabilidade (dentro ou fora do processo) foi absorvido pela doutrina brasileira sem exceções e com pouca resistência.”¹⁴⁰

Se havia razões no direito europeu - possibilidade de decisões parciais de mérito com vinculatividade interna - para agasalhar a dualidade de coisa julgada, algo equivalente não existia no Brasil. A importação do conceito de coisa julgada formal não era essencial e sua subsistência na doutrina pátria é mais um sinal da força do nosso acervo cultural. Talvez o melhor fosse abandonar definitivamente a expressão e passar a utilizar-se apenas o instituto da preclusão para aludir às situações em que, esgotados os recursos, nada mais reste a fazer senão cumprir a decisão de mérito¹⁴¹. No Brasil, ainda que o código vigente tenha autorizado as sentenças parciais de mérito, estas são abrangidas pela coisa julgada material, pois projetam efeitos para além das fronteiras do processo em que foi proferida.

1.2. Efeito preclusivo da coisa julgada

O efeito preclusivo decorre do art. 508 do CPC, onde se lê 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. Vem à tona a distinção que a doutrina faz entre aquilo que foi deduzido e aquilo que seria dedutível ou, em outras palavras, entre aquilo que foi alegado e aquilo que poderia tê-lo sido, mas não o foi. Mas não é só isso: ainda que mencionado, se o juiz *não* se manifestou sobre a alegação, reputa-se tal argumento atingido pelo efeito preclusivo da coisa julgada. O mesmo se aplica às questões que poderiam ter sido conhecidas de ofício pelo julgador.

¹⁴⁰ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 349.

¹⁴¹ Antônio do Passo Cabral chama a atenção para uma possível utilidade dessa distinção com o advento do CPC vigente, mas isso ainda dependeria de uma alteração legislativa. Em suas palavras: “Pois ainda que a coisa julgada formal tenha subsistido na doutrina brasileira sem qualquer aplicabilidade à luz do CPC/73, curiosamente, com o advento do CPC/15, esse equívoco generalizado pode ter sido corrigido com a quebra do dogma da impossibilidade de fracionamento do mérito em várias decisões. É que, a partir do permissivo de fracionamento de mérito, se forem admitidas sentenças/decisões incidentais e com reserva em nosso ordenamento processual, teria algum sentido teórico e prático a distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material. Isso porque só então será necessário distinguir, *dentro de um mesmo processo*, a estabilidade que certas decisões deverão adquirir, uma estabilidade que certamente deve ser diversa da coisa julgada material (art. 502) e da preclusão do art. 486, § 1º do CPC porque terá eficácia restrita ao processo em que proferida. Não obstante, frise-se que só haverá utilidade para a coisa julgada formal, se o fenômeno da fracionalidade do mérito em várias decisões for admitido para além dos capítulos de sentença e das sentenças parciais.” (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 353-354).

A eficácia preclusiva é uma ferramenta de fortalecimento da segurança jurídica. Mas quando se quer prestigiar a segurança jurídica, não é improvável que, em alguma situação concreta, venha a petrificar-se uma injustiça. O Estado precisa fazer escolhas e, por vezes, essas escolhas nem sempre conseguem manter-se alheias às consequências injustas, ainda que estas não sejam o fim almejado por aquelas - parece óbvio que o Estado não deve fazer uma escolha deliberadamente injusta, o que não significa que algumas consequências não possam vir a sê-lo. Aqui há de se recorrer à lição de BARBOSA MOREIRA, especialmente quando prenuncia que “...admitir a reabertura da discussão judicial, só porque alegue o interessado ter razões ainda não apreciadas, seria reduzir a bem pouco a garantia da coisa julgada, frustrando em larga medida a finalidade prática do instituto”¹⁴² para concluir que “...os litígios não devem perpetuar-se. Entre os dois riscos que se deparam - o de comprometer a segurança da vida social e o de consentir na eventual cristalização de injustiças -, prefere o ordenamento assumir o segundo.”¹⁴³

A eficácia preclusiva é um instituto que visa proteger a imutabilidade decorrente da autoridade da coisa julgada e vale-se, para tanto, de um mecanismo que, além de impedir a reiteração de uma alegação já feita, tenha sido ela decidida ou não, obsta, também, seja expressamente feita uma alegação, *relativa à mesma causa de pedir*, que poderia ter sido deduzida na demanda anterior, mas não o foi.

Disso se extrai que dito efeito é apenas prospectivo, isto é, dele só se cogita em processo futuro em que estiver sendo discutida a coisa julgada formada em demanda anterior¹⁴⁴. E mais: além dessa referência a algo já decidido, há de se verificar se as novas alegações guardam correspondência com a *causa de pedir* da primeira demanda e se nelas foram ou poderiam ter sido aduzidas.

É possível identificar três correntes que procuram explicar a eficácia preclusiva da coisa julgada: 1ª) *restritiva*, liderada por BARBOSA MOREIRA e Egas Dirceu MONIZ DE ARAGÃO, sustenta que a eficácia preclusiva atinge apenas as alegações deduzidas e dedutíveis vinculadas à causa de pedir da primeira demanda¹⁴⁵, isto, inclusive, para não haver ofensa ao

¹⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro**. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 98-99.

¹⁴³ Idem, p. 99.

¹⁴⁴ A lição também é de Barbosa Moreira: “5. Do exposto acima decorre que a eficácia preclusiva de coisa julgada material se sujeita, em sua área de manifestação, a uma limitação fundamental: ela só opera em processos nos quais se ache em jogo a *auctoritas rei iudicatae* adquirida por sentença anterior.” (Ibidem, p. 102).

¹⁴⁵ Nos dizeres de Egas Dirceu Moniz 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*.” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Op. cit., p. 326). Mais à frente o professor paranaense arremata: “Em suma: alegações e defesas não deduzidas ficam atingidas pelo efeito preclusivo inerente à coisa julgada, porém unicamente nos limites da lide que foi objeto do processo; nada impede ao interessado propô-las em novo processo, em que outra seja a lide.”

direito de ação, também tutelado constitucionalmente, em decorrência de um julgamento implícito¹⁴⁶; 2ª) *ampliativa*, adotada por Ovídio BAPTISTA DA SILVA e Araken de ASSIS¹⁴⁷, defende que a eficácia preclusiva abarca alegações estranhas à causa de pedir da primeira demanda. O efeito preclusivo alcançaria todas as causas de pedir que pudessem ser fundamento para embasar a demanda da parte autora. Haveria, neste caso, uma aproximação com a teoria da individuação; 3ª) *intermediária*, difundida por José Maria TESHEINER que, após apontar a existência de quatro hipóteses¹⁴⁸, diz que a eficácia preclusiva somente “[...] apanha, a nosso ver, a hipótese de fatos da mesma natureza conducentes ao mesmo efeito jurídico.”¹⁴⁹ Estariam fora do alcance, pois, os fatos de natureza diversa e os fatos que, ainda que da mesma natureza, conduzissem a efeitos jurídicos diversos.

Parece não haver dúvida quanto às alegações de defesa. Sua repetição é de fácil constatação, bastando um exercício de comparação para identificá-las. Some-se a isso, ainda,

(Idem, p. 328). Essa corrente também é adotada pelos professores: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil...**, v. 2. op. cit., p. 704.

¹⁴⁶ A advertência novamente é feita por Egas Dirceu Moniz de Aragão na seguinte passagem: “226. O texto enfocado deve ser cuidadosamente aplicado a fim de evitar distorções, que contrariariam seu próprio enunciado. Primeiro cuidado a observar diz com a norma constitucional que assegura o direito de ação (art. 5º, XXXV). Com efeito, se “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, vê-se logo que o preceito enfocado tem de submeter-se a essa determinação de maior hierarquia...” (Ibidem, p. 325). O autor prossegue e, linhas à frente, argumenta que: “Mas ainda não é tudo. Cumpre examinar a extensão da incidência dessa regra e verificar se a determinação (“reputar-se-ão repelidas”) nela contida importa em esse impropriamente denominado “julgamento implícito” integrar, com a sentença, a coisa julgada que desta emana e adquirir, pois, a imutabilidade que lhe é peculiar (“coisa julgada implícita”) sem que sobre tais “alegações e defesas” haja recaído sentença. Essa extensão afigura-se perigosíssima, pois poderá impedir o interessado de submeter ao Poder Judiciário “lesão ou ameaça de direito” (CF, art. 5º, XXXV), garantia esta do mesmo nível da que assegura a própria coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).” (Ibidem, p. 327).

¹⁴⁷ Araken de Assis aborda o problema da eficácia preclusiva da coisa julgada em diversas passagens de sua obra **Cumulação de Ações**, notadamente nos tópicos 21 e 32.2. Na seção 21 o professor gaúcho diz que: “Não há impedimento, por exemplo, que no curso da primeira ação (art. 337, § 3.º), o autor ajuíze demanda fundada em causa diversa, *que, do contrário, ficaria recoberta da eficácia preclusiva*. Razões de conveniência, por sinal, recomendam tal comportamento. Não ocorrendo o ajuizamento de outra demanda, e a despeito dos limites, por assim dizer naturais, da indiscutibilidade insita à autoridade de coisa julgada, em decorrência do princípio da congruência (art. 490 c/c art. 492, caput), *matéria estranha ao objeto litigioso – causas de pedir diversas, como autoriza o art. 508? fatos simples, como se propugna no âmbito doutrinário? – submeter-se-á ao efeito preclusivo, protegendo o desfecho do processo contra eventuais ataques oblíquos do vencido* (ou, admitida a preclusão das causas de pedir preexistentes à última oportunidade para sua alegação, à luz do art. 493, caput, do vencedor).” (destaquei em *italico*). Noutra seção (32.2), aliás, ao tratar da ação de separação judicial, o autor diz expressamente que a eficácia preclusiva da coisa julgada alcança todos os fatos deduzidos, ou não, na demanda. Em suas palavras: “Ainda uma vez, sem embargo da enfadonha repetição, cumpre insistir que a eficácia preclusiva da coisa julgada, face ao disposto no art. 508, abrangerá, em princípio, todos os fatos jurídicos dedutíveis na ação de separação (adultério, embriaguez e qualquer outro apto a incidir na regra), tenham, ou não, sido deduzidos na demanda.” (ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações** [livro eletrônico] / Araken de Assis. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019).

¹⁴⁸ “Ficamos a meio caminho entre as duas correntes. Distinguimos quatro hipóteses, a saber: a) fatos da mesma natureza que produzem o mesmo efeito jurídico; b) fatos de natureza diversa, mas que produzem o mesmo efeito jurídico; c) fatos da mesma natureza que produzem efeitos jurídicos diversos, ainda que iguais; d) fatos de natureza diversa e que produzem efeitos também diversos.” (TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 161).

¹⁴⁹ Idem, loc. cit.

que, sob a perspectiva da parte requerida, há um ônus argumentativo decorrente do *princípio da concentração da defesa - ou princípio da eventualidade* -, insculpido no art. 336, com a ressalva do art. 342 do CPC, que impõe àquele que se defende no processo o ônus de apresentar todas as alegações de defesa quando da contestação, sob pena de não poder alegá-las posteriormente.

Por outro lado, a situação é mais delicada quando se fala de alegações da parte autora¹⁵⁰. À luz das três correntes acima delineadas, soa mais adequada a vertente restritiva, vale dizer, a eficácia preclusiva da coisa julgada só atinge as alegações deduzidas e dedutíveis na primeira demanda que sejam decorrentes da causa de pedir ali posta. Não atinge, pois, outras causas de pedir, de modo que a parte autora terá o direito de vir a juízo e, sob as vestes de uma causa jurídica diversa, apresentar o mesmo pedido deduzido em demanda anterior. Esta possibilidade também encontra lastro na famigerada, e já mencionada, *tríplice identidade*, isto é, porque a causa de pedir é outra, não se pode falar em reprodução de demanda anterior; o que há, em verdade, é uma nova e diferente demanda.

Em síntese, coisa julgada não equivale a efeito preclusivo. A primeira é um pressuposto processual negativo que se verifica quando presente a tríplice identidade, ou seja, quando as demandas forem iguais. *A eficácia preclusiva pressupõe a coisa julgada, mas opera num espectro onde a coisa julgada não atua*, situação retratada por Ricardo Alexandre da SILVA¹⁵¹ quando analisa o problema a partir de um acidente de trânsito. Segundo o autor, a parte requerida da primeira demanda, agora parte autora na segunda demanda, não pode valer-se de alegações *dedutíveis* - nem se cogita de alegações deduzidas porque, no caso delas, o impedimento seria ululante - na demanda anterior para fundamentar sua pretensão nesta segunda demanda - *a causa de pedir não pode ser constituída por alegações que poderiam ter sido feitas, mas não o foram, em sede de contestação*.

Ao que tudo indica, a opção do legislador de 2015 foi ao encontro do que propugna a corrente restritiva. Diz-se isso porque, ao revogar expressamente o art. 98, § 4º, da Lei nº 12.529/2011, o legislador fechou as portas para a hipótese em que se exigia do autor, quando da formulação da demanda, a apresentação, desde logo, de todas as questões de fato e de direito,

¹⁵⁰ Ainda que escrevendo sob a égide do CPC/73, José Maria Tesheiner chancela tal afirmação quando diz: “Que se repute rejeitadas as alegações e defesas opônveis ao pedido se compreende. Se o réu se defendeu alegando apenas prescrição, não pode, depois, encontrando recibo passado pelo autor, propor ação de repetição de indébito fundada no pagamento dúplice. Tem-se por rejeitada a alegação de pagamento, juntamente com a de prescrição [...]. Mais difícil é determinar que alegações poderiam ter sido feitas pelo autor, havidas como implicitamente rejeitadas.” (TESHEINER, José Maria. Ibidem, p. 156).

¹⁵¹ **A nova dimensão...**, op. cit., seção 4.4.1.

sob pena de preclusão consumativa, reputando-se deduzidas todas as alegações que poderia aportar em favor do acolhimento do pedido.

Esta postura denota e reforça que o sistema processual brasileiro perfilha a teoria da substanciação, na contramão das escolhas feitas modernamente por modelos europeus¹⁵², cuja orientação tem sido a de exigir que a parte autora deduza, desde logo, isto é, no primeiro processo, todas as alegações que tiver para fundamentar sua demanda (todos os fatos constitutivos). Trata-se de uma transposição do princípio da concentração de alegações para o autor.

Por fim, insta pontuar que não há incompatibilidade entre a eficácia preclusiva e os limites objetivos da coisa julgada. Os limites objetivos estão relacionados com aquilo que efetivamente foi decidido pelo juiz, ao passo que a eficácia preclusiva cobre (i) as alegações que poderiam ter sido feitas e não o foram, e (ii) as alegações que, apesar de formuladas, não foram decididas. Vê-se, pois, que o efeito preclusivo refere-se àquilo que está fora do âmbito próprio da coisa julgada. Particularmente, quanto às questões prejudiciais, se antes do código vigente havia margem para admitir-se incidência da eficácia preclusiva, a redação do art. 503, § 1º do código vigente, encerra qualquer dúvida: decisão sobre questão prejudicial, atendidos os requisitos do código, faz coisa julgada material.

1.3. Efeito positivo ou negativo da coisa julgada

Efeito positivo ou negativo da coisa julgada também é designação corriqueira. Tudo, contudo, está relacionado com o ângulo pelo qual a coisa julgada é observada.

Na ótica da parte requerida, a coisa julgada assume um viés negativo, pois serve de argumento de defesa para indicar que a matéria não pode ser analisada porque sobre ela já houve um julgamento anterior, acobertado pela autoridade de coisa julgada. Tal como posta, o efeito negativo da coisa julgada poderia traduzir-se num pressuposto processual negativo, obstando a resolução do mérito - art. 485, V, do CPC -, e apresentar-se como matéria de defesa passível de alegação em sede de contestação - art. 337, VII, do CPC. Aqui há uma identidade entre o objeto do processo da primeira e da segunda demanda.

¹⁵² Giovanni Bonato traz esse olhar estrangeiro para a legislação pátria e diz que: “Dito isso, forçoso é reconhecer que esta visão restritiva da doutrina brasileira dominante acerca da eficácia preclusiva da coisa julgada é oposta às tendências predominantes em alguns países europeus.” E para demonstrar sua afirmação, cita o art. 400 da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola e a decisão *Cesareo* da Corte de Cassação Francesa. (BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre a coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. **Revista de Processo Comparado**. Vol. 2/2015, p. 121 - 143. Jul - Dez / 2015 - versão digital).

Quando, porém, inverte-se o polo e assume-se a perspectiva da parte autora, a coisa julgada é utilizada como argumento positivo para indicar ou sinalizar ao juiz que determinada matéria já foi decidida, inclusive com autoridade de coisa julgada, não sendo permitido retomar-se a discussão ou mesmo decidir-se de forma diversa do que já fora feito. A coisa julgada positiva serviria como fundamento de uma nova ação e integraria seu conteúdo - sua *causa petendi*. Aqui a coisa julgada do primeiro processo é apresentada como questão prejudicial num segundo processo, estando o juiz vinculado à decisão adrede proferida.

Não se olvide que a eventual inobservância da coisa julgada e consequente prolação de uma decisão de mérito, ainda que parcial, em afronta àquela, abre ensejo à revisão por meio de ação rescisória, conforme previsão do art. 966, IV, do CPC¹⁵³.

Bem postas as coisas, em verdade, o que há é um mero artificialismo para falar-se de uma mesma coisa, atribuindo-lhe, contudo, nomes diferentes apenas porque diferentes são os lugares de mirada. Tanto o efeito positivo quanto o negativo prestam-se ao mesmo fim, vale dizer, ambos almejam impedir a rediscussão a respeito de uma matéria já julgada. Ao fim e ao cabo, eficácia positiva e eficácia negativa da coisa julgada são fenômenos equivalentes, ainda que com sinais trocados.

2 LIMITES DA COISA JULGADA: TERRITORIAIS, TEMPORAIS, SUBJETIVOS E OBJETIVOS

Um novo horizonte agora há de ser descortinado e ele corresponde às fronteiras da coisa julgada. Qual o seu alcance no espaço geográfico e como ela se relaciona com o tempo? A quem ela se destina e a quem atinge? O que ela qualifica?

São essas, resumidamente, as considerações que se pretende desenvolver nos tópicos vindouros.

2.1. Coisa julgada no espaço

A coisa julgada no espaço ou, em outras palavras, a eficácia territorial da coisa julgada, tem lastro no artigo 16 do CPC, onde se lê que *a jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos*

¹⁵³ O debate sobre qual coisa julgada prevalece na hipótese de duas ações idênticas serem decididas de forma diversa, sem que se tenha atentado para a existência da primeira coisa julgada, é um problema mais teórico do que prático. É incomum, ainda mais numa era de processo eletrônico, que a coisa julgada de uma primeira demanda seja desconhecida das partes. De qualquer forma, duas são, em suma, as conclusões possíveis: i) ou prevalece a primeira coisa julgada; ii) ou prevalece a segunda coisa julgada.

tribunais em todo o território nacional. Tem-se, assim, que a coisa julgada é válida em todo o *território nacional*, não se podendo falar em restrições territoriais.

O problema, contudo, ganha um colorido todo especial quando analisado sob a ótica do processo coletivo. Adverte-se, porém, que o debate será analisado de passagem porque o foco deste estudo é o da coisa julgada nos processos individuais.

A celeuma em âmbito coletivo decorre da previsão insculpida no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública e da restrição territorial que dele decorre em razão da redação a ele conferida pelo artigo 2º da Lei n.º 9.494/97.

O Superior Tribunal de Justiça já havia sedimentado que referida limitação era inconstitucional por restringir indevidamente os efeitos da decisão coletiva às bases territoriais do órgão julgador¹⁵⁴. Ao assim decidir, o STJ sinalizara que o artigo 16 da referida lei estava em rota de colisão com os fins da tutela coletiva e com o compromisso do Estado em tutelar de forma adequada, tempestiva e efetiva os direitos coletivos, particularmente os individuais homogêneos.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 1075, não sem antes gerar alarde na doutrina, andou bem ao decidir que a coisa julgada, nas ações coletivas, não está restrita aos limites territoriais do órgão que a prolatou. Ao fixar a tese¹⁵⁵ no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.101.937, o STF sepultou a divergência que havia sobre a inconstitucionalidade do art. 16 da lei n.º 7.347/85 e fez prevalecer a interpretação que mais potencializa a proteção coletiva de direitos individuais homogêneos, já tão sabotados.

Em verdade, toda essa discussão em âmbito coletivo esconde intenções escusas e interesses financeiros questionáveis. O objetivo dos maiores litigantes de massa nunca foi o de evitar a pulverização de demandas. Contra elas já há um desestímulo natural, isto porque poucos são os que, lesados em pequena monta, tomam a iniciativa de judicializar uma discussão quando não encontram uma solução amigável. É justamente nisso que apostam os grandes contendores. E também é justamente por isso que eles insistem em práticas abusivas e ilegais. Partindo desse contexto, é possível entender a razão pela qual aqueles mesmos violadores de direitos não mediram esforços para ver declarada constitucional a redação do art. 16 da LACP. Por sorte,

¹⁵⁴ O STJ já decidiu, ao debruçar-se sobre os temas 480 e 481, que as limitações territoriais aos efeitos da coisa julgada eram inconstitucionais.

¹⁵⁵ A tese aprovada foi a seguinte: “I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original. II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas.”

não lograram êxito, mesmo porque o objetivo não declarado, porém desejado, era o de, a pretexto de restringir a coisa julgada, limitar os efeitos - *naturais* - propriamente ditos da decisão nas ações coletivas.

Ao lado da coisa julgada nacional, mencionam-se também a coisa julgada *estrangeira* e a *internacional*. Diz-se internacional quando qualificar o(s) efeito(s) da(s) sentença(s) emanada(s) de Cortes Internacionais (p. ex., CIDH), válida(s) no Brasil desde que o País tenha ratificado os termos do tratado ou acordo internacionais. Estrangeira, por sua vez, seria a coisa julgada que incidisse sobre sentença estrangeira, à exceção daquelas proferidas por Cortes Internacionais. A diferença fundamental entre ambas residiria na necessidade de homologação das sentenças estrangeiras como requisito para torná-las válidas e executáveis em território nacional.

Toda essa discussão sobre a coisa julgada no espaço guarda íntima correlação com o estudo dos limites da própria jurisdição nacional (arts. 21-25, do CPC). É em razão dessa aproximação que, tal como lá na jurisdição, a análise dos limites territoriais da coisa julgada parece ser mais um problema de soberania do que propriamente um embate sobre *res iudicata*. Como já dito, coisa julgada é uma qualidade que se soma ao conteúdo da sentença para torná-lo imutável e indiscutível, não se confundindo com os efeitos que essa mesma decisão produz - ou pode produzir. Assim, um País não está obrigado, e também não pode obrigar outro País, a aceitar decisões oriundas de outras Nações senão depois de preenchidos os requisitos legais para a internalização - ou nacionalização - daquelas. Enquanto o processo de homologação - ou seu equivalente noutros países - não findar, o País não está impedido de rediscutir o que foi decidido alhures. Assim, antes de ser um dilema sobre coisa julgada, o problema que se põe é sobre soberania.

Uma quarta modalidade de coisa julgada, ainda pouco explorada, é aquela dita *transnacional*¹⁵⁶ ou *transfronteiriça*. Essa transnacionalização advém de fatores culturais,

¹⁵⁶ Em artigo que trata da coisa julgada transnacional, Elaine Harzheim Macedo e Marcelo Garcia da Cunha tecem diversas considerações, destacando a seguinte passagem: “A tradicional diversidade de sistemas processuais, com disparidades marcantes entre os países que seguem o sistema adversarial e os países que seguem o sistema inquisitorial, como antes mencionado, vem cedendo espaço à harmonização dos institutos e das regras de processo. Se antes, diante desse distanciamento entre sistemas, era inconcebível pensar-se na projeção transnacional da coisa julgada, na atualidade, caracterizada pela crescente aproximação intersistêmica, isso já não soa como algo infactível. A coletivização do processo, por outro lado, também realça essa possibilidade, notadamente em razão da natureza dos direitos envolvidos nessas causas. A tecnologia do mundo contemporâneo supera os antes intransponíveis obstáculos da distância. O fluxo comunicativo é imediato e em tempo real, sem qualquer limitação no espaço. A atividade negocial, nas suas múltiplas possibilidades, assume uma dimensão transfronteiriça e mesmo global. [...]. Os fenômenos da aproximação dos sistemas processuais, com a gradativa mitigação das diferenças, e da coletivização do processo, esta impelida pela emergência dos direitos de natureza metaindividual, como visto, são fatores que bem realçam a possibilidade de concepção de coisa julgada transnacional...” [p. 49 e 55-56] (MACEDO, Elaine Harzheim; CUNHA, Marcelo Garcia. **Coisa julgada transnacional: considerações sobre a**

sociais, tecnológicos, políticos, econômicos, religiosos, bélicos, dentre outros e rompe com a tradição de territorialidade¹⁵⁷. A mobilidade do ser humano, facilitada pelo livre trânsito internacional, decorrente, principalmente, da formação de blocos comunitários (p. ex., União Europeia), fez o Direito Comunitário assumir, em alguma medida, papel de protagonista na arena jurídica, colocando-se, em certos aspectos, num patamar hierárquico superior àquele ocupado pelo direito estatal interno. Mas esse (re)arranjo é extremamente complexo e foge aos objetivos aqui pretendidos. Ao que se pretende chamar atenção é para a possibilidade de que uma decisão proferida por algum Tribunal do próprio bloco comunitário seja dotada da autoridade de coisa julgada para todos os Estados-Membros, tornando-se, assim, imutável e indiscutível para todas as pessoas, independentemente de qualquer procedimento de deliberação ou congênere.

2.2. Coisa julgada no tempo

Para não fugir às suas raízes, novamente a influência romana está presente quando se fala em limites temporais - ou eficácia temporal - da coisa julgada¹⁵⁸. Aqui, o ponto de contato é a regra de direito contratual já muito difundida: *rebus sic stantibus*. A coisa julgada produziria efeitos enquanto perdurasse a situação concreta a partir da qual ela ocorreu. Mais especificamente, ao se falar sobre limitação temporal de algo pretende-se examinar um

possibilidade de sua automática projeção no Brasil. Disponível em <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/gd52onsx/RS1frxW3v9dj8oHi.pdf>, acesso em 25/10/2021, p.40-57).

¹⁵⁷ Marcelo Barbi Gonçalves, em sua obra dedicada ao estudo da Teoria Geral da Jurisdição, aponta que: “Dentre as inúmeras facetas através das quais se pode analisar a globalização, processo que vem se desenvolvendo desde o passado remoto da humanidade, uma das mais relevantes diz com a sua capacidade de reconfigurar a dimensão espacial da existência humana. Isso porque o avanço tecnológico nos campos da comunicação e da informática, a circulação de bens, capitais e serviços, o movimento migratório, o alcance mundial da atividade econômica e o impacto social das organizações transnacionais (FMI, OMC, BM etc.) desterritorializam o homem. De fato, com a transnacionalização do mercado, tecnologia, finanças, capital e serviços, perde força a visão do mundo como um conjunto de soberanias separadas por fronteiras (*spatium terminatum*). E era impossível que essas transformações ocorressem se as instituições jurídicas sobre as quais elas se assentam permanecessem territorializadas. Assim, o Direito - doméstico e internacional - foi revirado pela globalização.” (GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 274-275).

¹⁵⁸ No direito italiano, Remo Caponi dedicou uma obra exclusivamente ao tema da eficácia temporal da coisa julgada. Nessa obra, o Professor italiano aborda os efeitos temporais sob duas frentes: a) o momento a partir do qual a sentença começa a produzir os seus efeitos e a sua estabilidade; b) eficácia da sentença com trânsito em julgado na situação substancial objeto do julgamento. Diz o autor: “1. *I due significati di efficacia della sentenza nel tempo*. - Di efficacia della sentenza nel tempo si può parlare fondamentalmente in due sensi. Il primo porta a individuare il momento del tempo nel quale la sentenza comincia a produrre i suoi effetti e la loro stabilità. Il secondo concerne l'incidenza dell'efficacia della sentenza passata in giudicato nel tempo delle situazioni sostanziali oggetto del giudizio.” (CAPONI, Remo. **L'efficacia del giudicato civile nel tempo**. Milano: Dott. A. Giuffrè editore. 1991. Disponível em https://www.academia.edu/44870119/R_Caponi_L'efficacia_del_giudicato_civile_nel_tempo_Milano_1991).

fenômeno sob dois extremos: a partir de quando ele inicia (*dies a quo*) e até quando ele perdurará (*dies ad quem*). Por vezes, essas fronteiras já estão previamente definidas (em relações contratuais, por exemplo), mas, em outras, esses marcos temporais impõem uma análise da situação concreta.

Mas não se trata apenas de saber o dia em que começa e o dia em que termina a coisa julgada. O problema que se põe quando se fala em eficácia temporal da coisa julgada também implica saber quais fatos estarão sujeitos à autoridade da coisa julgada que vier a se formar. Essa imbricação entre o fator tempo e os fatos faz com que alguns autores¹⁵⁹ vislumbrem nos limites temporais um falso problema, isto porque, se a discussão concerne aos fatos e em que medida fatos novos podem autorizar uma revisão da coisa julgada e fazer cessar, no tempo, a eficácia daquela até então existente, ao fim e ao cabo, o estudo dos limites temporais poderia ser reconduzido ao estudo dos limites objetivos da coisa julgada.

Num primeiro momento, pode-se dizer, com segurança, que os fatos anteriores à propositura da demanda e que estejam abarcados na causa de pedir ficarão sujeitos à autoridade da coisa julgada que vier a se formar. No outro vértice, dos fatos posteriores, há duas vertentes: a) todos os fatos supervenientes escapariam a essa coisa julgada porque seu surgimento faria nascer novas causas de pedir; b) os fatos supervenientes relacionados às relações jurídicas continuativas seriam uma exceção à regra porque, uma vez ocorridos, legitimariam a modificação da decisão anterior e, com isso, um abrandamento da coisa julgada.

E o que acontece com os fatos que ocorrem ao longo da relação jurídico-processual? Mais precisamente: existe algum momento da relação processual até o qual os fatos são considerados abrangidos pela coisa julgada e a partir do qual novos fatos serão reputados supervenientes?

O artigo 493 do CPC tem sido utilizado como recorte temporal para os fatos ocorridos ao longo da demanda. Em outras palavras, isto quer dizer que, *para os fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito das partes e posteriores à propositura da ação, caberá ao juiz tomá-los em consideração, de ofício ou a requerimento da(s) parte(s), no momento de proferir a decisão*. Em se tratando de fatos novos constatados de ofício pelo juiz, caberá a ele, em atenção aos art. 493, parágrafo único, e art. 10, ambos do CPC, determinar a oitiva das

¹⁵⁹ Essa posição é apresentada por Eduardo Talamini: “Alude-se a ‘limites temporais’ da coisa julgada para designar a delimitação do momento em que ela opera. Trata-se de definir quais fatos, no curso do tempo, estão abrangidos pela causa de pedir e o pedido postos em juízo e, consequentemente, pela coisa julgada que se formar. A rigor, tal investigação concerne aos próprios limites objetivos da coisa julgada, razão por que a expressão “limite temporal” é por muitos considerada inadequada.” (TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (os “limites temporais” da coisa julgada). **Revista do Advogado**. Ano XXVI. n. 88 - nov. 2006, p. 56-57).

partes antes de proferir a decisão, sob pena de nulidade. Entretanto, ainda que devam ser levados em conta no momento da decisão, somente aqueles fatos ocorridos ao longo do processo, mas até a *conclusão para sentença*¹⁶⁰⁻¹⁶¹ - ou, sob outro enfoque, até a derradeira ocasião para a exposição dos fatos -, é que estarão sujeitos à futura coisa julgada.

Essa associação entre limites temporais e objetivos da coisa julgada é criticada por Antonio do Passo CABRAL. Em sua visão, o primeiro aspecto que impediria essa correlação estaria centrado no fato de que a causa de pedir não integraria os limites objetivos - ao menos seria a posição majoritária aqui no Brasil - de modo que não seria possível analisar a submissão à autoridade da coisa julgada a partir da análise dos fatos¹⁶².

Para além disso, em outro argumento, agora mais relacionado com a sua forma de conceber as estabilidades processuais, Antônio do Passo CABRAL posiciona-se contra a existência de um marco temporal estanque a partir do qual tudo que se lhe anteceder, quando contido na causa de pedir, estará acobertado pela coisa julgada, ao passo que tudo que se lhe suceder não se submeterá àquela¹⁶³, ressalvado o tratamento dispensado pelo código às relações

¹⁶⁰ A expressão *conclusão dos autos para sentença* é utilizada por Eduardo Talamini. Tratando desse marco temporal ainda sob a égide do CPC revogado, mas cujas lições permanecem atuais, diz o professor: “As dificuldades surgem em relação aos fatos ocorridos no curso do processo, entre a litispendência e o trânsito em julgado. [...] A resposta vincula-se ao seguinte parâmetro: o último momento em que era possível o conhecimento, dentro do processo, dos fatos supervenientes constituirá o marco temporal relevante. A norma do artigo 462 define esse marco: se houver algum fato superveniente relevante para o julgamento da causa, 'caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença'. Mais precisamente, o ponto processual relevante é a *conclusão dos autos para a sentença*, que é o último momento útil para a adução de fatos novos pela parte.” (TALAMINI, Eduardo. Idem, p. 57). Mas esta não é a resposta final do professor Eduardo Talamini. No mesmo artigo, linhas a seguir, ele conclui que a divisa temporal pode ser ampliada para o grau recursal: “[...]. Porém, resta ainda uma indagação: o artigo 462 refere-se a “sentença” exclusivamente como ato de primeiro grau de jurisdição, ou o termo abrange pronunciamentos em sede recursal que equivalham a sentença? Reconhece-se que o artigo 462 aplica-se também aos recursos de caráter ordinário, cabendo também ao tribunal conhecer dos fatos supervenientes à sentença de primeiro grau. Não há dúvidas de que a fase recursal ordinária permite o reexame e a consideração direta de fatos, admitindo até mesmo instrução probatória. Apenas depois disso, em sede de recurso especial e extraordinário (recursos extraordinários *lato sensu*), é que não será possível o exame de matéria fática. Portanto, são abrangidos pela coisa julgada todos os fatos ocorridos até o momento da conclusão dos autos antes da decisão da fase recursal ordinária (apelação, reexame necessário, recurso ordinário em sentido estrito...) - desde que contidos na causa de pedir já posta em juízo.” (Ibidem, p. 57-58).

¹⁶¹ Antônio do Passo Cabral também aponta a existência dessa conclusão: “Para disciplinar o tema, nosso CPC contém disposição complexa, obscura e de escasso tratamento doutrinário e jurisprudencial, que é o art. 493. O dispositivo permite que o juiz considere na sentença fatos ocorridos durante o processo, independentemente de requerimento das partes, desde que sejam relevantes para a solução da causa. Tem-se afirmado que o marco temporal para que o juiz considere os fatos relevantes seria o último momento em que for possível a cognição sobre os fatos relevantes dentro do processo. Este momento temporal seria a “conclusão dos autos para sentença”.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, op. cit., p. 120-121).

¹⁶² “De nossa parte, pensamos que resumir os limites temporais nos limites objetivos só é possível se adotarmos as concepções mais alargadas sobre o objeto do processo, aquelas que compreendem também elementos da causa de pedir. Estas teses são minoritárias no Brasil, onde prevalece o entendimento de que o objeto do processo limita-se ao pedido. Então, os limites temporais não podem ser absorvidos nos limites objetivos.” (CABRAL, Antônio do Passo. Idem, p. 124).

¹⁶³ O capítulo 6 da obra do referido professor é totalmente dedicado à reconstrução dos limites temporais à luz da teoria de estabilidades defendida pelo autor. (CABRAL, Antônio do Passo. Ibidem., p. 403-433).

continuativas. Assevera, pois, que o modelo clássico, caracterizado pela linearidade de viés nitidamente retrospectivo, não responde a contento às exigências contemporâneas e deve, também por isso, ser superado e substituído por um modelo mais flexível de estabilidades, marcado por situações que se conectam por cadeias de vínculos¹⁶⁴ suscetíveis às variações fático-temporais.

Essa tessitura aberta às modificações futuras seria a base para sua teoria da estabilidade calcada na ideia de segurança-continuidade e disso seria possível, senão necessário, compreender que a linha temporal das estabilidades é flutuante¹⁶⁵, o que significa que as correlações entre passado e futuro não são demarcadas por uma trincheira intransponível ou mesmo por uma lógica de superposição entre os espaços de estabilidades e a dimensão temporal, mas são, modernamente, dotadas de uma intercambialidade contínua e tendencial. Em suma, a arquitetura dessa linha de raciocínio vai de encontro à concepção clássica que adota um referencial fixo que faz cessar a situação de incerteza / instabilidade e que divide as estabilidades entre antes e depois da coisa julgada. Na tese do professor carioca, portanto, os limites temporais não estão acorrentados por grilhões unicamente à coisa julgada e são concebidos a partir de um modelo de estabilidades embasado em vetores diversos daqueles que orientam o modelo tradicional.

Feitos os esclarecimentos acima a propósito dos limites temporais, impende registrar que é costumeiro recorrer-se ao artigo 505 do CPC, como fonte normativa para explicar a eficácia temporal da coisa julgada, cuja regra geral consiste em que a *nenhum juiz será dado decidir novamente as questões já decididas relativas à mesma lide*.

Numa primeira leitura, a regra geral que desse artigo exsurge autoriza concluir que não haveria um limite final para a coisa julgada, ou seja, que a coisa julgada seria eterna, perene.

¹⁶⁴ Segundo Antônio do Passo Cabral, “as cadeias de vínculo são formadas por elementos reciprocamente ultrapassantes (*overlapping*). Assim, as cadeias são compostas por posições jurídicas “saltadas” na linha temporal. Portanto, as cadeias podem se ultrapassar mutuamente porque certos atos pertencem a uma cadeia e não a outra. Isso porque o pertencimento de um ato ou posição jurídica à cadeia de vínculos não é uma questão cronológica (ser anterior ou posterior) ou morfológica (um certo tipo de ato ou argumento). Por serem vínculos assumidos em contraditório, o pertencer à cadeia depende da capacidade de influência do ato para a formação do vínculo. Assim, certos atos processuais podem ser relevantes para uma cadeia e não para outras porque ora influenciaram os atos que as compõem, ora não; e então nem todos os atos pretéritos estarão abrangidos pelo espaço de estabilidade, mas somente aqueles relevantes para a cadeia. Quebra-se, portanto, a linearidade.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Ibidem*, p. 432).

¹⁶⁵ “As cadeias são abertas à potencial incorporação de outros atos no futuro - isso ocorre pela projeção temporal das interações do contraditório (criação de expectativas, p. ex.). Trata-se de proposta que se une ao formato da segurança como continuidade (Cap. 4). Essa combinação permite a alteração do espaço de estabilidade pois a retomada de um debate estabilizado passa a ser possível e natural ao sistema (porque rejeitado o formato de inalterabilidade). Assim, ganha-se movimento ao longo da linha temporal: como nem todos os atos pretéritos são estáveis, nem todos os atos futuros são instáveis. Não há mais o maniqueísmo do ‘antes’ e ‘depois’ do momento originante.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Ibidem*, loc. cit.).

Mas essa regra não subsiste à mutabilidade típica das relações humanas. O próprio código, aliás, procurou excepcionar duas situações ao estabelecer que as mesmas questões poderão ser novamente decididas quando, *tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença, ou quando a lei assim o autorizar*.

Antes de enveredar na análise das exceções acima mencionadas, é preciso, contudo, tecer algumas considerações sobre a regra geral estampada no art. 505 do CPC. Aludida regra reverbera na coisa julgada, mas também tem reflexos no campo da preclusão. Trata-se, ainda, de dispositivo que não abrange apenas o que foi decidido em sentença, alcançando, também, as matérias e questões resolvidas ao longo da relação processual¹⁶⁶. A coisa julgada atingirá o julgamento da questão principal e das questões prejudiciais que preencherem os requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º do CPC, ao passo que as demais questões alheias a esse círculo sujeitar-se-ão às preclusões.

Mas caberia indagar: essa impossibilidade de decidir novamente aquilo que já foi decidido estende-se ao próprio juiz da causa? Egas Dirceu MONIZ DE ARAGÃO, ainda que analisando o problema à luz do CPC/73 (a redação atual do art. 505 é idêntica àquela do art. 471 do CPC/73), respondia afirmativamente a essa situação. Em suas palavras, “Contudo, precisamente por falar em *nenhum juiz* o texto dessa disposição abrange *também* o juiz da causa, manifestamente compreendido na generalidade do advérbio.”¹⁶⁷ Um pouco à frente, o jurista paranaense esclarece que tais decisões não adquirirão eficácia de coisa julgada, mas gozarão de estabilidade intra e extraprocessual, o que leva o autor a ratificar sua afirmação inicial: “Mas esses pronunciamentos obtêm estabilidade durante o processo e, dentro dele, proporcionada pela preclusão, a qual, portanto, atinge também os poderes do juiz, caso em que o próprio magistrado ficará por ela cerceado.”¹⁶⁸

Superadas essas considerações, e retomando a análise das exceções previstas nos incisos do art. 505, do CPC, a primeira hipótese adrede mencionada toca às famigeradas *relações jurídicas de trato continuado*, caracterizadas pela constante mutabilidade, típica da

¹⁶⁶ O professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, abordando o tema à luz do CPC/73, fez considerações que se aplicam ao CPC vigente: “Exatamente por a lei falar em *decidir*, nela cabem tanto “as sentenças” quanto as “decisões” [...] pois o Código não alude a *sentenciar* [...]. O emprego do verbo decidir, portanto, implica estender os efeitos da regra assim às “decisões” como às “sentenças”. Essa interpretação se reforça com a explícita referência a “questões”, objeto da oração.” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Op. cit., p. 266).

¹⁶⁷ Idem, loc. cit.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 267. A conclusão é, numa derradeira oportunidade, reiterada com as seguintes palavras: “[...]. Alcança-se, pois, este resultado: a decisão dada às questões ficará coberta pela preclusão, *em regra*, quando emanada dos poderes decisórios; *por exceção*, quando emanada no exercício dos poderes ordinatórios, com relação aos quais ocorre o inverso, não incide preclusão.” (Ibidem, p. 268-269).

dinamicidade daquelas relações. Nas situações ora aventadas, há uma mitigação dos limites temporais porque as alterações subjacentes à causa demandam uma nova decisão. Mas não se deve reconhecer em qualquer alteração a força para autorizar um novo julgamento. Não é este o escopo do código. A modificação deve trazer consigo elementos suficientes para impactar significativamente na relação anteriormente julgada. O código não abriu margem para frivolidades. Ao contrário, justamente por ser excepcional, a superação dos limites temporais da coisa julgada exige que as alterações nas relações jurídicas sejam relevantes¹⁶⁹.

E no que consistiriam essas relações de trato continuado? Também designadas de relações permanentes, as relações jurídicas continuativas são aquelas que se protraem no tempo e que não se esgotam imediatamente. São relações jurídicas sujeitas a alterações endógenas, que ocorrem apesar de já proferida a sentença. Não se confundem com as relações de efeitos permanentes. Contrapõem-se às relações jurídicas instantâneas - *aquelas que se esgotam tão logo ocorridas* - e, assim como as relações jurídicas sucessivas, são suscetíveis de modificações em decorrência de alterações de fato ou de direito. Os exemplos mais comuns são aqueles oriundos de relações em que se discutam alimentos, relações tributárias, previdenciárias e contratuais.

Havendo, portanto, alguma modificação relevante, de ordem fática ou jurídica, o código autoriza que a situação seja revista e nova decisão seja proferida. Mas o debate não se esgota nisso. Alguns questionamentos importantes se põem: sentenças proferidas por ocasião do julgamento de questões de trato continuado não fazem coisa julgada material? Essas modificações fáticas ou de direito na relação jurídica não seriam, em verdade, novas causas de pedir, logo, novas demandas? Ou essas novas situações de fato não alteram a relação jurídica base e, portanto, não haveria nova causa de pedir, mas apenas uma suavização / mitigação da coisa julgada?

Sem desconhecer a existência de outros entendimentos¹⁷⁰, prevalece que a alteração fática ou jurídica na relação continuada faz surgir uma nova causa de pedir e que o “...juiz não

¹⁶⁹ Para Antônio do Passo Cabral, essa alteração na relação jurídica continuativa deve ser essencial: “A importância da identificação das sentenças que decidam este tipo de relação jurídica é que, no caso de relações jurídicas continuativas, os limites temporais da coisa julgada são reduzidos, permitindo mudança da sentença se as bases para o *decisum* sofrerem uma “alteração essencial” (*wesentliche Änderung*)...”. Um pouco mais à frente, Cabral esclarece que: “Por outro lado, tem-se por “essencial” uma alteração na relação continuativa quando sua consideração pelo juízo, à época da sentença, pudesse ter condicionado o convencimento e modificado o resultado do julgamento proferido. Nesse sentido, mudanças insignificantes na relação jurídica não podem ser utilizadas para quebrar a coisa julgada.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Ibidem*, p. 122 e 123).

¹⁷⁰ Antônio do Passo Cabral explica que “Em muitos países, estes casos de alteração nas relações continuativas são compreendidos como efetiva quebra ou atenuação da coisa julgada. Trata-se de verdadeira mudança da sentença, com atenuação da coisa julgada já operada, ou ainda a atribuição da condição *rebus sic stantibus* às sentenças ou a algumas delas. A ação de modificação alemã, p. ex., é compreendida como uma quebra de coisa

estará propriamente decidindo novamente a ‘mesma lide’...”¹⁷¹ existente à época da decisão precedente, mas sim outra, nova. Diz-se isso para concluir que, porque existente uma nova causa de pedir, não haverá que se falar em afronta à coisa julgada, uma vez que o objeto do processo será diferente. Tal interpretação reconhece, pois, que a decisão anterior está, sim, acobertada pela coisa julgada¹⁷²⁻¹⁷³, e que a nova decisão, se contrária, não é uma anomalia do sistema, mas apenas reflexo da alteração no substrato de fato e/ou de direito adrede existente¹⁷⁴.

julgada porque a certificação judicial compreende também a prognose judicial sobre como a relação jurídica se desenvolverá no futuro.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Ibidem*, p. 123).

¹⁷¹ A citação consta da seguinte passagem da obra dos professores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “... A rigor, porém, havendo modificação no estado de fato ou de direito no estado de coisas que foi objeto da coisa julgada, o juiz não estará propriamente decidindo novamente a “mesma lide”: isso porque a alteração no estado de fato ou de direito faz com que surja uma nova causa, uma nova lide, ainda não examinada judicialmente.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**..., op. cit., p. 693).

¹⁷² Egas Dirceu Moniz de Aragão já sustentava, ainda sob a égide do CPC/73, a ocorrência de coisa julgada na hipótese: “Não se afigura correta a tese de as sentenças proferidas sobre alimentos, ou prolatadas *rebus sic stantibus*, porque sujeitas ao contido no inc. I da disposição em exame, não fazerem coisa julgada material. Se assim fosse, tão logo encerrado o processo respectivo poderia o interessado iniciar outro para obter o rejugamento da lide. Veja-se a marcante diferença entre dizer que os alimentos são devidos e dizer que não o são, de um lado, e, de outro, dizer que devem ser elevados, diminuídos, até mesmo abolidos, em razão de fatos ocorridos posteriormente à prolação da sentença que os declarara devidos, a qual, precisamente porque se trata de fatos supervenientes, não poderia tê-los tomado em consideração. O que a lei concebe é a possibilidade de ser proferido outro julgamento à face de fatos novos, sobrevivendo à sentença, a qual diante deles tornar-se-ia insustentável precisamente porque exarada *rebus sic stantibus*. O que se examina, pois, são outros fatos, que constituem por sua vez nova causa de pedir, a qual autoriza outro pedido. Não se trata de rever o que a sentença apreciara e sim pedir algo novo, em vista de fatos que a sentença não apreciara. O julgamento, portanto, não considera os mesmos fatos. Não há infração à coisa julgada e sim adequação a uma realidade nova que, se preexistisse, teria determinado – à ocasião – outra composição para a lide. Só mesmo por amor ao fetichismo das palavras, por amor a tabus, é que se poderia falar em infração à coisa julgada, pois esta supõe que os fatos permaneçam os mesmos; que não surjam outros, capazes de gerar nova causa de pedir, porque se isso ocorrer sobrevém pretensão distinta e o interessado poderá livremente submetê-la à consideração do julgador.” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Op. cit.*, p. 279-280).

¹⁷³ Daniel Amorim Assumpção Neves, após mencionar os vários entendimentos, conclui que: “Nenhuma das posições doutrinárias examinadas é correta, sendo preferível uma terceira corrente, atualmente majoritária, que defende a existência de coisa julgada material nas sentenças que resolvem relação jurídica de trato continuado como em qualquer outra sentença de mérito.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil - volume único**. 9ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 896).

¹⁷⁴ Fredie Didier Jr, em coautoria com Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, ecoa essa conclusão: “Ao deparar-se com a *ação de revisão*, o juiz estará julgando uma demanda diferente, pautada em nova causa de pedir (composta por fatos / direitos novos) e em novo pedido. Com isso, gerará uma nova decisão e uma nova coisa julgada, sobre esta nova situação, que não desrespeitará, em nada, a coisa julgada formada para a situação anterior. Sentença sobre *relação jurídica permanente* faz, sim, coisa julgada. Para a relação jurídica continuativa, identificada por aqueles quadros fático e jurídico, há uma decisão transitada em julgado, indiscutível. Agora, modificado o quadro fático e/ou jurídico, necessário que se dê novo tratamento à relação jurídica, o que será feito por nova ação, que culminará em uma nova decisão transitada em julgado - indiscutível para aquela nova situação.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol. 2. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 553). Algumas páginas depois, os mesmos autores arrematam: “A nova decisão, proferida em *ação de revisão*, não desconhece nem contraria a anterior. Trata-se de uma nova decisão, proferida para uma nova situação - cujos pressupostos e elementos constitutivos já variaram com o passar o - *sic* - tempo. Na verdade, a decisão proferida em tais situações contém em si variação da cláusula *rebus sic stantibus*, que permite sua adaptação ao estado de fato e ao direito superveniente.” (*Ibidem*, p. 555).

A respeito da segunda situação prevista no art. 505, II, do código - *quando a lei assim o autorizar* - são cabíveis duas interpretações: *a)* a lei pode prever outras *situações* nas quais o juiz poderá decidir questões já decididas, ou seja, além das relações de trato continuado, o legislador pode elencar outras relações em que o arrefecimento da coisa julgada será possível¹⁷⁵. Todavia, como se viu acima, o mais acertado não seria falar em quebra da coisa julgada anterior, mas sim em nova coisa julgada; *b)* a lei pode criar novos *mecanismos - instrumentos* - para a revisão / alteração da coisa julgada formada (além da rescisória, por exemplo)¹⁷⁶.

2.3. Limites subjetivos

2.3.1. Uma breve digressão sobre as principais teorias acerca dos limites subjetivos da coisa julgada

Os limites subjetivos da coisa julgada apresentam significativa herança romana¹⁷⁷. O Digesto¹⁷⁸ é fonte que comprova tal impacto e nele há diversas passagens que refletem os

¹⁷⁵ Egas Dirceu Moniz de Aragão explica que o inciso II não é um mero eco da disposição anterior: “Convém excluir desde logo que os “demais casos previstos em lei” possam ser os mesmos sobre que incide a norma do item anterior; se fosse para esse fim o inciso em exame seria inócuo. Após traçar a regra geral, que incide em todas as situações nele previstas, mesmo que não estejam indicadas em textos de lei, não faria sentido mencionar em seguida os “demais casos” em que tal regra possa incidir. Trata-se, pois, de outras hipóteses; o inciso segundo não é mero eco da disposição contida no anterior. Quer a lei significar por seu intermédio que além das situações disciplinadas no inciso primeiro há outros casos em que o juiz poderá “decidir novamente as questões já decididas” porque a tanto o autoriza a própria lei.” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Op. cit., p. 282).

¹⁷⁶ Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, fazem menção apenas à segunda hipótese: “O inciso II se refere aos outros instrumentos, previstos em lei, para o controle da coisa julgada. Há, então, regra específica de controle da coisa julgada relativa a relações jurídicas de trato continuado - que, conforme será visto, não é propriamente uma regra de controle da coisa julgada -, e regra geral para o controle da coisa julgada: cabe à lei criar os instrumentos de revisão da coisa julgada.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova...**, op. cit., p. 551).

¹⁷⁷ José Rogério Cruz e Tucci, citando Emilio Betti, diz que: “Para Betti, a concepção romana sobre a delimitação subjetiva da coisa julgada é bem clara: a sentença proferida *inter partes* é juridicamente irrelevante em relação aos terceiros estranhos ao processo. A sentença gera, assim, entre as partes aquela eficácia própria e vinculante que é denominada *res iudicata*; eficácia que, segundo as fontes romanas, tornava certo e indiscutível em qualquer processo futuro contra o mesmo adversário a relação jurídica que foi objeto de contestação e de decisão. Todavia, esclarece Betti: ao escrever ‘*aliis non praeiudicare*’ - e que pode ser traduzido por ‘irrelevância jurídica aos terceiros’ -, o jurista Macro, na verdade, procurou destacar que os terceiros não se sujeitam à coisa julgada. Mas, nada leva a concluir que a sentença proferida *inter alios* não possa, de qualquer modo, projetar alguma espécie de eficácia ou mesmo interferir no direito alheio.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos...**, op. cit., p. 40).

¹⁷⁸ “TIT. II. DE EXCEPTIONE REI IUDICATAE [Cf., Cod. VII. 52-60] 1. ULPIANUS libro II, *ad Edictum*. - 1. Quum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant, ex eo testamento, ubi libertas data est, vel legatum (6), agi potest, licet ruptum, vel irritum, aut non iustum dicatur testamentum, nec si superatus fuerit legatarius, praeiudicium libertati fit. 2. IDEM libro XIII. *ad Edictum*. - Qui cum herede eius egit, qui filium praeterierat, et exceptione summotus est: ‘at (1) si non in ea causa sint tabulae testamenti, ut contra eas bonorum possessio dari possit’, omittente (2) emancipato filio bonorum possessionem non inique restituetur, ut agat cum herede; et ita Iulianos libro quarto Digestorum scripsit. 3. IDEM libro XV. *ad Edictum*. - Iulianus libro tertio Digestorum respondit, exceptionem rei iudicatae ob stare, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur; et ideo etsi

pensamentos da época, muitos dos quais repetem-se, ou repetiam-se, até pouco tempo, nas codificações modernas.

Desde então, o que se viu foram repetições ou matizações dessas regras, notadamente nos sistemas de *civil law*. Nas últimas décadas, contudo, já se percebeu uma maior preocupação em explicar / justificar a ampliação da eficácia da coisa julgada para terceiros, com a ressalva de que tal só é possível quando for para beneficiá-los.

Dito isso, falar de limites subjetivos da coisa julgada significa falar a respeito de quem está sujeito à eficácia da decisão proferida e à imutabilidade e indiscutibilidade que com aquela se verifica. Mas a questão não é tão simples assim. Acerca da discussão houve divergências e, ainda hoje, o debate mantém-se vivo e atual¹⁷⁹⁻¹⁸⁰.

A distinção outrora feita entre eficácia direta e eficácia reflexa não encontra mais justificativa no atual estágio da dogmática processual civil. Seria puro artificialismo argumentar que a eficácia que a sentença exerce sobre as partes é diversa daquela que recai sobre terceiros. Em verdade, tanto estes quanto aquelas suportam, no plano abstrato, os mesmos efeitos (naturais). O que pode diferir são apenas as consequências concretas que a mesma sentença, ou melhor, a eficácia de uma mesma sentença, irá produzir na esfera de direitos de cada sujeito (partes ou terceiros), mas isso em nada se relaciona com os limites subjetivos, isto porque estes dizem respeito apenas à delimitação de quem está sujeito à autoridade da coisa julgada, não se

singulis rebus petitis hereditatem petat, vel contra, exceptione summovebitur.” Na tradução de GARCIA DEL CORRAL: “TITULO II. DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA [Véase Cod.. VII. 52. 60.]. 1. ULPiano; *Comentarios al Edicto, libro II*. - Como quiera que la cosa juzgada entre unos no causa perjuicio alguno á otros, en virtud del testamento en que se dió la libertad, ó un legado, se puede ejercitar acción aunque se diga que el testamento fué roto ó irritado, ó no justo, y si el legatario hubiere sido vencido no se causa perjuicio á la libertad. 2. EL MISMO; *Comentarios al Edicto, libro XIII*. - Uno litigó contra el heredero del que había preterido á un hijo, y fué repelido con esta excepción: «si, no obstante, no estuvieran las tablas del testamento en el caso de que contra ellas se pueda dar la posesión de los bienes»; dejando de pedir el hijo emancipado la posesión de los bienes, será reintegrado no injustamente para que litigue contra el heredero; y así lo escribió Juliano en el libro cuarto del Digesto. 3. EL MISMO; *Comentarios al Edicto, libro XV*. - Respondió Juliano en el libro tercero del Digesto, que obsta la excepción de cosa juzgada siempre que se renueva la misma cuestión entre las mismas personas; y por esto, aunque uno pida la herencia habiéndose pedido antes cada una de sus cosas, ó al contrario, será rechazado con la excepción.” (GARCIA DEL CORRAL, Ildefonso L. **Cuerpo del Derecho...**, op. cit, p. 480-481).

¹⁷⁹ “Ao cabo dessas considerações preambulares, é até intuitivo concluir, na esteira de enfática doutrina, que as vicissitudes da eficácia *ultra partes* da coisa julgada não encerram, portanto, ‘*una problematica ottocentesca*’, mas suscitam indagações de extrema atualidade, destinadas a multiplicarem-se em futuro não muito distante.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Idem, p. 23).

¹⁸⁰ José Rogério Cruz e Tucci faz um apanhado bastante detalhado das teorias que procuraram explicar o alcance subjetivo da coisa julgada e menciona, dentre tantas: a) a coisa julgada enquanto um valor absoluto; b) a teoria de Savigny (teoria da representação); c) a teoria de Rudolf von Ihering (teoria da eficácia reflexa dos atos jurídicos); d) eficácia reflexa da coisa julgada quanto a terceiros; e) teoria de Emilio BETTI; f) teoria de Francesco Carnelutti; g) teoria de Enrico Tullio Liebman; h) teoria de Enrico Allorio (teoria da eficácia reflexa); i) teorias de Giovanni Pugliese e de Federico Carpi (ambos adeptos de uma teoria eclética); j) teorias de Girolamo Monteleone e de Corrado Vocino (**Limites subjetivos...**, idem., pp. 44-75).

preocupando com as consequências que a sentença terá sobre a esfera de direitos de cada indivíduo.

2.3.2. Os limites subjetivos da coisa julgada na realidade brasileira

Em suma, falar de limites subjetivos de algum instituto processual significa buscar resposta à seguinte pergunta: quem está sujeito àquele instituto e em que medida tal sujeição se verifica?

O Código de Processo Civil vigente trata dos limites subjetivos da coisa julgada no artigo 506, nele prevendo que a coisa julgada se perfaz entre as partes, não prejudicando terceiros. Ao contrário do código revogado, o CPC/15 não diz expressamente que a coisa julgada não pode beneficiar terceiros, de onde já se observa uma significativa diferença, fonte de debates sobre o verdadeiro alcance da coisa julgada.

Essa modificação, contudo, altera de fato a ideia de limites subjetivos adrede existente sob a égide do CPC/73 ou muda apenas a utilização que os terceiros (beneficiados) podem dela (coisa julgada) fazer? Em outras palavras, a imutabilidade da sentença proferida entre A e B impõe-se também ao terceiro interessado e beneficiado a ponto de impedir-lhe retomar, noutra demanda em face do vencido naquela primeira, a discussão da matéria ou, em verdade, nestes casos, o problema se resolveria pela falta de interesse e não propriamente pela coisa julgada? Mas e se fosse o contrário, ou seja, e se o vencido da primeira demanda fosse agora o autor da segunda, poderia ele rediscutir a matéria já decidida apenas porque diante de um novo contendor, ou para ele haveria, nestes casos, coisa julgada?

Para responder a essas indagações, parte da doutrina aponta que a coisa julgada continua restrita às partes¹⁸¹.

Na lição dessa doutrina, os terceiros que não têm legitimidade para discutir a decisão (*indiferentes e/ou os terceiros juridicamente não interessados*) ficam sujeitos aos efeitos naturais da sentença. E porque não detêm legitimidade para debater a matéria já decidida, os efeitos da coisa julgada são, para si, imutáveis e não repelíveis. *Bem postas as coisas, a situação dos terceiros não interessados pode ser reconduzida à discussão sobre legitimidade. A falta de*

¹⁸¹ Os professores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero corroboram tal conclusão: “Em conclusão, observa-se que somente as partes *precisam* da coisa julgada. Não fosse a coisa julgada, em função da legitimidade que ostentam para discutir a sentença, poderiam debater o conflito de interesses indeterminadamente. Para as partes, pois, a coisa julgada resulta em utilidade, justamente porque põe fim em determinado momento à controvérsia, tornando definitiva a solução judicial oferecida. Por isso, somente as partes é que ficam vinculadas pela coisa julgada. Embora terceiros possam sofrer *efeitos da sentença* de procedência, é certo que a autoridade da coisa julgada não os atinge.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil...**, v. 2, op. cit. p. 696).

legitimidade para discutir matéria que apenas a outros interessa situa aqueles terceiros numa posição que se lhes exige suportar os efeitos naturais da sentença, ainda que não desejados. Logo, em face de tais terceiros, os efeitos da sentença são não-evitáveis, e mais, não podem ser afastados¹⁸².

Os terceiros, quando *juridicamente interessados*, por outro lado, devem respeitar a coisa julgada entre A e B não porque estejam submetidos à imutabilidade que dela decorre, reitere-se, adstrita às partes (para a corrente aqui analisada), tampouco porque não teriam legitimidade, mas sim porque beneficiados pela decisão já proferida e o Código, agora expressamente, ao reconhecer tal benefício aos terceiros, autoriza concluir que a decisão favorável pode, de fato, ser alegada por eles numa demanda em que a outra parte seja a mesma contra quem a questão já foi decidida (com força de coisa julgada). *Faltar-lhes-ia, portanto, interesse de agir.*

Um contra-argumento poderia, contudo, ser levantado: mas e naqueles casos em que, apesar de haver uma decisão favorável a um terceiro juridicamente interessado, a parte vencida na outra demanda não lhe reconheceu o benefício? Basta imaginar a hipótese de cobrança de mensalidade de um clube esportivo. Numa primeira ação, um dos sócios ingressa em juízo para fazer cessar a cobrança de valores indevidos, cobrança essa que incide para todos os demais dez mil sócios da mesma forma. Logo, não há particularidade alguma na cobrança. O primeiro sócio tem seu pedido acolhido e o clube cessa a cobrança dos valores em sua mensalidade, mas continua a cobrá-los dos demais sócios. Inegável, pois, que esses terceiros teriam legitimidade para questionar a cobrança. E interesse jurídico? Parece que a resposta também é positiva, isto porque o clube continua a cobrar os valores já declarados inexigíveis na demanda proposta por outro sócio. Mas tal afirmação não vai de encontro ao que acima foi dito - *falta de interesse de agir dos terceiros interessados*? Ainda que soe contraditório, em verdade, as conclusões são compatíveis. Para tanto, é importante atentar para as situações concretas. Haveria falta de interesse de agir se o terceiro juridicamente interessado, beneficiado pela decisão proferida em demanda anterior entre partes diversas, estivesse vindo a juízo para rediscutir a questão. Não é

¹⁸² Essas considerações encontram suporte nas lições de Luiz Guilherme Marinoni, *et alli*: “Se o *terceiro não é juridicamente interessado*, como o amigo ou o credor do locatário, justamente por essa razão não tem legitimidade para ingressar no processo em que se discute o despejo, sofrendo ‘naturalmente’ os efeitos da sentença, os quais são imutáveis e chamados em razão da sua natureza de ‘efeitos naturais da sentença’. Em outros termos: *a sentença produz, em relação aos terceiros que não tem interesse jurídico, efeitos denominados de ‘naturais’, os quais são inafastáveis e imutáveis*. Os terceiros que não têm interesse jurídico não precisam do fenômeno da coisa julgada para que a decisão se torne imutável. Como eles não possuem legitimidade perante o litígio, tais efeitos são imutáveis naturalmente. Nesse sentido, a questão da imutabilidade para os terceiros pode ser resumida a um problema de *legitimação* diante do litígio, não tendo propriamente relação com a coisa julgada. Quando o terceiro possui interesse jurídico - e assim legitimidade -, ele pode opor-se aos efeitos da sentença. Quando não a possui, ele sofre naturalmente tais efeitos.” (Idem, loc. cit.).

o que o faz o sócio do clube esportivo. Seu objetivo não é voltar a discutir a questão já decidida, mas apenas fazê-la valer também para si porque não houve uma extensão automática por parte do vencido. Em outras palavras, o que o terceiro pretende ver assegurado é o efeito natural da sentença que determinou a cessação da cobrança dos valores indevidos na mensalidade. Ele não está pedindo um novo julgamento da mesma questão pois, se o fizesse, aí sim sua demanda estaria fadada a não ser processada por falta de interesse de agir.

O vetor interpretativo dos processos individuais, pois, que apresenta uma solução compatível com o sistema posto e também com a teoria de coisa julgada encampada pelo ordenamento jurídico pátrio é aquele que restringe a coisa julgada às partes, mas que, ao mesmo tempo, autoriza a extensão de sua eficácia, quando benéfica, a terceiros. Lembre-se, e nisto talvez resida um pouco da eventual discussão: não se nega que a eficácia (capacidade de produzir efeitos) atinge terceiros - eficácia natural - mas o mesmo não vale quando se pensa na imutabilidade dessa decisão. Não se deve confundir eficácia natural com autoridade de coisa julgada.

Uma segunda corrente, a seu turno, faz outra leitura da regra encampada no artigo 506 do CPC. A alteração legislativa é lida como uma autorização para a ampliação da coisa julgada para a esfera de terceiros, isso quando a decisão lhes for favorável. Não se trataria de um problema de legitimidade, de interesse de agir ou de efeitos da sentença, *mas sim de verdadeira extensão da coisa julgada em benefício de terceiros*¹⁸³.

O que se observa por detrás dessas situações é que há uma rede de valores sendo protegidos, com destaque para a harmonia e coerência dos julgados, a gestão processual, a eficiência e a segurança jurídica¹⁸⁴.

¹⁸³ Ricardo Alexandre da Silva encampa esse entendimento quando defende que: “No que se refere aos limites subjetivos da coisa julgada, crê-se que o art. 506 do CPC tenha trazido significativa inovação em relação ao art. 472 do Código revogado. Com efeito, neste dispositivo se afirmava expressamente que a coisa julgada não prejudicaria, nem beneficiaria terceiros. No dispositivo atual consta apenas a proibição de que a res judicata prejudique terceiros, de modo que, a contrario sensu, torna-se sustentável a possibilidade de extensão da res judicata em favor de terceiros. Essa circunstância será analisada adiante.” (SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão...**, seção 3.5.3). Mais à frente, o mesmo autor conclui que: “... Contudo, considerados os limites deste trabalho, interessa somente deixar clara a possibilidade de que terceiros sejam beneficiados pela res judicata e não somente pelos efeitos das decisões.” (Idem, seção 4.7).

¹⁸⁴ Luiz Guilherme Marinoni defende que a coisa julgada pode, e deve, ser utilizada em benefício de terceiros. Dentre vários argumentos, destacam-se: “O Judiciário, porque deve zelar pela sua autoridade, deve estar atento à imutabilidade das suas decisões, mas a ele não deve importar quem delas se aproveita, se é o vencedor ou qualquer outro. Afinal, o Judiciário, para não desautorizar a si mesmo, deve estar preocupado em não voltar a decidir o que já decidiu, e não apenas em não voltar a decidir o que decidiu para determinadas partes. Cabe-lhe, em outras palavras, tutelar as suas decisões não somente em favor das partes, mas também em benefício de todos aqueles que estão na mesma posição do vencedor.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. Op. cit., p. 316). Noutra passagem, diz o professor paranaense: “Se uma questão foi decidida, ainda que em favor de outro litigante, mas contra aquele que pôde discuti-la em adequado contraditório, negar a sua invocabilidade por terceiro é um arbitrário ato de discriminação daquele que não teve necessidade de debatê-la. Ora, se a coisa julgada não pode prejudicar aquele que não pôde participar do processo, basta ver que o terceiro, ao invocar a coisa julgada,

Ao lado do efeito entre as partes, também existem os efeitos *erga omnes*, *ultra partes* e *secundum eventum litis*. A primeira dentre as modalidades citadas (*erga omnes*) é típica do microcosmo da tutela coletiva de direitos difusos e individuais homogêneos, *ex vi* do art. 103, I e III¹⁸⁵ do Código de Defesa do Consumidor (CDC). A coisa julgada *ultra partes*, a seu turno, também orbita ao redor das ações coletivas, cingindo-se, porém, aos direitos coletivos em sentido estrito, conforme se deduz do art. 103, II¹⁸⁶ da legislação consumerista.

Ainda que não se esteja tratando especificamente da tutela coletiva no âmbito deste estudo, insta consignar que a coisa julgada nas ações coletivas *somente não operará* efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* quando o resultado for de improcedência por falta de provas; logo, no caso de procedência ou mesmo de improcedência, “com esgotamento de prova”¹⁸⁷, nada obsta, ao contrário, tudo autoriza que a imutabilidade inerente à coisa julgada incida sobre a sentença no processo coletivo e que sua eficácia seja *erga omnes* ou *ultra partes*. Apenas a improcedência cujo fundamento seja a insuficiência de provas é que tem o condão de afastar dita eficácia.

Ao lado desses efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, costuma-se dizer que a coisa julgada nas ações coletivas também é *secundum eventum probationem*. Isto significa que a decisão *tanto pode favorecer quanto prejudicar* terceiros, mas *o resultado prejudicial decorrente da insuficiência de provas é afastado pela lei*. O legislador optou por valorizar o debate amplo e com esgotamento das provas em detrimento da segurança jurídica que poderia

obviamente não prejudica ninguém, nem o perdedor nem o vencedor. Há que se compreender que a coisa julgada, ao tornar imutável determinada decisão, insere-se na esfera de disponibilidade de todos aqueles que podem vir a litigar contra aquele que, após ter participado plenamente do processo, teve as suas razões reprovadas pelo Judiciário. Afinal, a coisa julgada vale e tem eficácia independentemente de quem foi o vencedor.” (Idem, p. 317). O que se percebe, pois, é que o professor Marinoni busca reforçar a importância da coisa julgada dentro de uma visão institucional do Poder Judiciário, vale dizer, enquanto instituição, o Judiciário não pode mais aceitar que uma questão já decidida seja novamente rediscutida e redecidida. Ademais, como apontado nos trechos acima, não haverá ofensa ao direito de defesa daquele em face de quem se pretende alegar a coisa julgada, isto porque no processo matriz, suas prerrogativas defensivas já foram exercidas. As ideias acima transcritas também são desenvolvidas pelo mesmo autor em “Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro.” **Revista de processo**. vol. 259/2016, p. 97-116, set./2016, versão digital.

¹⁸⁵ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81.; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

¹⁸⁶ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81.

¹⁸⁷ A expressão foi tomada de empréstimo da obra dos professores Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. Ao tratar da coisa julgada nos processos coletivos, os referidos autores esclarecem a situação: “Convém observar, ainda, que a decisão de *procedência* ou de *improcedência*, com *esgotamento de prova*, está apta a tornar-se indiscutível no âmbito coletivo. Ou seja, nessas situações, não será admissível a repropositura da demanda coletiva, mesmo que por outro colegitimado.” (DIDIER JR. Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 14ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 487).

advir da coisa julgada sobre uma sentença de improcedência fruto de uma atividade probatória incompleta.

Já na coisa julgada *secundum eventum litis* - modalidade de coisa julgada típica das obrigações solidárias (art. 274, do Código Civil) -, a extensão aos terceiros somente ocorrerá na hipótese de resultado favorável. Entre as partes da demanda, a coisa julgada far-se-á presente tanto no caso de procedência quanto no de improcedência, ainda que por falta de provas. Mas, quanto a terceiros, não se cogita de coisa julgada em caso de improcedência, independentemente do fundamento, diversamente do que se disse acima sobre a coisa julgada *secundum eventum probationem*.

Feitas essas rápidas e singelas considerações sobre a coisa julgada em âmbito coletivo, retorna-se ao CPC para se registrar que a alteração legislativa da relação entre coisa julgada e terceiros trouxe a reboque, no campo doutrinário, a análise de institutos do *common law* pouco usuais em palcos nacionais. Tratam-se do *collateral estoppel*, da *claim preclusion*, da *issue preclusion* e da regra da *mutualidade*. O que significam tais institutos e em que medida eles guardam alguma relação com o direito processual brasileiro é o que se pretende abordar quando se falar sobre os limites objetivos da coisa julgada (Cap. 5).

2.4. Limites objetivos da coisa julgada: primeira aproximação

Dentre tantos enfoques que o estudo da coisa julgada proporciona, a análise de seus limites objetivos consiste na delimitação daquilo sobre o que a coisa julgada incide ou, em outras palavras, busca responder à pergunta: o que faz coisa julgada?

O CPC vigente inovou com relação à legislação revogada e, além de alterações que tocam na definição do instituto, passando pela influência sobre terceiros, houve por bem o legislador em alterar o alcance objetivo da coisa julgada, isto para estendê-lo, além do dispositivo, às questões ditas prejudiciais.

O código, porém, foi cauteloso e condicionou tal ampliação à observância de alguns requisitos delineados no artigo 503. Exige-se, pois, que o julgamento do mérito dependa da decisão sobre a questão prejudicial (inc. I); que a decisão sobre a prejudicial seja antecedida por contraditório efetivo, situação não aplicável aos casos em que se verificar a revelia (inc. II); que o juízo tenha competência absoluta - em razão da matéria e da pessoa - para julgar a questão prejudicial como se questão principal fosse (inc. III); e, por fim, que não haja restrições probatórias ou limitações à cognição capazes de impedir o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

O que antes somente poderia ser obtido com a propositura de uma ação declaratória incidental ganhou nova roupagem e, agora, a decisão sobre questão prejudicial com potencial para influenciar no julgamento da principal, ainda que não seja argumento necessário¹⁸⁸ para tanto, pode ver-se atingida pela coisa julgada.

Mas, afinal, quais são as características de uma questão prejudicial? Antes, o que se entende por prejudicialidade, quais seus desdobramentos e em que medida tais questões se conectam com o estudo do objeto do processo - ou, para outros, objeto litigioso do processo? Será que a alteração implementada pelo art. 503, do CPC, exige que se pense numa nova interpretação da questão prejudicial ou a lição de BARBOSA MOREIRA¹⁸⁹, escrita ainda sob o pálio do CPC/39, é atemporal?

Tímida ou não, circunstância que será abordada com mais vagar no capítulo IV, não se pode negar que essa oxigenação no instituto da coisa julgada foi positiva por inúmeros aspectos, notadamente por concorrer para o fortalecimento da harmonia dos julgados, da coerência do direito, da segurança jurídica e da paz social.

3. CRÍTICAS À COISA JULGADA: O COMEÇO DE UMA NOVA ERA?

O trajeto até aqui desenhado procurou demonstrar que a segurança jurídica é um elemento central, nuclear e indispensável de toda sociedade que busque viver num ambiente de paz e ordem. O instituto mais difundido para garantir dita segurança é o da coisa julgada. Suas premissas, contudo, têm sido colocadas em xeque e são justamente a essas críticas que se pretende aludir.

3.1. *Coisa julgada e as contradições lógicas: um problema inevitável?*

Ainda é comum observar-se, no campo da coisa julgada, a existência de contradições lógicas. Isso é tratado com certa naturalidade pela doutrina, como se, apesar de indesejado, fosse um problema inevitável. Será, contudo, que o sistema jurídico ainda deve conviver com essas situações? Não é desejável ou mesmo necessário que essas contradições sejam evitadas?

¹⁸⁸ Tornar-se-á ao estudo da teoria do *necessary step*, mas, desde logo, registre-se que a ela não faz coro neste trabalho.

¹⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e questões preliminares. *Direito Processual Civil (Ensaio e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. Do mesmo autor: **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Instituto Mackenzie. 1967.

Tais contradições não estão a demonstrar que o sistema de estabilidades centrado unicamente na coisa julgada é falho e insuficiente?

Noutras palavras, fora do terreno firme da coisa julgada, todo o resto seria instável porque ancorado em terra movediça? Não parece ser isso que se deva esperar de um sistema jurídico e, partindo deste ponto, critica-se a coisa julgada enquanto entidade estabilizadora e procura-se demonstrar que ela seria uma espécie do gênero estabilidades.

Aduz-se, também, que o fato de uma decisão não transitar em julgado não deveria autorizar, necessariamente, que o objeto a respeito do qual ela decidiu pudesse ser indistintamente rediscutido em outro processo, ainda que envolvendo uma das partes que figurou na primeira demanda. A ausência de coisa julgada a incidir sobre uma questão decidida não poderia autorizar, de forma cega e acrítica, que o tema fosse novamente posto em discussão em outro processo e, pior, que redundasse num julgamento diametralmente oposto àquele outro.

A contradição lógica, pois, ocorre quando é proferida decisão sobre alguma matéria logicamente incompatível com decisão já prolatada em processo anterior. À guisa de exemplo, costuma-se aludir à paternidade (ou relação de filiação) que, num primeiro processo foi reconhecida (ação de alimentos) e, noutro, foi negada (ação de investigação de paternidade ou petição de herança).

Salvo por questões científicas que comprovem, indene de dúvidas, a necessidade de alteração da primeira decisão, não parece salutar que, respeitados os pressupostos legais, outra possa ser a conclusão sobre a mesma questão, *isso se mantido o mesmo contexto fático*. Permiti-lo, a pretexto de que o sistema conviveria com contradições lógicas desde que não conduzissem a contradições jurídicas, vai de encontro à segurança jurídica, notadamente porque o critério para cancelar a modificação do resultado seria puramente subjetivo, isto porque, reitere-se, o contexto fático seria exatamente o mesmo, variando apenas a valoração do julgador. A má apreciação das provas ou a obtenção de prova nova são situações que podem ser dirimidas pelos mecanismos já disponibilizados na legislação, isto é, pelos recursos e pela ação rescisória.

3.2. E as críticas continuam: pela superação do binômio imutabilidade-indiscutibilidade e mais

O instituto da coisa julgada tem, em seu D.N.A., a qualidade imunizante da imutabilidade e da indiscutibilidade. Foi ao redor deste binômio que o sistema de estabilidades sempre operou e foi em torno dele que, por muito tempo, raciocínios foram desenvolvidos e transmitidos.

Essa inalterabilidade afigura-se, para parte da doutrina¹⁹⁰, como um grande entrave quando a realidade, sempre dinâmica e cambiante, opõe-se ao que fora decidido. Mas esse inconveniente, apesar de sempre existir, só passou a ser mais debatido contemporaneamente.

Esse debate deságua nas seguintes perquirições: a segurança jurídica decorrente da decisão acobertada pela coisa julgada sobrepõe-se à eventual e excepcional injustiça da decisão? Entre os valores segurança jurídica e justiça da decisão, o sistema deve optar pelo primeiro? Não há algum regime de estabilidades mais flexível que apresente uma resposta mais adequada a estas situações?

E as ponderações críticas não param por aí. O que justifica defender-se de forma irredutível que o sistema, para ser seguro, exige que as decisões sejam imutáveis? É impossível pensar em segurança jurídica descolada da ideia de coisa julgada? Essas são inquietações que sempre são trazidas à tona pelos defensores de uma modalidade mais flexível, dúctil, dinâmica de estabilidade.

Essa lógica tão repetida de que a decisão de mérito adquire, com a coisa julgada, ares de imutabilidade e indiscutibilidade, apesar de ainda difundida no sistema positivo pátrio, traz, direta ou indiretamente, a sensação de que a realidade é estática e engessada. Assim não o é, e adotar tal premissa como um dos pilares de uma teoria pode conduzir a fissuras irreparáveis.

A coisa julgada, pura e simples, é insuficiente para explicar todas as estabilidades possíveis numa relação jurídico-processual ou mesmo para fazer frente às decisões proferidas, por exemplo, em processos estruturais¹⁹¹, sabidamente caracterizados por decisões em cascata¹⁹² e permeados por uma flexibilidade e um experimentalismo incompatíveis com as balizas típicas da coisa julgada.

Ainda que se pense apenas em processos essencialmente binários, a coisa julgada também não responde a contento a situações específicas, como aquelas concernentes à estabilização das decisões proferidas sobre questões e/ou sobre fatos. Houve uma tentativa de equacionar o problema atinente às questões prejudiciais por meio da regra encampada no artigo

¹⁹⁰ Antônio do Passo Cabral, em suas obras já mencionadas **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., e **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020; Anissara Toscan, em sua tese de doutoramento **Coisa julgada: contribuição para uma nova teoria**, op. cit.

¹⁹¹ Sobre os processos estruturais há diversas obras monográficas, com destaque para: VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020; ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

¹⁹² A expressão cunhada por Sérgio Cruz Arenhart é *provimentos em cascata*, a indicar que “Por outro lado, é muito frequente no emprego de medidas estruturais a necessidade de se recorrer a *provimentos em cascata*, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam...” (**Decisões estruturais no direito civil brasileiro**. 2013. Disponível em: www.academia.edu. Acesso em 15/09/2021).

503, §§ 1º e 2º do CPC, mas, mesmo ali, há brechas pelas quais podem as partes, deliberadamente, subtrair determinadas matérias dos efeitos da coisa julgada.

A superação, talvez até a própria substituição, desses conceitos tão enraizados no sistema jurídico é necessária, segundo os críticos da coisa julgada, porque a imutabilidade e a inalterabilidade das decisões finais de mérito não são essenciais à caracterização da jurisdição. Ao contrário do que se propõe, tão assertiva quanto acriticamente, essas qualidades seriam fruto de escolhas político-legislativas, vale dizer, assim como o modelo adotado tem por parâmetros esses fatores, nada obstaria que outros fossem os regimes utilizados, pois não mais se nega a existência de estabilidade sem imutabilidade¹⁹³.

O escopo embutido na opção pela imutabilidade das decisões consistia em conferir segurança jurídica ao sistema e aos próprios jurisdicionados e, reflexamente, evitar a relitigação. A ideia subjacente a este raciocínio, contudo, era a de que a coisa julgada seria a única via para se alcançar essa estabilização, isto é, reitere-se, não haveria estabilização sem coisa julgada. Esta é uma visão que não mais se sustenta porque o fenômeno das estabilidades foi aprimorado e abarca outros critérios como o da segurança-continuidade¹⁹⁴, a proteção da confiança legítima¹⁹⁵, o *estoppel* e, inclusive, a própria boa-fé. Não se desconhecem as

¹⁹³ A expressão “estabilidade sem imutabilidade” foi extraída da obra de Antônio do Passo Cabral, assim como o seguinte excerto: “Neste tópico, queremos salientar que o caráter definitivo das decisões judiciais não é da essência da jurisdição ou do processo, decorrendo de razões de conveniência e política legislativa. E, se a imutabilidade não é um atributo primordial da atividade jurisdicional, é perfeitamente possível a existência de decisões judiciais que não sejam inalteráveis.” (CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo...**, op. cit., p. 80-81). No mesmo sentido em (Cabral, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 304-305).

¹⁹⁴ Essa faceta da segurança-continuidade é abordada por Antônio do Passo Cabral e permeia toda a sua obra, tanto no livro **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**, quanto na obra **Segurança jurídica e regras de transição**.

¹⁹⁵ Sobre o tema: ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016. Segundo o autor, quatro seriam os pressupostos para a edificação de uma teoria da proteção da confiança: i) existência de base da confiança com aptidão para gerar expectativas legítimas nos destinatários; ii) existência da confiança no plano subjetivo; iii) exercício da confiança através de atos concretos (*Vertrauensbetätigung*); iv) comportamento estatal que frustre a confiança. Quanto ao primeiro desses pressupostos, esclarece o autor: “Para que possa ser empregado, o princípio da proteção da confiança exige um comportamento ou ato estatal capaz de criar uma expectativa legítima no seu destinatário. Essa primeira condição diz respeito, portanto, à necessidade de existência de uma base da confiança (*Existenz einer Vertrauensgrundlage*). Trata-se do comportamento, omissão ou ato normativo estatal (lei, decreto, portaria, decisão judicial, práticas da Administração etc.) que origina a confiança. É o que vai servir para introduzir a confiança na mente dos particulares. A base da confiança é, em linhas gerais, a medida estatal que atinge o particular. Independentemente da forma adotada, a manifestação de vontade do Estado é imprescindível para a existência de uma confiança digna de tutela.” (Idem, p. 83). O segundo pressuposto é apresentado pelo autor nos seguintes termos: “O segundo elemento a ser considerado como condição para a concretização do princípio da proteção da confiança é a *existência da confiança no plano subjetivo* (*Vorliegen von Vertrauen*). Aqui lidamos com o aspecto subjetivo do princípio. É preciso que existam indícios de que o indivíduo confiou na continuidade do ato estatal, depositou racionalmente suas esperanças na sua manutenção. O desconhecimento total do particular em relação ao ato estatal é capaz, portanto, de impedir o manejo do princípio.” (Ibidem, p. 89). Com relação ao terceiro pressuposto, Valter S. de Araújo assevera que: “[...]. A confiança precisa ser “*colocada em funcionamento*” (*ins Werk gesetzt*), uma vez que ela apenas ganha relevância jurídica quando se exterioriza por meio de atos concretos. A confiança só é, no dizer da maioria dos autores, tutelável quando servir de fundamento para um comportamento específico daquele

distinções entre estes critérios, algumas bastante sutis, mas a diferenciação escapa aos objetivos da análise aqui proposta.

A análise interdisciplinar da coisa julgada também traz aportes para corroborar sua não essencialidade ou sua dispensabilidade como fator de estabilidade.

No direito penal, a sentença ou o acórdão não estão sujeitos a uma indiscutibilidade intransponível. A revisão criminal sempre pode ser ventilada, vale dizer, não está limitada por algum marco temporal após o qual o interessado estará impedido de manejá-la. Em outras palavras, a revisão criminal é atemporal. Ainda assim, ninguém nega que o sistema jurídico criminal é estável e seguro. Tampouco se ventila a tese de que a arquitetura das estabilidades em matéria penal desemboca num oceano de litigiosidade infindável. Seria, portanto, a coisa julgada em âmbito penal diferente, na essência e nos escopos, daquela que se procura desenhar para a competência cível?

Outra constatação reforçaria a diminuição do prestígio da imutabilidade. A decisão judicial, assim como as decisões ou os atos emanados do Poder Legislativo e Executivo, é um ato estatal. Essa estatalidade típica dos atos emanados dos três Poderes possui pontos de aproximação, mas também de diferenciação. Traçando um paralelo entre as sentenças e as leis, tem-se que o resultado da atividade legiferante não é imutável ou inalterável, isto é, não é blindado pela coisa julgada. Este debate sequer é levantado. Essa característica, entretanto, torna a lei menos segura e cogente ou, ao contrário, justamente por estar sujeita às reviravoltas das relações humanas, tal inalterabilidade nem mesmo é cogitada? Em suma, a legislação, porque alterável por outras leis, não é fonte de segurança para a sociedade? Seria, de fato, a imutabilidade a marca indelével da segurança?

As respostas às indagações acima caminham para a negativa para aqueles que endossam a necessidade de superação da coisa julgada.

que confia (*Grundlage für das Verhalten des Vertrauenden*). Seguindo esse raciocínio, o efetivo exercício da confiança (*Betätigung des Vertrauens*) se tornaria imprescindível para que uma expectativa pudesse ser protegida.” (Ibidem, p. 96-97). Linhas adiante, ainda no trato desse exercício concreto de atos pautados nessa confiança adrede construída, continua o autor: “Esse mesmo raciocínio também pode ser empregado, por exemplo, em relação aos atos oriundos do Poder Judiciário. A alteração de um entendimento jurisprudencial pode vir a prejudicar a expectativa legítima de um particular. Porém, para que um indivíduo tenha legitimidade para pretender que sua situação seja regida pela orientação judicial antiga, deverá comprovar que realizou algum ato concreto em virtude do posicionamento antigo. Deverá evidenciar que seus atos não teriam sido praticados se a nova jurisprudência já existisse.” (Ibidem, p. 99). Por fim, quanto ao quarto pressuposto, *comportamento estatal que frustre a confiança*, argumenta o autor: “Como quarta condição para a adoção do princípio da proteção da confiança, existe a necessidade de ocorrência de um comportamento estatal desviante daquele primeiro que fez surgir uma expectativa legítima. Além do ato ou omissão inicial que serve de base da confiança, é preciso que exista um outro em sentido contrário. É na divergência entre duas, ou mais, manifestações volitivas que uma expectativa poderá ser frustrada.” (Ibidem, p. 103).

A imutabilidade é uma nota típica de alguns atos jurisdicionais. Não é, contudo, a única característica reveladora da segurança jurídica. Tampouco é o *discrímen* entre atos judiciais e demais atos estatais¹⁹⁶. É, em verdade, uma qualidade que, ao lado doutras, contribui para que o sistema de estabilidades processuais seja ainda mais completo e aperfeiçoado, isto é, a segurança jurídica não se limita e tampouco se esgota na coisa julgada. Sob a redoma da segurança jurídica coexistem vários institutos que, por vezes, são analisados de forma compartimentada, quando o ideal seria que a leitura fosse sistêmica.

Em arremate às considerações feitas até aqui, some-se a afirmação de Antônio do Passo CABRAL no sentido de que a coisa julgada não é mais a *estabilidade por excelência*¹⁹⁷. O professor carioca diz isso não só porque vislumbra um modelo mais adequado para atender às demandas da modernidade, mas também porque, ao fim e ao cabo, em sua visão, não se deveria insistir¹⁹⁸ num instituto incapaz de atender, a contento, às exigências de uma sociedade cada vez mais dinâmica, pulsante, vibrante, em constante e perene mutação.

O escopo dos críticos à coisa julgada é, pois, demonstrar a estagnação da imutabilidade como critério regente da estabilização e descortinar, assim, o olhar para novos horizontes e para

¹⁹⁶ “Com todas as vênias, pensar que a inalterabilidade é característica que deve estar intrinsecamente contida nos atos do Estado é uma pressuposição que não se comprova por um simples e rápido inventário dos atos estatais. As leis são revogáveis, os atos administrativos também, e não perdem força, eficácia ou imperatividade como manifestações de poder estatal pelo tão só fato de não serem ou não se tornarem imutáveis...” (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 296). E prossegue: “Na verdade, a grande diferença dos atos jurisdicionais para os demais atos estatais não é imutabilidade. A característica marcante da estabilidade dos atos jurisdicionais é que esta só pode ser desfeita por atos do próprio Poder Judiciário. Vale dizer, existe uma “reserva de jurisdição” na alteração dos atos jurisdicionais estáveis: enquanto o judiciário pode rever atos dos demais poderes, qualquer que seja a estabilidade que tenham adquirido, os atos jurisdicionais estáveis só podem ser rescindidos ou revistos pelo próprio Judiciário (uma revisão “interna”).” (Idem, p. 303).

¹⁹⁷ “Os defeitos maiores dessa análise, em nosso sentir, foram um vício metodológico e uma falsa premissa. A falsa premissa é que a coisa julgada é a estabilidade “por excelência”, e, portanto, sempre se deveria perquirir se a *res iudicata* seria aplicável a outros atos que não a decisão judicial. E então chegamos ao equívoco na metodologia, pois a pergunta “a coisa julgada pode ser aplicada a outros atos estatais” é um falso problema. Sem embargo, a coisa julgada é apenas uma das espécies de estabilidade processual, apenas um dos vários institutos jurídicos que têm como finalidade garantir a segurança do conteúdo dos atos jurídicos...” (CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo** op. cit., p. 66). E o autor prossegue, agora em outra obra: “O declínio da coisa julgada é um fenômeno compreensível do nosso século, em que não basta justificar a estabilidade no prestígio da função judicial, na pura afirmação do poder do Estado ou numa irracional e antiquada aplicação da segurança jurídica.” (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**, op. cit., p. 380).

¹⁹⁸ Novamente se recorre à lição de Antônio do Passo Cabral, onde se lê que: “Não estamos diante, portanto, de uma simples mudança terminológica. No novo sistema, coisa julgada não pode mais ser considerada a estabilidade processual por “excelência”. O CPC/2015 quis ampliar as espécies e formas de estabilidade processual, dispondo expressamente sobre várias delas. Essa foi uma opção, como dito, de importante impacto sistêmico, e que pretende romper com vícios metodológicos que atrapalharam o desenvolvimento do tema. Se a coisa julgada deixou de ser a estabilidade “por excelência”, não faz mais sentido ficar procurando aplicá-la a todos os tipos de processo e para todos os atos jurídicos.” (CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**, op. cit., p. 86). Algo muito próximo a isso também consta de outro livro do mesmo autor, **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**, op. cit., p. 308).

diferentes modelos de estabilização, notadamente daqueles que se valem da segurança-continuidade, da proteção das expectativas legítimas e da boa-fé.

Assim, o núcleo essencial, a pedra de toque, em torno do(a) qual gravitam todas as estabilidades passaria a ser a segurança-continuidade, não mais apenas a coisa julgada. Antes núcleo, logo, protagonista do regime de estabilidades, a coisa julgada passou a compartilhar o estrelato com outras modalidades estabilizadoras de igual grandeza e relevância, especialmente centradas numa métrica mais flexível e menos refratária às ocasionais, por vezes necessárias, alterações futuras.

4. ESTAMOS PRESENCIANDO O OCASO DA COISA JULGADA?

A partir de todas as críticas acima delineadas, as perguntas que ficam são: estamos presenciando o ocaso da coisa julgada? A coisa julgada deve ser abandonada? Se este não for o caso, resta também indagar: a coisa julgada deve, então, ser desidratada? As razões apontadas pelos defensores doutros modelos de estabilização aniquilam, por completo, qualquer utilidade da coisa julgada? Imutabilidade e continuidade são referenciais inconciliáveis, isto é, não é possível construir um sistema em que haja decisões imutáveis ao lado de outras que, conquanto mutáveis, gozem de estabilidade mais forte e exijam, por isso, uma argumentação sólida para autorizar sua revisão e/ou reversão? Um sistema, para ser coerente, coeso e harmônico, deve, necessariamente, afastar institutos antagônicos?¹⁹⁹

Essas e tantas outras dúvidas permeiam as discussões. O problema é bastante complexo e seus desdobramentos transbordam os lindes da presente análise. Ainda assim,

¹⁹⁹ O problema já foi abordado na doutrina. Dentre os estudos, colhe-se do texto de Jordi Nieva-Fenoll o seguinte excerto: “Toda ciência tem seus mitos. A física tenta encontrar a origem do universo enquanto alguns já afirmam que essa busca é impossível, eis que as noções de “princípio” e “fim” só têm sentido em nossa dimensão, e por isso estamos condicionados e equivocados em nossa observação, como os presos da caverna de Platão; outro mito, por certo, esse da caverna. A medicina busca, no fundo, a imortalidade, fazendo com que o ser humano, no ritmo em que se fazem novas descobertas nesta matéria, tenha mais dificuldade em assumir algo elementar: que se tem que morrer. Em seu tempo, a alquimia, antecessora da atual química, buscava a pedra filosofal e, como todos sabem, nunca a encontrou. Assim, o Direito tenta buscar a paz social por meio da segurança jurídica há milênios. E eu não me atrevo a afirmar que também isso seja um mito, pois tenho as minhas dúvidas. O Direito Processual, ou a ciência jurisdicional, chame como se quiser, também tem contribuído para a criação de um mito, derivado justamente desta obsessão de todos os ramos do Direito em alcançar a necessária segurança jurídica que traga paz social. No nosso caso, essa busca tem-se situado, com enorme frequência, no conceito de “coisa julgada”, noção que foi estudada, dogmatizada, até alcançar limites incontestáveis, usada de forma utilitarista e, por vezes, até deixada de lado quando, por qualquer razão, não convinha ser utilizada.” (NIEVA-FENOLL. A coisa julgada: o fim de um mito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Ano 6. Volume X. Número 10. Julho a dezembro de 2012. Rio de Janeiro. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20349/14690>. Acesso em 30/09/2021).

procurar-se-á tecer algumas considerações que auxiliarão no decorrer do texto e que justificarão, em certa medida, o próprio estudo que aqui se faz. Vamos a elas.

Iniciar-se-á pelas convergências.

A coisa julgada é, como dito, uma escolha político-legislativa.

Não se discorda dos que criticam o instituto quando dizem ser ela - a coisa julgada - dispensável para a existência da jurisdição. E os exemplos concretos põem abaixo o argumento dos que ainda perfilham entendimento diverso, bastando pensar-se nas sentenças terminativas que, como sabido, não atingem a coisa julgada dita material²⁰⁰. O mesmo se pode dizer das sentenças de improcedência por falta de provas no âmbito da tutela coletiva de interesses individuais homogêneos e das decisões concessivas de tutela antecipada antecedente em processos individuais.

Também parecem acertadas as críticas quando dirigidas à alegação de que a coisa julgada seria a única forma de estabilização.

O mesmo vale quando se pretende fazer da coisa julgada a estabilidade por “excelência”.

Hoje é pacífica a coexistência de diversas formas de estabilidades, ainda que seja possível observar diferenças quanto ao grau dessas estabilizações, sem olvidar, por óbvio, das demais diferenças quanto aos requisitos para a configuração de cada uma delas.

A convergência com as críticas continua no que toca à insuficiência da coisa julgada para responder adequadamente a algumas situações processuais, particularmente no campo dos processos estruturais.

A despeito disso, não se vislumbram, ao menos por ora, razões suficientes para extirpar a coisa julgada do ordenamento jurídico. E aqui têm início algumas divergências.

Um primeiro argumento advém da própria natureza constitucional do instituto. A coisa julgada está consagrada expressamente no texto constitucional (art. 5º, XXXVI), o que, por si só, já impõe que todo e qualquer modelo de estabilidades não está autorizado a simplesmente fechar os olhos para tal dispositivo e fingir que ele não existe. E mais, não bastasse a coisa

²⁰⁰ As sentenças terminativas estão previstas no artigo 485, do CPC. Dentre os incisos, há situações que, por força do art. 486, § 1º, do CPC, só podem ser repropostas quando sanado o vício que lhe deu causa. Alexandre Freitas Câmara compila as hipóteses da seguinte forma: “Sintetizando, então, pode-se afirmar que as sentenças terminativas em geral ficam sujeitas à *preclusão*. As sentenças terminativas resultantes de indeferimento da petição inicial, de ausência de pressuposto processual ou de “condição da ação” ou da existência de convenção de arbitragem ou de pronunciamento de árbitro ou tribunal arbitral que reconheça sua competência são alcançadas pela *coisa julgada formal*, só se admitindo a repositura da demanda se o obstáculo à apreciação do mérito for removido. Por fim, as sentenças de mérito são alcançadas pela *coisa julgada material*, não se admitindo, em hipótese alguma, que a mesma demanda seja novamente proposta.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo...**, op. cit., p. 305).

julgada ser uma garantia fundamental, sua exclusão do sistema jurídico é vedada até mesmo por emenda à constituição, *ex vi* do art. 60, § 4º, IV, CF.

Esse debate traz a reboque uma discussão sobre a natureza dessa previsão constitucional, que pode ser resumida ao seguinte: a coisa julgada é apenas uma garantia das pessoas contra a irretroatividade das leis, ou ela é, por si só, um direito fundamental constitucional?

Não parece que a intenção do constituinte de 1988 tenha sido a de prever a coisa julgada apenas como um meio para proteger as pessoas contra a retroatividade das leis. Acompanha-se a posição de Eduardo TALAMINI quando diz que “[...]. É impossível dar ao inciso XXXVI do art. 5º estrito significado de mecanismo meramente instrumental à garantia da irretroatividade das leis. [...]”²⁰¹ Essa concepção restritiva não se coaduna com o acervo teórico subjacente ao instituto da coisa julgada que, mesmo também servindo de reforço ao princípio da irretroatividade das leis, propõe-se, em última análise, a manter a higidez do próprio sistema jurídico como um todo na medida em que atua para evitar a afluência ao Judiciário de casos já decididos.

O mote da coisa julgada é, pois, ao fim e ao cabo, conferir segurança jurídica às relações e, para tanto, obstar a rediscussão e rejuízo de uma questão idêntica já decidida.

Um segundo argumento conecta-se com a hermenêutica constitucional. No âmbito da interpretação constitucional, ainda mais quando em voga direitos fundamentais, há de prevalecer a interpretação extensiva a fim de conferir-se a maior amplitude possível para todo o conjunto de direitos e garantias fundamentais (e, por óbvio, para a própria coisa julgada). Não há de prevalecer uma interpretação que pretenda atribuir à coisa julgada um alcance diminuto, quase inexistente, porque isso significaria esvaziá-la, mantendo-se o instituto no texto constitucional apenas para fugir-se da crítica de que ela - a coisa julgada - foi, na prática, extirpada do sistema²⁰².

²⁰¹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 50.

²⁰² A impossibilidade de abolição da coisa julgada é defendida por Eduardo Talamini: “(4ª) Não parece razoável supor que o legislador infraconstitucional possa vir a abolir integralmente a coisa julgada, consagrando a possibilidade permanente de revisão de todo e qualquer pronunciamento da jurisdição. Nem mesmo se essa abolição total tivesse eficácia *ex nunc*, de modo a preservar as coisas julgadas anteriormente estabelecidas, ela seria admissível. Muito embora do ponto de vista lógico-jurídico seja perfeitamente concebível um modelo processual jurisdicional despido da coisa julgada, o direito constitucional positivo brasileiro afasta essa possibilidade. *A Constituição impõe a premissa de que o modelo processual jurisdicional contemplará a coisa julgada* - ainda que remetendo ao legislador infraconstitucional, dentro de certas condições, a liberdade de definição dos atos que serão revestidos dessa estabilidade. Esse é mais um dos significados extraíveis do inciso XXXVI do art. 5º.” (Ibidem, p. 52-53). Antônio do Passo Cabral segue entendimento diverso e, após fazer alusão ao argumento de Eduardo Talamini e de Cândido Rangel Dinamarco, diz que “[...]. Peço licença para divergir. Ao contrário do autor, entendo que o dado que não pode ser suprimido é a própria segurança jurídica e a estabilidade dos atos processuais. São estas que se me afiguram como sistematicamente relevantes. As peculiaridades dos

Um terceiro argumento fundamenta-se na inexistência de direitos absolutos, o que permite afirmar que a coisa julgada também não é absoluta. Isso significa que o legislador pode prever, como já o fez em casos pontuais, situações em que a coisa julgada deve sucumbir. Trata-se da ação rescisória.

O inconveniente, para parte da doutrina, está no prazo decadencial fixado pelo legislador para a utilização dessa ação autônoma de impugnação. Como equacionar esse problema quando, escoado o prazo bienal, a situação imutabilizada pela coisa julgada for flagrantemente injusta ou mesmo inconstitucional? Esse limite temporal à desconstituição da coisa julgada pode ser um complicador.

Retornando ao argumento aqui desenvolvido, porque a coisa julgada não é absoluta, a qualidade de imutabilidade que ela empresta à decisão de mérito também não o é. E tanto não o é que o próprio legislador reputa possível a desconstituição da coisa julgada, repita-se. Não só o legislador, aliás, isso porque a própria jurisprudência já flertou com o tema²⁰³.

Entre argumentos favoráveis e desfavoráveis à desconstituição da coisa julgada²⁰⁴⁻²⁰⁵, ainda quando ultrapassado o prazo legal da rescisória, o que se percebe é que há uma tendência

institutos que as regulam detalhadamente, estas podem ser modificadas.” (**Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit. p. 320, nota 87).

²⁰³ Os argumentos sobre a desconstituição da coisa julgada estão muito presentes quando se debate o tema da relativização da coisa julgada. A este propósito destaca-se a coletânea organizada por Fredie Didier Júnior, em cujo bojo há artigos que defendem ou negam aludida suavização (**Relativização da coisa julgada**. Organizador: Fredie Didier Jr. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008). Outra obra que analisa as hipóteses de relativização Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

²⁰⁴ Dentre os autores que se opõem à relativização da coisa julgada destaca-se José Carlos Barbosa Moreira. Barbosa Moreira insurge-se contra a desconstituição fora daquelas hipóteses já elencadas pelo legislador, mas admite que o desenvolvimento da sociedade, especialmente no campo científico e tecnológico, pode justificar uma remodelação das situações e conduzir à previsão doutras ocasiões justificadoras da superação da coisa julgada. O professor carioca, contudo, é mais cauteloso e afirma não ser recomendável alterar-se o prazo bienal, apenas seu termo *a quo*. Diz Barbosa Moreira: “[...]. Estamos convencidos de que não se compadece com o ordenamento positivo o aumento da dose de “relativização” da coisa julgada material que ele próprio já consagra. Não somos infensos, porém, à proposta de que tal dose, de *lege ferenda*, seja elevada em alguns casos. O mais importante, ao menos do ponto de vista prático, é o da descoberta científica suscetível de demonstrar a erronia da solução dada anteriormente ao litígio, em época na qual não era possível contar com determinada prova. [...]. Atenta a relevância da matéria, julgamos conveniente modificar aí a disciplina, não para abolir o pressuposto temporal - pois, com a ressalva que se fará adiante, relutamos em deixar a coisa julgada, indefinidamente, à mercê de impugnações -, mas para fixar o termo inicial do prazo no dia em que o interessado obtém o laudo, em vez do trânsito em julgado da sentença rescindenda.” Já quanto à rara hipótese de sentença inconstitucional, Barbosa Moreira explica que: “[...]. Em atenção à particular gravidade do vício, seria razoável abrandar essa exigência, permitindo, a título excepcional, o ajuizamento da rescisória a qualquer tempo. No mais, pensamos que a disciplina atual já leva em suficiente conta os motivos capazes de justificar a “relativização” da coisa julgada material - vale dizer, já a relativiza *quantum satis*. Não há lugar, ao nosso ver, para invocar, com o fito de aumentar a dosagem, quaisquer princípios supostamente desprezados pelo legislador. Atende o regime vigente, em especial, às exigências da razoabilidade normativa. Merece, em linhas gerais, apoio e preservação.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In **Relativização da coisa julgada**. Organizador: Fredie Didier Jr. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 251-261 [p. 255]).

²⁰⁵ Leonardo Greco opõe-se categoricamente à mitigação da coisa julgada para além dos casos previstos de cabimento da ação rescisória e vislumbra no instituto imutabilizador uma face da segurança jurídica que não deve

a se admitir, em casos excepcionais, a revisão da decisão de mérito transitada em julgado, prevalecendo a interpretação restritiva. Não se pretende esmiuçar aqui tais argumentos, mas a menção à sua admissibilidade serve para corroborar a tese de que a coisa julgada não é absoluta e que sua imutabilidade pode ceder se assim o dispuser o legislador.

Porque o legislador infraconstitucional pode definir os contornos do regime da coisa julgada (limites, hipóteses de incidência, formas de revisão²⁰⁶), nada impede, pois, que, atento às modificações sociais e/ou em decorrência do desenvolvimento de novos modelos processuais, sejam estabelecidos novos parâmetros para a desconstituição daquilo que fora imutabilizado por decisões de mérito.

Um quarto argumento está centrado no fato de que a coisa julgada é, certamente, um *critério objetivo de estabilização*. As hipóteses para sua desconstituição são taxativas e adscrevem situações de *error in iudicando* e/ou *error in procedendo*. Tratam-se de situações valoradas pelo legislador como hábeis a autorizar uma modificação numa decisão já transitada em julgado, logo, são hipóteses extremas e excepcionais, pinçadas pelo próprio legislador do sistema, que maculam o ato decisório.

No extremo oposto, isto é, num modelo que exclua a coisa julgada, a questão ficaria eternamente em aberto e poderia ser sempre reapreciada e, inclusive, alterada, exigindo-se, para tanto, a apresentação de razões suficientes a embasar a modificação do julgamento. Em suma, esse modelo estaria norteado (i) pela regra do *ônus argumentativo*²⁰⁷. Tão importante quanto o

ceder mesmo diante da declaração de (in)constitucionalidade pelo STF: “A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes. Quando uma dessas normas jurídicas se torna controvertida e o Estado, através do Poder competente que é o Judiciário, declara quem tem razão, atuando a vontade da lei, ele revela e impõe ao demandante e ao demandado a norma que lícitamente eles devem respeitar como representativa da vontade do próprio Estado, não sendo lícito a este, depois de tornada imutável e indiscutível essa manifestação de vontade oficial, desfazê-la em prejuízo das relações jurídicas e dos respectivos efeitos travadas e produzidos sob a égide da sua própria decisão. A coisa julgada é, assim, uma garantia essencial do direito fundamental à segurança jurídica.”. (GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes da constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In **Relativização da coisa julgada**. Organizador: Fredie Didier Jr. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 225-249 [pp. 248-249]).

²⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. Op. cit, p. 52.

²⁰⁷ Sobre o ônus argumentativo, o professor Antônio do Passo Cabral esclarece que: “Nesse contexto, a aplicação da segurança continuidade pode ser operada por requisitos procedimentais que aumentem a racionalidade e controlabilidade concreta do modelo. E o filtro que entendemos ser adequado para implementar este controle é o ônus argumentativo (*Argumentationslast*). Trata-se de uma *pressão de fundamentação para inverter a preferência normativa sistêmica pela estabilidade*. No contexto da continuidade jurídica, a permanência da posição estável é apenas apriorística ou *prima facie*, ou seja, não há estabilidades absolutas ou inalteráveis, podendo ser invertidas no caso concreto. Todavia, posto que não definitivas, as estabilidades têm o efeito de impor um peso argumentativo em prol de sua manutenção. Aquele que pretender infirmar ou desfazer a prioridade *prima facie* terá sobre ele um fardo que o obriga a um esforço de justificação mais acentuado, a formulação de ‘razões mais fortes’ para inverter, no caso concreto, o fluxo direcional da continuidade. A exigência de ônus argumentativo para romper a estabilidade é consequência de um aspecto anteriormente salientado, referente à controlabilidade e racionalidade do procedimento decisório, onde o formato aplicativo da continuidade jurídica é muito mais adequado que outras

ônus argumentativo, o tempo de estabilização é uma variável que deve ser prestigiada. Pode-se dizer, aliás, que eles guardam uma relação diretamente proporcional, vale dizer, quanto maior o tempo pelo qual perdura a estabilização, maior deverá ser o ônus argumentativo para superá-la²⁰⁸; (ii) pela necessidade de *contraditório*; (iii) pela ideia de *cadeia de vínculos* e (iv) pela *plausibilidade de êxito* na alteração da estabilidade anterior (grau de *probabilidade qualificado*²⁰⁹).

Ocorre que tal ônus argumentativo pode ser manipulado ao sabor das conveniências e o controle sobre ele pode redundar em subjetivismos, sem qualquer garantia de que a nova decisão será, de fato, melhor do que a primeira.

Essa sensação de que o processo terminou, mas o litígio não se encerrou - no campo jurídico, não fático, pois aqui pode ser que ele nunca venha a findar -, gera, no imaginário das partes, o sentimento de que é possível tentar novamente. Claro que não é isso o que propõem os críticos da coisa julgada, pois não defendem que a insatisfação com a decisão - ou o puro sentimento de injustiça - seja razão suficiente para cancelar um novo pedido de julgamento. Ainda assim, o que impediria as partes de retomar a discussão se elas estiverem dispostas a arcar com os dispêndios financeiros e as consequências emocionais? Talvez tenham a plena convicção de que, porque o juiz do novo processo será outro (na hipótese de o juiz do primeiro caso não estar mais atuando naquele juízo), e porque o problema discutido entre as partes é complexo, valha a pena correr os riscos de uma nova demanda, especialmente porque existiria uma chance, ainda que remota, de reversão da decisão ou talvez porque um advogado diverso, mais experiente e preparado, anteveja uma plausibilidade real de êxito da nova demanda.

Os argumentos acima mencionados, contudo, não são utilizados para sufragar a alegação de que a nova teoria estimulará a eternização dos litígios. Não é esse o caso.

O modelo projetado de segurança-continuidade, como dito, além de sofisticado, é municiado por diversas medidas de enfrentamento à litigância de má-fé, capazes e eficazes de

maneiras estáticas de proteção da segurança (como os direitos adquiridos ou a coisa julgada). [...]. Além disso, por ser uma técnica procedimental, o ônus argumentativo faz com que o raciocínio para a superação da estabilidade dependa não apenas dos princípios e valores envolvidos, mas também do *grau de racionalidade da própria argumentação da superação*. A prioridade *prima facie* das estabilidades se une à força das razões de julgamento no procedimento de revisão. O ônus argumentativo, portanto, cai como uma luva na concretude da técnica aplicativa do formato da segurança como continuidade jurídica...". (CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo...**, op. cit., p. 163-164).

²⁰⁸ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 611.

²⁰⁹ Antônio do Passo Cabral explica que: "Em consonância com a pressão *prima facie* que a continuidade jurídica exerce para a mudança, ficamos com a primeira opção: os elementos novos devem ofertar um grau de probabilidade qualificado, algo além de uma mera possibilidade de alteração do conteúdo estável. Para que o procedimento revisional seja admitido, deve-se observar a *plausibilidade de êxito*". (CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo...**, op. cit., p. 168).

refrear os interessados mais beligerantes e inescrupulosos. A despeito disso, porque as barreiras à relitigação não são objetivas, as restrições às rediscussões podem ser mais facilmente contornadas.

A plausibilidade de êxito da nova demanda, outra elementar desse modelo de segurança-continuidade, também não é um critério de fácil aferição e, da mesma forma que o ônus argumentativo, traz consigo uma carga de subjetivismo na sua valoração. E mais, a expressão *grau de probabilidade qualificada* não parece muito apropriada. Explica-se: numa escala, a certeza é a conclusão de ouro do processo; a probabilidade, a seu turno, é o juízo mais comum do qual se vale o julgador. O que permite distinguir um juízo de probabilidade de um juízo de probabilidade qualificada? E o problema se acentua quando se pensa nos seguintes termos: se é necessário qualificar a probabilidade, isto está a indicar que a diferença para o argumento contrário é muito pequena, sutil, talvez casuística, subjetiva, o que vai de encontro àquilo que tanto se almeja proteger, vale dizer, a segurança jurídica.

Ademais, ainda que não se pretenda tratar delas neste trabalho, é importante destacar a coexistência de diversas teorias da argumentação jurídica²¹⁰, todas altamente complexas e refinadas. No mesmo sentido, há variados *standards* argumentativos de que podem se valer as partes e os julgadores para a formação do convencimento judicial²¹¹. Esses *standards* não são matemáticos e podem conduzir a soluções díspares, o que reforça o argumento de que a exclusão da coisa julgada, ao menos por ora, e em nosso sistema, pode fortalecer a insegurança.

O que se questiona, ao fim e ao cabo, reitere-se, é a natureza subjetiva dos elementos congênitos, inatos, dessa nova teoria e em que medida eles poderão ser manobrados, desvirtuados, manipulados, burlados ou contornados no caso concreto. Por mais que se pretenda aparar todas as arestas de um regime pautado por valores diversos daqueles consagrados pela coisa julgada, a sempre presente abertura para se retornar ao debate já travado e decidido pode redundar num modelo de mais instabilidade²¹², notadamente potencializada - essa instabilidade - porque os alicerces do novo modelo são de textura subjetiva.

²¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy, 2001; MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Martins Fontes, 2006; HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da ação e racionalização social**. Martins Fontes, 2012; ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teoria da Argumentação Jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014; GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Traducción de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2014.

²¹¹ Sobre *standards* de convencimento, remete-se a um artigo de Danilo Knijnik intitulado “Os ‘standards’ do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle”, disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/danilo%20knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 10/11/2021.

²¹² Antônio do Passo Cabral antecipa-se a esta crítica e sobre ela esclarece que: “Porém, todos aqueles mais apegados à tradição romana - e à coisa julgada e às preclusões como tradicionalmente compreendidas - poderão retrucar que nossa proposta criaria um caos de instabilidade. Pensamos que tal objeção não se sustenta se

O quinto e último argumento conduz à análise da intranquilidade que sobrepára o tema da coisa julgada, logo, da imutabilidade e indiscutibilidade da decisão, quando o instituto é confrontado com a eventual injustiça advinda da decisão.

A injustiça da decisão, ainda que factível, apesar de indesejada, não é tida como suficiente para autorizar a revisão da decisão. A ideia clássica por detrás do sistema da coisa julgada é justamente garantir a segurança jurídica por meio da imutabilidade, indiscutibilidade e inalterabilidade da decisão, ainda que para isso tenha que se admitir que, em casos excepcionais, essa impossibilidade de alteração deva prevalecer mesmo diante de situações pragmaticamente inaceitáveis porque incoerentes, incompatíveis, erradas ou mesmo injustas. Não se está a defender a banalização do erro. Por outro lado, não se pode reputá-lo inexistente. Deve-se buscar, ao máximo, afastar-se do erro, mas, porque a jurisdição ainda é, em suma, um trabalho humano, sempre haverá margem para alguma decisão errada (quando não injusta), mesmo que ela tenha passado pelo crivo de diversas instâncias.

A conclusão pela preponderância da segurança jurídica decorrente de uma decisão com trânsito em julgado, quando contrastada por argumentos baseados na injustiça da referida decisão pode soar antipática. Por outro lado, reafirme-se, porque as partes tiveram, em regra, e ao menos em tese, a prerrogativa de exercer o contraditório, de produzir provas (quando necessário), de recorrer das decisões, de propor ação rescisória (quando cabível), a possibilidade de reavivar o debate, a qualquer tempo, ao invés de fomentar a paz social, tem o efeito reverso, pois mantém sempre latente nos envolvidos a intranquilidade e a incerteza quanto a serem, ora ou outra, surpreendidos por uma demanda com o objetivo de rediscutir uma situação já decidida.

Ademais, a justiça é um critério puramente subjetivo e, na perspectiva da parte, especialmente da vencida, frequentemente estará presente. O “sentir-se injustiçado”, ultimadas todas as instâncias e esgotados todos os meios de impugnação, é um sentimento que deve ser

visualizarmos o sistema aqui defendido como um todo. Primeiramente, a continuidade jurídica não significa abandono da segurança jurídica, mas uma maneira mais dinâmica de operá-la. Ademais, se por um lado, a estabilidade da decisão final de mérito será aqui realmente menos intensa, pelo fato de substituirmos o referencial da imutabilidade pela continuidade, outros pontos do sistema de estabilidade serão reforçados. Sem embargo, outras decisões do juiz e muitos outros atos das partes ganharão estabilidade com uma visão de conjunto das preclusões e da coisa julgada não só intraprocessual como também extraprocessual. Assim, existirão outros pontos, “frouxos” no modelo atual, que, aqui, receberão tratamento mais rigoroso, compensando, de certa forma, qualquer déficit de estabilidade do ato final. Portanto, só pode enxergar em nossa proposta uma queda de segurança aquele que visualiza apenas a estabilidade da decisão final de mérito...” (Cabral, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 380-381; CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo...**, op. cit., p. 116).

trabalhado pela própria parte e que não pode servir de fundamento para sobrepujar a segurança jurídica resultante da coisa julgada²¹³.

Mas certamente se argumentará que não é dessa *injustiça subjetiva* que se está a tratar quando se defende a superação da coisa julgada. A hipótese mais corriqueira a dar azo a uma injustiça “*objetivamente*” aferível seria aquela que é fruto de prova nova conducente a conclusão diametralmente oposta àquela lançada na decisão que se pretende seja revista. Nesta situação, reafirma-se o que já se disse acima, vale dizer, o prazo da rescisória poderá ser retomado.

Mas o debate se complica quanto mais profundo: a coisa julgada sempre deve ser passível de mitigação quando novas tecnologias conduzirem, ou puderem conduzir, a outras conclusões? Novamente a segurança jurídica vem à tona e, também neste particular, deve ser prestigiada em detrimento do primeiro sinal de avanço tecnológico que possa reverberar sobre a decisão já tomada e tornada definitiva pela coisa julgada. As pessoas necessitam ter a certeza de que, a partir de determinado momento, a decisão não será mais passível de alteração. Um sistema jurídico democrático não pode tolerar que as pessoas fiquem eternamente sujeitas a uma possível alteração do quadro decisório. A tecnologia está cada vez mais acelerada e avançada, mas o processo caminha numa velocidade diferente. Há um nítido descompasso entre ambos. No âmbito processual, é preciso tempo para maturação das ideias, para análise das consequências, para o estudo dos impactos da tecnologia sobre decisões já tomadas, para cálculos de margens de erros, para sopesamento e balanceamento dos benefícios e prejuízos advindos da tecnologia em face de determinada situação já estável. Não se está a negar, peremptoriamente, que alguma tecnologia possa vir a acarretar a desconstituição da coisa julgada, mas essa conclusão não pode ser açodada e sua aplicação a casos pretéritos deve ser

²¹³ “Logo, em nosso sentir, os argumentos de *injustiça* da decisão e da “*excepcionalidade*” com que se pretende (sem qualquer prazo de encerramento e estabilização da situação jurídica e da prestação jurisdicional) – *desconsiderando* (*rectius*: violando) a coisa julgada (e não propriamente “*relativizando*”, haja vista que a mitigação legal da intangibilidade da coisa julgada já é feita pelo próprio ordenamento jurídico com a *ação rescisória*) não nos parecem corretos. As sociedades e o ordenamento jurídico convivem e sempre conviveram com possibilidade de *injustiça* da decisão, procurando, em verdade, dotar o sistema de mecanismos para evitá-la (sistema recursal para impugnação das decisões), inclusive, depois da formação da coisa julgada (ação rescisória), mas, em um dado momento, a situação jurídica precisa se consolidar, estabilizar-se, e isso se dá com o esgotamento do sistema recursal e o decurso do prazo decadencial da ação rescisória, quando tem lugar o fenômeno da *coisa soberanamente julgada*, não mais se podendo rescindir ou modificar a coisa julgada, seja qual for o motivo ou fundamento alegado pelo interessado, fazendo o Estado *Democrático* de Direito a *opção política* pela *segurança jurídica coletiva*, ainda que pontualmente possa haver uma decisão injusta.” (RODOVALHO, Thiago. Coisa julgada e sua fundamentalidade. In **Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim [livro eletrônico]: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, seção 4).

cuidadosa e profundamente analisada, notadamente para não comprometer a segurança jurídica e a confiança legítima que as pessoas depositam nas decisões judiciais²¹⁴.

Ao fim dessas considerações, o que se sustenta é que, sim, a coisa julgada tem problemas, não é a solução ideal para todos os casos e tampouco é o referencial para o qual todas as hipóteses de estabilização devem convergir, mas, ainda assim, guarda sua importância no modelo e no atual estágio da teoria do processo civil. Colocá-la de escanteio a pretexto de que se tornou obsoleta e inadequada soa exagerado, em especial porque, afora sua previsão constitucional, a coisa julgada tem o mérito de ser um critério objetivo que, por isso, não fica ao sabor de contaminações pessoais ou aos mais diferentes tipos de erros que podem ocorrer para a sua superação. Sua controlabilidade é, pois, mais racional.

Paralelamente a isso, não se pode ser intransigente e defender a coisa julgada a todo custo. Tem-se percebido o advento de novas técnicas de estabilização, já adrede mencionadas, e todas coexistem sem maiores entraves ou problemas. Se o futuro reserva, por hipótese, um definitivo esvaziamento da coisa julgada, é algo que não se pode predizer, mas, se assim o for, que essa mudança seja gradual e suave.

A fagulha já foi lançada, mas, ao menos por ora, os movimentos legislativos, ao mesmo tempo em que inserem novos critérios estabilizadores e regras de transição dotadas de maior adaptabilidade e flexibilidade, também prestigiam a coisa julgada e ampliam seu espectro para fazê-la incidir sobre as questões prejudiciais, isso quando observados os requisitos legais.

Nesta senda, retomando algo já dito anteriormente, muito ainda há que se falar da e sobre a coisa julgada, propósito que se pretende realizar nos capítulos vindouros, quando se analisará a coisa julgada sobre a decisão de questões prejudiciais.

²¹⁴ Thiago Rodovalho chama a atenção para esse problema e esclarece que: “Avanços tecnológicos sempre existirão. Transformar a *sociedade* refém deles, de tal sorte que a cada avanço toda segurança jurídica cai por terra, com a desconsideração da coisa julgada, é incorrer no mesmo equívoco (tirânico, ainda que permeado de boas intenções) da ideia de *injustiça* da decisão para “*relativizar*” a coisa julgada. A evolução tecnológica sempre representará um problema pontual de um determinado período histórico, em que se adapta à nova tecnologia, não se justificando que se sacrifique um bem e uma necessidade maior – a segurança jurídica – a cada avanço, que será no futuro absorvido pela nova jurisprudência.” (RODOVALHO, Thiago. *Idem*, seção 4)

CAPÍTULO IV

OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO E PREJUDICIALIDADE

1. OBJETO DO PROCESSO, OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO E OBJETO DA COGNIÇÃO

Objeto do processo e objeto litigioso do processo ora são consideradas locuções equivalentes, ora são tratadas como expressões que se referem a uma relação de conteúdo e continente.

O debate sobre o tema teve arena fértil na Europa, em particular na Alemanha²¹⁵. Em solos brasileiros, destacam-se os estudos de Sydney SANCHES²¹⁶, Arruda ALVIM, José Rogério Cruz e TUCCI²¹⁷ e Cândido Rangel DINAMARCO²¹⁸.

A exata delimitação do que está acobertado pelo objeto do processo (ou objeto litigioso) é útil para a compreensão, e até mesmo explicação, do alcance da coisa julgada²¹⁹, inclusive sobre as questões prejudiciais.

Essa utilidade, entretanto, tem sido abrandada por parcela da doutrina sob o argumento de que o tema do objeto do processo, especialmente em face do princípio da colaboração processual, não é mais de índole privatística e estática, vale dizer, não está a cargo apenas das partes e sob o influxo das alegações produzidas exclusivamente por elas. Há outras implicações e interações a demonstrar que o objeto do processo não é hermético e não decorre unicamente do que é aportado ao processo apenas pelas partes²²⁰. E novas arquiteturas processuais de

²¹⁵ Na Alemanha o debate foi intenso, com destaque para autores como Friedrich Lent, Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab (**El objeto litigioso en el proceso civil**. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Imprenta: Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-america, 1968) e Walter Habscheid.

²¹⁶ Objeto do processo e objeto litigioso do processo. **Revista de Processo** | vol. 13/1979 | p. 31 - 47 | Jan - Mar / 1979. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil** | vol. 2 | p. 81 - 104 | Out / 2011 DTR\1979\15 - versão digital.

²¹⁷ O autor aborda a correlação entre a causa de pedir e o objeto litigioso do processo no cap. 3, § 2º de seu livro **A causa petendi no processo civil**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Particularmente na seção 3.7, p. 92-106, o autor analisa os argumentos de Schwab e Habscheid.

²¹⁸ **O conceito de mérito**. In Fundamentos do processo civil moderno. Tomo I. São Paulo: Malheiros. 6ª ed., 2010.

²¹⁹ A importância do estudo do objeto do processo para a coisa julgada é apontada por Thiago Ferreira Siqueira, em cuja obra se lê: “Essa última constatação ajuda a explicar por que, dentre os diversos institutos para cuja análise contribui o estudo do objeto do processo, destaca-se o da coisa julgada, mas especificamente, a definição de seus limites subjetivos. O raciocínio é simples: se a coisa julgada visa a imunizar os resultados produzidos em um determinado processo, é o objeto do processo quem delimita quais poderão, a princípio, ser esses resultados.” (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 34).

²²⁰ Jordi Nieva-Fenoll, aliás, sugere a utilização da locução *objeto do juízo*. O uso de tal expressão advém da compreensão de que não é apenas a parte autora quem determina os contornos da demanda, isto porque a parte requerida também concorre para tal fim. Em suas palavras: “A *causa petendi* tem até uma denominação indevida, que esquece que quem outorga justiça não é o autor que pede, mas o Juiz que a concede. Por isso, como se viu,

multipolaridade e de policentrismo, típicas de processos estruturais, concorrem para reforçar tais críticas.

Retomando-se a divergência sobre a nomenclatura, no primeiro caso, de sinonímia, objeto do processo (ou objeto litigioso) seria a pretensão deduzida em juízo por um ato de iniciativa da parte interessada para apreciação do juiz.

Aquilo que é deduzido em juízo, contudo, não se reduz apenas àquilo que é deduzido em juízo pela parte autora. A parte requerida também deduz, em reconvenção ou pedido contraposto, pretensões em juízo. Não só. Na própria contestação há quem defenda²²¹ a possibilidade de serem manejados contradireitos (compensação, exceção de contrato não cumprido) hábeis a integrar e ampliar o objeto do processo (ou objeto litigioso, para a outra corrente aqui analisada).

Por outro lado, os que defendem a distinção entre objeto do processo e objeto litigioso²²² apontam existir uma relação de continente e conteúdo. O objeto do processo abarcaria a totalidade das questões postas à apreciação judicial, não necessariamente à decisão judicial (questão principal, questões prévias e pontos), ao passo que o objeto litigioso seria mais restrito à questão principal, ao mérito propriamente dito. Para esta teoria, objeto do processo e objeto de cognição (ou de conhecimento judicial) seriam justapostos, vale dizer, haveria um paralelismo entre ambos.

Sydney SANCHES, em artigo já clássico, dedicou-se ao assunto para concluir, não sem antes fazer um aporte de diversas posições de outros estudiosos, que objeto do processo não se confundiria com objeto litigioso. Aquele seria mais amplo e, além de absorver o objeto litigioso propriamente dito, também seria integrado por outros elementos como a contestação e

preferi falar em muitos casos de objeto “do juízo” para referir-me a todo o problema. Porém, a noção de *causa petendi* também esquece que, na sentença, não somente se tem em conta o que disse o autor, mas também o que disse o demandado.” (NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**, op. cit., p. 131-132). É do mesmo autor a seguinte passagem, ainda mais elucidativa: “[...]. Por conseguinte, creio que o objeto do processo vai-se construindo durante o próprio processo, tendo em conta os materiais que de um modo ou de outro são introduzidos no processo e servem ao Juiz para proferir sentença...” (Idem, p. 132, nota 179).

²²¹ Fredie Didier Júnior é um dos autores que apontam os contradireitos dentre aqueles aptos a integrar o objeto do processo. Em suas palavras: “É que a participação do réu na formação do objeto litigioso não se restringe ao caso em que ele apresenta uma demanda contra o autor. Quando, em sua *defesa*, exerce um contradireito (direito que se exercita contra o exercício do direito do autor), como nos casos de compensação, exceção de contrato não cumprido e direito de retenção, o réu acrescenta ao processo a afirmação de um direito que comporá o objeto litigioso da decisão. O juiz decidirá sobre a existência desse contradireito; a existência desse contradireito é, também, uma questão principal.” (JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 435). Do mesmo autor, “Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015.” In **Improcedência** [coord.: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva]. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 61-72.

²²² Essa é a posição de Ricardo Alexandre da Silva: “[...]. Para evitar confusões conceituais, esclareça-se que objeto litigioso não se confunde com objeto do processo, termo por meio do qual se designa todo o material levado à apreciação do juiz.” (A **nova dimensão...**, op. cit., tópico 3.2).

demais questões de direito e de fato que não seriam, necessariamente, objeto de decisão judicial²²³.

Já o objeto litigioso do processo, para Sydney SANCHES, poderia ser reconduzido ao pedido formulado pela parte autora. Não negava, contudo, que a parte ré também poderia ampliar o objeto litigioso do processo quando se valesse da reconvenção, da denunciação da lide, do chamamento ao processo, da oposição ou da própria ação declaratória incidental.²²⁴⁻²²⁵

Neste trabalho adotar-se-á a nomenclatura objeto litigioso para referir-se ao mérito, ou seja, àquilo que for objeto principal de decisão do juiz, com a ressalva de que essa decisão não corresponde unicamente à sentença, isto porque há decisões parciais de mérito que, em certa medida, também podem decidir a respeito de alguma questão principal.

Antes de avançar, porém, é preciso esclarecer que o objeto litigioso não se confunde com o objeto da cognição e esta, tampouco, apenas sobre aquele se exaure / esgota.

²²³ Diz textualmente Sydney Sanches que: “Por aí se vê que objeto do processo não é apenas o pedido do autor, ou sua pretensão processual, mas tudo aquilo que nele (processo) deva ser decidido pelo juiz. Não só o objeto do “*judicium*” mas também da simples “*cognitio*”. Enfim, todas as questões de fato, ou de direito, relacionadas, ou não, com o mérito, com o início, o desenvolvimento e o fim do processo. Objeto do processo, por conseguinte, é toda a matéria, de fato, ou de direito, relacionada a pressupostos processuais (inclusive, portanto, o próprio procedimento), às condições de ação (possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade de partes) e ao próprio mérito (inclusive questões prévias), que deva ser examinada pelo juiz, provocado pelas partes ou “*ex officio*”, seja como simples operação de conhecimento (*cognitio*), seja como julgamento propriamente dito (*judicium*), seja em caráter incidental, seja em caráter principal. Enfim, o objeto do processo é gênero a que se filia a espécie “objeto litigioso do processo. [...] 5.ª) objeto do processo, em seu aspecto global de instrumento institucional da jurisdição, é toda a matéria que nele deva ser apreciada pelo juiz, seja em termos de simples *cognitio*, seja em termos de *judicium*, envolvendo, pois, os pressupostos processuais, as chamadas condições da ação e o próprio mérito; quanto a este examinará também a defesa do réu e do reconvido, do chamado ao processo e do litisdenunciado (inclusive questões prévias);”. (**Objeto do processo e objeto litigioso do processo**. Op. cit.).

²²⁴ Ibidem. E conclui o autor: “6.ª) só uma parte do “objeto do processo” constitui o “objeto litigioso do processo”: é o mérito, assim entendido o pedido do autor formulado na inicial ou nas oportunidades em que o ordenamento jurídico lhe permita ampliação ou modificação; o pedido do réu na reconvenção; o pedido do réu, formulado na contestação, nas chamadas ações dúplices; o pedido do autor ou do réu nas ações declaratórias incidentais (sobre questões prejudiciais); o pedido do autor ou do réu contra terceiro na denunciação da lide; o pedido do réu no chamamento ao processo; o pedido do terceiro contra autor e réu, formulado na oposição;”.

²²⁵ O professor Arruda ALVIM também prefere a denominação objeto litigioso para indicar o mérito da causa. Emprega a expressão objeto do processo para designar algo mais do que objeto litigioso, mesmo porque este estaria contido naquele. Suas palavras são: “O conceito de *mérito* é igual ao de *lide*, como ao de *objeto litigioso*. Já o disse Liebman: é o pedido do autor que fixa o mérito. Nesse sentido, em obra clássica do Direito alemão, se esclarece que o pedido (usa a palavra pretensão: *Anspruch*) é o mesmo que mérito (usa a palavra significando objeto litigioso: *Streitgegenstand*). Nossa doutrina denomina de *fundo de litígio*, *mérito* ou *lide* aquilo que os alemães chamam de *objeto litigioso*. [...] A *lide* é conceito coincidente com a ideia de *mérito*, tal como delineado pelo autor, e sobre a decisão dessa na parte dispositiva da sentença é que recairá a imutabilidade da coisa julgada material. Nessas condições, é na petição inicial que se encontram os elementos para identificar a lide, pois o autor é que a fixa. O réu, por sua vez, fixa os pontos controvertidos de fato e de direito, mas não aumenta o objeto litigioso, salvo empregando reconvenção (na verdade, nestes casos, haverá duas lides e, pois, dois objetos litigiosos). O juiz, ao julgar, aprecia e decide todas as questões que se encontram no processo, mas, ressalvadas as considerações feitas no tópico a respeito da declaração incidente, somente sobre a solução respeitante ao *objeto litigioso (lide)* é que pesará a autoridade de coisa julgada material (arts. 502 e 503 do CPC/2015). Essa a razão de entendermos ser o objeto do processo mais amplo que o objeto litigioso ou a lide, se considerarmos abranger aquele o pedido mais a defesa do réu. (ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, seção 4.4.2).”

A cognição²²⁶, além de incidir sobre questões de fato e de direito, é influenciada por fatores externos. Ela recai, abstratamente, sobre tudo aquilo que é trazido ao processo, desde os pressupostos processuais até o mérito. É possível que o mérito (objeto litigioso do processo), em um caso concreto, sequer venha a ser decidido pelo julgador (quando, por exemplo, faltarem os requisitos para a admissibilidade do provimento de mérito), o que não conduz à conclusão de que não houve cognição. Ela existiu, mas se limitou aos pressupostos processuais.

Infere-se destas afirmações que o objeto da cognição é mais amplo do que o objeto litigioso do processo e nem sempre o alcança.²²⁷

Feitas tais considerações, resta delimitar o que é abarcado pelo mérito para que se possa precisar o objeto litigioso.

2. OBJETO LITIGIOSO: SEIS HIPÓTESES

O objeto litigioso do processo pode ser associado a seis hipóteses / enfoques, mas uma dentre elas tem recebido adesão majoritária da doutrina pátria²²⁸.

2.1. Mérito como questões de mérito

Essa correlação entre mérito e questões foi apontada pela doutrina italiana e considerações sobre essa teoria podem ser encontradas em obras de Enrico Tullio LIEBMAN²²⁹ e de Francesco CARNELUTTI²³⁰.

²²⁶ Sobre o tema da cognição destaca-se a obra de Kazuo Watanabe, **Da cognição no processo**. São Paulo: Editora RT, 1987. Mais recentemente, Fernanda Costa Vogt apresentou uma obra em que propõe uma nova abordagem da cognição, mais consentânea com os princípios e valores subjacentes ao CPC vigente e que dialoga com os vetores da adaptabilidade procedimental. E mais, também defende que o juiz, para obter a melhor cognição possível dos fatos e eventos, pode adotar técnicas de flexibilização procedimental. Ao longo de seu estudo, procura analisar a cognição em diversos ambientes, procedimentos e à luz de diversos institutos. Também pondera que não existe mais uma simetria perfeita entre “conhecer e decidir”; que a atividade cognitiva não é mais una e incindível; e que no processo há um “estado cognitivo comunitário” a balizar e parametrizar a atividade jurisdicional (VOGT, Fernanda Costa. **Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020).

²²⁷ Essa diferenciação encontra espeque na doutrina de Kazuo WATANABE: “Para os fins deste trabalho, basta o registro de que a expressão *objeto litigioso do processo* (para alguns, simplesmente, *objeto do processo*) é tomada no sentido de *thema decidendum*, objeto sobre o qual deve o juiz *decidir principaliter*, e não todo o objeto da *cognição* e da *resolução*.” (WATANABE, Kazuo. Op. cit., p. 79).

²²⁸ Cândido Rangel DINAMARCO, em trabalho publicado sob a égide do CPC revogado, mas que ainda mantém a atualidade, compilou cinco faces desse problema, de modo que o mérito pode ser compreendido como: *i*) questões de mérito; *ii*) demanda; *iii*) relação jurídica controvertida; *iv*) lide; e *v*) pretensão. Uma última hipótese pode ser acrescentada: *vi*) mérito como situação jurídica substancial afirmada em juízo. As lições do professor Cândido Rangel Dinamarco orientarão as considerações a serem feitas nas seções 2.1 a 2.5 e constam de obra já mencionada: **Fundamentos...**, op. cit., p. 299-348.

²²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile: Il processo ordinario di cognizione**. v. I. Milano: Dott A. Giuffrè, p. 150.

²³⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Vol. I. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1959, p. 36.

LIEBMAN, tratando dessa teoria, afirmava que todas as questões que tivessem influência, direta ou indireta, na decisão do juiz, compunham o mérito da causa²³¹. Não parece, contudo, que LIEBMAN defendia essa justaposição entre questões de mérito e o mérito propriamente dito. A bem da verdade, o professor italiano identificava o mérito com o pedido, posicionamento consignado em obra dedicada ao estudo do despacho saneador e, como observado por DINAMARCO, “[...] Não creio que aquelas suas palavras transcritas acima, e ditas de passagem, revelem realmente a intenção de identificar o mérito nas *questões* de fundo...”²³² para concluir que “[...] aliás, não creio que autor algum pretenda fazer essa mistura, e o que me parece é que simplesmente não se preocuparam com a distinção.”²³³

CARNELUTTI, por sua vez, conquanto tenha admitido alguma aproximação entre o mérito da causa e as questões (de mérito), o fez com algumas ressalvas. Questões seriam dúvidas (pontos controvertidos) a respeito das razões, ou seja, dúvidas acerca de um fundamento fático ou jurídico apresentado pelo autor da demanda para corroborar, embasar, justificar, suas pretensões (alegações). Enfatiza o doutrinador que “En cuanto la razón, ya sea de la pretensión o de la contestación, sea dudosa, surge una *cuestión*, la cual, por tanto, *es la duda acerca de una razón*.”²³⁴ Estas dúvidas podem referir-se a aspectos processuais (formais ou de rito) ou substanciais (materiais). As últimas são denominadas, pela doutrina italiana, de questões de mérito ou *questioni di fondo*.

Para o professor italiano, mérito corresponde à lide e a decisão desta passa pela resolução de questões²³⁵, rituais / processuais ou materiais. Estas - questões substanciais - integrariam, em solo italiano, o que lá foi chamado de fundo da lide. Isto é o que se abstrai da seguinte passagem: “(…); *fondo* de la litis (cfr. Arts. 277, 279, ns. 2 y 3), por tanto, significa *el conjunto de las cuestiones materiales que presenta a litis*.”²³⁶

Denota-se, portanto, que lide não se confunde com questões. Aliás, CARNELUTTI é muito taxativo a esse respeito, tanto que defende expressamente a possibilidade de haver lide sem questões, ou vice-versa²³⁷.

²³¹ “80. **Oggetto della cognizione: il merito (le questioni pregiudiziali) e le questione preliminari.** – I. La cognizione del giudice è diretta allo scopo di decidere se la domanda proposta nel processo è fondata o infondata e se, conseguentemente, deve essere accolta o rigettata. Tutte le questioni, la cui risoluzione può essere direttamente o indirettamente influente per tale decisione, formano complessivamente *il merito della causa* (...).” (LIEBMAN, Enrico Tullio, **Manuale...**, v. I, op. cit., p. 150)

²³² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo...**, op. cit., p. 313.

²³³ Ibidem, loc. cit.

²³⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Vol. I, op. cit., p. 36.

²³⁵ “(…). Puesto que la decisión de la litis se obtiene resolviendo las cuestiones (...).” (Idem, p. 36).

²³⁶ Ibidem, p. 37.

²³⁷ “La cuestión no es la litis; en efecto, ésta consiste, ante todo, en un conflicto de interés, que es extraño a la cuestión; la cuestión, por el contrario, consiste en una duda, que puede ser extraña a la litis. Puede haber, por

Assim, em arremate, julgar o mérito, para CARNELUTTI, é compor a lide e, para tanto, o juiz pode (e com frequência irá) deparar-se com a obrigação de julgar questões outras para alcançar aquele desiderato. Esse iter lógico - resolução de questões para iniciar o julgamento do mérito - não autoriza, entretanto, a equivalência entre questões de mérito e o mérito.

É inquestionável que o juiz, ao longo do processo, depara-se com inúmeros pontos controvertidos (questões). Acontece, todavia, que sua análise e solução perfaz-se no campo da motivação, pois é neste *locus* que o juiz exercerá e justificará o porquê de ter optado em aplicar determinado fundamento jurídico em detrimento de outro, ou o porquê de ter decidido que os fatos ocorreram da forma como narrada na petição inicial e não como os descrevera a parte requerida. As conclusões ao redor desses pontos é que sustentarão o conteúdo da parte dispositiva da sentença, na qual o juiz dará a resposta ao pedido do autor (seja para julgá-lo procedente ou improcedente).²³⁸

A solução das questões, dessa forma, é uma fase que precede o julgamento do pedido formulado pelo autor. É um degrau a ser superado quando da prolação de uma sentença. É um antecedente lógico do consequente julgamento.

Além desta crítica, urge anotar que, em conformidade com o artigo 504, I e II, do Código de Processo Civil, os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, e a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da decisão, não ficam resguardados pela autoridade da coisa julgada material, que se estende tão-somente à parte dispositiva da sentença.

No caso das questões prejudiciais, contudo, o legislador houve por bem, e com acerto, em determinar que a decisão daquelas ficará sujeita à coisa julgada, isto se estiverem presentes os requisitos previstos em lei (art. 503, §§ 1º e 2º do CPC).

2.2. Mérito como demanda (*Chiovenda*)

consequiente, como cuestión sin litis (duda teórica o académica), también litis sin cuestiones (cuando la pretensión es contestada sin afirmación de razones, o sin ser contestada, queda insatisfecha)." (CARNELUTTI, Francesco. Ibidem, p. 36).

²³⁸ O professor Cândido Rangel DINAMARCO, discorrendo sobre mérito e objeto do processo, aduz: "(...). Desse trinômio, são *questões de mérito* aquelas que versam sobre os fundamentos postos na demanda inicial ou na defesa, trazidos em apoio à resistência direta ao pedido (pontos referentes à culpa nos litígios sobre responsabilidade civil, sobre a efetividade da posse anterior nas causas possessórias, sobre o pagamento em qualquer causa envolvendo a pretensão a obter dinheiro, etc). O juiz lhes dá solução quando fundamenta o julgamento de mérito em sentença, mas as soluções dessa ordem estão na *motivação* sentencial e não no *decisum* – e o seu conteúdo não vincula para o futuro (CPC, art. 458, inc. II e 469, inc. I)." (**Capítulos de sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 61).

Mérito corresponde à demanda na doutrina de CHIOVENDA. Para o doutrinador italiano, sentença de mérito seria aquela que se manifestasse sobre a demanda proposta, seja para aplicar, ou não, à parte autora, o comando de lei pleiteado a fim de assegurar-lhe o bem da vida almejado²³⁹.

Esta vinculação também não ficou imune às críticas.

Cândido Rangel DINAMARCO menciona que a demanda é apenas o elo de união entre algo externo ao processo e que é por ela introduzido ao procedimento para apreciação do órgão julgador. Ela seria apenas um pressuposto processual de existência da relação jurídico-processual não tendo, por isso, vida autônoma além dos limites processuais. Dependeria do processo e sem ele não existiria.²⁴⁰

A demanda, pois, não é o mérito, mas é o instrumento que o torna cognoscível, além de ser ferramenta para materialização da pretensão. Será acolhendo ou rejeitando esta pretensão que o juiz estará compondo o conflito de interesses e solucionando, conseqüentemente, o mérito da causa.

2.3. Mérito como relação jurídica controvertida

A tese ora sob análise associa mérito à relação jurídica controvertida. Destacam-se basicamente três interpretações para essa locução *relação jurídica controvertida*.

A primeira, dita em sentido amplo, aduz que a controvérsia que caracteriza a relação jurídica abrange as divergências sobre as questões de rito e/ou ao mérito. Assim, *a priori*, a relação jurídica controvertida abarcaria dúvidas atinentes às questões processuais e/ou ao mérito.

²³⁹ Suas palavras deixam transparecer isso: “La sentenza di merito è il provvedimento del giudice che accoglie o respinge la domanda dell’attore diretta a ottenere l’accertamento della esistenza d’una volontà di legge che gli garantisca un bene, o dell’inesistenza d’una volontà di legge che lo garantisca al convenuto.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione**. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 134). Em outra obra, Chiovenda aponta que “Conceitualmente ‘sentença’ é o pronunciamento sobre a demanda de mérito e, mais precisamente, o provimento do juiz que afirma existente ou inexistente a vontade concreta da lei alegada na lide. (...)” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição**. Vol. 03. Campinas: Bookseller. 1998, p. 37).

²⁴⁰ “Não creio que a *demand*a seja o mérito da causa. Vejo nela, apenas, o *veículo* de algo externo ao processo e anterior a ele, algo que é trazido ao juiz em busca do remédio almejado pelo demandante. A demanda é fato estritamente processual, pressuposto processual, é ato formal do processo, que com ele tem vida e nele se exaure. Ela é o *veículo* da pretensão do demandante, que é uma sua aspiração a determinado bem ou a determinada situação jurídica que, sem o processo e sem a intercessão judicial, o sistema o impede de obter”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo...**, op. cit., p. 195.).

A segunda corrente apresenta uma visão mais restrita do conteúdo dessa relação jurídica controvertida. Sob esse enfoque, referida expressão indicaria apenas as questões de mérito, valendo, aqui, as mesmas críticas já feitas na seção 2.1.

Por fim, a relação jurídica controvertida também teria uma conotação estreitíssima. Expressaria, assim, o fundamento intrínseco das ações ou das exceções.

Os prosélitos desta corrente incorrem, outrossim, em um equívoco. Ao afirmarem que o mérito consiste numa relação jurídica controvertida, estão pressupondo que a relação jurídica já existe, o que pode não ser verdade, uma vez que o juiz, ao prolatar a sentença, pode julgar a ação improcedente por se convencer de que não há relação jurídica. Com esta observação, caem por terra quaisquer argumentos em favor do pensamento sob análise.

Com o escopo de furtar-se a essas críticas surgiu uma variante da corrente ora sob análise. Passou-se a defender que o mérito seria representado pela *relação jurídica afirmada*²⁴¹, sendo que o juiz cumpriria sua função jurisdicional e pacificaria o conflito de interesses contrapostos ao decidir sobre a existência, ou não, dessa relação afirmada.

Nada obstante, conquanto não incida a crítica acima mencionada, essa vertente que vê o mérito como relação jurídica afirmada também não satisfaz adequadamente às discussões. Na fase executiva, por exemplo, não há discussão acerca da relação jurídica afirmada, ou seja, não se busca, por esse procedimento, manifestação alguma sobre a relação jurídica. O que se almeja é a satisfação de um direito já reconhecido, ou, em outras palavras, pugna-se pela satisfação de uma relação jurídica afirmada e reconhecida, mas que não foi cumprida pelo requerido. Assim, apesar de não existir discussão quanto à relação jurídica, é inquestionável a existência de mérito na fase executiva.

Assim, ao fim dessas anotações, a definição de mérito ainda permanece obnubilada.

2.4. Mérito como lide (Carlenutti)

²⁴¹ Essa derivação foi apresentada por Emilio Betti e consta da seguinte passagem: “1. - Il congegno stesso del processo civile, per la funzione che gli è propria, impone alla parte che ne prende l'iniziativa con la domanda l'onere e il rischio di formulare la *ragione* che intende far valere in giudizio. In altri termini, l'attore non può limitarsi a narrare i fatti della causa senza esprimere apprezzamenti di sorta, e rimettersi all'apprezzamento del giudice, affinché veda e dica quel che gli spetti secondo il diritto. Che cosa gli spetti deve affermarlo lui, l'attore. Deve cioè *affermare che cosa* - secondo il suo apprezzamento unilaterale - *la volontà della legge esiga nel caso concreto* (quid iuris). Sin da quando si definisce la funzione del processo civile bisogna mettersi ben chiaro in mente come l'attuazione della legge nel processo si operi *in ordine a un concreto interesse che si pretende da essaprotetto*: si pretende, cioè si afferma...” (Ragione e azione. In **Rivista di diritto processuale civile**. Volume IX - Parte I. Anno 1932. Padova: Cedam. p. 205-237. Disponível em https://www.academia.edu/37454067/Emilio_Betti_Ragione_e_azione_1932_, acesso em 10/12/2021). A versão espanhola do texto está disponível na Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol. 8(1), 2020 (ISSN 2072-7976), pp. 226-268. <http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocasal>.

A ideia de lide como objeto do processo (mérito da causa) encontra apoio nas lições de Francesco CARNELUTTI. A lide, portanto, constitui figura central na teoria do professor italiano, mas isso não significa que haja sempre uma equivalência entre ela e o mérito. E para afastar essa equiparação automática basta lembrar que é totalmente factível que apenas um feixe do conflito de interesses seja deduzido em juízo pela parte interessada, o que conduz à conclusão de que mérito e lide não são sinônimos. Essa cindibilidade da lide, pois, é uma característica que, desde logo, aponta para o desacerto da teoria que vislumbra uma perfeita correspondência entre mérito e lide²⁴².

A lide, na doutrina carneluttiana “(...) puede definirse como *un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretension resistida (discutida)*. El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal.”²⁴³ Trata-se de um conceito sociológico. Retrata uma situação que acontece no mundo fático, qual seja, a pretensão de alguém submeter outrem à sua vontade e a não aceitação dessa imposição pela parte adversa. A lide é, em seu nascedouro, extraprocessual e anterior ao processo. Esse universo mais sociológico do que jurídico rendeu várias críticas à terminologia lide, com destaque para aquelas feitas por Piero CALAMANDREI²⁴⁴.

Não obstante todas as ponderações, a linha de pensamento da teoria aqui analisada norteou o legislador processual pátrio do CPC/73, que empregou a palavra lide como sinônimo de mérito e externou ser ela o objeto principal do processo²⁴⁵. A situação não se repetiu quando da elaboração do CPC vigente. Ao que parece, inclusive, o legislador pretendeu afastar-se definitivamente de tal amarra e não repetiu, porque já superada, a expressa associação entre lide e mérito. Em muitos dispositivos, aliás, o termo lide foi substituído por mérito. Ainda assim,

²⁴² “A lide, contrariamente ao que defendia BUZAID, não corresponde ao mérito, mas o abrange. Para o processo interessa tão-somente a parcela da lide submetida à apreciação jurisdicional, mediante exercício do direito de ação. Sob essa perspectiva, o conceito de lide é pouco útil para a delimitação do mérito. Em consequência, é inservível para a abordagem da estabilização dos provimentos jurisdicionais por meio da coisa julgada. Com efeito, não é possível demarcar, por meio da lide, os limites objetivos da *res judicata*.” (SILVA, Ricardo Alexandre da. **Coisa julgada...**, op. cit, seção 3.1).

²⁴³ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p. 28. Na mesma passagem o professor italiano esclarece que: “La pretensión es exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio. La resistencia es la no adaptación a la subordinación de un interés propio al interés ajeno, y se distingue en *contestación* (no tengo que subordinar mi interés al ajeno) y *lesión* (no subordino) de la pretensión.” (Op. cit., loc. cit.).

²⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. “Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti”. In **Rivista di diritto processuale civile**, n. 5, v. 1, p. 3-22; 89-98.

²⁴⁵ A explicação estava na exposição de motivos: “II – Da Terminologia do Projeto. 6. Haja vista, por exemplo, o vocábulo ‘lide’. No Código de Processo Civil vigente ora significa processo (art. 96), ora o mérito da causa (arts. 287, 684, IV, e 687, § 2º). O projeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.”

restam algumas menções esporádicas ao termo *lide* ao longo do código vigente e, mesmo após inúmeros estudos, não há uma utilização da referida palavra - *lide* - que não seja polissêmica, isto porque ora ela é empregada como conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida, ora o é para representar o mérito (art. 113, I, CPC) e ora, também, como equivalente de processo (CPC, Título III, Capítulo II - Da Denúnciação da Lide - arts. 125-129)²⁴⁶.

Lide, reitera-se, é anterior ao processo (extraprocessual) e significa um conflito de interesses. A pretensão deduzida em juízo, no entanto, pode referir-se apenas a parcela daquela (isto é, nem todos os interesses resistidos serão, necessariamente, deduzidos em juízo pelas partes).

Assim, a *lide* não é o objeto litigioso do processo.

2.5. *Mérito como situação jurídica substancial afirmada em juízo*

Essa teoria ainda hoje é adotada na Itália e relaciona o mérito com uma *situação jurídica substancial afirmada em juízo pela parte autora*. Essa *situação jurídica* consistiria na situação em que se encontrasse alguém (situação de vantagem) perante a ordem jurídica e que, por isso, colocar-lhe-ia numa posição para ter acesso ao bem da vida almejado.

Trata-se de uma concepção que aproxima direito material (substancial) e direito processual, enfatizando o papel instrumental do processo na tutela do direito da parte. Ocorre que a limitação da causa de pedir à relação jurídica afirmada pela parte restringe demasiadamente o debate e, também, o próprio alcance da coisa julgada²⁴⁷. A se adotar tal

²⁴⁶ Luiz Dellore *et alli* tecem ponderações que corroboram essa linha argumentativa: “Fizemos essas observações porque, ao nos depararmos com a palavra *lide*, devemos ter o cuidado de verificar em que sentido o vocábulo está sendo utilizado. Às vezes pode estar sendo utilizado no sentido carnelluttiano de conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Também vemos empregado no sentido de mérito (pedido). Verificamos, também, o emprego da palavra *lide* no seu sentido etimológico (*litis*), equivalendo a processo, ou, ainda, utilizada no sentido de demanda. A exposição de motivos do CPC de 73, considerando os vários sentidos da palavra *lide*, tentou definir o sentido utilizado, indicando que no texto do código o termo seria empregado na acepção de mérito. Nem sempre foi fiel à sua intenção, havendo casos em que certamente a palavra *lide* não foi utilizada como sinônimo de mérito. E no atual Código de Processo Civil, como devemos entender o uso da palavra *lide*? No CPC vigente a palavra é utilizada poucas vezes, mas em mais de um sentido (como “mérito” no caso do art. 113, I; como “processo”, na expressão denúnciação da lide etc.). A recomendação de cuidado com a multiplicidade de acepções do vocábulo *lide* permanece.” (PAGANI, André; CARACIOLA, Andrea; ASSIS, Carlos Augusto de; SIMARDI, Luís Eduardo; DELLORE, Luiz. **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. 5ª ed., São Paulo: Editora Gen / Atlas, 2021, p. 4).

²⁴⁷ Essa teoria é analisada por Thiago Ferreira Siqueira que, após algumas ponderações, esclarece que “Em resumo: por mais, como dito, que se possa elogiar a proposta de colocar a situação jurídica afirmada como objeto do processo, trata-se de concepção que não se adequa ao direito processual civil brasileiro, que, ao mesmo tempo em que estrutura um rígido sistema de preclusões quanto à alegação de matéria fática, dá ao juiz ampla margem para requalificar juridicamente esses fatos, com vistas ao julgamento da pretensão deduzida. Como afirmado, limitar o juiz à específica situação jurídica afirmada na petição inicial teria consequências pouco operativas, na medida em que restringiria demasiadamente as possibilidades de julgamento e, ainda, o alcance da coisa julgada”. (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Op. cit., p. 57).

teoria, bastaria ao interessado afirmar situação jurídica diversa daquela feita em ação anterior para autorizar o prosseguimento e consequente julgamento dessa segunda demanda, situação que não contribui para a higidez do sistema e vai de encontro ao princípio do *iura novit curia*.

No sistema processual pátrio, a parte deve apresentar os fundamentos fáticos e jurídicos quando deduz sua pretensão por meio da demanda. A estrutura da teoria aqui analisada, pois, ao circunscrever o debate judicial tão somente à situação *afirmada* pelo autor, nega qualquer importância aos fatos apresentados pela parte requerida e à hipótese de que o objeto do processo pode ser construído dialogicamente ao longo da própria demanda.

2.6. Mérito como pretensão

Por último, o mérito é entendido como pretensão. Este é o posicionamento da doutrina alemã. Assim, julgar o mérito seria o mesmo que julgar a pretensão da parte; seria conceder-lhe, ou não, a tutela jurisdicional pleiteada.²⁴⁸

O problema reside em delimitar e definir pretensão. Nem mesmo a literatura jurídica alemã, tão dedicada ao estudo do tema, chegou a um consenso.

Ora a pretensão corresponde ao pedido, ora à causa de pedir mais pedido. A discussão, neste campo, é enorme.

Para o que aqui importa, contudo, o mérito consiste na pretensão deduzida em juízo. Outro não é o pensamento de Cândido Rangel DINAMARCO quando afirma que “[...]. A tutela jurisdicional conferida ao demandante refere-se sempre a uma pretensão, por ele trazida. Daí dizer-se que a pretensão constitui o objeto do processo ou o mérito (supra, n. 151).”²⁴⁹

Mas o que explica essa correlação entre a pretensão e o mérito? Porque, afinal, o mérito consiste na pretensão? O mérito se exaure na pretensão? Por fim, o que é uma pretensão?

Essa investigação foi muito aprofundada pela doutrina alemã e lá, num primeiro e embrionário momento, e por influência dos pandectistas, a *Anspruch* (traduzida como pretensão) foi conectada com a *actio* romana, vale dizer, ter a pretensão a um bem significava ter direito de obtê-lo judicialmente. Havia um embaralhamento de conceitos materiais e processuais num único instituto, isto porque a *Anspruch* trazia consigo a ideia de que ter direito

²⁴⁸ Esta é a observação de Cândido Rangel Dinamarco: “Outro conceito ainda sem maturidade na doutrina é o de mérito, ou *meritum causae*. Não obstante as incertezas reinantes nas propostas de sua conceituação, pode-se hoje no entanto afirmar com toda segurança que o mérito, ou objeto do processo, é a *pretensão apresentada ao juiz com pedido de sua satisfação*. Decidir o mérito, como já afirmado, é acolher ou rejeitar a pretensão trazida com a demanda inicial, concedendo a tutela jurisdicional àquele que tiver razão” (**Capítulos...**, op. cit., p. 60).

²⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume II. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 131.

a uma pretensão (lida como ter direito a buscar a proteção de um bem) também significava ter direito ao próprio bem.

Não foi essa, contudo, a interpretação que melhor agasalhou o pensamento germânico. Com o aprofundamento dos estudos, a pretensão (*Anspruch*) adquiriu os contornos que, ainda hoje, são vistos e passou a ser considerada como “... o *estado de espírito* caracterizado pela aspiração ao bem e exteriorizado em atos destinados a obtê-lo...”²⁵⁰.

Essa mesma concepção também foi transposta para o direito italiano e, sob a pena de CARNELUTTI, pretensão foi eternizada como a “... *exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio*.”²⁵¹ E o mesmo autor adverte que a pretensão não é um poder, mas sim um ato, e também não se confunde com o direito material, podendo, inclusive, haver pretensão sem direito²⁵² ou, em suas palavras, “...La pretensión sin fundamento es siempre una pretensión...”²⁵³

Disso se conclui ser a pretensão um conceito puramente processual que canaliza uma declaração de vontade tendente a obter uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva para a proteção de um bem jurídico.

Mas esse enquadramento não põe termo aos problemas.

A doutrina tedesca também se viu às voltas com a densificação dessa pretensão e isso se refletiu em duas vertentes principais: i) a *Anspruch* limitar-se-ia apenas ao pedido (*Antrag*); ou ii) a *Anspruch* seria fruto da conjugação do pedido (*Antrag*) e da causa de pedir. O conteúdo da pretensão, contudo, é um problema de segunda ordem (não de segunda categoria ou de somenos relevância) e será abordado com mais vagar na seção 3.1 (*infra*).

3. OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO, PRINCÍPIO DA DEMANDA E PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

²⁵⁰ DINARMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos...**, op. cit., p. 57.

²⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones...**, op. cit., p. 28.

²⁵² “La pretensión (*supra*, n. 5), es un *acto* no un *poder*; algo que alguien *hace*, no que alguien *tiene*; una manifestación, no una superioridad de la voluntad. No sólo la pretensión es un acto y, por tanto, una manifestación de voluntad, sino uno de aquellos actos que se denominan *declaraciones de voluntad* (*infra*, n. 294); también ésta es otra de las nociones que el alumno debe tomar de la teoría general. Dicho acto, no sólo *no es*, sino que *ni siquiera supone* el derecho (subjetivo); la pretensión puede ser propuesta tanto por quien tiene como por quien no tiene el derecho y, por tanto, puede ser *fundada o infundada*. Tampoco el derecho reclama necesariamente la pretensión; como puede haber *pretensión sin derecho*, así también puede haber *derecho sin pretensión*; al lado de la *pretensión infundada* tenemos, como fenómeno inverso, el *derecho inerte*.” (Idem, p. 31).

²⁵³ Ibidem, p. 32.

O objeto litigioso do processo e o princípio da demanda²⁵⁴ guardam estreita correlação. À parte é dado, quando da formulação de sua(s) pretensão(ões) por meio da demanda, fixar seus contornos. Não se desconhece, contudo, que esse mesmo princípio tem sido mitigado e que sua compreensão, particularmente na tutela de interesses coletivos, tem sido redimensionada²⁵⁵. Ainda assim, sua relevância não foi esvaziada por completo porque aquilo que é deduzido em juízo pela parte autora, conquanto não seja mais a única diretriz a guiar a atuação jurisdicional, apresenta alegações e fundamentos que não podem ser simplesmente ignorados. Para encorpar o debate, o enlace se conclui ao agregar-se o princípio da congruência no cenário (artigos 141, 490 e 492 do CPC). O princípio da demanda delinea, *em certa medida*, o objeto litigioso do processo que, por sua vez, finca os parâmetros daquilo que será (ou poderá ser) julgado - princípio da congruência.

O princípio da demanda não se justifica apenas quando houver disponibilidade do direito a ser protegido, isto porque a tutela dos direitos indisponíveis também se sujeita ao referido princípio, ou seja, exige que a parte legítima busque a tutela desses direitos em juízo. Isso é facilmente perceptível na tutela de direitos coletivos. Aliás, é justamente em âmbito coletivo que muitos vetores tradicionais do processo individual arrefecem, motivo, inclusive, porque se diz que o processo coletivo possui um microcosmo particular.

De toda forma, no campo individual, a possibilidade aberta pelo sistema para que o juiz conceda à parte a tutela que melhor assegure seus direitos, ainda que não corresponda com exatidão àquela pedida, é um dado a demonstrar a “queda” de prestígio do princípio aqui tratado. E mais, a alegação de que tal postura do julgador (conceder a melhor tutela ao bem que se almeja resguardar) implicaria em afronta à sua imparcialidade só teria sentido se o juiz ainda fosse visto como *a boca da lei*. Hoje, contudo, aquele que decide, além de adotar uma posição de colaboração com as partes, deve estar preocupado com a efetiva, tempestiva e adequada tutela dos direitos, o que autoriza, quando não recomenda, uma reconfiguração dessa correlação entre o que foi pedido e o que será entregue. Por óbvio que a quebra desse paralelismo deve ser

²⁵⁴ Cândido Rangel Dinamarco destaca a importância atribuída ao princípio da demanda sob a égide do CPC/73: “Postas as coisas assim e afastada por completo a permissão do exercício da jurisdição *ex officio*, é na demanda inicial que residem os elementos determinantes do conteúdo e responsáveis pelos limites do provimento a ser proferido pela autoridade judiciária. Propondo a demanda, o sujeito descreve uma *situação da vida* e pede a solução que pretende. Por isso é que, como ato provocador do processo e do exercício da jurisdição (e instrumentalizado na petição inicial, na denúncia ou queixa-crime), a demanda costuma ser indicada pela doutrina como verdadeiro *projeto do provimento desejado*.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **O conceito de mérito...**, op. cit., p. 302).

²⁵⁵ Sérgio Cruz Arenhart trata do princípio da demanda em um artigo específico e nele traz diversas considerações críticas, inclusive quanto à mitigação do princípio aqui referido. (**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 02/12/2021).

justificada e só encontrará azo quando consistir numa técnica que potencialize a tríade mencionada: efetividade, tempestividade e adequação.

Outro argumento visto com frequência para respaldar a circunscrição da coisa julgada ao pedido da parte autora decorre do princípio do autorregramento da vontade. Diz-se incumbir à parte autora o direito de escolher sobre o que litigar e o que pedir. Essa disponibilidade de escolha, entretanto, conquanto válida, não é absoluta e não pode ser utilizada de subterfúgio para obstar a formação de coisa julgada sobre outras pretensões ou mesmo sobre questões prejudiciais (quando preenchidos os requisitos legais). A coisa julgada, é sempre importante rememorar, é uma garantia do jurisdicionado, não da parte e, por isso, não pode ser (ou, ao menos, não deveria ser) manipulada ao sabor das conveniências particulares. Se, ao longo do processo, foram levantadas pretensões pela parte requerida e se surgiram questões prejudiciais, ainda que não necessárias ao deslinde do julgamento, tendo todas sido debatidas em amplo contraditório e, por fim, decididas, há razões para reputá-las estabilizadas pela coisa julgada.

Utilizou-se, ainda no início deste tópico, a locução “*em certa medida*” porque o sistema admite os chamados pedidos implícitos²⁵⁶ que, como sabido, mesmo que não sejam formulados expressamente pela parte, integrarão a decisão. Justamente porque são objeto de decisão, mas não de pedido expresso, alguns autores afirmam que tais pedidos - implícitos - não podem ser alocados no campo do objeto litigioso do processo²⁵⁷. Tais pedidos seriam, em verdade, objeto de cognição, debate e decisão expressa por um imperativo legal, mas não porque fruto de pedido formulado pelas partes. Haveria, pois, um rompimento das engrenagens que ligam três elos: princípio da demanda, objeto litigioso do processo e princípio da adstrição.

3.1. *Objeto litigioso e causa de pedir*

A celeuma a respeito do objeto litigioso do processo não passa ao largo da divergência entre as teorias da individuação e da substanciação, logo, da obrigatoriedade, ou não, de

²⁵⁶ Dentre as hipóteses de pedidos implícitos destacam-se: i) art. 322, § 1º, do CPC - juros legais, correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios; ii) art. 323, do CPC - na ação que tiver por objeto *cumprimento de obrigação em prestações sucessivas*, essas serão consideradas incluídas no pedido, *independentemente de declaração expressa do autor*, e serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las.

²⁵⁷ Essa é a posição de Thiago Ferreira Siqueira: “Por tal razão é que, justamente por não decorrerem de pretensões apresentadas pelas partes, preferimos não incluir tais elementos no conceito de objeto do processo. O que se têm, nesses casos, são conteúdos que, a depender da ocorrência de determinados fatos (sucumbência, apuração da insuficiência do depósito, reconhecimento da paternidade etc.), devem integrar o objeto da decisão - e, assim, são ‘*questões principais*’ para os fins dos arts. 489, III, e 503, caput, do CPC/15 -, mas não fazem parte do objeto litigioso.” (Op. cit., p. 102). O autor, contudo, ressalva os casos envolvendo juros legais, correção monetária e prestações sucessivas que, na sua ótica, integrariam o objeto litigioso do processo.

cumulação de demandas, isso como forma de prestigiar a economia processual, a efetividade e a coerência das decisões. Ao lado dos encômios, contudo, há críticas à concentração compulsória de demandas, vale dizer, argumenta-se que ela pode resultar num encarecimento da demanda e retardar o seu desfecho, além de ferir de morte a autonomia de vontade das partes, relegada apenas à decisão sobre buscar, ou não, a tutela jurisdicional para solucionar determinada crise (ou situação).

Em síntese, a *teoria da individuação* defende que a parte deve, quando vai a juízo, concentrar, numa única demanda, todos os fundamentos e pedidos que poderiam advir da relação jurídica subjacente ao caso, isto para que o Judiciário se debruce apenas uma única vez sobre os fatos ocorridos e seus desdobramentos. Haveria, noutros termos, uma obrigatoriedade de cumulação de demandas. A omissão em fazê-lo teria por consequência a proibição de retornar a juízo, em demanda futura, pleiteando algo diverso a partir da mesma causa de pedir.

Para tal teoria, a causa de pedir seria parametrizada pela relação jurídica deduzida em juízo, a qual abarcaria todos os fundamentos / argumentos hábeis a dar-lhe supedâneo (ex: numa ação de reivindicatória, havendo diversos fundamentos a embasar a alegação de propriedade - compra e venda, usucapião - a parte autora deve, desde logo, apresentar todos, sob pena de, não tendo seu pleito acolhido, ficar obstada de retornar a juízo numa ação futura pugnando pelo novo julgamento da pretensão sob a alegação de causa de pedir não apresentada no primeiro processo).

Insta registrar, também, que a teoria aqui tratada é mais tolerante com a alteração da causa de pedir ao longo do processo, isso como forma de equilibrar as consequências da decisão que, como mencionado, espalhará seus efeitos sobre todas as causas de pedir atinentes à relação jurídica deduzida em juízo.

Já a *teoria da substanciação*, por sua vez, considera que a causa de pedir está lastreada nos fatos constitutivos do direito que foram deduzidos pela parte autora na demanda proposta. Assim, havendo outros fatos também suficientes para legitimar a pretensão, a parte autora poderá, caso não tenha o seu pedido acolhido, propor nova demanda sob fundamento diverso e buscar a procedência do mesmo pedido adrede negado. A causa de pedir, portanto, notadamente em sua perspectiva fática, assume inegável relevância na teoria da substanciação. A causa de pedir próxima ou os argumentos jurídicos aportados pela parte, por sua vez, ainda que importantes, não vinculam o julgador que, respeitada a causa de pedir remota, ou seja, observado o fato constitutivo alegado pela parte, pode valer-se doutros fundamentos jurídicos por ocasião da resolução do mérito.

Deixando de lado, ao menos por ora, os argumentos favoráveis e desfavoráveis de uma ou de outra teoria²⁵⁸, pode-se dizer que o sistema pátrio adota a teoria da substanciação.²⁵⁹ E isso encontra lastro no art. 319, III, do CPC, isto porque o legislador apontou a necessidade de indicação dos *atos constitutivos do direito* da parte como requisito da petição inicial, logo, como elemento indispensável a toda e qualquer pretensão que seja deduzida em juízo²⁶⁰.

A filiação à teoria da substanciação também pode ser justificada pela conjugação de outros fatores: adoção do princípio da eventualidade apenas para a parte requerida; existência de um sistema de preclusões que limita / condiciona a alteração da demanda no decorrer do processo; os brocardos *da mihi factum dabo tibi ius* e *iura novit curia*, que permitem ao julgador valer-se de outros fundamentos jurídicos para decidir sobre o mérito ou proceder ao reenquadramento jurídico dos fatos narrados pela parte autora.

²⁵⁸ “Logo se vê, de tais exemplos, que, do ponto de vista estrutural, a adoção da teoria da substanciação permite maior ‘aceleração’ no procedimento, ao obstar, a partir de uma visão mais rígida do princípio da eventualidade, a introdução de novos fatos constitutivos no processo em curso. Por outro lado, não viabiliza que, num mesmo processo, seja resolvida em definitivo a crise de direito material, pela possibilidade de que o autor volte a juízo buscando a proteção de um direito já deduzido com base em novos fatos. Já pelo sistema da individuação, poderia haver maior retardamento na solução da causa, ante a viabilidade da introdução de novos fatos constitutivos no curso do processo, sem que a estabilização objetiva da demanda seja, por si só, óbice para isso. Uma vez julgada a pretensão, todavia, estaria resolvida, de uma vez por todas, a crise jurídica quanto àquele específico direito já deduzido, sendo impossível ao autor ajuizar nova demanda com fundamento em novas alegações fáticas.” (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Op. cit., p. 127).

²⁵⁹ “Adotou o nosso CPC a chamada teoria da substanciação da causa de pedir, segundo a qual se exige do demandante indicar, na petição inicial, qual o fato jurídico e qual a relação jurídica dele decorrente. Não basta a indicação da relação jurídica, efeito do fato jurídico, sem que indique qual o fato jurídico que lhe deu causa - que é o que prega a teoria da individuação.” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil...**, v. 1, op. cit., p. 552).

²⁶⁰ Nos dizeres de Eduardo Talamini: “Portanto, o sistema brasileiro é “tradicionalmente voltado” à teoria da “substanciação”. Não apenas a causa de pedir *não* é constituída por um *direito alegado* ou uma *relação jurídica invocada*, como ainda os *fundamentos fáticos* assumem papel crucial.” (TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada**. Op. cit., p. 73). No mesmo sentido, colhe-se da doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero que: “O assento que a legislação brasileira revela sobre o fato jurídico para consubstanciação da causa de pedir permite que se afirme que o nosso direito adotou a *teoria da substanciação* para a caracterização da causa de pedir.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil...**, v. 2, op. cit., p. 164).

Ainda que não seja a corrente majoritária, há vozes na doutrina que defendem ser a causa de pedir um elemento que compõe o objeto litigioso²⁶¹⁻²⁶². E o motivo para tanto estaria no fato de que o pedido não existira senão em função da causa de pedir, logo, ele não possuiria uma autonomia existencial. Assim, porque a causa de pedir é um elemento integrante da tríplice identidade e antecedente inarredável de todo e qualquer pedido, aliado ao fato de que a parte requerida, quando instada a defender-se, o faz a partir do pedido, mas sem ignorar a causa de pedir, concluem os adeptos daquela interpretação que o objeto litigioso do processo seria resultado da simbiose entre pedido e causa de pedir²⁶³.

O destaque da causa de pedir para a identificação da pretensão é, pois, consenso na doutrina²⁶⁴, ao contrário de sua inclusão no objeto litigioso do processo. Em sempre lembrada passagem a ressaltar a importância da causa de pedir na caracterização do mérito, Ricardo de

²⁶¹ Isso é o que defende, dentre outros, Ricardo Alexandre da Silva: “Na doutrina brasileira é majoritário o entendimento de que somente o pedido constitui o mérito, o qual prevalece também entre os autores para quem o objeto litigioso do processo corresponde à lide. Contra esse entendimento se manifestam vozes autorizadas da processualística civil brasileira, italiana e alemã, para quem a *causa petendi* é elemento integrante do mérito. [...]. Entende-se que este seja o posicionamento correto. O ponto a reter é que o objeto litigioso do processo, expressão sinônima à de mérito ou pretensão processual, é integrado pela causa de pedir e pelo pedido. [...]. Da ideia de que o objeto litigioso corresponde à pretensão processual não se pode extrair a conclusão de que a causa de pedir não o integra. Essa circunstância já foi assinalada quando se enfatizou que na Alemanha os processualistas empregam o conceito de pretensão processual, prevalecendo no país a ideia de que o mérito é constituído pelo pedido e pela *causa petendi*. Ou seja: adotar o conceito de pretensão não significa endossar a restrição do mérito ao pedido. Quando se enfatiza que a causa de pedir é elemento de individualização do objeto litigioso, dá-se margem à ideia de que ela também constitui o *meritum causae*. O pedido, afinal, é indissociável da causa de pedir que o fundamenta. Essa constatação, aliada aos elementos de direito positivo, é o quanto basta para demonstrar que o objeto litigioso do processo é formado pela causa de pedir e pelo pedido.” (SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão...**, op. cit., seção 3.4.3).

²⁶² Os professores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam 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).” (MARINONI, Luiz Guilherme, *et alli*. **Curso de Processo Civil...**, v. 1, op. cit., p. 595).

²⁶³ Nos dizeres de Thiago Ferreira Siqueira, “Sobre esse ponto, registra-se, na doutrina brasileira e estrangeira, grande divergência na definição de quais seriam os elementos da demanda que dariam forma ao objeto do processo. Há, assim, autores que afirmam que apenas os *pedidos* integrariam o objeto do processo, e outros que entendem que a eles se somariam as *causas de pedir* para, em conjunto, formarem o mérito da causa...” (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Op. cit., p. 108). No entendimento do referido autor, é “... preferível enxergar no pedido o elemento que dá forma ao mérito da causa...” (Idem, p. 109).

²⁶⁴ Eduardo Talamini, ainda que limite o objeto do processo apenas ao pedido, não deixa de prestigiar a causa de pedir para o delineamento da pretensão deduzida em juízo. Em suas palavras: “[...]. Permita-se aqui uma comparação: a causa de pedir está para a pretensão assim como a vida de uma pessoa está para essa pessoa. Não se pode dizer que a vida de alguém *seja* alguém. Um aspecto é o *ser*, sua *essência*, seu *espírito*; o outro, sua *experiência*. No entanto, não há como tentar compreender o que alguém é ou foi senão compreendendo sua vida, o que fez, disse, pensou, deixou de fazer...Qualquer tentativa de compreensão que prescinda disso, será, quando muito, um simples retrato, um resumo de dados burocráticos (nome, endereço, documento de identificação, telefone...) ou coisa que o valha. Do mesmo modo, a tentativa da compreensão e identificação da pretensão processual sem a consideração da causa de pedir incidiria no mesmo defeito. Negar que a causa de pedir seja relevante para a identificação da pretensão e do objeto do processo implicaria, p. ex., afirmar que, quando um dos cônjuges formula reconvenção na ação de separação por um fundamento culposo imputável ao outro, não se teria uma nova pretensão nem a ampliação do objeto do processo - o que, obviamente, não é concebível.” (**Coisa julgada...**, op. cit., p. 80).

Barros LEONEL defende que o objeto litigioso do processo é composto pelo pedido, iluminado pela causa de pedir.

Assim, o autor, quando deduz sua pretensão em juízo, requer a proteção ao bem da vida e pugna, para tanto, por uma tutela jurisdicional capaz de resguardá-lo. A pretensão ao bem da vida e à tutela jurisdicional é expressada no pedido (mediato e imediato, respectivamente).

A causa de pedir, pois, é representada pelos fundamentos fáticos (causa de pedir remota) e jurídicos (causa de pedir próxima) que a parte aporta ao processo para justificar a tutela jurisdicional requerida, ou para demonstrar a relação de titularidade com o bem da vida. Ademais, no campo da causa de pedir remota, impõe-se um esclarecimento: apenas os fatos essenciais integram essa causa de pedir fática, vale dizer, os fatos não-essenciais (secundários) não delimitam os contornos da causa de pedir²⁶⁵. A partir disso, pode-se “...afirmar que *a causa de pedir é uma unidade fático-jurídica* denotada por um *fato essencial juridicamente qualificado*, não constituindo uma simples junção de fatos e de direito.”²⁶⁶ Ditos fatos essenciais, sob a ótica do CPC, podem ser resumidos aos fatos constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos.

O juiz, ao apreciar a demanda, é obrigado a dar uma resposta à pretensão da parte. Quando profere a decisão de mérito, o órgão julgador, na parte dispositiva, decide se o requerente faz jus, ou não, ao bem da vida. Em caso positivo, concede-lhe a tutela jurisdicional apta a assegurá-lo ou protegê-lo. Em caso negativo, denega-lhe a tutela jurisdicional pretendida.

A apreciação da causa de pedir constitui, pois, um caminho obrigatório a ser perscrutado e vencido pelo juiz para o julgamento do mérito. Assim, a análise do pedido não pode ser dissociada, descolada, desprendida da causa de pedir. Tampouco se pode olvidar da causa de pedir, e também dos motivos, quando se interpreta a decisão judicial.

É nesse *iter* até a resolução do mérito que o julgador porá termo às dúvidas fáticas e jurídicas porventura levantadas. Ao agir desta forma, estará o juiz preparando o suporte lógico para a resposta que dará à pretensão do autor (procedência ou improcedência do pedido –

²⁶⁵ A advertência é feita por Eduardo Talamini: “Por fim, pondere-se que a circunstância de a causa de pedir, no sistema processual brasileiro, ser fundamentalmente configurada pelos fatos que embasam o pedido não afasta a necessidade de diferenciar fato essenciais e secundários (ou simples). Vale dizer, há um fato ou um núcleo de fatos que dá uma configuração mínima e elementar à causa de pedir. Outros tantos fatos são relevantes para a argumentação do demandante ou para a defesa do demandado, mas estão inseridos no contexto estabelecido pelo fato ou núcleo de fatos essenciais. Isso significa que a simples mudança ou acréscimo de tais fatos secundários, na formulação de uma “nova” demanda, não implicará uma nova causa de pedir, de modo que, sendo idênticas também as partes e o pedido, haverá coisa julgada. Nem sempre é simples identificar o fato, ou núcleo de fatos, essencial.” (Idem, p. 77).

²⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, *et. alli. Curso de processo civil...*, v. 2, p. 162.

mediato ou imediato). Para decidir o mérito, pois, o julgador precisa, necessariamente, verter sua atenção para a causa de pedir e analisar o contexto (conjunto) de fato(s) e argumentos para, ao final, dar uma resposta àquilo que a parte pediu.

Dizer, contudo, que a causa de pedir é indispensável ao julgamento do mérito, conclusão com a qual se concorda, implica admitir que ela sujeitar-se-á à coisa julgada? Trata-se de um problema sobre o qual muito divergiu²⁶⁷ (e ainda diverge) a doutrina. Há argumentos que respaldam tanto uma quanto outra conclusão, cujos raciocínios remontam ao direito alemão. Para o que aqui importa e pensando num contexto de estabilização mais amplo, que tenha por escopo potencializar a segurança jurídica e obstar a repetição de julgamentos sobre uma mesma questão, a redução da coisa julgada ao pedido soa insuficiente. Com isso, a própria limitação do mérito ao pedido é posta em xeque.

Como procurou-se demonstrar na seção 2 (*supra*), os contornos do mérito comportam inúmeras discussões e, particularmente na doutrina brasileira, a divergência persiste. Porque se encampa uma interpretação que maximiza a estabilização (não se trata de uma maximização desenfreada, ao acaso, irresponsável e que ignore os direitos das partes), a inclusão da causa de pedir e das pretensões da parte requerida no conceito de mérito coaduna-se com referido escopo.

Ademais, em decorrência da teoria da substanciação e do princípio do *iuri novit curia*, o julgador não está adstrito ao enquadramento jurídico apresentado pelas partes. Em verdade, o juiz está limitado pelo *fato constitutivo* do direito, sendo-lhe possível, todavia, se considerar necessário, atribuir-lhe – ao fato constitutivo – nova roupagem jurídica. Sempre que houver, contudo, *novos fatos constitutivos*, a parte poderá formular idêntico pedido àquele já decidido. Quando se diz, pois, que a causa de pedir deve ser incorporada ao mérito e sujeitar-se à estabilização pela coisa julgada, o que se pretende, ao fim e ao cabo, não é dizer que dito fato é verdadeiro, ou falso. O propósito, em última análise, consiste em impedir que esse mesmo fato constitutivo seja novamente apresentado para fundamentar idêntico pedido, a pretexto de

²⁶⁷ A professora Ada Pellegrini Grinover passa em revista a manifestação de vários autores acerca desse tema e, ao final, defende que: “De todo o exposto, conclui-se que, embora a autoridade da coisa julgada se limite ao dispositivo da sentença, esse comando pode e deve ser entendido - tanto mais quanto exista alguma margem para dúvidas - à luz das considerações feitas na motivação, ou seja, na apreciação das questões surgidas e resolvidas no processo. Assim, **da mesma forma que, para a mais perfeita determinação do objeto do processo, se conjuga o pedido à causa de pedir, para determinação do objeto do julgamento - e da coisa julgada que sobre ele se forma - conjuga-se o mesmo aos motivos da decisão.** Assim, ligando-se as considerações tecidas neste tópico, de um lado, àquelas feitas no tópico precedente, de outro lado, é lícito concluir que, assim como o pedido deve ser visto e entendido à luz da causa de pedir (ambos compondo o objeto do processo, isto é, à pretensão), o dispositivo só pode ser interpretado à luz dos motivos, sendo todos eles, conforme já demonstrado à saciedade, determinantes da extensão objetiva dos efeitos da sentença e da autoridade da coisa julgada.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. **Revista do Advogado**. Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXI, n. 65, dez/2001, p. 77).

que, agora, numa outra leitura, seria possível enquadrá-lo em outra hipótese normativa. Esse trabalho de aplicação da norma ao fato, repise-se, não deve ser feito apenas à luz da composição exposta pela parte autora.

Em suma, se o juiz pode / deve atribuir ao fato constitutivo outro emolduramento jurídico, diverso daquele trazido pela parte, quando isso concorrer para a tutela do direito, admitir que o mesmo pedido, baseado no mesmo fato constitutivo (causa de pedir remota), porém com nova roupagem jurídica (causa de pedir próxima), seja reapreciado, impõe seja ignorado o que prescreve o princípio do *iuri novit curia*.

4. O DIREITO DE DEFESA E SEUS (POSSÍVEIS) REFLEXOS SOBRE O OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO

O direito de defesa precisa ser analisado para verificar seus reflexos sobre o objeto do processo. Não há dúvidas quanto ao fato de que o direito de demandar delimita o objeto do processo, mas isso significa que o direito de defesa não tenha impacto algum sobre o referido objeto ou que nada possa a ele acrescentar? Ainda é esse o entendimento a orientar o processo civil moderno, tão conectado aos princípios da cooperação, da boa-fé, da primazia do julgamento do mérito e da segurança jurídica? Não parece que assim deva ser.

O direito de defesa não se resume à contestação. A reconvenção e o pedido contraposto também são manifestações daquele mesmo direito. Nestes dois últimos casos, parece não haver dissenso quanto a serem tais manifestações retrato do direito de demandar, logo, não há divergência sobre a potencial influência que eles exercem (ou podem exercer) sobre o objeto litigioso do processo.

O debate é um pouco mais tormentoso quando recai sobre a contestação. Qual é, afinal, o papel da contestação sobre o objeto litigioso do processo e em que medida este pode ser ampliado por aquela?

Desde logo é possível identificar duas posições que se contrapõem: *i*) a primeira defende que a contestação não tem o condão para ampliar o objeto litigioso do processo; *ii*) a segunda caminha em direção oposta e sustenta que a contestação tem, a depender do caso concreto, aptidão para ampliar o objeto litigioso do processo.

Aqueles que negam à contestação o potencial para expandir o objeto litigioso do processo tomam por fundamento o fato de que a interpretação dos pedidos, nos termos do artigo 322, do CPC, deve levar em consideração o conjunto da postulação da parte autora, observando-se, também, o princípio da boa-fé. Sustentam, ainda, que esse conjunto da postulação ao qual o

código faz menção deve ser de fácil constatação, sem que se exijam, para tanto, maiores elucubrações, deduções ou investigações. Isso quer dizer que, caso a parte requerida deseje que algum pedido formulado efetivamente amplie o objeto litigioso do processo, essa sua intenção deve estar muito clara e expressa para que não haja dúvidas e não frustre as “... *legítimas expectativas* que o comportamento de um dos sujeitos processuais cria nos outros. Dessa forma, é importante que fique claro se o réu deduziu, ou não, pedido próprio, justamente em virtude dos reflexos práticos que daí decorrem.”²⁶⁸⁻²⁶⁹

Noutra ponta da discussão, os adeptos da tese que vislumbra na contestação a possibilidade de alterar o objeto litigioso do processo aduzem, principalmente, que a resposta da parte requerida, ainda que limitada a refutar os argumentos da parte autora, traduzem uma verdadeira demanda declaratória, logo, de alcance mais amplo do que aquele resultante do mero pedido de improcedência. E mais, a exigência de que a reconvenção fosse feita em peça separada, presente no CPC/73 e não repetida no CPC vigente, não era, por si só, critério definitivo para definir se e quando o requerido estava ampliando o objeto do processo. Em outras palavras, tal exigência era apenas uma formalidade legal donde não se poderia presumir que a parte ré estaria impedida de formular um contra-pedido no bojo da própria contestação²⁷⁰.

Heitor Vitor Mendonça SICA, ainda sob o pálio do CPC/73, por ocasião de sua defesa de tese de doutoramento, encampou a segunda corrente acima delineada, inclusive a ponto de dizer textualmente que “Mais simples do que isso, nossa proposta é *inverter o sinal da*

²⁶⁸ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Op. cit., p. 170. O mesmo autor é categórico quando afirma que: “Por tal razão é que, segundo entendemos, a atitude do réu de se defender dos pedidos do autor não é capaz de, por si só, ampliar o objeto do processo, que continua a ser formado pelas pretensões processuais deduzidas através do ato de demandar, identificadas pelas respectivas causas de pedir.” (Idem, loc. cit.).

²⁶⁹ Esse também é o entendimento de Anissara Toscan: “Pelas mesmas razões, a contestação do réu não amplia o objeto litigioso do processo. Com efeito, apenas por meio de reconvenção, pedido contraposto ou nos casos de ações dúplices, o réu amplia o mérito – hipóteses essas em que se extrapolam os confins de uma mera defesa, desbordando-se o escopo de rejeição da demanda do autor, na medida em que o réu passa a deduzir pretensão de tutela jurisdicional de um direito próprio. Apesar disso, a contestação pode ampliar o âmbito de incidência da coisa julgada, e notadamente o fará quando, ao controverter determinados pontos, implicar a caracterização de questões prejudiciais, nos termos do art. 503, §§ 1.º e 2.º, CPC (a propósito, cf. itens 12.3 e 12.4, *infra*). Nesse sentido, a mera petição de improcedência do pedido do autor, sejam diretas ou indiretas as exceções apresentadas, não denota exercício de uma ação, em sentido contrário, do réu em face do autor. Como exceções, movem-se nos limites da própria demanda, não tendo por pretensão senão a sua rejeição...”. (TOSCAN, Anissara. **Coisa julgada...**, op. cit., p. 346-347).

²⁷⁰ A observação decorre das ponderações de Heitor Vitor Mendonça Sica, ainda sob a égide do CPC/73, mas que ainda mantêm-se atuais: “Todavia, vimos que essas formas são consideradas amplamente como prescindíveis, não constituindo critério suficiente para divisar as hipóteses (já que não é apenas porque não foram usadas peças separadas que necessariamente o réu deixou de contra-atacar, conforme amplamente reconhecido pela jurisprudência referida no item 4.1, *supra*). Em especial a formulação de defesa e contra-ataque em peças apartadas e a atribuição de um dos “rótulos” legais ao segundo mostram-se formalidades inteiramente descabidas. Aplica-se aqui, soberano, o princípio da instrumentalidade das formas (CPC, art. 244).” (**Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro**. Tese de doutoramento. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10062011-091324/publico/Tese_Final.pdf. Acesso em 12/09/2021, p. 235).

interpretação do juiz sobre a resposta do réu, de modo a considerá-la, sempre, como demanda.”²⁷¹ Em reforço a essa linha argumentativa, o professor paulista acrescenta que não se pode negar à contestação esse viés de demanda própria quando os fundamentos por aquela trazidos tiverem sido efetivamente objeto de contraditório pela parte autora²⁷². A compreensão da contestação enquanto demanda também prestigiaria, na ótica do mencionado autor, o princípio da máxima eficiência (ou máximo proveito) possível do processo²⁷³.

A predileção por uma ou outra corrente doutrinária, contudo, não modifica a conclusão, comum a ambas, de que a contestação pode mexer com os limites objetivos da coisa julgada, particularmente pela possibilidade de ser suscitada alguma questão prejudicial que, atendidos os requisitos do art. 503 do CPC, será estabilizada pela *res iudicata*.²⁷⁴

²⁷¹ Idem, p. 236. E prossegue o professor nos seguintes termos: “Importante esclarecer que nosso intuito não é considerar que haja sempre uma “reconvenção implícita”, até porque já rejeitamos a criação desse e de outros tipos de ficção. A ideia é a de que o reclamo de outorga de tutela jurisdicional feita pelo réu deve ser compreendido como o da demanda inicial e deve gerar os mesmos efeitos que o pleito feito pelo autor. Para tanto, e em princípio, sequer haveria a necessidade de o juiz intimar o réu a esclarecer se houve ou não em sua resposta a articulação de demanda. Em resumo, não propomos que o sistema “coaja” o réu ao ajuizamento de demanda, mas considere que a resposta de mérito - que o réu está livre para escolher se oferece ou não - seja considerada uma demanda se efetivamente apresentada.” (Ibidem, p. 236-237).

²⁷² “Há ainda mais um argumento a considerar: se a matéria exposta na resposta do réu for amplamente debatida ainda há menor razão para que se negue a ela, como regra, o caráter de demanda. O que mais importa aqui é que o *thoema decidendum* tenha sido objeto de contraditório.” (Ibidem., p. 243).

²⁷³ Em artigo muito sugestivo, Beclaute Oliveira Silva debruça-se sobre o mesmo problema e faz as seguintes observações: “Neste caso, o réu ao exercitar sua defesa deduz pedido. Não apenas reage, mas pede para não ter sua esfera jurídica atingida pelo autor, já que sua pretensão não encontra respaldo no ordenamento. Assim, a postulação do autor fere este seu direito e corresponde a um ato ilícito; por isso pede que seja livrado do ataque indevido. Como já ficou evidenciado, a improcedência do pedido não depende necessariamente da atuação do réu. No entanto, há improcedência que decorre da atuação do réu. Neste caso, a lei impõe ao réu a necessidade de se opor à pretensão do autor, sob pena de este se sagrar vencedor. Não se trata de mera reação, mas de ação, em que o réu, na defesa direta de mérito, deduz pedido, exercendo uma pretensão à abstenção. Desta feita, pode-se julgar improcedente um pedido com ou sem defesa. No entanto, quando ela se faz necessária, há exercício de ação, com pretensão própria. Mas não só declaratória, já que a pretensão à abstenção veicula outras eficácias, como se verá. Ao deduzir a defesa direta de mérito, o réu alega exercer direito seu, que poderia ser veiculado em demanda autônoma. Veja-se, por exemplo, o caso dos embargos do devedor, defesa tornada ação autônoma por questão eminentemente formal. Assim, a defesa direta de mérito é uma ação veiculada no bojo de um processo. Noutros termos, a ação tem seu modo de exercício, na defesa. Neste contexto, o objeto litigioso fixa seus contornos após o prazo para a resposta, quando é dada a oportunidade de o réu deduzir suas razões. [...]. A sentença que julga improcedente o pedido, em que pese a força da doutrina tradicional, implica reconhecimento de um pedido, quando o réu deduz defesa direta. Trata-se de reconhecimento do exercício de direito de ação, veiculado por meio da defesa, que tem por objeto, em última análise, o reconhecimento de um direito a não ser molestado de forma indevida pelo autor. É exercício de uma pretensão à abstenção. Assim, a improcedência não deixa de ser procedência, já que, no caso exposto, o réu pede. Deve-se deixar claro que a improcedência pode decorrer de outros fatores. Aqui a análise se baseou apenas na hipótese da defesa direta do réu...” (O autor pede... o réu também! Ou da improcedência como procedência. In **Improcedência** [coord.: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva]. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 49-60 [56 e 59]).

²⁷⁴ Este entendimento é sufragado por Anissara Toscan: “Diante do exposto, enfim, forçoso reconhecer que, embora o réu amplie o objeto litigioso do processo apenas ao deduzir pretensão de tutela jurisdicional, sua contestação pode importar ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, nos termos do art. 503, §§ 1.º e 2.º, CPC.” (TOSCAN, Anissara. **Coisa julgada...**, op. cit., p. 349).

5. DA PREJUDICIALIDADE

Superadas as divergências a respeito do objeto litigioso do processo, é o momento para a imersão no estudo da prejudicialidade²⁷⁵. A importância do tema foi reavivada por conta da alteração promovida pelo CPC vigente, inserida no art. 503, §§ 1º e 2º, em função da qual a coisa julgada passará a incidir sobre o julgamento das questões prejudiciais.

A partir dessa constatação, urge abordar os principais aspectos que orbitam o fenômeno da prejudicialidade, além de perquirir em que medida seus desdobramentos são relevantes para o estudo da coisa julgada.

Importante, também, registrar, desde logo, que a prejudicialidade está presente diuturnamente nas relações sociais a condicionar a prática de atos e a influenciar as mais variadas decisões tomadas pelas pessoas em suas mais diferentes relações. Não se trata, pois, de um fenômeno descolado da realidade. E tanto não o é que duas ou mais situações podem se conectar de modo que “... a existência de uma dependa da existência de outra, ou, ao contrário, que uma não possa existir enquanto a outra subsista...”²⁷⁶.

É no processo, contudo, que ela - a prejudicialidade - adquire um tratamento mais pormenorizado.

6. PRIMEIRAS DISTINÇÕES: PONTO, QUESTÃO E CAUSA PREJUDICIAIS

Ponto, questão e causa são conceitos que, a despeito de serem corriqueiros na prática forense, guardam distinções relevantes para a compreensão de diversos outros fenômenos processuais. Assim, é indispensável tê-los bem compreendidos para não se incorrer em imprecisões.

Ponto é tudo aquilo que é apresentado por uma parte em um processo e que poderá ser objeto de cognição judicial. Sobre ele não há discussão, divergência ou controvérsia. Marcos de Araújo CAVALCANTI²⁷⁷ não olvida a celeuma que paira sobre pontos duvidosos,

²⁷⁵ “O vocábulo *prejudicial* é de origem latina, derivando do termo *praeiudicium*, composto do prefixo *prae* e da palavra *iudicium*. O prefixo *prae* traz em si a ideia de algo que vem antes, de algo que é anterior. A palavra *iudicium* significava o julgamento da questão principal de forma definitiva, ou ainda o próprio processo. Assim, prejudicial significaria etimologicamente o que é decidido antes do julgamento definitivo, ou aquele processo que é resolvido antes de outro processo.” (FERNANDES, Antônio Scarance. **Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 31). No mesmo sentido: TIRONI, Rommero Cometti. Prejudicialidade e limites objetivos da coisa julgada. **Revista de Processo** | vol. 281/2018 | p. 187 - 215 | Jul / 2018 - versão digital, tópico 3.1; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Op. cit., p. 255.

²⁷⁶ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Op. cit., p. 187.

²⁷⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa julgada e questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos**, op. cit. O autor trabalha os conceitos de ponto e questão nas seções 2.4.1.1 a 2.4.2.

controvertidos e prejudiciais. Os pontos duvidosos não surgiriam de uma resistência da parte adversa, mas sim de dúvidas levantadas pelo próprio julgador a respeito da conformação daqueles pontos à realidade dos fatos. Os pontos controvertidos emanariam da resistência da parte contrária “... que apresenta outros *fundamentos* ou *pontos* em sentido contrário...”²⁷⁸ e que, ao fim e ao cabo, também seriam fontes de dúvidas. Justamente por isso, o aludido doutrinador prefere falar em pontos duvidosos como gênero a encampar os pontos controvertidos (caracterizados por uma resistência da parte, direta ou indireta) e os pontos duvidosos (em sentido estrito, consistentes numa dúvida apresentada pelo próprio julgador).

O ponto também pode ser prejudicial. A sua compreensão foi exposta por Francesco MENESTRINA e abarca, basicamente, duas hipóteses: i) o precedente lógico sobre o qual as partes não tergiversam - ou porque não podem, ou porque não querem; ou ii) quando a divergência, o debate, a discussão, sobre o precedente lógico já foi debelada / resolvida / decidida²⁷⁹.

Questão, a seu turno, é costumeiramente trabalhada como ponto controvertido, vale dizer, a partir do momento em que uma alegação é refutada pela parte adversa, surgiria a questão. Havendo divergência entre as partes quanto a algum ponto presente no processo, ter-

²⁷⁸ “Após a alegação de um ponto em juízo, é possível que surjam dúvidas a seu respeito. Essas dúvidas podem ser decorrentes da resistência manifestada pela parte contrária, que apresenta outros *fundamentos* ou *pontos* em sentido contrário. Por exemplo, a peça de defesa do réu pode conter diversos fundamentos no sentido de que os pontos alegados pelo autor não estão em conformidade com o ordenamento jurídico (*pontos controvertidos*). Além disso, as dúvidas podem ser oriundas de questionamentos que, embora não tenham origem na controvérsia ou na resistência da parte contrária, o próprio juízo do caso concreto possui sobre a conformidade jurídica dos pontos alegados (*pontos duvidosos*). Como se verifica, a ideia de *ponto controvertido* é abrangida pelo conceito de *ponto duvidoso*...” (Idem, seção 2.4.1.1).

²⁷⁹ O raciocínio de Francesco Menestrina é o seguinte: “Il punto pregiudiziale è dunque il precedente logico su cui le parti non sollevano una controversia - sia che non possano sollevarla, sia che non vogliano - o su cui la controversia è già stata risolta.” (MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiziale nel processo civile**. Milano: A. Giuffrè, 1963, p. 139).

se-á a questão. Questão, em suma, é um ponto controvertido²⁸⁰⁻²⁸¹. Nada obstante, a se tomar como referencial a distinção acima traçada por Marcos de Araújo CAVALCANTI, questão decorre dos pontos duvidosos *lato sensu* (pontos duvidosos em sentido estrito e pontos controvertidos)²⁸².

A configuração de uma questão a partir da existência de controvérsia também não escapa às críticas. O que justifica que, para surgir uma questão, deva haver sempre controvérsia, contrariedade, divergência? Nestas ocasiões certamente haverá questões. Mas a escolha por esse parâmetro retiraria a natureza de questão às situações oriundas de convergência de opiniões(ex: numa ação de alimentos sob o fundamento da paternidade, a parte requerida pode não negar condição de pai/mãe, mas, ainda assim, argumentar não serem devidos os alimentos porque inexistente o binômio necessidade - possibilidade). Uma resposta satisfatória a esse problema poderia estar na substituição do elemento “controvérsia” pelo elemento “contraditório”. Com isso, mesmo que as partes não divirjam quanto a um determinado ponto, a partir do momento em que exerceram o contraditório sobre o mesmo, ainda que para admitir sua ocorrência / existência, autorizada estará, se preenchidos os demais requisitos, a incidência da coisa julgada. A mudança do eixo para a existência de contraditório evitaria, assim, um debate sobre a possibilidade de haver coisa julgada sobre questão na hipótese de admissão pela parte adversa.

²⁸⁰ “Em um sentido bastante lato, *ponto* é a matéria a respeito da qual o juiz deve decidir, ou seja, matéria que se encontra no processo e que deve receber atividade cognitiva. *Questão* é um ponto a respeito do qual não estão de acordo autor e réu. Assim, pode-se dizer que, do ponto de vista técnico, a questão é um ponto controvertido, pois é matéria sobre que o autor e réu discordam e sobre a qual o juiz deve proferir decisão. Só é possível falar em questões depois da contestação, pois é nesta peça processual que o réu torna controvertida a matéria alegada pelo autor. Sem contestação, não há controvérsia e, portanto, não há questões.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues & ALMEIDA, Flávio Renato Correia de & TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 441). Também sobre o tema, colhe-se da lição de Egas Dirceu Moniz de Aragão que: “Primeiro passo corresponde a estabelecer o que seja “questão”, para em seguida verificar em que consiste a “questão prejudicial”. Os litigantes formulam no processo afirmações, que constituem “pontos” a examinar. Se uma dessas afirmações (ponto) é contrariada pelo antagonista de quem a formulou, surge a “questão”, que é, portanto, o “ponto controverso”. Em alguns casos poderá o Ministério Público suscitar a controvérsia e o ponto se torna questão independentemente de as partes terem provocado o debate a tal propósito. Há, pois, temas do processo a cujo respeito não surge disputa, são apenas pontos, e temas sobre que há divergência, são questões. Porém, se em outro processo entre as mesmas partes o ponto já fora objeto de pronunciamento passado em julgado, nem as partes, tampouco o Ministério Público, podem torná-lo controverso. Há pontos que não se transformam em questão por não haver divergência a seu respeito e outros que não se convertem em questão por não mais ser possível controverter a seu respeito em virtude de constituírem coisa julgada formada em outro processo.” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Op. cit., p. 254-255).

²⁸¹ Francesco Carnelutti, discorrendo sobre as questões, explica que: “En cuanto la razón, ya sea de la pretensión o de la contestación, sea dudosa, surge una *cuestión*, la cual, por tanto, es la *duda acerca de una razón*. Puesto que la decisión de la litis se obtiene resolviendo las cuestiones, las cuestiones resueltas son luego razones de la decisión: las razones (de la pretensión o de la contestación) pasan a ser cuestiones (del proceso), y éstas se resuelven en razones (de la decisión). La cuestión no es la litis; en efecto, ésta consiste, ante todo, en un conflicto de intereses, que es extraño a la cuestión; la cuestión, por el contrario, consiste en una duda, que puede ser extraña a la litis. Puede haber, por consiguiente, como cuestión sin litis (duda teórica o académica), también litis sin cuestiones (cuando la pretensión es contestada sin afirmación de razones, o sin ser contestada, queda insatisfecha).” (CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones...**, op. cit., p. 36).

²⁸² CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa julgada...**, op. cit., seção 2.4.2.

Costumeira e majoritariamente, entretanto, ponto e questão são diferenciados pela existência, ou não, de *controvérsia*. Nada obsta, contudo, que a distinção tome por parâmetro a presença de dúvidas sobre tais pontos.

Esses critérios, contudo, são insuficientes para distinguir questão e causa. Aqui, como bem apontado por Clarisse Frechiani Lara LEITE, o *discrímen* toma como referencial o *tipo de cognição que incidirá sobre a matéria*²⁸³.

Causa prejudicial, por fim, pode ser analisada sob duas óticas: i) há autores, como BARBOSA MOREIRA, que admitem a existência da causa prejudicial apenas na hipótese de prejudicialidade externa; ii) outros, em contrapartida, defendem ser possível falar-se, também, em causa prejudicial no contexto de uma mesma relação processual, isto é, em situações de prejudicialidade interna²⁸⁴⁻²⁸⁵.

Os regimes da coisa julgada que se formarão sobre a resolução de cada um destes elementos são variáveis.

Sobre os *pontos prejudiciais*, não haverá coisa julgada porque eles não são decididos em caráter principal, mas apenas são (ou podem ser) abordados na construção do raciocínio decisório. Ademais, a ausência de controvérsia ou dúvida sobre os mesmos também afasta a força atrativa da coisa julgada.

Quanto às *questões prejudiciais*, uma vez atendidos os requisitos estipulados pelo código (art. 503, §§ 1º e 2º), haverá coisa julgada, com todos os consectários dela advindos.

²⁸³ “[...]. A distinção entre questão e causa, por seu turno, tem como fundamento não a existência de controvérsia, mas o ‘tipo de cognição’ - incidental ou principal que se realiza sobre a matéria. Em outras palavras, o critério para identificação de uma categoria denominada causas prejudiciais vincula-se ao plano processual em que se localiza a premissa - lógico ou imperativo: questão é a controvérsia existente no plano lógico, a ser solucionada *incidenter tantum*, e causa é aquela presente no campo imperativo, que exige decisão *principaliter*.” (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Prejudicialidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 102-103).

²⁸⁴ Marcos de Araujo Cavalcanti ilustra essa dicotomia, conforme se depreende do seguinte excerto: “A *causa prejudicial* é uma *demanda*, cuja resolução da *questão principal* ali discutida constitui *antecedente* lógico da decisão de uma questão examinada em outra causa, a *prejudicada*. Nessa hipótese, a *questão prejudicial* é objeto de decisão em demanda distinta (*causa prejudicial*), contemporânea à causa prejudicada. A *causa prejudicial* pode dar origem a *processo autônomo* ou surgir incidentalmente *no curso do processo* no qual está sendo examinada a *questão prejudicada*. O surgimento da *causa prejudicial* pode acarretar, facultativa ou necessariamente, a suspensão da *causa prejudicada*, como será visto a seguir.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. cit., seção 2.4.3.1).

²⁸⁵ Barbosa Moreira condensa toda a discussão sobre ponto, questão e causa nos seguintes termos: “31. [...]. Observou-se, com efeito, que a manifestação processual da prejudicialidade pode revestir formas diversas. Às vezes, o juiz integra na cadeia lógica de seu raciocínio um elo sobre o qual não há controvérsia, ou já houve e foi resolvida, de tal sorte que não lhe compete reexaminar o assunto, mas tão somente aceitar o fato consumado: tem-se aí o *ponto* prejudicial. Se, ao contrário, o antecedente lógico é objeto de controvérsia sujeita à apreciação do juiz, no curso do processo, surge a *questão* prejudicial. Finalmente, se o anel lógico a ser inserido na cadeia silogística vem de fora, resulta de pronunciamento emitido *principaliter* em processo distinto, mas ao menos em parte contemporâneo, aparece a *causa* prejudicial, que pode ter nascido independentemente, mas também pode ter-se originado do próprio processo em que se discute a questão subordinada, acarretando, facultativa ou necessariamente, a suspensão dêste.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Op. cit., p. 48-49).

Por fim, quanto às *causas prejudiciais*, independentemente de sua origem interna ou externa, havendo decisão sobre elas, *a título principal*, logo, enquanto integrante do objeto litigioso do processo, haverá a coisa julgada prevista no *caput* do art. 503, do CPC. Particularmente quanto à *causa prejudicial*, há de se acrescentar que, na hipótese de prejudicialidade externa, ela somente será considerada uma questão noutro processo se ainda não tiver sido decidida no processo originário. Na hipótese de tramitação concomitante, por força do disposto no art. 313, V, “a”, c/c o § 4º do mesmo artigo, o processo subordinado poderá ser suspenso por até 1 (um) ano para julgamento da causa prejudicial. Uma vez decidida, tendo tal decisão transitado em julgado, referida causa ostentará natureza de ponto²⁸⁶ na demanda subordinada, isto porque sobre aquela não haverá mais controvérsia. Escoado esse prazo sem decisão, retomar-se-á o curso do processo suspenso e a causa prejudicial continuará a ser uma questão e poderá ser decidida.

7. QUESTÕES PRÉVIAS, QUESTÕES PRELIMINARES E QUESTÕES PREJUDICIAIS: ESTREMANDO CONCEITOS PARA EVITAR EQUÍVOCOS

A distinção entre as modalidades de questões surgidas ao longo do processo nem sempre mereceu atenção e tratamento adequado pela doutrina. Por vezes, as locuções *questões preliminares* e *questões prejudiciais* foram utilizadas como sinônimas, olvidando-se de especificidades ínsitas a cada uma delas. A falta desse rigor alimentou as imprecisões e confusões²⁸⁷.

²⁸⁶ O alerta para essa peculiaridade atinente às causas prejudiciais é feita por Ricardo Alexandre da Silva nos seguintes termos: “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 subordinada. 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.” (SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão...**, op. cit., seção 4). Thiago Ferreira Siqueira também observa que: “[...]. Também haverá um ponto prejudicial em hipóteses nas quais, independentemente da existência de controvérsia, o elemento já houver sido anteriormente resolvido com força de coisa julgada, o que impede a sua reanálise.” (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Op. cit., p. 214).

²⁸⁷ Essas e outras ambiguidades foram apontadas por Barbosa Moreira em artigo dedicado ao estudo das questões prejudiciais, intitulado **Questões prejudiciais e questões preliminares**. In *Direito Processual Civil (Ensaio e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 73-93. Em outra obra dedicada ao tema, Barbosa Moreira asseverou que: “Segundo já se assinalou, até certa época preponderava o emprego promíscuo dessas duas expressões, indiferentemente usadas para designar quaisquer questões prévias, isto é, questões cuja solução deve anteceder logicamente a de outras.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Op. cit., p. 28).

A fim de não repetir os deslizes terminológicos, impõe-se fazer considerações acerca da tríade adrede mencionada: questões prévias, preliminares e prejudiciais.

O adjetivo “*prévias*” é utilizado para sinalizar o gênero do qual seriam espécies as questões preliminares e as questões prejudiciais.

Assim, questões prévias seriam todas aquelas cujas decisões são, ou deveriam ser, *logicamente* anteriores às demais. Atente-se para um aspecto que pode passar despercebido, mas que é importante esclarecer e reter. Ser *logicamente anterior* não significa, necessariamente, ser *cronologicamente anterior*. É obviamente possível que uma decisão logicamente anterior seja, também, cronologicamente anterior a outra. Mas isso não é uma verdade absoluta, vale dizer, nada obsta que, num mesmo ato decisório, o juiz aprecie, simultaneamente, tanto a questão prévia quanto a questão principal, isso para a construção de seu caminho decisório. E mais, neste mesmo ato processual o julgador pode deliberar concomitantemente sobre a(s) dita(s) questão(ões) prévia(s) (preliminares ou prejudiciais, substanciais ou processuais) e a(s) questão(ões) principal(is).

As questões prévias, ainda, sejam preliminares ou prejudiciais, podem ter viés material (de mérito) ou processual²⁸⁸.

No quadrante das questões preliminares, a prescrição tem conotação material (ou de mérito), ao passo que as exceções de coisa julgada ou de suspeição são aventadas como exemplos de preliminares processuais.

No outro extremo, das questões prejudiciais, a inconstitucionalidade figuraria como hipótese de questão prejudicial material (ou substancial), e a validade do ato de naturalização para aferir a legitimidade para uma ação popular retrataria uma hipótese de prejudicial processual²⁸⁹.

Em solos brasileiros, foi pela pena de BARBOSA MOREIRA²⁹⁰ que as expressões ganharam contornos mais precisos. Desde então, esse modelo vem sendo utilizado peladoutrina. Na busca por refinar ainda mais seus elementos de modo a enriquecer a identificação da questão prejudicial, a doutrina posterior a BARBOSA MOREIRA, ao mesmo tempo em que

²⁸⁸ Ricardo Alexandre da Silva faz coro a esse pensamento e acrescenta outros argumentos: “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 verificação.” (**A nova dimensão...**, op. cit., seção 4.1).

²⁸⁹ Todos os exemplos foram extraídos da obra do professor Barbosa Moreira, aqui já mencionada.

²⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Op. cit. Também em **Questões prejudiciais e questões preliminares**. Op. cit.

refutou o emprego dos *critérios da subsunção e da autonomia*, propôs, em substituição, o uso do *critério da vinculação jurídica*²⁹¹ como decisivo para a identificação da questão prejudicial.

A tese de BARBOSA MOREIRA utiliza, em larga escala, o *critério do grau de influência* que a questão prioritária exercerá sobre o julgamento da questão subordinada. Esta influência pode ser de duas ordens (ou de dois graus): i) o julgamento da questão prioritária obsta ou dispensa a decisão sobre a questão subordinada, logo, “...condiciona a *existência* desta, mas não o seu eventual *conteúdo*...”²⁹²; ii) o julgamento da questão prioritária não impedirá o julgamento da questão subordinada, mas influenciará no seu *sentido ou modo de ser*, vale dizer, no seu conteúdo. Isto não quer dizer que, superada a questão subordinante, a decisão a ser proferida sobre o mérito haverá de ser favorável à parte autora. Não há essa ilação automática. A decisão sobre a questão prejudicial pode influenciar tanto positiva quanto negativamente o julgamento que se fará sobre o mérito, isto é, pode conduzir tanto para o acolhimento quanto para a rejeição da pretensão deduzida.

Nessa esteira, a prejudicialidade representa uma ligação que se verifica entre duas ou mais situações aportadas ao processo, reputando-se prejudicial aquela “...de cuja solução dependa o *teor* ou *conteúdo* da solução de outras...”²⁹³⁻²⁹⁴ Não se trata, portanto, de questão que atina ao *ser* da relação subordinada ou, em outros termos, ela não vai influenciar a própria existência da relação subordinada.

Ainda, não se trata de uma modalidade de questão subordinante apenas da apreciação do mérito. Como bem pondera BARBOSA MOREIRA, ao lado das questões prejudiciais que

²⁹¹ A professora Clarisse Frechiani Lara Leite é a propagadora desse critério.

²⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e questões preliminares**. Op. cit., p. 82.

²⁹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Op. cit., p. 29-30. No mesmo sentido manifesta-se o professor Eduardo Talamini: “Qualificam-se como prejudiciais as questões atinentes à existência, inexistência ou modo de ser de uma relação ou situação 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 ou validade do processo. As preliminares podem conduzir apenas à impossibilidade do julgamento do mérito, não contribuindo para a sua solução (são questões meramente processuais). As questões prejudiciais repercutem sobre o mérito da causa. (TALAMINI, Eduardo. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n.º 109, março de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 03/010/2020, às 21h22m. No mesmo sentido manifesta-se o professor Fredie Didier Júnior, no artigo “Extensão da coisa julgada à resolução de questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro.” In *Civil Procedure Review*, v. 6, n. 1: 81-94, 2015. Disponível em www.civilprocedurereview.com, consulta em 03/10/2020, às 16h58m).

²⁹⁴ A professora Thereza Arruda Alvim, em obra monográfica sobre o tema da questão prejudicial, salienta que “...será prejudicial aquela questão que predeterminar, em sua solução, a outra que lhe está condicionada.” (ALVIM, Thereza. **Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1977, p. 15).

subordinam a decisão da questão principal (mérito), há também aquelas questões prejudiciais subordinantes da deliberação sobre questões de cunho processual²⁹⁵.

Esse detalhamento é importante para o estudo dos limites objetivos da coisa julgada, especialmente porque o código, em seu art. 503, §§ 1º e 2º, autorizou a estabilização, pela coisa julgada, do julgamento das questões prejudiciais.

A pergunta que se coloca, pois, é: a força atrativa da coisa julgada incidirá sobre a decisão das questões prejudiciais de mérito (materiais) e processuais? Essa discussão guarda maior aderência ao debate sobre o elemento da autonomia, seção na qual a análise será retomada. Adianta-se, contudo, que a limitação da coisa julgada às questões prejudiciais substanciais não é opção pacífica na doutrina, que conta com vozes dissonantes e que apregoam a extensão da coisa julgada também às questões de natureza processual.

As questões preliminares, por fim, ocupam posição diversa daquela que é preenchida pelas prejudiciais. Aquelas exercem um *papel bloqueante*, vale dizer, impedem ou dispensam o julgador de prosseguir na análise das demais questões ou, nas palavras de BARBOSA MOREIRA, “À outra classe de questões prévias ou prioritárias de cuja solução pode decorrer, para o juiz, a dispensa ou o impedimento de ir além - ficará, então, reservado o nome de *preliminares*.”²⁹⁶

Diversamente do que acontece nas questões prejudiciais, portanto, o acolhimento de uma questão preliminar, em regra, *dispensará* ou *impedirá* o juiz de decidir sobre as demais questões pendentes de apreciação. Na hipótese de rejeição, todavia, a decisão sobre a preliminar em nada afetará a decisão sobre a questão principal. Já a decisão sobre as questões prejudiciais, a seu turno, seja para acolhê-las ou para afastá-las, *não dispensará* ou *impedirá* o juiz de decidir sobre o mérito; pelo contrário, quando possível, isto é, quando não houver outra alegação que venha a impedir a análise do pedido principal, o julgador deverá sobre ele manifestar-se, seja para acolhê-lo ou rejeitá-lo.

Uma última análise ainda se apresenta: a decisão sobre *questões preliminares* tem aptidão para fazer coisa julgada? O problema concretiza-se quando uma questão de mérito puder convolar-se numa preliminar em face de outra questão de mérito (o exemplo é

²⁹⁵ Barbosa Moreira cita a regularidade do processo de naturalização do autor de uma ação popular como exemplo de uma questão prejudicial à decisão sobre um problema de cunho processual. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e questões preliminares**. Op. cit., p. 84-85).

²⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e questões preliminares**. Op. cit, p. 87.

apresentado por Ricardo Alexandre da SILVA²⁹⁷ e consiste na hipótese de cumulação alternativa eventual - art. 326 do CPC).

Nas hipóteses de cumulação alternativa eventual²⁹⁸, o pedido principal pode ter *natureza bifronte*, vale dizer, tanto pode representar o mérito quanto, em caso de improcedência, uma preliminar. Ricardo Alexandre da SILVA defende que, nestes casos, haveria formação de coisa julgada sobre o primeiro pedido, ainda que rejeitado, porque o pedido subsidiário só passa a ser apreciável (leia-se, passível de julgamento) quando desacolhido o principal. Disso se extrai, segundo o referido autor, que o pedido principal atua como questão preliminar para o pedido subsidiário.

Em contrapartida, a mesma situação delineada com a cumulação alternativa eventual (sucessiva/subsidiária) pode comportar outra conclusão. Nestas hipóteses, ainda que se possa dizer ser preliminar o pedido anterior em face do pedido subsidiário, não se tem como ignorar que, em verdade, todos os pedidos foram efetivamente formulados pela parte, logo, ostentam a natureza de pedido principal. Vista a cumulação alternativa eventual sob esse enfoque, chega-se à conclusão de que a decisão sobre todos os pedidos, independentemente do resultado (procedência ou improcedência), fará incidir a força atrativa da coisa julgada, não pela regra do art. 503, §§ 2º e 3º, mas sim pela força imunizante do art. 503, *caput* do CPC²⁹⁹.

Superadas as considerações acima, é indispensável esclarecer que, tomando por base o critério de *discrímen* difundido por BARBOSA MOREIRA, tanto nas questões prejudiciais

²⁹⁷ “... 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, originário do julgamento da questão subordinante – pedido principal –, a qual atinge o ‘ser’ da subordinada, de modo que a primeira deve ser considerada preliminar.” (SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão...**, op. cit., seção 4.1).

²⁹⁸ Thiago Ferreira Siqueira trata do mesmo assunto como cumulação subsidiária/eventual (Op. cit., p. 193).

²⁹⁹ Essa linha argumentativa encontra respaldo na doutrina de Thiago Ferreira Siqueira: “Não parece correta, sob esse ponto de vista, a ideia, recentemente sustentada, de que haveria a possibilidade de que a coisa julgada, por meio daquele dispositivo, viesse a recair sobre a análise de elemento que se coloca como *preliminar* em relação ao julgamento do mérito. Para chegar a essa conclusão, partiu-se da relação, anteriormente mencionada, que se estabelece entre pretensões deduzidas em juízo por meio de *cumulação eventual*, em que a procedência do pedido principal inviabilizaria a apreciação do pedido subsidiário. Afirma-se, então, que, sobre a *improcedência* do pedido principal – o que possibilita o julgamento da pretensão subordinada –, deve recair a coisa julgada material. De fato, na linha do que dissemos, a relação que se estabelece entre as pretensões, neste caso, não se enquadra no esquema da prejudicialidade, mas no da influência preliminar. Não se duvida, além disso, que o julgamento do pedido principal, quer conclua pela procedência ou pela improcedência, deve, uma vez preclusas as vias recursais, adquirir a autoridade da coisa julgada. O equívoco do raciocínio, porém, está no fato de que a pretensão subordinante, neste caso, *integra o objeto do processo*, de modo que seu julgamento é realizado *a título principal*, na parte dispositiva da decisão (CPC/15, art. 489, III), estando sujeito, portanto, à coisa julgada na forma do *caput* do art. 503, e não de seu § 1º. Trata-se, em resumo, de coisa julgada sobre *questão (preliminar) principal*, e não sobre questão prejudicial/preliminar incidental.” (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Op. cit., p. 216-217).

quanto nas questões preliminares, o *grau de influência* é meramente potencial³⁰⁰ ou latente, vale dizer, sua verificação ou constatação deve ser mensurada desde logo, mesmo antes da decisão. Os interessados devem extrair da(s) questão(ões) posta(s) a(s) consequência(s) que eventual decisão sobre ela(s) exercerá(ão) sobre outra(s), isto é, se tal decisão repercutirá sobre o *ser* ou sobre o *modo de ser* (*teor ou conteúdo*) de outra(s) questão(ões). Assim, não importa que haja uma efetiva influência sobre a questão subordinada. Aliás, no caso concreto, essa influência pode sequer vir efetivamente a ocorrer. Enfim, para que se considere uma questão como preliminar ou como prejudicial é suficiente que ela possa influenciar a decisão que se tomará a respeito de outra que lhe seja logicamente posterior³⁰¹.

Essa influência pode ter diversos desdobramentos, destacando-se: *i*) retirar um obstáculo ao julgamento da questão ulterior (rejeição de uma preliminar); *ii*) reconhecer um obstáculo ao julgamento da questão ulterior (acolhimento de uma preliminar); *iii*) acolher uma questão que vai repercutir sobre o teor ou o conteúdo de questão posterior (ex: acolher a alegação de inconstitucionalidade de uma lei que embasa a cobrança de um tributo); *iv*) acolher uma questão que em nada afetará a decisão subordinada (acolher a alegação de paternidade que subordinava a apreciação sobre os alimentos, que podem ser concedidos ou negados com base em outros critérios de necessidade-possibilidade); *v*) rejeitar uma questão que iria repercutir sobre o teor ou o conteúdo de questão posterior; *vi*) rejeitar uma questão que em nada afetaria a decisão subordinada.

Uma última observação: essa reverberação potencial ou latente sobre questões logicamente posteriores está relacionada ao grau de influência e não com o critério de impedir ou dispensar, ou não, o juiz de analisar a questão subordinada. Não é uma verdade inafastável que a preliminar sempre obstará ou impedirá o juiz de decidir sobre a causa subordinada, *ex vi* do que ocorre nos casos de cumulação alternativa.

³⁰⁰ Ricardo Alexandre da Silva é categórico ao dizer que: “Como se vê, a influência das questões prévias sobre a apreciação do *meritum causae* é potencial.” (SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão....**, op. cit., seção 4.1).

³⁰¹ Isso fica claro, também, na seguinte ponderação de Thiago Ferreira Siqueira: “Pelo que ficou definido no tópico anterior, a prejudicialidade é a relação lógica que se estabelece entre dois elementos submetidos à cognição judicial em que a análise de um deles é dotada da *aptidão para influenciar o teor* da análise do outro. O juízo que se faz sobre a questão prejudicial deve ser capaz, assim, de interferir no modo pelo qual será apreciada a questão prejudicada. É importante perceber que a relação de influência que um elemento pode exercer sobre outro tem, nesse conceito, um caráter eminentemente *potencial*; basta, assim, que exista a *possibilidade* de que o juízo feito sobre uma questão venha a repercutir sobre a análise de outra. Portanto, para se afirmar que entre duas questões existe uma relação de prejudicialidade, não se faz necessário que uma delas, ou ambas, já tenham sido apreciadas em juízo. É suficiente, como dito, a mera aptidão de uma para influir no teor da outra, o que deve ser aferido *ex ante*.” (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Op. cit., p. 194).

8. ELEMENTOS DA PREJUDICIALIDADE: ANTECEDÊNCIA LÓGICA (OU DEPENDÊNCIA RACIONAL), NECESSARIEDADE (ESSENCIALIDADE OU INTERDEPENDÊNCIA) E AUTONOMIA?

A prejudicialidade é concebida, tradicionalmente, porém não sem divergência, a partir de três elementos principais, consistentes na antecedência lógica (ou dependência racional), na necessariedade (essencialidade ou interdependência) e na autonomia. A depuração dos conceitos, contudo, conduzirá à redução dos elementos a um, vale dizer, à antecedência lógica, ao que se somará outro: a vinculação jurídica.

O primeiro aspecto, antecedência, é analisado no plano *lógico*, e não no *cronológico*. Para se julgar a questão principal deve-se decidir a questão que, por coerência lógica, lhe anteceda e que tenha aptidão para repercutir sobre o modo de ser daquela. Em outras palavras, a questão prejudicial deve guardar alguma relação de pertinência lógica com a questão subordinada. Ainda que a ideia de antecedência remeta, num primeiro momento, a um critério cronológico, tal ilação não reflete, com precisão, o contorno que se emprega ao parâmetro da antecedência lógica.

Pensar apenas em termos cronológicos para definir a prejudicialidade é ampliar sobremaneira e, erroneamente, o espectro da própria prejudicialidade, isto porque nem tudo o que é decidido antes ostenta a característica da prejudicialidade, mas tudo o que é logicamente subordinante de outras questões deve ser apreciado antes da situação subordinada. Esta decisão a respeito da questão subordinante (ou logicamente anterior), entretanto, pode ser realizada no mesmo ato em que se decidirá sobre a questão subordinada (ou logicamente posterior). A antecedência lógica traz consigo a ideia de antecedência cronológica, mas a recíproca não é verdadeira. Diz-se isso porque, ainda que decidida num mesmo ato, a questão logicamente antecedente será decidida antes da questão subordinada. Em suma, a anterioridade lógica não se equipara à anterioridade cronológica.

Essa mesma compreensão da anterioridade lógica traz a reboque a análise da necessariedade³⁰². Por muito tempo o elemento aqui abordado figurou incontestemente para a

³⁰² Esse requisito da necessariedade é agasalhado por Barbosa Moreira, cujas preclaras lições bem retratam seu entendimento: “A circunstância de vir o juiz a escolher, entre dois itinerários alternativos e convergentes, aquele que inclua a solução de certa questão como antecedente lógico de seu pronunciamento, fortuita que é, não pode servir de critério para a caracterização dessa questão como prejudicial. Não se há de esperar pela decisão para identificar as prejudiciais. O critério mais razoável é o que se funda na distinção entre antecedentes lógicos *necessários* e antecedentes lógicos *contingentes*. Se, para a solução da questão x, o juiz simplesmente *pode*, mas não *precisa*, inserir em seu raciocínio a solução da questão y, esta não merecerá a qualificação de prejudicial, aplicável, ao contrário, à questão z, cuja solução seja por hipótese indispensável à de x. Aos caracteres

tipificação da prejudicialidade. Na doutrina pátria, tal era a posição de BARBOSA MOREIRA. Se há uma relação de subordinação entre duas questões, a resolução daquela logicamente anterior seria necessária para o deslinde da questão posterior. Não fosse assim, uma não seria subordinante (prejudicial) da (à) outra. Inexistente a *necessariedade*, afastada estaria a prejudicialidade.

Contudo, a doutrina mais recente³⁰³, revisitando o tema, trilha caminho diverso e prega pela exclusão de tal elemento para a identificação da questão prejudicial. Em verdade, aqui é importante resgatar um elemento característico da prejudicialidade: aquele que estabelece ser apenas potencial / latente a influência da prejudicial. É preciso ter isso em mente porque, ainda que outro seja o fim do processo (ex: extinção sem resolução de mérito), a prejudicial não deixará de sê-lo apenas porque não foi necessária à tutela jurisdicional prestada. Tendo havido, em algum momento *ex ante*, a possibilidade de que a decisão sobre uma questão influenciasse o *ser* ou o *modo de ser* de outra decisão a ser tomada sobre questão logicamente posterior, preenchido estará o requisito para considerar a primeira como prejudicial ou preliminar da segunda. Ademais, havendo a coexistência de várias questões prejudiciais, todas potencialmente aptas a influenciar o julgamento de outras, o acolhimento de uma não desnatura, automaticamente, as demais que conservam / mantêm referido potencial de influência e, portanto, a nota de prejudicialidade³⁰⁴.

Assim, uma questão, para ser prejudicial, não precisa, obrigatoriamente, ser necessária ao julgamento da questão principal³⁰⁵. Basta que ela possa influenciar o modo de ser (o teor ou o conteúdo) da questão subordinada para que se lhe reconheça o rótulo da prejudicialidade. Isso não guarda relação com o fato de a prejudicial atrair, ou não, a força da coisa julgada. A

anteriormente apontados, pois, acrescente-se o da *necessariedade*: só será prejudicial a questão *necessariamente* posta como antecedente lógico da solução de outra.” (**Questões prejudiciais e coisa julgada**. Op. cit., p. 53-54).

³⁰³ Por todos, reporta-se novamente à obra da professora Clarisse Frechiani Lara Leite, **Prejudicialidade no processo civil**, aqui já referenciada.

³⁰⁴ A propósito pondera Rommero Cometti Tironi: “Vê-se com nitidez que mais útil é denominar prejudicial toda questão que, quando resolvida, tenha aptidão para condicionar o teor de outro juízo, e não só aquelas cujo exame é necessário. Lembremos que a *necessariedade* foi eleita atributo da prejudicialidade para garantir o préstimo do instituto. O que se nota, ao contrário, é que o seu alcance foi sobremaneira encolhido, reduzindo-se também, consequentemente, a sua utilidade. Dito isso, é medida de prudência suprimir a *necessariedade* da fórmula em construção. Assumindo como prejudiciais todos os antecedentes lógicos potencialmente subordinantes do conteúdo da questão dependente, isto é, eliminando o elemento *necessariedade*, torna-se mais profícuo – e não menos cientificamente correto – o conceito.” (TIRONI, Rommero Cometti. Teoria da prejudicialidade e o projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo** | vol. 216/2013 | p. 245 - 269 | Fev / 2013 - seção 3.6 - versão digital).

³⁰⁵ Esse é o entendimento de Eduardo Talamini: “... é desnecessário que a questão prejudicial seja concretamente decisiva para a resolução da lide. Basta que em tese ela se ponha como tal.” (*in* Código de Processo Civil anotado (org. José Rogério Cruz e Tucci, Manoel Caetano Ferreira Filho, Ricardo Aprigliano, Rogéria Dotti e Sandro Gilbert Martins). São Paulo/Curitiba, AASP/OAB-PR, 2021 p. 843, disponível em https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2021/12/CPC_annotado-final.pdf).

qualidade de coisa julgada pressupõe decisão sobre a questão. A definição da prejudicialidade é, pois, anterior à discussão sobre haver ou não coisa julgada sobre ditas questões.

Ricardo Alexandre da SILVA, a seu turno, adota concepção pela qual a necessariedade fora absorvida pela antecedência lógica³⁰⁶.

O cenário atual, pois, parece inclinado a afastar a necessariedade como elemento caracterizador da prejudicialidade.

Por fim, resta analisar o elemento da autonomia. Para parcela da doutrina, ele denota que a questão, para ser prejudicial, deve ter aptidão para ser objeto de processo autônomo. Inexistente tal possibilidade, a questão não terá essa carga de prejudicialidade. Ademais, a autonomia representaria um divisor entre as questões prejudiciais, os motivos e a verdade dos fatos³⁰⁷, adicionando àquelas uma nota distintiva suficiente para autorizar sua estabilização pela coisa julgada (art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC).

Essa compreensão, contudo, é alvo de críticas contundentes e que desaguam em questionamentos importantes: existe um delineamento universal do que se deve entender por questão prejudicial? A noção de questão prejudicial subjacente ao CPC/73 é replicável para o CPC/15? O requisito da autonomia, em particular, ainda se faz necessário? Afinal, ausente a autonomia, a questão deixará de ser prejudicial? A autonomia, em verdade, não seria, ainda sob o pálio do CPC/73, apenas um requisito para que a decisão sobre a questão pudesse ser acobertada pela coisa julgada e não, propriamente, um requisito para a caracterização da questão como prejudicial?

A identificação de uma questão como prejudicial não é, como quer fazer parecer parte da doutrina, tema unívoco e que dispensa maiores elucubrações³⁰⁸⁻³⁰⁹.

Tal qual ocorreu quando se analisou o elemento da necessariedade, novamente aqui a doutrina aventou hipóteses em que, embora ausente dita autonomia, a questão ainda continuaria a reverberar sobre o *modo de ser* de questões subordinadas. A situação corrente a retratar fundada crítica corresponde às questões prejudiciais processuais. Essas não teriam autonomia

³⁰⁶ SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão...**, op. cit., seção 4.1.

³⁰⁷ Idem, loc. cit.

³⁰⁸ “A despeito disso, está bastante claro que não existe um conceito universal de questão prejudicial e que outros conceitos foram elaborados para justificar a coisa julgada sobre uma questão prejudicial que não se confunde com aquela que pode dar ensejo à declaratória incidental. Quer dizer que um ponto, ao menos, é indiscutível: *o conceito de questão prejudicial depende da lógica do sistema processual*.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. Op. cit., p. 235-236).

³⁰⁹ Luiz Guilherme Marinoni toca neste problema e sustenta que: “[...]. Para fixar o significado da expressão “questão prejudicial” inserta no art. 503 do Código de 2015, seria um grande absurdo ficar refém do que disse a doutrina italiana acerca da pregiudiziale do art. 34 do Codice di Procedura Civile ou a doutrina brasileira sobre a questão prejudicial relativa à ação declaratória incidental do Código de 1973.” (Idem, p. 226/227).

suficiente para serem discutidas em demanda autônoma, mas, ainda assim, preservariam sua índole prejudicial.

A doutrina divide-se em dois grandes grupos: i) negam a coisa julgada sobre questões prejudiciais processuais; ii) admitem a coisa julgada sobre questões prejudiciais processuais.

Aqueles que integram o primeiro grupo (decisão sobre questões processuais não faz coisa julgada) argumentam que a *vis attrativa* da coisa julgada, em nosso sistema, está atrelada ao mérito, logo, por simetria, somente as questões prejudiciais com reflexos diretos (ou com potencial para gerar efeitos) sobre o mérito estarão imunizadas pela *res iudicata*³¹⁰. Não sustentam, entretanto, que as demais modalidades de questões prejudiciais - processuais - estejam subtraídas de qualquer estabilização. Nada obsta, aliás, que uma determinada questão prejudicial processual seja reputada estável em outra demanda a partir de outras métricas estabilizadoras: princípio da proteção da confiança, princípio da boa-fé.

Já para os autores que perfilham o segundo grupo, a razão para submeter as questões processuais à coisa julgada partiria da ideia de ser equivocada a necessária correspondência entre a *res iudicata* e o mérito. A teoria da coisa julgada sobre questões, dessa forma, na ótica de Luiz Guilherme MARINONI, traria consigo a superação dessa visão secular sob o fundamento de que o escopo da estabilização da decisão sobre questões seria, ao fim e ao cabo, impedir que uma mesma questão fosse novamente discutida e decidida, ao passo que a coisa julgada sobre o mérito teria por objetivo tornar indiscutível a decisão proferida a respeito do que foi expressamente pedido pelas partes ou sobre a parcela do bem da vida tornado litigioso. Pondera-se, ainda, que a existência de sentenças processuais já era admitida no CPC revogado, não sendo uma inovação do código vigente. Ademais, diz-se que o art. 486, § 1º, do CPC, ao estabelecer que a propositura de nova ação está condicionada à correção do vício que levou à prolação de sentença sem resolução do mérito da demanda anterior, outra coisa não sinaliza senão para a ocorrência de coisa julgada sobre a decisão adrede proferida³¹¹. Trata-se de uma

³¹⁰ Esse é o entendimento de Ricardo Alexandre da Silva, *A nova dimensão...*, op. cit., seção 4.1.

³¹¹ O professor Luiz Guilherme Marinoni perfilha entendimento que reconhece a possibilidade de coisa julgada sobre questões processuais. Em síntese, seus principais argumentos são: “Deixou-se de lado, até agora, as questões processuais. Ainda que a questão processual constitua questão de que depende o julgamento do mérito, a equivocada e obscura ideia de que a coisa julgada é vinculada ao mérito poderia dificultar a aceitação de coisa julgada sobre questão processual. [p. 241]. [...] No entanto, uma teoria da coisa julgada sobre questão é incompatível com a noção de que a coisa julgada diz respeito exclusivamente ao mérito. Não apenas porque a coisa julgada sobre questão obviamente independe do julgamento do pedido, mas especialmente porque a coisa julgada sobre questão prejudicial não tem qualquer motivo para ficar limitada às questões de mérito, ou seja, às questões que dizem respeito apenas ao direito substancial. A coisa julgada sobre o pedido tem objetivo que não se confunde com o da coisa julgada sobre questão prejudicial. A coisa julgada adstrita ao pedido objetiva tutelar concretamente um “bem da vida”, eliminando a disputa sobre ele e evitando a sua negação futura. Por sua vez, a coisa julgada sobre questão, além de tutelar o modo como a questão é resolvida, visa sobretudo a impedir a relitigação da questão decidida. A tutela, assim, é da solução da questão ou da decisão em abstrato, de modo a

decisão que projeta seus efeitos extraprocessualmente, impedindo que a questão seja decidida em sentido contrário àquele já julgado³¹². Para além desses argumentos, aduz-se, por fim, que tanto haveria coisa julgada sobre decisões processuais que o próprio código, em seu art. 966, § 2º, admite a propositura de ação rescisória contra as sentenças proferidas com fundamento no art. 486, § 1º, do CPC (sentenças terminativas processuais).

A autonomia da questão prejudicial era indispensável sob a égide do CPC/73 porque apenas as questões com aptidão para ser objeto de ação declaratória incidental poderiam ser estabilizadas pela coisa julgada. Não houvesse a possibilidade de ser discutida numa ação declaratória incidental, a questão prejudicial jamais seria estabilizável. Ocorre que, à luz do CPC vigente, o instituto da coisa julgada deixou de estar condicionado ou de ser delimitado apenas pelo pedido das partes³¹³. Tornou-se possível que uma questão prejudicial seja alcançada

evitar sua rediscussão. [p. 242]. [...]. Assim, por exemplo, se na ação em que o autor pediu indenização por dano patrimonial o juiz reconheceu, diante de negação do réu e posterior discussão, que o autor tem capacidade processual, na ação em que o autor pedir indenização por dano moral em razão do mesmo acidente o réu não poderá pretender rediscutir a questão da capacidade processual, decidida no processo anterior. Este é o exato objetivo da coisa julgada sobre questão: impedir a relitigação da questão decidida no curso do processo. Note-se, portanto, que a admissão da coisa julgada sobre questão processual é uma consequência lógica e inarredável da coisa julgada sobre sentença processual, expressamente admitida no art. 486 do Código de Processo Civil. Diante da proibição de propor nova ação sem a correção do vício que interditou o julgamento do pedido, não há como não admitir que a coisa julgada sobre questão, instituída no direito brasileiro pelo art. 503 do Código de 2015, possa ficar limitada às questões de mérito. [p. 246-247].” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada...**, op. cit., seção 2.2.4, p. 241-249).

³¹² Fredie Didier Jr., *et alli*, também reconhecem a ocorrência de coisa julgada sobre sentenças processuais e as razões para tanto podem ser condensadas nos seguintes termos: “O legislador torna a decisão de inadmissibilidade estável: reputa inadmissível a solução da questão processual que levou à extinção do primeiro processo. Essa estabilidade extrapola o âmbito do processo em que a decisão foi proferida. Reproposta a demanda, o juiz desse segundo processo fica vinculado à decisão sobre a questão processual: se o defeito não for corrigido, a nova demanda não será examinada. Se a decisão se torna indiscutível e se essa indiscutibilidade opera-se também para fora do processo, não há razão para não chamá-la de coisa julgada. Há, aqui, *coisa julgada* quanto à questão de admissibilidade, uma *coisa julgada processual*: determinada questão processual foi decidida e a sua resolução tornou-se indiscutível. Tanto é assim que o legislador expressamente permite o ajuizamento de ação rescisória contra as sentenças previstas no § 1º do art. 486 (art. 966, § 2º). [p. 530]. [...]. Ora, o juízo de admissibilidade é uma decisão, tanto quanto o juízo de mérito; possuem, certamente, objetos distintos, mas isso não autoriza a conclusão de que aquele merece tratamento menos rigoroso. [p. 530]. A menção do *caput* do art. 503 às decisões de mérito deve ser interpretada em conjunto com o novo direito processual civil brasileiro, nada obstante reproduza entendimento consagrado, embora forjado num tempo em que o regramento da estabilidade das decisões processuais era bem diverso. Pode-se, claro, dizer que a estabilidade decorrente do § 1º do art. 486 não é coisa julgada, pois a ela não foi atribuído esse *nomen iuris* – é uma opção doutrinária legítima. [...]. A estabilidade decorrente do § 1º do art. 486 e a coisa julgada decorrente do art. 503 possuem o mesmo regime jurídico – o que as distingue é apenas o objeto que se torna indiscutível, consequência inevitável do fato de as decisões serem diferentes. A diferença existe entre as decisões que podem ser estabilizadas, e não entre as estabilidades. O art. 503 do CPC deve ser interpretado como consagrador de *um* caso de coisa julgada (a coisa julgada de decisões de mérito), e não do *único* caso em que a coisa julgada ocorre. [p. 531].” (DIDIER JR., Fredie, *et alli*. **Curso...**, v. 2, op. cit., p. 529-531).

³¹³ “Tenha-se presente que a ação declaratória incidental foi configurada a partir da premissa de que a coisa julgada depende de pedido, tendo esta premissa se baseado, entre outros pontos, na ideia de que a coisa julgada requer manifestação de vontade e consequente delimitação do objeto litigioso. A admissão de coisa julgada sobre questão prejudicial, nos termos do art. 503, constitui nítida opção pela segurança jurídica e pela coerência do direito em face da “liberdade de ação” do litigante. Esta opção legislativa, no entanto, não apenas desvirtua a coisa julgada do pedido ou da ação incidental, como *torna sem razão de ser, por simples consequência lógica, a noção de*

pela força estabilizadora da coisa julgada ainda que não tenha sido objeto de pedido expresso dos litigantes³¹⁴. Assim, além de romper com o princípio da demanda e de mitigar o princípio dispositivo e também o da correlação, o Código afastou-se do elemento da autonomia na medida em que descolou a coisa julgada sobre a questão da necessidade de pedido expresso em demanda autônoma.

No CPC/73, portanto, havia uma nítida opção de conectar a qualidade estabilizadora da coisa julgada à decisão sobre o bem da vida submetido à discussão e delimitado pelo pedido.

Some-se a tais alegações uma outra observação: há questões que subordinam a decisão de questões principais, mas que interessam apenas no contexto da demanda posta e à luz da questão principal, vale dizer, não teriam autonomia para figurar noutro processo a título principal, apesar de constituírem prejudiciais em face da questão subordinada³¹⁵. Isso demonstraria que a prejudicialidade assenta-se na aptidão para influenciar o julgamento da questão subordinada, ainda que essa influência fique restrita à moldura do processo.

As razões que havia, pois, para justificar a ideia de autonomia não subsistiriam numa lógica processual preocupada em evitar a rediscussão de questões já debatidas e decididas. Se a preocupação institucional do Judiciário é decidir, com definitividade, a questão principal submetida à análise e também evitar a rediscussão de questões já debatidas e julgadas, não

questão prejudicial própria à ação declaratória incidental.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. Op. cit., p. 227).

³¹⁴ Recorrendo novamente à lição de Luiz Guilherme Marinoni, o autor aponta que a autonomia da questão prejudicial foi idealizada para atender e explicar a ação declaratória incidental do CPC/73. Em suas palavras: “Quando a coisa julgada sobre questão prejudicial depende de pedido, a questão capaz de gerar coisa julgada é apenas a que pode ser veiculada mediante pedido ou pode ser objeto de ação declaratória autônoma. Assim, a questão prejudicial não pode gerar coisa julgada quando não tem natureza idônea à declaratória incidental. A solução da questão prejudicial, à distância da ação incidental, teria natureza meramente lógica, nos termos da doutrina de Chiovenda, para quem a solução de questões no curso do processo revelaria apenas o raciocínio lógico do juiz...” (Idem, p. 228). Linhas à frente, contudo, o processualista paranaense vai dizer que “O abandono das regras dos arts. 5º e 325 do Código de 1973, ou melhor, a desvinculação da coisa julgada sobre questão prejudicial da propositura de ação declaratória incidental é insuficiente para evidenciar que a questão prejudicial do art. 503 está em outro contexto, em que a coisa julgada tem objetivo completamente distinto.” (Ibidem, p. 236).

³¹⁵ A observação é feita por Barbosa Moreira: “32. Há outra razão, de ordem sistemática, que nos impede de arrolar a autonomia entre os traços característicos da questão prejudicial em sentido jurídico. Na primeira parte deste trabalho, focalizando o problema da prejudicialidade de um ponto de vista essencialmente lógico, deixamos assentado que a qualificação de *prejudicial* deve ser atribuída a esta ou àquela questão em razão da espécie de influência exercida por sua solução sobre a de outra, e que a ocorrência desse particular tipo de relação independe da natureza das questões vinculadas, quando consideradas em si mesmas. Pode suceder, e não raro sucede, que tenha natureza estritamente *processual* uma questão capaz de condicionar, por sua solução, o teor da solução que a outra se há de dar, e portanto mereça, em relação a essa outra, o nome de prejudicial. Assim, por exemplo, a questão suscitada acerca do valor da causa, em relação à que se levante sobre o recurso cabível da decisão definitiva de primeira instância (apelação ou embargos). Ora, é evidente que a questão subordinante, aí, só tem sentido *dentro de determinado processo*, não se concebendo que possa constituir objeto de apreciação judicial autônoma, em processo à parte. Se se quer, pois, manter a coerência lógica da construção proposta, não é razoável incluir a autonomia entre os caracteres necessários da questão prejudicial em sentido jurídico: seria, ainda aqui, renunciar à *visão unitária* da prejudicialidade, alvo essencial de nossa pesquisa.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Op. cit., p. 49-50).

parece haver mais espaço para que a coisa julgada fique confinada às questões de mérito, principais ou prejudiciais. Presentes todos os requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC, razões de segurança jurídica e de maior aproveitamento da atividade jurisdicional justificariam a predileção pela estabilização das questões com potencial para influenciar o julgamento de questões principais, bastando que haja um vínculo jurídico entre elas.

Ao lado da discussão sobre a autonomia das questões processuais, a doutrina, sob o mesmo pano de fundo, também diverge sobre a coisa julgada acerca da decisão relativa às questões fáticas³¹⁶. Os argumentos contrários concentram-se na (i) impossibilidade de haver ação declaratória sobre questões fáticas (art. 5º, 19 e 325, ambos do CPC), na (ii) preocupação em garantir o direito de defesa da parte requerida, (iii) na garantia que o demandado deve ter para calcular os resultados que podem advir da decisão proferida a respeito de tais questões e (iv) na regra do art. 504 do CPC, segundo o qual os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença (inc. I) e a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença (inc. II), não fazem coisa julgada³¹⁷.

Diz-se, ainda, que a aceitação de coisa julgada atinente ao julgamento de questões como as aqui tratadas pode incentivar aquilo que se convencionou chamar de *wait and see*, vale dizer, um estímulo a que as partes aguardem a decisão a ser proferida numa demanda até que, eventualmente, haja algum julgamento que lhe seja favorável. Haveria, com isso, um estímulo à litigação repetitiva e um desestímulo à formação de litisconsórcios ativos³¹⁸.

Sérgio Cruz ARENHART e Gustavo OSNA, apontam para a fragilidade de tais objeções³¹⁹. Na defesa que fazem da coisa julgada sobre questões fáticas, aduzem que a expressão “pode limitar-se à declaração”, inserta no art. 19 do CPC, não deve ser interpretada

³¹⁶ “É muito difícil a distinção entre questão de fato e questão de direito. Toda questão de direito pressupõe a ocorrência de um fato. Pode-se, de todo modo, dizer que questão de fato é aquela relacionada com a causa de pedir ou com a hipótese prevista no texto normativo, enquanto a questão de direito é aquela relacionada com as consequências jurídicas de determinado fato ou com a aplicação da hipótese de incidência prevista no texto normativo, com as tarefas de subsunção do fato (ou conjunto de fatos) à norma ou de concretização do texto normativo.” (Didier Jr. Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. Vol. 3. 17ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 774).

³¹⁷ As críticas constam de artigo dos professores ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. A cooperação nacional..., op. cit., seção 3.2.

³¹⁸ SIQUEIRA, Thiago Ferreira, op. cit., p. 226.

³¹⁹ A cooperação nacional como mecanismo..., op. cit. Outro autor a defender a coisa julgada sobre questões fáticas é Maurício Pereira Doutor, em artigo intitulado “Coisa julgada sobre questão: uma leitura à luz do princípio do acesso à justiça. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. vol. 9, ano 5, p. 61-84. São Paulo: Ed. RT, jan-jun, 2019.” Lucas Buril de Macedo também analisa a coisa julgada sobre questões de fato, mas afirma que, de lege lata, não haveria margem para sua admissibilidade. A despeito disso, pondera que, de lege ferenda, a hipótese aventada é possível (MACEDO, 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, out./2016, versão digital).

de modo restritivo. Não significa ela que o interesse do autor, numa ação declaratória, esteja limitado apenas às hipóteses expressamente previstas nos incisos do referido artigo. Quer ela indicar, em verdade, que o interesse do autor *também* pode existir nas hipóteses expressamente previstas pelo legislador, o que não exclui a possibilidade de haver interesse de agir noutras situações³²⁰.

O CPC, prosseguem os autores, não proibiu a coisa julgada sobre questões fáticas. Não havendo regra expressa no código a esse respeito, não seria dado à doutrina impor restrições inexistentes. Tampouco o art. 504 do CPC seria fundamento bastante para afastar a coisa julgada sobre questões fáticas porque ele estabeleceria não haver coisa julgada sobre a verdade dos fatos tida como *fundamento da sentença*, “...nada afirmando a respeito de eventuais pretensões (que sejam objeto da prestação jurisdicional) que envolvam a estabilização da verdade de fatos.”³²¹

Por fim, com relação ao direito de defesa, não haveria ofensa a seus ditames na medida em que, se houvesse, as próprias exceções legais deveriam ser reputadas inconstitucionais, vez que, por coerência, não poderiam existir razões para negar a ofensa ao direito de defesa em tais situações e reconhecê-la – a ofensa – em outras hipóteses apenas porque não positivadas.

Se for possível à parte calcular as implicações advindas do julgamento e da estabilização das questões fáticas³²², não haverá razões para afastar a coisa julgada sobre ditas decisões. O art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC, aliás, traz à decisão sobre tais questões um arcabouço robusto de elementos que devem ser observados para que, na eventualidade de haver decisão sobre questões fáticas, seja possível considerá-la estabilizada pela coisa julgada. Observados ditos requisitos, dentre os quais está o contraditório, logo a possibilidade de ter conhecimento dos fatos deduzidos, sobre eles influenciar e a partir deles fazer uma prognose das consequências possíveis em caso de julgamento contrário aos interesses da parte requerida, é

³²⁰ “Por outras palavras, preceitos como o art. 2º, parágrafo único, do CPC/39 (LGL\1939\3), o art. 4º do CPC/73 (LGL\1973\5) ou o art. 19 do CPC (LGL\2015\1656) atual jamais foram pensados para *proibir a ação declaratória em casos que não os expressamente arrolados no texto legal*. Seu objetivo era apenas deixar clara a opção do legislador por seguir a orientação doutrinária que aceitava a existência de um interesse processual mesmo em casos nos quais não se alegasse a violação ou a ameaça de certa pretensão. Logo, a ausência de previsão expressa no art.19 do CPC (LGL\2015\1656) (ou nos seus correspondentes anteriores) não pode ser tomada como indicativo de que o legislador objetivava vedar a possibilidade de que ações declaratórias fossem empregadas para a declaração da existência ou não de fatos que eventualmente pudessem ser relevantes para a parte.” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. A cooperação nacional..., op. cit., seção 3.2).

³²¹ Idem, loc. cit.

³²² “Havendo um fato jurídico – do qual possam advir consequências jurídicas –, pode, sem dúvida, haver interesse e utilidade na obtenção da certificação judicial, de modo a vincular o Estado, em demandas futuras, ao reconhecimento da existência ou não desse fato. Respeitado o direito de defesa do réu – que se faz com a adequada proteção de sua consciência sobre as consequências decorrentes do acolhimento ou da rejeição da ação –, não há o que impeça a admissão da medida.” (Ibidem, loc. cit.).

bastante razoável atribuir à decisão ares de coisa julgada, ficando as partes, e também o Estado-jurisdição, vinculados à eficácia dessa declaração.

Com relação à postura *wait and see*, parece haver meios para contorná-la, notadamente quando se parte de uma lógica de boa-fé e quando se percebe que o direito ao “dia na corte” ou, mais amplamente, o direito de acesso à justiça, não pode servir de escudo intransponível capaz de sempre legitimar a retomada de um debate já amplamente realizado e decidido. No direito estadunidense, parte desse problema é equacionado pelas *joinder rules*, presentes nas *Federal Rules of Civil Procedure*.

Ademais, o vencido, excepcionalmente, também pode se valer da prova emprestada como meio de defesa em demandas futuras, isso para prestigiar a economia processual e de custos, desde que seja possível à parte adversa exercer amplamente o contraditório sobre dita prova tomada de empréstimo.

Ainda que se pretenda utilizar a prova em face de quem não participou do processo matriz em que aquela foi produzida, não há que se falar, *ab initio*, de ofensa ao contraditório. Este deve ser aferido à luz do caso concreto, de modo que se a parte não participante do contexto probatório originário tiver condições de impugnar e complementar aludida prova, não haverá óbice a seu aproveitamento³²³. Tanto deve ser assim que a eventual irrepetibilidade de uma prova (porque alguns elementos essenciais não podem ser recuperados) não deve impedir, por si só, seu empréstimo, notadamente quando isso puder inviabilizar o exercício ou a defesa de um direito³²⁴. Não bastasse isso, insta observar que a transposição da prova não carrega consigo a valoração da mesma, vale dizer, o juiz do segundo processo não estará vinculado ao juízo valorativo levado a efeito na demanda matricial.

Ainda que a autonomia possa ser alijada das questões prejudiciais processuais sem descaracterizá-las, semelhante raciocínio não se manteria válido, para uma parcela considerável da doutrina³²⁵, quando o foco estivesse concentrado nas questões prejudiciais materiais (ou de mérito). Novamente aqui é preciso repisar a chave de interpretação adotada neste trabalho: não se está a negar que a autonomia possa se fazer presente em algumas questões prejudiciais. O

³²³ Os professores Marinoni, Arenhart e Mitidiero chamam a atenção para essa abordagem do contraditório: “Por fim, cabe imaginar a situação em que se busca emprestar prova de um processo, em que litigam “A” e “B”, para um processo entre “A” e “C”, ou para um processo entre “C” e “D”. Nessas hipóteses, ou apenas uma das partes é identificada com a do processo em que a prova foi produzida, ou nenhuma das partes é idêntica. Em tais situações, como o contraditório *das partes* não foi garantido na produção da prova, será necessário examinar se é possível cumprir com tal garantia no processo para o qual se pretende exportar a prova. Sempre que for possível garantir o contraditório – com a mesma eficácia que se teria caso o contraditório houvesse sido observado no processo primitivo –, o empréstimo da prova será admissível. Caso contrário, em princípio, a prova emprestada será inviável.” (MARINONI, Luiz Guilherme, *et alli*. **Curso...**, v. 2, op. cit., p. 298).

³²⁴ Ibidem, loc. cit.

³²⁵ É o entendimento de Ricardo Alexandre da Silva, in **A nova dimensão...**, op. cit., seção 4.1.

que se está a dizer é que a ausência dela, por si só, não é bastante em si para afastar a nota de prejudicialidade da questão, a qual é caracterizada pela antecedência lógica e pela aptidão para influenciar o julgamento da questão subordinada.

É preciso separar dois momentos para não haver contaminações indevidas. O primeiro momento corresponde à caracterização da questão prejudicial; o segundo momento consiste na identificação dos requisitos que devem estar presentes para que a decisão sobre a questão prejudicial ganhe ares de imutabilidade e indiscutibilidade. Tratam-se de situações distintas cujos marcos e requisitos não são justapostos. Vê-se que, no segundo momento, não devem pairar mais quaisquer dúvidas sobre a natureza prejudicial da questão.

A partir dessa cisão é importante ter muito claro que, para o que agora importa, o objeto de análise cinge-se ao quadrante anterior à decisão, ou seja, à própria identificação dos elementos imanentes à configuração da questão prejudicial. Essa distinção e esse esclarecimento são necessários porque deles se chegará à conclusão que o requisito da autonomia, se ainda subsiste, interessa apenas ao segundo momento, vale dizer, àquele em que se deliberará sobre a existência ou não de coisa julgada sobre a decisão proferida. As questões prejudiciais não se resumem apenas àquelas passíveis de estabilização pela coisa julgada. Essa simetria reduz sobremaneira o leque de questões prejudiciais e insere, em sua caracterização, elementos estranhos à sua existência³²⁶.

A essência, o núcleo, o cerne da questão prejudicial, consiste na aptidão para influenciar (essa influência pode ser meramente potencial) o modo de ser ou o conteúdo da questão subordinada. Para esse juízo, parece irrelevante que a questão tenha autonomia para ser julgada de forma principal numa demanda própria. A carência dessa circunstância não desnatura o condicionamento que ela poderá exercer sobre a questão subordinada. Em suma, o fato de uma questão ter, ou não, aptidão para ser objeto de uma ação autônoma, a despeito de entendimentos contrários, é indiferente para a caracterização da prejudicialidade. Adota-se, neste trabalho, a linha argumentativa que busca compreender a prejudicialidade como o vínculo jurídico entre as questões subordinante e subordinada, liame este não necessariamente causal,

³²⁶ Esse raciocínio aproxima-se daquele defendido por Pedro Henrique Reshke: “Percebe-se, então, que a busca por um critério jurídico para a identificação da questão prejudicial é absolutamente distinta da análise dos requisitos para que tais questões transitem em julgado. A exigência da ação declaratória incidental para que haja trânsito em julgado da questão prejudicial acabou nublando a fronteira entre esses dois problemas. Pode haver questões prejudiciais impassíveis de transitar em julgado, sem que isso desvirtue sua natureza. Na mesma linha, atese da autonomia peca por limitar a existência das relações de prejudicialidade às questões de mérito. Como dito anteriormente, a relação de prejudicialidade pode se dar entre quaisquer questões, inclusive aquelas unicamente processuais ou relativas ao direito de ação.” (RESCHKE, Pedro Henrique. **A expansão dos limites objetivos da coisa julgada**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 2018, p. 134).

mas relacional (ver item 9.3, *infra*), de modo que a autonomia é insuficiente, senão desnecessária, para identificação daquela.

A autovinculação da parte aos argumentos por ela apresentados também desponta como fator que não pode ser desconsiderado. Com isso se pretende chamar a atenção para o fato de que a parte não pode desdizer as alegações deduzidas noutra demanda sobre uma mesma questão. Presentes os elementos legais do art. 503 do CPC e sendo possível aferir os desdobramentos consequenciais daquilo que foi decidido (calculabilidade), o sistema de justiça encontra razões para obstar a repetição de discussões e análises.

Para Luiz Guilherme MARINONI, adepto dessa corrente que reputa dispensável o requisito da autonomia, “Questão prejudicial, na dimensão da coisa julgada que recai sobre decisão incidental, é a questão que necessariamente deve ser decidida para se julgar o pedido ou é a questão de que ‘depende o julgamento do mérito’, nos exatos termos do art. 503, § 1º, I, do Código...”³²⁷ Linhas à frente o mesmo autor esclarece que “...Na verdade, a questão prejudicial não mais está restrita nem a uma relação jurídica autônoma, capaz de dar origem à declaratória incidental, nem a uma relação jurídica complexa de que deriva o efeito jurídico postulado mediante o pedido.”³²⁸

Os contornos atuais da questão prejudicial, pois, são ditados pela antecedência lógica e pela aptidão para influenciar a questão subordinada.

9. ESPÉCIES DE PREJUDICIALIDADE

9.1. Prejudicialidade interna e externa

A prejudicialidade pode ser interna ou externa.

Será externa quando sua análise for aferida em processos distintos. Denota, tal externalidade, que a interação entre duas ou mais questões escapa aos limites de um único processo e pode influenciar as relações em diferentes momentos, de diferentes formas e em diversos processos. Essa característica é de extrema valia para o estudo da coisa julgada sobre questões, pois toca num aspecto importante desse debate, vale dizer, na repercussão que o julgamento de uma questão prejudicial terá (ou poderá ter) noutro julgamento. Havendo prejudicialidade externa, o código dispõe que o processo poderá ser suspenso (art. 313, V, *a*,

³²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. Op. cit., p. 236.

³²⁸ Idem, p. 237.

do CPC). Neste caso, o prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder 1 (um) ano (art. 313, § 4º, CPC).

A face interna da prejudicialidade, por sua vez, restringe-se às fronteiras do processo. Sinaliza para uma abordagem do tema no quadrante hermético do mesmo processo em que será decidida a questão subordinada.

9.2. *Prejudicialidade lógica e jurídica*

A construção do conceito de prejudicialidade lógica já foi elaborada acima. Logo, para não incorrer em repetições desnecessárias e enfadonhas, limita-se, neste momento, a registrar que a ideia por detrás dessa logicidade afasta-se de qualquer tentativa rasa e superficial de equipará-la com um critério puramente temporal ou cronológico³²⁹. Não há uma justaposição ou um paralelismo perfeito entre o aspecto lógico e o cronológico. O que se exige, ao fim e ao cabo, é que haja uma pertinência lógica (ou relação de subordinação) entre a questão prejudicial e a questão subordinada.

Um olhar mais detido ao problema da prejudicialidade apontou, contudo, para a necessidade de somar-se ao perfil lógico um elemento jurídico³³⁰. Essa constatação foi a força motriz subjacente à edificação da prejudicialidade jurídica. O condicionamento apenas lógico mostrou-se impreciso, descalibrado, porque não tomava em consideração os reflexos jurídicos que as questões anteriormente lógicas exerciam sobre as questões subordinadas. Em suma, nem todas as questões lógicas guardam alguma importância também jurídica para o julgamento da questão subordinada, o que levou a doutrina a afirmar que a prejudicialidade é ditada pela conjugação dos caracteres lógico e jurídico. Isso autoriza dizer-se que só se cogita de prejudicialidade jurídica se houver, também, prejudicialidade lógica, mas a recíproca não é

³²⁹ Ainda que essa distinção já esteja mais do que explicada, cita-se um último e derradeiro argumento de Barbosa Moreira: “Pouco importa que o pronunciamento do órgão judicial sobre as duas questões vinculadas haja de conter-se no âmbito de um mesmo ato processual - que ele as aprecie, por exemplo, numa única sentença. A ordem a que não poderá fugir é mais lógica do que cronológica. Ainda que as conclusões se exteriorizem de um jato, no raciocínio do juiz haverá sempre um *prius* (questão subordinante) e um *posterius* (questão subordinada). Neste sentido, e não em contexto temporal, é que se fala de questões prévias - que melhor se diriam, talvez, prioritárias - para designar todas aquelas cuja solução é logicamente anterior à de outras.” (**Questões prejudiciais e questões preliminares**. Op. cit., p. 76).

³³⁰ A percepção da insuficiência do conceito de prejudicialidade lógica e a necessidade de uma conotação também jurídica foi observada por Menestrina: “Concettualmente la nozione logica di pregiudizialità potrebbe senza alcuna modificazione usarsi anche dal giurista; ma ne nascerebbe un aggruppamento infecondo e senza valore scientifico. Accanto alla concezione logica giova dunque porre una concezione giuridica della pregiudizialità. La pregiudizialità giuridica nasce dall'unirsi di un nuovo elemento alla pregiudizialità logica: e il nuovo elemento è l'eguale natura del giudizio pregiudiziale e del finale. Da ciò segue tutto quello che è giuridicamente pregiudiziale è tale anche logicamente, ma non viceversa” (MENESTRINA, Francesco. Op. cit., p. 103).

verdadeira, ou, nas palavras de BARBOSA MOREIRA, “...*não há prejudicialidade jurídica que não seja antes prejudicial lógica*.”³³¹

A aferição dessa nova nota de juridicidade relativa à prejudicialidade poderia ser feita a partir de dois critérios: i) pelo critério da subsunção³³² (homogeneidade de natureza de juízos³³³ ou igual natureza de juízos³³⁴); e ii) pelo critério da autonomia³³⁵.

Para entender o critério da subsunção é preciso reter uma premissa importante: seus defensores, particularmente Francesco MENESTRINA, afirmavam que a *decisão da causa consistia na aplicação da norma geral e abstrata ao fato concreto deduzido em juízo*. Este é o critério de que se valem para caracterizar uma questão como prejudicial: *aplicação de uma norma geral e abstrata a um fato concreto e individual aportado ao processo*.

A partir desse marco, tudo que lhe escapasse não ostentaria a marca da prejudicialidade. No Brasil, BARBOSA MOREIRA, ao mesmo tempo em que rechaçou a teseda autonomia, sustentou que o critério de distinção entre a prejudicialidade jurídica e a prejudicialidade puramente lógica seria aquele que fosse “...bastante para isolar as questões em relação às quais *tenha sentido indagar* se fazem ou não coisa julgada os pronunciamentos judiciais que as resolvem, sem excluir *a priori*, por outro lado, nenhuma questão a propósito da qual seja lícito suscitar o problema.”³³⁶ O professor carioca exclui, linhas adiante, as meras questões de fato e as “... questões referentes à identificação e à interpretação da norma...”³³⁷ (questões unicamente de direito) dentre aquelas suscetíveis de serem qualificadas de prejudiciais porque nelas não haveria a já propalada subsunção de um fato a uma norma.

³³¹ **Questões prejudiciais e coisa julgada.** Op. cit., p. 46.

³³² José Carlos Barbosa Moreira não emprega expressamente a nomenclatura “subsunção”. Aduz que o critério para identificar a prejudicial assentaria-se na existência de *operações intelectuais dotadas da mesma natureza íntima*: “29. [...]. Propôs-se, então, limitar o campo da prejudicialidade em *sentido jurídico* aos casos em que a inserção do anel lógico resultasse de atividade mental idêntica àquela que dá nascimento à sentença definitiva, ou seja, de atividade também consistente em *aplicar norma a fato*. É bem de ver que a aplicação de tal critério pressupõe a existência do vínculo de dependência lógica, sem o qual de prejudicialidade não se pode falar. O elemento jurídico seria um plus, a completar o lógico, não a excluí-lo. [...]” (Idem, p. 45).

³³³ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. cit., seção 2.3.2.1.

³³⁴ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Op. cit., p. 204.

³³⁵ José Carlos Barbosa Moreira, depois de traçar considerações sobre o critério da *atividade mental idêntica*, apresenta o critério da autonomia nos seguintes termos: “30. Outra objeção é digna de mais atento exame: sustentam alguns que o critério exposto se revela inútil sob o ângulo propriamente jurídico, por não ministrar base válida para a construção sistemática da disciplina positiva da prejudicialidade. Tratar-se-ia de caracterização formulada, ainda, em nível essencialmente lógico, sem aplicação prática ao processo. Em substituição, propõe-se que a noção jurídica da prejudicial se funde na idoneidade da questão para ser objeto de *juízo autônomo*, em processo diverso daquele em que aparece como elo da cadeia lógica percorrida pelo raciocínio do juiz. Uma questão mereceria o rótulo de prejudicial em sentido jurídico se, noutro processo, pudesse vir a ser apreciada e resolvida como questão *principal*.” (**Questões prejudiciais e coisa julgada.** Op. cit., p. 46-47).

³³⁶ **Questões prejudiciais e coisa julgada.** Op. cit., p. 51.

³³⁷ Ibidem, loc. cit..

O segundo critério para estremar prejudicialidade lógica e jurídica cinge-se a algo já mencionado neste trabalho: a aptidão da questão para ser objeto de demanda autônoma. Será prejudicial, portanto, toda questão logicamente antecedente que possa ser objeto principal de demanda autônoma e de decisão estabilizável pela coisa julgada. Este critério, entretanto, não responde adequadamente às hipóteses de questões prejudiciais processuais³³⁸.

9.3. *Prejudicialidade enquanto vínculo jurídico*

A prejudicialidade enquanto vínculo jurídico é um critério delineado por Clarisse Frechiani Lara LEITE. Após debruçar-se sobre os fatores acima expostos (9.2) a autora reforça que a prejudicialidade é um dado relacional e propõe, a partir disso, que a aferição da prejudicialidade tome por ponto de partida o próprio vínculo e não outros critérios externos (autonomia e subsunção). Nas palavras da professora, “A prejudicialidade é jurídica, portanto, quando traduz uma vinculação jurídica entre premissa e conclusão, ou seja, uma vinculação ditada pelo direito, e não pela causalidade ou pela observância daquilo que ordinariamente acontece.”³³⁹

O mérito desse critério está no simples fato de partir de algo interno e indissociável de qualquer abordagem feita ao instituto da prejudicialidade, consistente naquilo que lhe é irrefutável, isto é, na ideia de relação jurídica entre duas questões. Como essa relação deve operar-se para que haja, entre elas, um vínculo de prejudicialidade jurídica, é o que a processualista Clarisse LEITE bem engendrou. Seu conceito não afasta, *a priori*, quaisquer questões (fáticas, de direito, uma situação jurídica) do alcance da prejudicialidade. Todas têm, em tese, aptidão para influenciar o julgamento doutras questões logicamente subordinadas, desde que, contudo, verifique-se um vínculo jurídico que permita conectá-las.

³³⁸ Marcos de Araújo Cavalcanti compila outras críticas na seção 2.3.2.3 de seu livro.

³³⁹ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Prejudicialidade...**, op. cit., p. 85.

CAPÍTULO V

LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

1. RETOMANDO ALGUMAS PREMISSAS E ABRINDO AS JANELAS PARA A ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO

Em qualquer sistema processual, ainda que haja matizações, a coisa julgada está indissociavelmente conectada com a ideia de segurança jurídica. Tanto aqui quanto alhures, o instituto também dialoga com a coerência do direito e busca evitar a relitigação ou a rediscussão daquilo que já foi debatido pelas partes e decidido judicialmente em outro processo. Percebe-se, ainda, uma nítida preocupação em assegurar previsibilidade às pessoas, naturais ou jurídicas, por meio da normatividade imanente ao sistema de justiça.

A operacionalização da segurança jurídica pode demandar (re)arranjos de arquétipos seculares. O apego aos modelos já consagrados, contudo, não pode ser irrefletido e aqueles que lidam com o processo não podem cerrar seus olhos à insuficiência de institutos, não importam quais sejam. É preciso pensar o processo de hoje e nos seus multifacetados delineamentos sem tentar reconduzi-los, necessariamente, aos modelos tradicionais. Institutos, pois, como o princípio da demanda e da coisa julgada, como já mencionado em outro momento deste trabalho, ainda conservam muito de sua importância, mas podem (por vezes precisam) ser recalibrados ou redimensionados para agasalhar com mais pertinência algumas particularidades do processo contemporâneo (foi o que ocorreu nos processos coletivos, na tutela coletiva de direitos individuais; é o que se propõe nos processos estruturais).

Nessa trajetória para encontrar técnicas que potencializem a tutela dos direitos, há de se analisar as ferramentas utilizadas no direito comparado³⁴⁰. Por uma questão metodológica e de aderência ao tema da coisa julgada, optou-se por trazer uma abordagem condensada de dois institutos do direito estadunidense que têm chamado a atenção da doutrina: o *estoppel* e a *issue preclusion*. A escolha impõe uma advertência: o propósito da análise é apenas elucidar possíveis influências de tais conceitos naquilo que foi inserido no direito pátrio por meio da regra do art.

³⁴⁰ “Uma maneira para melhor conhecer o direito nacional e buscar inspiração para resolver nossos próprios problemas práticos é conhecer de perto a experiência estrangeira com o tema. O estudo do direito comparado, longe de ser um mero instrumento teórico, nos ajuda a abordar os temas jurídicos de forma mais aberta e criativa e a pensar em problemas e soluções que a visão limitante da análise exclusivamente nacional não nos fornece...” (GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de código de processo civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. **Revista de Processo**. vol. 194/2011, p. 101-138, abr/2011 - versão digital).

503, §§ 1º e 2º, do CPC, notadamente no que diz respeito à estabilização da decisão proferida sobre questões (prejudiciais). Não haverá, pois, um aprofundamento, além do estritamente necessário, no estudo do direito comparado.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESTABILIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO ESTRANGEIRO

O estudo de qualquer sistema de estabilidades é tão antigo quanto complexo, dado que a todos é mais do que evidente. Tal complexidade, aliás, é refletida na diversidade de trabalhos dedicados exclusivamente a tal propósito³⁴¹.

2.1. *Cosa julgada no direito italiano*

No regime processual italiano, a coisa julgada material não possui uma definição expressa na legislação processual. Tal delineamento decorre da previsão inserta no art. 2909, do Código Civil italiano onde se lê que: “Art. 2909. (Cosa giudicata). L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.” Ao Código de Processo Civil italiano, incumbiu a definição da coisa julgada formal: “Art. 324. (Cosa giudicata formale). S'intende passata in giudicato la sentenza che non e' piu' soggetta ne' a regolamento di competenza, ne' ad appello, ne' a ricorso per cassazione, ne' a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395.”

A redação do art. 2909 do Código Civil italiano deu margem a incontáveis debates, notadamente entre as teorias processuais e as teorias materiais, a ponto de Andrea Proto PISANI afirmar que “[...]. Impostata in questi termini, la disputa può essere risolta solo con un atto di fede in favore dell'una o dell'altra tesi. Poiché le due teorie non si differenziano in modo apprezzabile sul piano delle conseguenze pratiche [...]”.³⁴²

³⁴¹ Para uma análise sistematizada das principais tendências de outros países no campo da estabilização das decisões judiciais tem-se: CABRAL, Antônio do Passo, **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 207-291; MARINONI, Luiz Guilherme, **Coisa julgada sobre questão**, op. cit., p. 31-192; SIQUEIRA, Thiago Ferreira, **Limites objetivos da coisa julgada...**, op. cit., p. 441-495; CAVALCANTI, Marcos de Araújo, op. cit., capítulo 3.

³⁴² PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 6ª ed. Napoli: Jovene Editore. 2014, p. 64. O trecho citado é precedido pela seguinte explicação: “L'art. 2909 c.c. ravvisa l'essenza del giudicato sostanziale nel “fare stato a ogni effetto dell'accertamento” del diritto. Il modo di operare del vincolo scaturente dal giudicato è stato il terreno di una storica disputa che ha impegnato la dottrina tedesca e quella italiana tra la fine del secolo XIX e la prima metà del secolo XX. Essa era diretta a verificare se tale vincolo si indirizzi solo ai giudici nei successivi processi fra le stesse parti, i loro eredi o aventi causa (teoria processuale della cosa giudicata) ovvero se esso sia anche ed innanzitutto una regola di condotta stabile indirizzata alle parti sul piano sostanziale (teoria sostanziale della cosa giudicata).”

Andrea Proto PISANI também faz uma distinção entre mero fato e fato-direito. Mero fato é aquele que tem relevância apenas enquanto fato constitutivo, modificativo do direito deduzido em juízo. Fato-direito, por sua vez, além de ter a mesma relevância do mero fato, dele se diferencia por ser, em si e por si, um direito decorrente de uma *fattispecie* autônoma, vale dizer, dotado de autonomia para constituir objeto de uma demanda judicial própria³⁴³. Dessa dualidade, o autor peninsular aponta que apenas o fato-direito teria o condão para figurar de forma autônoma numa demanda declaratória incidental.

Particularmente quanto à decisão das questões prejudiciais, há controvérsia a respeito da melhor interpretação a ser conferida ao art. 34 do código de processo civil italiano³⁴⁴. O artigo 34 do código processual peninsular esclarece que a decisão sobre a prejudicial só será estabilizada pela coisa julgada se tiver sido objeto de pedido expresso da parte (em ação declaratória autônoma) ou se a resolução da questão decorrer de uma imposição legal. Afora estas duas hipóteses, a decisão incidental de uma prejudicial não estará imune ao debate noutro processo futuro, podendo, inclusive, ensejar um julgamento logicamente incompatível com o anterior.

Na Itália, a tese que preconiza a vinculação da coisa julgada ao pedido e ao dispositivo remonta aos trabalhos de CHIOVENDA. Assim, para os que perfilham esta teoria, as questões prejudiciais estariam condicionadas à propositura da ação declaratória incidental para serem passíveis de estabilização pela coisa julgada. Por esse raciocínio, a resolução incidental de uma questão prejudicial como dado necessário ao julgamento da questão principal não estará acobertada pela coisa julgada.³⁴⁵ Há, pois, uma inegável imbricação entre a autonomia da questão e sua possível estabilização pela coisa julgada.

³⁴³ Nas palavras do próprio professor italiano: “I fatti (costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi) rilevanti ai fini del diritto dedotto in giudizio possono essere meri fatti o fatti-diritti. Per meri fatti si intendono quelli che rilevano unicamente come fatti costitutivi, modificativi, ecc. del diritto fatto valere in giudizio. Per fatti-diritti si intendono invece quelli che, oltre ad avere rilievo di fatti costitutivi, impeditivi, ecc., ai fini del diritto dedotto in giudizio dall'attore, in sé e per sé sono diritti sorgenti da un'autonoma fattispecie, cosicché potrebbero costituire oggetto di una autonoma domanda giudiziale.” (Idem, p. 62).

³⁴⁴ “Art. 34. (Accertamenti incidentali). Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti e' necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per matèria o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione dela causa davanti a lui.”

³⁴⁵ Recorre-se, novamente, à lição de Andrea Proto Pisani: “[...]. Dall'art. 34 si ricava che il diritto o rapporto pregiudiziale è oggetto di giudicato (è deciso "con efficacia di giudicato"), solo se la decisione con autorità di cosa giudicata è richiesta da esplicita domanda di una delle parti, ovvero è richiesta dalla legge. [...]. Se la decisione con autorità di cosa giudicata non è richiesta né da una delle parti, né dalla legge, l'unico diritto su cui il giudice deve pronunciarsi con efficacia di giudicato è il diritto fatto valere in giudizio dall'attore e non anche il diritto pregiudiziale su cui sia sorta questione. Di quest'ultimo il giudice conosce solo incidenter tantum. Ciò significa che l'accertamento sul diritto pregiudiziale vale solo ai fini della statuizione sul diritto originariamente fatto valere dall'attore, ma non ha efficacia extra processuale, non ha efficacia di regola di condotta concreta e stabile tra le parti, quindi non ha efficacia negli altri eventuali giudizi fra le stesse parti. Con una sola espressione, in via di

Ocorre que essa teoria da autonomia não teve o êxito de furtar-se às críticas. Como adverte Luiz Guilherme MARINONI:

[...]. A doutrina italiana atribuiu significados diversos ao termo “questão prejudicial” para demonstrar que, ao lado da questão prejudicial própria à declaratória incidental do art. 34 do *Codice di Procedura Civile*, existiria questão prejudicial capaz de dar origem à coisa julgada sem necessidade de declaratória incidental.³⁴⁶

No intuito de delimitar os contornos do art. 34 do CPC italiano, a doutrina passou a valer-se de uma distinção entre prejudicialidade técnica e prejudicialidade lógica. A primeira – técnica – partiria da ideia de que a prejudicialidade se perfectibilizaria entre relações diversas e que a existência de uma dependeria da existência da outra³⁴⁷. Já a prejudicialidade lógica ocorreria no bojo de uma mesma relação jurídica complexa e seria representada pelo liame entre a relação complexa e o direito que dela decorre³⁴⁸. A partir dessa dicotomia, há intensa divergência doutrinária, conforme explica Anissara TOSCAN:

Na Itália, a problemática envolvendo essa distinção reporta ao âmbito de aplicação do art. 34 c.p.c., que dispõe sobre o cabimento da ação declaratória incidental. Segundo a doutrina prevalecente, para que faça coisa julgada, exige-se a declaratória incidental seja nas hipóteses de prejudicialidade técnica, seja nas de prejudicialidade lógica. Para os defensores da tese do “giudicato implicito”, diversamente, na hipótese de prejudicialidade lógica, seria desnecessária a declaratória incidental. Há, ainda, uma opinião dita intermediária (v.g., Menchini, Pisani), que circunscreve o art. 34 do c.p.c. italiano à prejudicialidade técnica, admitindo que as questões logicamente prejudiciais sejam cobertas pela coisa julgada, dispensando a declaratória incidental, desde que (i) tenham sido discutidas pelas partes e que (ii) a solução da questão tenha concretamente constituído um elemento fundamental da decisão.³⁴⁹

Para além dessa discussão, a doutrina italiana também já abordou o problema da coisa julgada sobre questões a partir da noção de *collateral estoppel*. Michele TARUFFO investigou

principio (art. 34) l'accertamento sul fatto-diritto non ha autorità di cosa giudicata.” (PISANI, Andrea Proto. Op. cit., p. 63)

³⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. Op. cit., p. 229.

³⁴⁷ “Nella pregiudizialità tecnica il nesso di pregiudizialità-dipendenza intercorre tra rapporti giuridici diversi ed è tale cui l'esistenza di uno dipende dall'esistenza o inesistenza dell'altro. Il concetto di pregiudizialità tecnica ricomprende tutte quelle ipotesi in cui un diritto o un rapporto giuridico entra come elemento costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo in una fattispecie da cui deriva, quale effetto giuridico, un diverso diritto o rapporto. Ciò significa che l'esistenza dell'effetto o rapporto giuridico dipende dall'esistenza del diritto o rapporto costitutivo ovvero dall'inesistenza del diritto o rapporto impeditivo, modificativo, estintivo. In tali casi si dice che l'un rapporto giuridico è pregiudiziale all'altro rapporto, e che quest'ultimo è dipendente dal primo. Si può ancora parlare di rapporto condizionante e di rapporto condizionato.” (PISANI, Andrea Proto. Op. cit., p. 327).

³⁴⁸ “Nella pregiudizialità c.d. “lógica”, il nesso di dipendenza intercorre tra il singolo effetto giuridico ed il rapporto obbligatorio complesso di cui è parte o su cui si fonda tale effetto giuridico ed è tale per cui l'esistenza della singola coppia pretesa-obbligo dipende dall'esistenza del rapporto obbligatorio complesso. La pregiudizialità logica si manifesta, pertanto, sempre all'interno del medesimo rapporto giuridico, esprimendo la relazione che sussiste tra l'intero rapporto complesso e la *frazione* di esso costituita dal singolo diritto. Il fenomeno della pregiudizialità logica è strettamente collegato al tema dei limiti oggettivi del giudicato.” (Idem, p. 326-327).

³⁴⁹ TOSCAN, Anissara. **Coisa julgada...**, op. cit., p. 361-362.

o tema em dois artigos³⁵⁰ e concluiu que a noção de prejudicialidade tradicional não respondia a contento às exigências do processo civil italiano. Aduziu que a prejudicialidade deveria ser compreendida como a potencial idoneidade para definir o julgamento, independentemente de seu conteúdo, do momento em que decidida e de sua autonomia, e que a decisão a seu respeito corresponderia a um “giudizio pieno”³⁵¹ e não meramente lógico.

Partindo desses fundamentos, TARUFFO defendeu que o debate em solos italianos deveria ampliar seus horizontes e adotar outros parâmetros que permitissem a incidência da coisa julgada sobre o julgamento de questões prejudiciais³⁵².

O que se percebe, segundo aponta Bruno Vasconcelos Carrilho LOPES, é um movimento da doutrina italiana tendente à admissibilidade de ampliação da coisa julgada às questões prejudiciais decididas ao longo do processo, isto porque o art. 34, do CPC italiano, não versaria sobre coisa julgada e seus limites objetivos, mas sim sobre a competência para decidir as ditas questões prejudiciais³⁵³.

³⁵⁰ TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel e giudicato sulle questioni”, n. I. **Rivista di Diritto Processuale**, ottobre-dicembre 1971, anno XXVI, n. 4, p. 651-687; “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni”, n. II. **Rivista di Diritto Processuale**, aprile-giugno 1972, anno XXVII, n. 2, 272-300

³⁵¹ Nas palavras do professor italiano: “[...]. Dal carattere di pregiudizialità come idoneità della soluzione della questione a definire il giudizio segue comunque, indipendentemente dal contenuto della singola decisione e dal momento o dal contesto in cui essa viene pronunciata, che la questione pregiudiziale non viene decisa, di regola, con efficacia meramente logica, ma con un giudizio pieno; donde, l'idoneità di tale decisione a passare in giudicato.” (TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni”, n. II. **Rivista di Diritto Processuale**, aprile-giugno 1972, anno XXVII, n. 2, 272-300 [p. 285]).

³⁵² “Vale la pena di osservare che in questo modo risulta assai più ampio il campo delle questioni che possono definirsi pregiudiziali, e risulta quindi più ampia la sfera oggettiva del giudicato. L'opinione tradizionale muoveva, infatti, dal presupposto che solo la decisione di questioni configurabili già *ab initio* come “cause” o “controversie” (come tali idonee a costituire oggetto di un giudizio autonomo) potesse definirsi come “parte” o “capo” di sentenza; inoltre, perché su tale decisione potesse formarsi il giudicato, richiedeva che si versasse in un'ipotesi di accertamento incidentale ai sensi dell'art. 34 cod. proc. civ., e che quindi sussistesse in tal senso una domanda di parte o una prescrizione di legge. Viceversa, a parte il fatto che si può dubitare che l'art. 34 veramente condizioni il formarsi del giudicato al sussistere di tali condizioni, in base alla tesi alternativa sopra accennata, e che qui si accoglie, va ritenuto che: a) perché la decisione di una questione pregiudiziale possa considerarsi “capo” di sentenza non occorre che la questione sia idonea a costituire oggetto di un giudizio autonomo; b) il giudicato può formarsi sulla decisione di ogni questione (sia o non sia idonea a costituire oggetto di un giudizio autonomo) che presenti, nel contesto di ciò che costituisce materia di decisione, il carattere di pregiudizialità consistente nella sua potenziale idoneità a definire il giudizio. [...]. Anzitutto, va rilevato che in linea di principio non vi sono ragioni per escludere che il giudicato formatosi sulla decisione di una questione pregiudiziale sia efficace in un successivo diverso giudizio, nel quale la stessa questione sia ancora pregiudiziale, anche se rispetto alla decisione sua una pretesa diversa, e benché, quindi, dalla sua soluzione dipendano effetti giuridici diversi da quelli che ad essa erano collegati nel primo processo. Ciò discende da una considerazione di ordine più generale, attinente all'ambito di efficacia del giudicato: l'art. 2909 cod. civ., a differenza di quanto affermava l'art. 1351 cod. civ. del '65, non condiziona l'opera del giudicato al fatto che il secondo giudizio sia identico, quanto *al petitum* e alla *causa petendi*, al primo, e d'altronde la giurisprudenza ha spesso ammesso che il giudicato sia efficace anche in un giudizio oggettivamente diverso.” (Idem, p. 285-287).

³⁵³ Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, depois de expor a referida problemática sobre a finalidade do art. 34 do CPC italiano, aduz que: “...Nesse sentido as observações de TARUFFO, PUGLIESE, COMOGLIO, e, mais recentemente, de VOLPINO, que fazem expressa referência ao instituto do collateral estoppel e trazem os seguintes requisitos para que a decisão a respeito de questão prejudicial fique sujeita à coisa julgada: a) competência do juiz para apreciar em caráter principal a questão prejudicial, (b) legitimidade das partes para discutir a questão prejudicial em caráter principal e (c) explícito enfrentamento da questão na sentença, com a profundidade adequada

O que se observa do sistema peninsular é, enfim, uma tendência a aceitar que, além do dispositivo, também as questões decididas ao longo do processo e que sejam necessárias ao julgamento da questão principal possam ser estabilizadas pela coisa julgada³⁵⁴.

2.2. Coisa julgada no direito espanhol

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Civil*³⁵⁵ (LEC) trata da coisa julgada principalmente nos arts. 207.3, 207.4³⁵⁶, 222³⁵⁷, 400³⁵⁸, 408.3³⁵⁹.

a uma decisão judicial definitiva.” (**Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada.** Tese de doutorado. 2010. p. 35. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15032013-091621/publico/Tese_doutorado_versao_integral_Bruno_Vasconcelos_Carrilho_Lopes.pdf).

³⁵⁴ Idem, p. 36. Importante registrar que, na Itália, o debate sobre a contradição lógica entre duas decisões ainda permanece vivo. Marco Gradi, em recente estudo monográfico dedicado ao tema, procurou enfrentar o problema e, para tanto, apresentou diversas sentenças relativas a essa temática (Cass. 6011/2013; Cass. SU 4421/2007; Corte Cass. 253/2000; Cass. 24476/2019; Cass. 15339/2016). Observa que o tema permanece sem uma solução e pondera que os estudos devem ser feitos à luz de diversos princípios: *certeza giudicata*, *tutela dell'affidamento*, *ingiustizia dela decisione*, *principii di autoreponsabilità*. Afirma que a segurança jurídica é um princípio de textura complexa e que a tutela da confiança não é absoluta, de modo que sua reanálise pode ser possível em casos pontuais (ex: quando a decisão for injusta). Essas e outras considerações constam do livro: **Il contrasto teorico fra giudicati**. Bari: Cacucci editore. 2020.

³⁵⁵ Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

³⁵⁶ “Artículo 207. Resoluciones definitivas. Resoluciones firmes. Cosa juzgada formal. 3. Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas. 4. Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella.”

³⁵⁷ “Artículo 222. Cosa juzgada material. 1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo. 2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley. Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen. 3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley. En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad y medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil. Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado. 4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.”

³⁵⁸ “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.”

³⁵⁹ “Artículo 408. Tratamiento procesal de la alegación de compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda. Cosa juzgada. 3. La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada.”

A legislação espanhola traz uma distinção pouco usual para o direito pátrio. Na Espanha, as decisões judiciais podem ser de 3 (três) ordens, na esteira do que dispõe o art. 206 da LEC, e compreendem: *providencias*, *autos* e *sentencias*³⁶⁰. O que cada uma dessas modalidades significa e aquilo que cada uma abrange encontra explicação no próprio direito positivado³⁶¹.

A legislação espanhola adota uma concepção processual de coisa julgada, notadamente preocupada em manter a coerência e a harmonia das decisões, evitando a repetição de julgamentos. Fiel à sua opção, o legislador também procurou esclarecer que a coisa julgada não pode mais ser compreendida como sinônimo de presunção de verdade e que o instituto não mantém a sacralidade de outrora³⁶².

O legislador espanhol foi extremamente minudente no trato da coisa julgada, o que, todavia, não tornou o tema menos tormentoso e complexo. Ao fim e ao cabo, tal qual todo sistema moderno que esteja preocupado com a estabilização das decisões, o escopo por detrás

³⁶⁰ “Artículo 206. Clases de resoluciones. 1. Son resoluciones judiciales las providencias, autos y sentencias dictadas por los jueces y Tribunales.”

³⁶¹ “Artículo 206.1. 1.ª Se dictará providencia cuando la resolución se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial por así establecerlo la ley, siempre que en tales casos no exigiera expresamente la forma de auto. 2.ª Se dictarán autos cuando se decidan recursos contra providencias o decretos, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvencción, acumulación de acciones, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones, acuerdos de mediación y convenios, medidas cautelares y nulidad o validez de las actuaciones. También revestirán la forma de auto las resoluciones que versen sobre presupuestos procesales, anotaciones e inscripciones registrales y cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta Ley tramitación especial, siempre que en tales casos la ley exigiera decisión del Tribunal, así como las que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria, salvo que, respecto de estas últimas, la ley hubiera dispuesto que deban finalizar por decreto. 3.ª Se dictará sentencia para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la ley. También se resolverán mediante sentencia los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes.”

³⁶² Essa tomada de posição consta expressamente da exposição de motivos, seção IX, onde se lê que “[...]. En cuanto a la cosa juzgada, esta Ley, rehuyendo de nuevo lo que en ella sería doctrinarismo, se aparta, empero, de superadas concepciones de índole casi metajurídica y, conforme a la mejor técnica jurídica, entiende la cosa juzgada como un instituto de naturaleza esencialmente procesal, dirigido a impedir la repetición indebida de litigios y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos. Con esta perspectiva, alejada de la idea de la presunción de verdad, de la tópica “santidad de la cosa juzgada” y de la confusión con los efectos jurídico-materiales de muchas sentencias, se entiende que, salvo excepciones muy justificadas, se reafirme la exigencia de la identidad de las partes como presupuesto de la específica eficacia en que la cosa juzgada consiste. En cuanto a otros elementos, dispone la Ley que la cosa juzgada opere haciendo efectiva la antes referida regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos.”

do detalhamento legislativo teve um único alvo: evitar a reiteração de julgamentos³⁶³ e a prolação de decisões contraditórias³⁶⁴.

A coisa julgada material, em solo espanhol, recai sobre a sentença que analisa a questão de fundo, o mérito, e obsta um processo futuro com objeto idêntico ao do processo em que aquela coisa julgada se produziu (art. 222.1 da LEC), ainda que sob fundamentos diversos, porém já cognoscíveis (teoria da individuação). Há, contudo, uma posta pelo próprio art. 222.2, da LEC, corresponde aos “hechos nuevos y distintos”, ainda que relativos aos mesmos fundamentos – causa de pedir –, assim entendidos como “los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen.”³⁶⁵

Na Espanha, a doutrina aponta que o debate sobre o objeto do processo e os limites da coisa julgada não está mais adstrito à discussão sobre as teorias da individuação ou da substanciação. A doutrina analisa o tema sob outra perspectiva: fala-se em *objeto atual* e *objeto virtual*³⁶⁶.

O *objeto atual* corresponde ao pedido deduzido em juízo pelas partes, ao passo que o *objeto virtual* consiste nos fatos e fundamentos jurídicos que a parte poderia ter deduzido, mas não o fez³⁶⁷. Para os adeptos desse entendimento, a conjugação de ambos formaria o objeto

³⁶³ Jordi Nieva-Fenoll corrobora essa conclusão: “V – La doctrina ha incurrido en un exagerado detallismo en el estudio dogmático de la cosa juzgada, distinguiendo múltiples categorías (cosa juzgada formal, cosa juzgada material, firmeza, irrevocabilidad, inimpugnabilidad, invariabilidad o inmutabilidad, entre otras) que no son más que manifestaciones de un único fenómeno en diferentes ámbitos: La prohibición de la reiteración de juicios.” (NIEVA-FENOLL, Jordi. **Cosa julgada**. Op. cit., p. 313-314).

³⁶⁴ THEODORO JR., Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. **Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, jul. 2009, p. 15-30 [p. 18].

³⁶⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Direito processual civil espanhol. Disponível em https://www.academia.edu/17570556/2009_Direito_Processual_Civil_Espanhol. Acesso em 10/02/2022.

³⁶⁶ Tratando da insuficiência das teorias da individuação e da substanciação, Ángel Tinoco Pastrana explica que: “Por ello es por lo cual en la actualidad en el proceso civil español no tiene sentido aplicar las teorías de la individualización y de la sustanciación para definir el objeto del proceso, sino que hay que utilizar otros conceptos. Se trata por una parte del “objeto actual”, que es el objeto en un proceso en concreto o en un plano interno. Por otra del “objeto virtual”, que va referido a un proceso en concreto respecto a otros, y que sirve para resolver diversos problemas, y en lo que nos ocupa, la litispendencia y la función negativa o excluyente de la cosa juzgada.” (PASTRANA, A. T. La cosa juzgada material en el proceso civil español. Función excluyente y límites objetivos. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*. Umuarama. v. 9, n. 2, p. 247-264, 2006, p. 247-264, [p. 255-256]).

³⁶⁷ Recorre-se, novamente, à explicação de Ángel T. Pastrana: “El objeto actual del proceso está constituido por la pretensión o pretensiones del actor y sus fundamentos, por lo que abarca tanto los hechos como los fundamentos jurídicos que efectivamente haya aducido en tiempo y forma, y por lo que alegue el demandado de la misma manera. Sobre este objeto gira el proceso en concreto y tendrá que pronunciarse el Órgano Jurisdiccional (artículos 209.2ª, 3ª y 4ª y 218.1,1 L.E.Civ.). El objeto actual determina los efectos procesales de la litispendencia prohibición de mutatio libelli, perpetuatio iurisdictionis, y ut lite pendente nihil innovetur, no abarcando el efecto procesal conocido como “litispendencia en sentido estricto”. El objeto virtual, sin embargo está determinado por los sujetos del proceso, la petición y todos los hechos y fundamentos jurídicos que se hubieran podido alegar en un determinado proceso y no se adujeron. Luego el objeto virtual es consecuencia de la aplicación del artículo 400 L.E.Civ., y como hemos visto se manifiesta hacia fuera, respecto a otros procesos y determinando los límites de la litispendencia y la cosa juzgada. Respecto a la litispendencia, el objeto virtual es el que sirve para determinar los límites del efecto procesal conocido como “litispendencia en sentido estricto”, que es el referido a un proceso posterior y sirve para respetar la prohibición de bis in idem. [...]”. (Idem, p. 256).

litigioso do processo. Importante observar que, para o direito processual espanhol, o *objeto virtual* não está preso à causa de pedir apresentada na demanda, vale dizer, como bem observado por Humberto THEODORO JR., que “[...] Já a preclusão ampla da nova LEC alcança o objeto atual do processo, definido pela *causa petendi*, e vai além, para afetar todos os fatos e fundamentos que poderiam ter sido invocados para sustentar a demanda, mesmo que configurem outra *causa petendi*.”³⁶⁸ Assim, ao lado daquilo que foi objeto de pedido das partes, o objeto virtual submeterá à força atrativa da coisa julgada todas as possíveis causas de pedir que poderiam ser conhecidas e/ou invocadas quando da interposição da demanda.

A regra do art. 400 da LEC, e o tratamento conferido ao *objeto virtual*, apontam ser ônus da parte a alegação de todos os fundamentos possíveis para dar supedâneo ao pedido formulado. Não significa isso, entretanto, que haja, por imposição legal, uma obrigação de concentração de todas as pretensões decorrentes de um mesmo acontecimento. Melhor explicando: ao formular sua demanda e deduzir seu pedido, a parte tem o ônus de aportar ao processo todos os fundamentos (causas de pedir) possíveis, sob pena de não poder fazê-lo em outra oportunidade. Há uma imposição relativa à *concentração de fundamentos*. Por outro lado, a regra aqui estudada *não* impõe a concentração de *pedidos*, de modo que, se um mesmo evento der ensejo a vários pedidos, nada obstará que a parte ajuíze demandas sucessivas, ainda que relativas à mesma causa de pedir.

O art. 400 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* autoriza que haja coisa julgada sobre a decisão a respeito de questões jurídicas e fáticas. Contudo, ainda que o direito espanhol tenha essa abrangência mais elástica quando comparado ao direito brasileiro, por lá não há uma regra clara como aquela prevista no art. 503 do CPC brasileiro, vale dizer, o legislador silenciou quanto à ocorrência de coisa julgada (material) sobre a decisão de questões prejudiciais. A despeito disso, segundo observa Bruno Vasconcelos Carrilho LOPES, “...recentes estudos vêm defendendo interpretação diversa...”³⁶⁹ e proposto a ampliação da coisa julgada à decisão de aludidas questões.

A incidência da coisa julgada sobre as questões prejudiciais, contudo, não é irrestrita. Exige-se: i) que elas sejam logicamente antecedentes à questão principal; ii) que a questão seja

³⁶⁸ THEODORO JR., Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. **Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, jul. 2009, p. 15-30 [p. 18].

³⁶⁹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos...**, op. cit., p. 37.

imprescindível (necessária³⁷⁰) à estabilidade da decisão³⁷¹; iii) que tenham sido objeto de debate³⁷² (contraditório); iv) que o juiz tenha sobre elas se pronunciado³⁷³.

3. COISA JULGADA NO DIREITO ESTADUNIDENSE

Feitas tais observações sobre os direitos italiano e espanhol, insta esclarecer que, neste trabalho, optou-se por fazer um recorte para analisar particularmente o sistema estadunidense de estabilidades, ainda que o olhar também seja rápido. O propósito não é esgotar o tema, pois isso demanda uma imersão que escapa aos escopos traçados para este estudo. O que se pretende é traçar um panorama geral do sistema de estabilização norte-americano. Tal enfrentamento mostra-se atual e necessário porque a origem da coisa julgada sobre questões (art. 503, §§ 1º e 2º do CPC) é, por vezes, associada com o *collateral estoppel* e a *issue preclusion*.

Na incursão a ser realizada, pois, serão trazidos à tona 5 (cinco) casos comumente apontados em sede doutrinária para explicar, de forma bastante sintética, a ruptura de algumas

³⁷⁰ A necesidad também é apontada por Isabel Tapia Fernández como requisito da prejudicialidade: “6.2.2. Lo juzgado como antecedente lógico del objeto del segundo proceso. El segundo requisito que exige la norma es que lo resuelto en un proceso anterior sea una situación o relación jurídica que, siendo distinta de la que se somete de nuevo a consideración judicial, condicione la que se hace valer en el nuevo proceso; esto es, “cuando se establezca inequívocamente una necesaria conexión e interdependencia entre la situación jurídica creada por la primera sentencia y la que se debate en el segundo proceso” (dice la STS 117/1991, de 16 de diciembre). Lo que el precepto impone es que el Juez que haya de resolver una relación jurídica que dependa de otra ya resuelta, há de atenerse a ella, sin que sea posible enjuiciarla de nuevo.” (TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. **Consideraciones sobre la cosa juzgada, a la luz de la nueva regulación dada por el art. 222 de la ley de enjuiciamiento civil.** Disponível em http://ibdigital.uib.es/greenstone/sites/localsite/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2/006_t008.dir/Bajlib_2006_t008_005.pdf. Acesso em 12/02/2022, p. 44-45).

³⁷¹ “[...]. Deixando de lado detalhes formais como o cabeçalho ou a assinatura, e centrando-nos no raciocínio, tudo aquilo que não requer estabilidade para que a decisão se sustente será um pronunciamento prescindível. [...]. Trata-se daqueles pronunciamentos que, se não estiverem na decisão, tal decisão teria exatamente a mesma força e eficácia. [...]. Repito, a regra é simples de aplicar no sentido de que aquilo que, uma vez suprimido, não prive a sentença do sentido que dispôs o Juiz, será um pronunciamento prescindível e não terá autoridade de coisa julgada.” (NIEVA-FENOLL, Jordi. **Cosa julgada.** Op. cit., p. 205).

³⁷² “Em resumo, em relação aos pronunciamentos que são problemáticos (os prejudiciais e os dedutíveis), se há debate terá havido *res iudicanda*, e se o Juiz se pronuncia haverá *res iudicata*. Mas se houve debate mas o Juiz não se pronuncia, não haverá coisa julgada. E, ao revés, se não houve debate mas o Juiz se pronuncia, tampouco haverá coisa julgada. E, por último, se não houve nem debate nem pronunciamento, não pode haver coisa julgada de nenhum tipo. Portanto, debate e pronunciamento aparecem como dois elementos incindíveis para a produção da coisa julgada. Essa seria a conclusão final desta linha de pensamento.” (Idem, p. 214).

³⁷³ “Quanto às questões prejudiciais, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* não traz uma disciplina específica sobre a extensão dos limites objetivos da coisa julgada a elas. A doutrina, no entanto, propõe a extensão da coisa julgada aos motivos determinantes da decisão quando estiverem presentes os requisitos de (a) competência do juiz para apreciar em caráter principal a questão prejudicial, (b) legitimidade das partes para discutir a questão prejudicial em caráter principal, (c) explícito enfrentamento da questão na sentença, com a profundidade adequada a uma decisão judicial definitiva, e (d) a questão prejudicial deve ser homogênea, ou seja, deve estar diretamente ligada à causa de pedir deduzida na inicial.” (MARQUES, Lilian Patrus. **Contribuição crítica ao estudo dos limites objetivos da coisa julgada.** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06032015-130030/publico/Lilian_Patrus_Marques_dissertacao_completa.pdf, Acesso em 12/02/2022, p. 91-92).

regras e a consagração de outras que ainda hoje norteiam o sistema de justiça estadunidense. Em suma, o escopo é apresentar um panorama dos seguintes institutos: *claim preclusion*, *issue preclusion*, *collateral estoppel*, o *estoppel by record*, a regra da mutualidade, o *nonmutual defensive issue preclusion* e o *nonmutual offensive issue preclusion*.

3.1. Algumas ponderações sobre o instituto do *estoppel*

Um instituto que é bastante empregado na doutrina norte-americana é o *estoppel*. A origem francesa da palavra, derivada de *estoupe*³⁷⁴ ou *estoupail*³⁷⁵, foi explicada por Sir Edward Coke. Há vários desdobramentos advindos de sua aplicação. Sua fonte, contudo, remonta ao direito germânico, precursor desta ferramenta de estabilização.

Antes do *estoppel by record* havia, no direito europeu, os institutos do *estoppel by deed* (ou *estoppel to assert an after-acquired title*)³⁷⁶, *estoppel in pais* e *estoppel by default*. Com o *estoppel by deed* procurou-se evitar que a parte pudesse desdizer aquilo que fora declarado num ato formal e solene³⁷⁷. Já no *estoppel in pais*, o referencial para impedir a rediscussão passou a ser a conduta das partes, vale dizer, buscou-se impedir que uma parte exercesse contra outrem um direito cuja origem tenha sido uma conduta enganosa, fraudulenta, daquele que desejava exercer aquele direito em juízo contra a parte enganada. Buscava-se evitar que alguém auferisse vantagem injusta em face de outrem utilizando-se de meios legais para tanto³⁷⁸.

O *estoppel by record*, de início, era típico nas *Courts of King's Bench*. Posteriormente, passou a ser admitido também nas Cortes Eclesiásticas e nas Cortes de Equidade, antes avessas à sua aplicação (nestas prevalecia a *res judicata*).

Na sua essência, o *estoppel by record* consistia em obstar a parte de retomar (retroceder a) uma situação a respeito da qual ela já participara ou para cuja ocorrência ela (a parte) tenha concorrido. Ele estava conectado com o conteúdo dos documentos produzidos ao longo do

³⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**, op. cit., p. 34.

³⁷⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. cit., seção 3.4.1.

³⁷⁶ Surgiu no caso *Roberts v. Karr* (1809)

³⁷⁷ Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni: “Assim, o *estoppel by deed*, em poucas palavras, é uma proibição de postular em contrário ao que se declarou num ato solene.” (**Coisa julgada sobre questão**, op. cit., p. 35).

³⁷⁸ Novamente se recorre à lição de Luiz Guilherme Marinoni para explicar o *estoppel in pais*: “Já o *estoppel in pais*, também chamado de *estoppel by conduct*, significa que alguém que, em virtude das suas palavras ou de sua conduta, leva outro a acreditar na existência de certo estado de coisas, induzindo-o a agir a partir desse estado de confiança, não pode posteriormente alegar a existência de uma situação contrária ou diferente para dela se beneficiar.” (Idem, p. 35).

processo e não propriamente com o julgamento proferido³⁷⁹. Essa noção de *estoppel by record* remonta ao caso *Outram v. Morewood*, 3 East 346 (1803), particularmente à decisão proferida pelo Lord Ellenborough, em que se assentou a vinculação às alegações e ao direito probatório (e à sua documentação), e não ao julgamento³⁸⁰.

Com o evoluir social, econômico, cultural, político dos Estados Unidos, passou-se a perceber, no campo jurídico, que as figuras de estabilização germânicas e inglesas não tinham o grau de desenvolvimento e de sofisticação necessário para atender às necessidades americanas. Aliado a isso, o tratamento inglês ao fenômeno da estabilização era pouco sistematizado e não conferia a segurança que o pragmatismo estadunidense sempre buscou.

A partir dessa constatação, o caso *Cromwell v. County of Sac*, 94 US 351 (1876)³⁸¹, é paradigmático porque é apontado como o primeiro julgamento em que a Suprema Corte Americana reconheceu a incidência do *estoppel*.

Para entender o contexto fático, contudo, é preciso rememorar que anos antes, em 1870, houve outro julgamento em que *Smith*, na condição de substituto processual de *Cromwell*, postulou, em face de *County of Sacramento (Sac)*, Estado de Iowa, a restituição de valores que seriam utilizados para a construção de um prédio (Tribunal) pela municipalidade, obra essa que não veio a se concretizar (*Smith v. Sac County*, 78 U.S. 139 (1870)³⁸²). Por ocasião desse primeiro julgamento restou decidido que a restituição era indevida porque os títulos apresentados pelo autor, *Smith*, eram nulos. Esclarecido o caso *Smith v. County of Sac*, retomemos a análise do caso *Cromwell v. County of Sac*. Nele, a Suprema Corte dos EUA considerou que o autor, *Cromwell*, não poderia mais repropor e rediscutir a validade dos títulos que embasariam o pedido de restituição de valores porque a decisão proferida entre *Smith v. County of Sac* já reconheceu a nulidade dos títulos e tal decisão teria o efeito de obstar uma nova demanda, atuando como *estoppel*.

³⁷⁹ A explicação é apresentada por Robert W. Millar no seguinte excerto: "...its actuating motive was the inability of the party to recede from a condition which he had created or cooperated in creating. Under its operation the factor of preclusion was not the judgment but the allegation or admission of the party in the judgment-proceeding, which he was not allowed to contradict. (**The premises of the judgment as res judicata in continental and anglo-american law**. Michigan law review. p. 238. Disponível em www.jstor.org/stable/1283167).

³⁸⁰ "It is not," he says, "the recovery, but the *matter alleged* by the party, and *upon which the recovery proceeds*, which creates the estoppel. The recovery of itself in an action of trespass is only a bar to the future recovery of damages for the same injury; but the estoppel precludes parties and privies from contending to the contrary of that point, or matter of fact, which having been once distinctly put in issue by them, or by those to whom they are privy in estate or law, has been, on such issue joined, solemnly found against them..." (in MILLAR, Robert. Wyness. **The historical relation of estoppel by record to res judicata**. v. 35 Illinois Law Review of Northwestern University. (1940-1941), p. 51).

³⁸¹ Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/94/351>.

³⁸² Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/78/139/>.

Luiz Guilherme MARINONI chama a atenção para uma peculiaridade do caso *Cromwell v. County of Sac*, quando afirma ter sido nele que os contornos do instituto do *estoppel* foram atrelados à existência de uma questão discutida e decidida. Nas palavras do referido professor, “A particularidade de *Cromwell v. County of Sac* está em que nele a Suprema Corte dos Estados Unidos restringiu o conceito de *estoppel*, relacionando-o a uma *questão discutida e decidida...*”³⁸³ Ao negar uma nova oportunidade para debater uma questão já discutida e decidida em outra oportunidade, a Suprema Corte estadunidense também procurou (re)afirmar sua autoridade (e de suas decisões) e sinalizar que os recursos judiciais devem ser usados com racionalidade e eficiência³⁸⁴.

3.2. A regra da mutualidade

O *estoppel* foi, por muito tempo, atrelado à regra da mutualidade, vale dizer, a decisão de uma questão numa primeira demanda somente poderia ser alegada num segundo processo quando houvesse identidade de partes, isto é, apenas às partes era permitido utilizar, *umas contra as outras*, decisão proferida em julgamento anterior a respeito da mesma questão. Não havia a possibilidade dessa decisão ser utilizada por terceiro em seu *benefício*. As amarras da mutualidade restringiam tal aplicação. Dita regra, contudo, passou a ser questionada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, que se debruçaram sobre as razões apontadas para a subsistência da mutualidade.

Ao fim desse percurso, concluiu-se pela fragilidade dos argumentos favoráveis à continuidade de aludida regra sob o fundamento de inexistir razões sólidas para permitir que uma questão fosse rediscutida num segundo processo, quando já discutida e decidida em processo anterior, apenas e tão somente porque a parte beneficiada pela decisão não tivesse participado do primeiro julgamento. Se, em regra, um terceiro não pode ser prejudicado por uma decisão proferida em processo do qual não participou, o mesmo não se pode dizer daquele que, tendo participado, tenha perdido, mesmo quando lhe tenha sido assegurada ampla e justa

³⁸³ **Coisa julgada sobre questão**, op. cit., p. 48.

³⁸⁴ Numa síntese conclusiva, Luiz Guilherme Marinoni explicita que: “Portanto, a compreensão de *Cromwell v. County of Sac* revela que o *estoppel* estadunidense nasceu preocupado com a coerência do direito, a autoridade e a eficiência das Cortes e a economia, aspectos que sempre estiveram presentes no desenrolar do desenvolvimento do *collateral estoppel* nos Estados Unidos. Daí que a consideração do caso *Cromwell* mostra não só a íntima ligação entre o *estoppel* estadunidense e os três princípios básicos do Estado Constitucional (segurança jurídica, liberdade e igualdade), mas também a necessidade de se pensar em uma racional alocação de custos do Estado para uma eficiente administração da Justiça.” (Idem, p. 50).

oportunidade de debater as questões³⁸⁵. Na medida em que a parte tenha discutido amplamente a questão decidida, razões de segurança jurídica, de eficiência e de coerência das decisões, sobrepõem-se aos motivos para autorizar a reabertura do debate.

Era compreensível que uma parte não pudesse ser *prejudicada* por um julgamento do qual não tenha participado, mas não se compreendia porque um terceiro *beneficiado* por uma decisão *inter alios* não pudesse dela se valer. A partir desta constatação, é importante chamar a atenção para o fato de que as regras do *estoppel* foram edificadas sob a perspectiva do terceiro beneficiado, seja ele parte autora ou parte requerida. Assim, não se estava a tratar do uso pela própria *parte* beneficiada no primeiro julgamento. Não se autorizou o uso da decisão favorável à *parte da primeira demanda* para prejudicar terceiros em processos futuros quando eles não tenham participado da relação processual matriz.

O desprestígio dessa regra da mutualidade teve seu começo no caso *Bernhard v. Bank of America Nat Trust & Savings Association*, 19, Cal. 2d 807 (1942)³⁸⁶. Neste caso, julgado pela Corte da Califórnia, a Corte Federal reconheceu que a parte requerida poderia alegar em seu benefício, a título de defesa, decisão proferida em julgamento anterior a respeito da mesma questão, desde que a outra parte tivesse dele participado e nele exercido amplamente o contraditório sobre dita matéria. Abandonou-se, com isso, a famigerada regra da mutualidade.

Foi somente no ano de 1971 que a Suprema Corte Americana decidiu, pela primeira vez, afastar a regra da mutualidade.

Trata-se do caso *Blonder-Tongue Laboratories v. University of Illinois*, 402 US 313 (1971)³⁸⁷. Antes de prosseguir, uma observação: ao contrário do que possa parecer, neste caso ora sob análise, a parte autora é a *University of Illinois* e a parte requerida é *Blonder-Tongue Laboratories*. Referido caso redundou na superação parcial do precedente firmado em *Triplett v. Lowell*, 297 U.S. 638 (1936)³⁸⁸, isto porque, neste último, a Corte havia estabelecido que o julgamento de invalidade de uma patente não implicaria em coisa julgada em desfavor do titular

³⁸⁵ Há uma célebre passagem de autoria de Jeremy Bentham que bem resume esse argumento: “... There is reason for saying that a man shall not lose his cause in consequence of the verdict given in a former proceeding to which he was not a party; but there is no reason whatever for saying that he shall not lose his cause in consequence of the verdict in a proceeding to which he was a party, merely because his adversary was not. It is right enough that a verdict obtained by A against B should not bar the claim of a third party C; but that it should not be evidence in favour of C against B, seems the very height of absurdity...” (BENTHAM, Jeremy. Rationale of judicial evidence. In: **The works of Jeremy Bentham**. London: John Bowring, v. 7, 1843, p. 171).

³⁸⁶ Disponível para consulta em <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2d/19/807.html>.

³⁸⁷ Disponível para consulta em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/402/313/>.

³⁸⁸ Disponível para consulta em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/297/638/>.

da patente reputada inválida em um litígio futuro contra outro demandado³⁸⁹, de modo que a parte poderia rediscutir aquilo que já fora decidido sobre a (in)validade da patente.

O caso *Blonder-Tongue Lab. v. University of Illinois* foi o marco para aquilo que se chamou de *nonmutual defensive issue preclusion*. Em demanda envolvendo violação de patente, a parte requerida, *Blonder-Tongue Lab.*, alegou, em sua defesa, que a matéria já havia sido julgada em outro processo em que a Universidade, também autora, teve oportunidade de ser ouvida e de produzir as provas pertinentes para respaldar suas alegações, o que, ainda assim, não foi suficiente para que a patente postulada pela Universidade fosse tida por válida. Restou afastada, assim, a regra da mutualidade para legitimar o uso, em benefício de terceiros, de decisão tomada em demanda da qual não foram parte (tais terceiros).

Não tardou para que outro caso importante sobre o instituto do *estoppel* fosse analisado pela Suprema Corte Americana. Trata-se do caso *Parklane Hosiery Co. Inc. v. Shore*, 439 US 322 (1979)³⁹⁰.

Para uma melhor compreensão do caso faz-se necessária uma contextualização.

No ano de 1974, *Shore*, na condição de representante adequado, moveu uma *class action* em face de *Parklane Hosiery*. Por sua natureza complexa e pelo rito processual aplicável, as *class actions* possuem uma tramitação mais lenta. A despeito dessa *class action*, no ano de 1976, *Parklane* foi novamente acionado por SEC (*U.S. Securities and Exchange Commission*). Há várias peculiaridades processuais interessantes nos dois casos, mas importa reter que, em *SEC v. Parklane*, discutiu-se, de forma ampla e justa, a questão atinente à alegada ofensa às leis e aos regulamentos federais, atribuída a *Parklane Hosiery* e seus diretores, decorrente de uma falsa e enganosa alegação de fusão empresarial. Findo o julgamento (*SEC v. Parklane Hosiery*), e porque a *class action* ainda estava em seu estágio inicial, a parte autora da demanda coletiva, *Shore*, pediu um julgamento sumário sob o fundamento de que a decisão proferida em *SEC v. Parklane Hosiery* teria o condão de impedir a demandada (*Parklane Hosiery*) de rediscutir a questão atinente à sua responsabilidade pela falsa e enganosa alegação referente à fusão empresarial. O pedido foi negado em primeira instância. Em sede recursal (Segundo Circuito), a tese da parte autora (*Shore*) foi acolhida, autorizando o uso ofensivo do *collateral estoppel*.

³⁸⁹ É o que se extrai da seguinte passagem do julgamento de *Blonder-Tongue v. University of Illinois*: “Syllabus. This Court’s holding in *Triplett v. Lowell*, 297 U.S. 638, 56 S.Ct. 645, 80 L.Ed. 949, that a determination of patent invalidity is not res judicata against the patentee in subsequent litigation against a different defendant...” (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/402/313/>). Já em *Triplett v. Lowell* tem-se o seguinte excerto: “Syllabus 1. Neither the disclaimer statute, R.S. §§ 4917, 4922, nor the rules of the common law applicable to successive litigations concerning the same subject matter preclude relitigation of the validity of a patent claim previously held invalid in a suit against a different defendant. P. 297 U. S. 642.” (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/297/638/>).

³⁹⁰ Disponível para consulta em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/439/322/>.

Essa decisão, todavia, contrastava com outra proferida pelo Quinto Circuito quando do julgamento do caso *Rachal v. Hill*. Essa divergência foi reconhecida pela Suprema Corte Americana que, após conceder o *certiorari*, decidiu ser possível o *nonmutual offensive collateral estoppel*.

A diferença para *Blonder-Tongue* é relevante e refere-se à perspectiva subjetiva daquele que alega o *estoppel*. Se em *Blonder-Tongue* reconheceu-se possível a alegação de *estoppel* pela parte requerida, no caso *Parklane Hosiery Co. Inc. v. Shore*, 439 US 322 (1979)³⁹¹ a Suprema Corte admitiu que a *parte autora também o fizesse*³⁹².

³⁹¹ Luiz Guilherme Marinoni dissecou aludido caso e, ao fim da análise, conclui: “Como está claro, em *Parklane* a Suprema Corte terminou a discussão a respeito da possibilidade de *terceiro* (que não participou e não poderia participar do processo) invocar coisa julgada sobre questão em seu favor. Ao decidir, evidenciou a possibilidade de o autor, estranho ao primeiro processo, também poder invocar a coisa julgada, esclarecendo que o juiz do caso apenas não poderia admiti-la quando presentes circunstâncias capazes de demonstrar que o *collateral estoppel* está sendo utilizado em prejuízo à parte que está sendo proibida de rediscutir a questão - como a da inexistência de *full and fair opportunity* de discutir no primeiro processo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**, op. cit., p. 88).

³⁹² Neste mesmo caso, o voto da Suprema Corte apontou, mas não reconheceu presentes, alguns argumentos contrários à utilização do uso ofensivo do *collateral estoppel*. Ainda que longo, um trecho do voto desse julgamento concentra os principais motivos para rechaçar o uso ativo do *collateral estoppel*: “B. The *Blonder-Tongue* case involved defensive use of collateral estoppel - a plaintiff was estopped from asserting a claim that the plaintiff had previously litigated and lost against another defendant. The present case, by contrast, involves offensive use of collateral estoppel - a plaintiff is seeking to estop a defendant from relitigating the issues which the defendant previously litigated and lost against another plaintiff. In both the offensive and defensive use situations, the party against whom estoppel is asserted has litigated and lost in an earlier action. [...]. First, offensive use of collateral estoppel does not promote judicial economy in the same manner as defensive use does. Defensive use of collateral estoppel precludes a plaintiff from relitigating identical issues by merely “switching adversaries.” *Bernhard v. Bank of America Nat. Trust Savings Assn.*, 19 Cal. 2d at 813, 122 P.2d at 895. [Footnote 12] Thus, defensive collateral estoppel gives a plaintiff a strong incentive to join (Page 439 U. S. 330) all potential defendants in the first action if possible. Offensive use of collateral estoppel, on the other hand, creates precisely the opposite incentive. Since a plaintiff will be able to rely on a previous judgment against a defendant, but will not be bound by that judgment if the defendant wins, the plaintiff has every incentive to adopt a “wait and see” attitude, in the hope that the first action by another plaintiff will result in a favorable judgment. [...]. A second argument against offensive use of collateral estoppel is that it may be unfair to a defendant. If a defendant in the first action is sued for small or nominal damages, he may have little incentive to defend vigorously, particularly if future suits are not foreseeable. [...]. Allowing offensive collateral estoppel may also be unfair to a defendant if the judgment relied upon as a basis for the estoppel is itself inconsistent with one or more previous judgments in favor of the defendant. [Footnote 14]. Still another situation where it might be (Page 439 U. S. 331) unfair to apply offensive estoppel is where the second action affords the defendant procedural opportunities unavailable in the first action that could readily cause a different result. C. We have concluded that the preferable approach for dealing with these problems in the federal courts is not to preclude the use of offensive collateral estoppel, but to grant trial courts broad discretion to determine when it should be applied. [Footnote 16] The general rule should be that, in cases where a plaintiff could easily have joined in the earlier action or where, either for the reasons discussed above or for other reasons, the application of offensive estoppel would be unfair to a defendant, a trial judge should not allow the use of offensive collateral estoppel. In the present case, however, none of the circumstances that might justify reluctance to allow the offensive use of collateral estoppel is present. The application of offensive collateral (Page 439 U. S. 332) estoppel will not here reward a private plaintiff who could have joined in the previous action, since the respondent probably could not have joined in the injunctive action brought by the SEC even had he so desired. [Footnote 17] Similarly, there is no unfairness to the petitioners in applying offensive collateral estoppel in this case. First, in light of the serious allegations made in the SEC’s complaint against the petitioners, as well as the foreseeability of subsequent private suits that typically follow a successful Government judgment, the petitioners had every incentive to litigate the SEC lawsuit fully and vigorously. [Footnote 18] Second, the judgment in the SEC action was not inconsistent with any previous decision. Finally, there will in the respondent’s action be no procedural opportunities available to the petitioners that were unavailable in the first action of a kind that might

Em suma, autorizou-se o uso ofensivo do *estoppel*, naquilo que ficou conhecido por *nonmutual offensive issue preclusion*³⁹³.

3.3. *Claim preclusion e issue preclusion*

O debate sobre *claim* e *issue preclusion* é uma derivação do estudo da *preclusion by prior adjudication* ou *doctrine of former adjudication*. Trata-se de uma relação de gênero e espécies. Ambas concernem à estabilização de decisões em face de outros processos, ora quando em voga a discussão sobre a mesma causa de pedir, ora quando se trate de demandas com causas de pedir diversas.

Luiz Guilherme MARINONI, discorrendo sobre ambas as figuras³⁹⁴, esclarece que a expressão *cause of action* foi utilizada como sinônimo de *claim*³⁹⁵. Adverte, contudo, que essa equiparação nem sempre foi precisa, sendo, em verdade, desnecessário buscar tal sinonímia. O importante, segundo o professor paranaense, é perceber “...que, quando se fala em *claim preclusion*, admite-se que o julgamento pode precluir o que foi pedido ou o que poderia ser pedido com base na *claim*.”³⁹⁶. A partir desta constatação, *claim preclusion* em muito se aproxima da coisa julgada e possui dois efeitos característicos (*merge* e *bar*) que se bifurcam, isto porque impedem que a *parte*, na hipótese de *decisão benéfica*, possa rediscutir a mesma *claim* em outra demanda ou propor uma nova demanda a partir da mesma *claim* (efeito que recebe o nome de *merge a claim*), e também obstam que a *parte*, quando *desfavorável à decisão*

be likely to cause a different result. [Footnote 19] We conclude, therefore, that none of the considerations that would justify a refusal to allow the use of offensive collateral estoppel is present in this case. Since the petitioners received a “full and fair” opportunity to litigate their claims in the (Page 439 U. S. 333) SEC action, the contemporary law of collateral estoppel leads inescapably to the conclusion that the petitioners are collaterally estopped from relitigating the question of whether the proxy statement was materially false and misleading.”

³⁹³ Luiz Guilherme Marinoni elenca cinco conclusões dos casos *Blonder-Tongue v. University of Illinois* e de *Parklane Hosiery Co. Inc. v. Shore*: “Das decisões proferidas em *Blonder-Tongue* e *Parklane* podem ser extraídas as seguintes conclusões: (i) não é mais razoável, mesmo em nível teórico, conceder ao litigante mais de uma plena e justa oportunidade para a resolução judicial de uma mesma questão; (ii) outorgar mais de uma oportunidade para a discussão de uma mesma questão contradiz a racionalidade da administração da justiça, sujeita os litigantes ônus financeiros despropositados e nega a importância da distribuição coerente do direito; (iii) aquele que não foi parte de processo em que produzida coisa julgada sobre questão pode alegá-la em seu favor em ação posterior em que for autor ou réu; (iv) a não parte pode invocar a proibição de discussão de questão já decidida desde que a questão posta no novo processo seja *idêntica*, tenha sido julgada mediante sentença final de mérito, e que aquele que se pretende proibir de voltar a discutir tenha adequadamente participado do primeiro processo; (v) ninguém pode ser prejudicado pela coisa julgada que se formou em processo de que não participou.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**, op. cit., p. 88-89).

³⁹⁴ Idem, p. 51-53.

³⁹⁵ Ibidem, p. 52.

³⁹⁶ Ibidem, p. 52.

do primeiro julgamento, retome o debate sobre a mesma *claim* em demanda futura, mesmo que os pedidos sejam diversos (efeito designado por *bar a claim*)³⁹⁷.

A *claim preclusion*, portanto, conecta-se com a questão principal.

O alcance da *claim preclusion* encontra embasamento na redação do § 24 do *Restatement (Second) of judgments*³⁹⁸⁻³⁹⁹, de onde se extrai que o julgamento da primeira *claim* estende-se a todos os direitos da parte autora de valer-se das medidas contra a parte requerida com respeito a toda ou qualquer parte da transação, ou séries de transações conexas, a partir das quais a ação emerge. Tem-se, assim, que todas as causas, alegadas ou não pelas partes, estarão abrangidas pelo primeiro julgamento e não poderão ser rediscutidas em demanda futura (desde que observados os requisitos para tanto). Os contornos das transações ou séries de transações que estarão sujeitas à *claim preclusion* encontram lastro nas disposições [1] e [2] da mesma seção 24 adrede mencionada.

³⁹⁷ Marcos de Araújo Cavalcanti esclarece que “Nesse sentido, os efeitos da *claim preclusion* são classificados em: (a) *merger*, aplicável quando o julgamento na primeira demanda é *favorável à parte*, cujo processo seguinte pretende rediscutir o resultado já acobertado pela autoridade da *res judicata*... (b) *bar*, aplicável quando o julgamento na primeira demanda é *desfavorável à parte* que pretende rediscutir o resultado da demanda em processo seguinte...” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. cit., seção 3.3.2).

³⁹⁸ “O *Restatement* é uma publicação cuja finalidade é expor de forma sistemática as regras do *common law* dos Estados Unidos. Trata-se de obra coletiva, produzida pelo *American Law Institute* (ALI), [www.ali.org], um instituto não governamental do qual fazem parte importantes juristas dos Estados Unidos, cujo propósito é desenvolver e unificar a ciência jurídica. O *Restatement* procura expor, de modo tão exato quanto possível, as soluções que estão em maior harmonia com o sistema de *common law* americano, nas matérias em que as intervenções do legislador não foram muito numerosas. Como todas as obras do ALI, o *Restatement* não tem aplicação cogente, ou seja, não tem força de lei. Sua importância é, porém, reconhecida pela grande maioria das cortes, sendo responsável por estabelecer a abordagem moderna sobre o tema da coisa julgada nos Estados Unidos, com grande aplicação na jurisprudência. Trata-se de obra elaborada no feitio de verdadeiro código, com artigos e parágrafos dispondo as regras a serem aplicadas, seguidas de amplos comentários e exemplos. Porém, o *Restatement* tem natureza bastante diferente dos códigos dos países de tradição romanogermânica; aquele é apenas uma obra privada e a autoridade que se dá às suas fórmulas é derivada exclusivamente da sua qualidade e do prestígio dos seus criadores, particularmente do relator sob cuja direção foi organizado cada projeto. O *Restatement* é uma espécie de digesto em que se pode descobrir, utilizando um plano sistemático, as decisões da jurisprudência que sejam importantes na espécie. Com efeito, o relator do *Restatement (second) of judgments* foi Geoffrey C. Hazard Jr., tendo sido assessorado por nomes legendários do direito processual civil norte-americano. Não é possível escrever sobre coisa julgada sem mencionar o *Restatement (second) of judgments*. Trata-se do principal paradigma no tema. O Professor Hazard posteriormente foi relator, ao lado de Michele Taruffo, Rolf Stürner e Antonio Gidi, dos *Principles of Transnational Civil Procedure*, um projeto realizado pelo ALI e por Unidroit.” (GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada..., op. cit., nota 34)

³⁹⁹ O *Restatement (Second) of judgments* traz a seguinte redação em sua seção 24: “§ 24 Dimensions of “Claim” for Purposes of Merger or Bar - General Rule Concerning “Splitting”. (1) When a valid and final judgment rendered in an action extinguishes the plaintiff’s claim pursuant to the rules of merger or bar (see §§ 18, 19), the claim extinguished includes *all rights of the plaintiff to remedies against the defendant with respect to all or any part of the transaction, or series of connected transactions, out of which the action arose*. (2) What factual grouping constitutes a “transaction”, and what groupings constitute a “series”, are to be determined pragmatically, giving weight to such considerations as whether the facts are related in time, space, origin, or motivation, whether they form a convenient trial unit, and whether their treatment as a unit conforms to the parties’ expectations or business understanding or usage.”

Em suma, após uma sentença final válida ter sido proferida, as mesmas partes não poderão trazer novamente ao debate, umas contra as outras, alegações acerca das quais já litigaram ou poderiam ter litigado. Negada estará, em tese, uma segunda chance para submeter a matéria à apreciação judicial. Importante observar que a identificação da *claim preclusion* não exige efetivo debate entre as partes. Basta que a alegação tenha sido ou pudesse ter sido deduzida em juízo para que incida a força atrativa da estabilização,

Por fim, a *claim preclusion* tem por objetivos uma gama de escopos ligados à eficiência, à economia de recursos, à segurança jurídica e também se volta para obstar julgamentos contraditórios.

Já a *issue preclusion*, a seu turno, direciona seu feixe luminoso apenas sobre as questões, fáticas ou jurídicas, decididas ao longo do processo. Vale dizer, falar em *issue preclusion* sinaliza para a estabilização de questões outras ou diversas daquelas que caracterizam a(s) questão(ões) principal(is). Exige-se, entretanto, que a questão tenha sido discutida pelas partes e decidida judicialmente para que pese, sobre tal decisão, a nota da estabilidade aqui estudada. Se as partes não tiverem *full and fair opportunity to litigate (or to be heard)*, então não há que se falar em *issue preclusion*⁴⁰⁰.

Ainda que haja distinções significativas entre *claim* e *issue preclusion*, o que se observa é que o alargamento do campo de incidência da *claim preclusion* tende a reduzir a aplicação da *issue preclusion*⁴⁰¹. Há, numa analogia matemática, uma *relação inversamente proporcional* entre as duas figuras processuais, vale dizer, quanto maior for a obrigação da parte de deduzir, desde logo, todos os fundamentos e pedidos que pretende sejam apreciados e

⁴⁰⁰ Marcos de Araújo Cavalcanti elenca três distinções entre *claim* e *issue preclusion*: “Diante dessa subdivisão do instituto da *res judicata*, a doutrina norte-americana aponta 3 (três) principais diferenças entre a *claim* e a *issue preclusion*: (a) a *claim preclusion* evita a propositura de demandas idênticas, enquanto a *issue preclusion* impede o reexame de uma mesma questão prejudicial; (b) a *claim preclusion* se aplica independentemente de ter havido controvérsia entre as partes sobre o pedido no processo anterior, ao passo que a *issue preclusion* somente tem aplicabilidade quando a questão prejudicial for efetivamente controvertida entre as partes no primeiro processo; e (c) a *claim preclusion* previne a repropositura de demandas que possuem identidade de partes (ou substituídos processuais), causas de pedir e pedidos - alegados ou possivelmente alegáveis anteriormente -, ao lado que a *issue preclusion* evita a rediscussão de uma mesma questão prejudicial em processos futuros, mesmo que envolvam terceiros (*strangers*) e veiculem pretensões distintas do processo anterior.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Op. cit., seção 3.1). Páginas à frente, o mesmo autor pondera que “Na forma vista, a *issue preclusion* é a espécie de *res judicata* que impede a rediscussão de questões predominantemente de fato ou de direito, cuja resolução se mostrou essencial para o julgamento válido e final do processo. Na visão do direito norte-americano, a *issue preclusion* alcança apenas as questões que foram efetivamente controvertidas e decididas, ao contrário da *claim preclusion*, a qual atinge questões que poderiam ter sido, mas que não foram deduzidas em juízo.” (Idem, seção 3.4).

⁴⁰¹ Neste sentido: “... Ademais, na realidade da prática forense norte-americana, a *issue preclusion* tem perdido espaço em razão da ampliação dos limites objetivos da *claim preclusion*, os quais determinam, em apertada síntese, que o autor é obrigado a veicular em uma só demanda todas as pretensões (*claims*) que tenha contra o réu com relação ao mesmo fato ou conjunto de fatos...” (GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada..., op. cit., tópico 4). A crítica se repete ao final da seção 5.

decididos, menor será o campo residual das questões prejudiciais, e vice-versa. Não é demasiado dizer que esse movimento guarda, em alguma medida, relação com a teoria da individuação. De qualquer forma, porque é majoritário o entendimento de que o sistema brasileiro adota a teoria da substanciação, não há um óbice à cisão das demandas. Ademais, a experiência norte-americana com a estabilização da decisão sobre questões prejudiciais está mais consolidada e serve, pois, de referencial ao estudo do tema em âmbito nacional.

Por fim, como sói ocorrer a toda e qualquer regra jurídica, há exceções à aplicabilidade da *claim* e da *issue preclusion*, que, no direito norte-americano, são ditadas pelo § 28 do *Restatement Second of Judgments*⁴⁰².

3.4. Síntese conclusiva para estabilização das questões no direito estadunidense

Ao fim da análise das figuras de estabilização do direito norte-americano, é possível elencar os seguintes pressupostos para que se possa ventilar a *issue preclusion* em processo futuro: (i) que a parte tenha *full and fair opportunity to litigate (or to be heard)*; (ii) identidade de questões; (iii) que a questão tenha sido discutida e decidida; (iv) decisão final sobre a questão; (v) a decisão sobre a questão deve ser determinante para o julgamento final (*necessary step*); (vi) a importância da decisão sobre a questão “...para futuros processos deve ter sido *previsível* pelas partes, à época da primeira demanda...”⁴⁰³, isso para evitar que a parte seja surpreendida em demanda ulterior.

⁴⁰² § 28 Exceptions to the General Rule of Issue Preclusion. Although an issue is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, relitigation of the issue in a subsequent action between the parties is not precluded in the following circumstances: (1) The party against whom preclusion is sought could not, as a matter of law, have obtained review of the judgment in the initial action; or (2) The issue is one of law and (a) the two actions involve claims that are substantially unrelated, or (b) a new determination is warranted in order to take account of an intervening change in the applicable legal context or otherwise to avoid inequitable administration of the laws; or (3) A new determination of the issue is warranted by differences in the quality or extensiveness of the procedures followed in the two courts or by factors relating to the allocation of jurisdiction between them; or (4) The party against whom preclusion is sought had a significantly heavier burden of persuasion with respect to the issue in the initial action than in the subsequent action; the burden has shifted to his adversary; or the adversary has a significantly heavier burden than he had in the first action; or (5) There is a clear and convincing need for a new determination of the issue (a) because of the potential adverse impact of the determination on the public interest or the interests of persons not themselves parties in the initial action, (b) because it was not sufficiently foreseeable at the time of the initial action that the issue would arise in the context of a subsequent action, or (c) because the party sought to be precluded, as a result of the conduct of his adversary or other special circumstances, did not have an adequate opportunity or incentive to obtain a full and fair adjudication in the initial action.

⁴⁰³ GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada..., op. cit., tópico 4. Neste mesmo artigo os autores, notadamente na seção 5, trabalham as vantagens e desvantagens decorrentes da utilização de tais ferramentas de estabilização. Algumas críticas são replicáveis ao sistema pátrio, enquanto outras são mais aderentes ao modelo processual norte-americano. De toda forma, em qualquer sistema de justiça, há institutos que nem sempre alcançam toda a sua potencialidade quando utilizados na prática. Nem por isso deixam de ser relevantes.

4. REVERBERAÇÃO SOBRE O DIREITO BRASILEIRO

A análise do direito comparado feita até este momento demonstra que, no campo da estabilização das questões, há uma preocupação constante com a administração do custo e do tempo da justiça, com a redução da litigiosidade, com a coerência das decisões e do próprio direito, com a segurança jurídica, isso para elencar alguns.

Essas mesmas reflexões fazem parte do cotidiano nacional. Tal como em outros países, legislador, doutrina e jurisprudência têm buscado, ora com mais, ora com menos empenho, ora com acertos, ora com desacertos, implementar técnicas para garantir que os direitos sejam adequados e eficazmente tutelados. Tem-se percebido, cada vez mais, uma tendência à maximização da tutela dos direitos a partir da concentração de demandas e de técnicas de coletivização. Ecos dessa mentalidade também estão presentes na tutela individual. Não por outra razão o CPC vigente encampou a coisa julgada sobre questão prejudicial.

Neste quadrante, ainda que haja divergências doutrinárias⁴⁰⁴, não se nega que a regra do art. 503, §§ 1º e 2º da lei processual foi inspirada pelo instituto do *estoppel* estadunidense, particularmente pela *issue preclusion*, de onde deflui a relevância para a abordagem do tema no direito comparado.

Fixadas as premissas gerais do tema em arenas internacionais, passar-se-á à análise da roupagem que a legislação processual interna conferiu à coisa julgada sobre questões prejudiciais.

4.1. O tratamento das questões prejudiciais nos códigos processuais de 1939 e de 1973

Sob a vigência do CPC/1939 houve intensa divergência doutrinária sobre a imutabilização pela coisa julgada, das decisões a respeito de questões prejudiciais. As incertezas emergiram da redação dúbia do art. 287 e parágrafo único⁴⁰⁵ do CPC/39. Sob sua égide, a sentença que decidisse, ainda que parcialmente, a lide, teria força de lei nos limites das questões decididas, abrangidas, neste caso, por interpretação do parágrafo único, do art. 287 do mesmo

⁴⁰⁴ Há autores, como Luiz Guilherme Marinoni (*Coisa julgada sobre questão*, op. cit.), que defendem uma maior aproximação entre a *issue preclusion* e a coisa julgada sobre questão, ao passo que outros, como Marcos de Araújo Cavalcanti (*Coisa julgada & Questões prejudiciais*, op. cit.), trilham uma linha argumentativa que aparta os institutos, ainda que, em certa medida, admita a eventual equivalência dos pressupostos.

⁴⁰⁵ Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão.

diploma, as questões prejudiciais, pois estas constituíam premissas necessárias à decisão⁴⁰⁶. A doutrina esforçou-se, à época, para afastar a incidência da coisa julgada sobre todas as questões decididas ao longo da fundamentação, ainda que não prejudiciais.

No CPC/73 houve, por sua vez, expressa proibição de extensão da coisa julgada às questões prejudiciais decididas incidentalmente (art. 469, III). Prestigiou-se a vontade das partes e o princípio dispositivo (ou da demanda). Houve uma escolha consciente por um regime de estabilização mais rígido e restrito, mesmo se advertindo que tal opção poderia dar ensejo a decisões contraditórias sobre uma mesma questão prejudicial. Referidas questões só poderiam ser estabilizadas quando formuladas em ação autônoma, a pouco usual, ação declaratória incidental (art. 325 do mesmo código)⁴⁰⁷.

No Código vigente, a seu turno, após longo período de maturação do projeto do Novo Código de Processo Civil, entre idas e vindas, o legislador optou por reconhecer a incidência da coisa julgada à decisão sobre as questões prejudiciais⁴⁰⁸, exigindo, para tanto, que: (i) a questão prejudicial seja decidida incidentalmente e de forma expressa; (ii) da resolução da questão prejudicial dependa o julgamento do mérito; (iii) tenha havido contraditório prévio e

⁴⁰⁶ Thereza Arruda Alvim, após compilar os principais debates doutrinários a respeito da extensão da regra insculpida no art. 287 do CPC/39, observa que a imutabilidade da coisa julgada alcançaria “... todas as premissas necessárias à conclusão da sentença, abrangendo, assim, os pontos e as questões prejudiciais e não a todos os motivos ou à fundamentação da sentença, pois são coisas diversas. (ALVIM, Thereza Arruda. Op. cit., p. 59).

⁴⁰⁷ José Carlos Barbosa Moreira diz, ainda, que “A análise dos três motivos revela com facilidade que o texto é redundante. A rigor, bastaria a alusão aos “motivos” (inc. I), em que tudo mais já está compreendido. Com efeito: por “motivos” não se podem deixar de entender aí as razões de decidir, os “fundamentos” da sentença, a que se refere o art. 458, II. Esses motivos, razões ou fundamentos hão de resultar, necessariamente, do exame das *questões* - suscitadas pelas partes ou apreciadas *ex officio* - cujo desate constitua pressuposto lógico da solução do litígio: puras questões de direito, puras questões de fato e questões que já envolvam aplicação do direito a fato ou fatos, mas situadas ainda no campo das *premissas*, e não no da conclusão (prejudiciais). Desde logo se vê, portanto, que os dois últimos incisos do art. 469 na verdade se limitam a explicitar o conteúdo do inc. I, em relação a duas classes de “motivos”...” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil. In *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 92).

⁴⁰⁸ Em âmbito doutrinário, parcela da doutrina, aqui representada por Antônio Gidi, José Maria Rosa Tesheiner e Marília Zanella Prates, manifestaram-se categoricamente contrários à extensão da coisa julgada sobre as questões prejudiciais. Em suas palavras, “Com relação às ações *simples*, que envolvam só uma ou poucas partes, que foi o objeto do presente artigo, mantém-se a conclusão de que a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada sobre as questões prejudiciais pode tornar ainda mais demorados e complexos os processos judiciais, tanto o processo no qual a questão é decidida pela primeira vez, quanto aquele no qual a autoridade de coisa julgada de tal decisão é invocada. As hipóteses em que essa consistência adviria sem que nenhuma das dificuldades apontadas ocorresse são muito poucas para justificar a complexidade do novo sistema. Os casos em que uma mesma questão entre as mesmas partes possa voltar ou efetivamente voltará a ser discutida em um segundo processo são raríssimos. Ainda nesses casos, a probabilidade de que a questão seja decidida da mesma forma que no processo anterior é grande. Não vale a pena adotar a complexidade da *issue preclusion* para preservar a consistência de decisões em um número tão insignificante de casos. Deixar que a questão seja rediscutida em um segundo processo, ainda que possa parecer contraditório, é mais simples e representa dispêndio de menos tempo e energia. [...] Em suma, a solução restritiva adotada atualmente no Brasil com relação aos limites objetivos da coisa julgada sobre as questões prejudiciais é mais simples, econômica e efetiva, e deve ser mantida. Não nos parece ser boa política legislativa adotar regras complexas, de efetividade duvidosa, para resolver problemas inexistentes.” (GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada..., op. cit., seção 9).

efetivo a respeito da questão, não se aplicando no caso de revelia; (iv) o juízo tenha competência em razão da matéria e da pessoa para resolver a questão prejudicial como questão principal; (v) o processo no qual a questão prejudicial for decidida não tenha restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise daquela.

5. A PREJUDICIALIDADE EXIGIDA PELO ART. 503, § 1º DO CPC: O “PROBLEMA” DA DOCTRINA DO *NECESSARY STEP*

Com supedâneo em todas as considerações traçadas até o momento a respeito do instituto da prejudicialidade, é tempo de esclarecer qual é, ou deveria ser, a leitura que melhor agasalha a hipótese de coisa julgada sobre questão prejudicial encampada pelo legislador no art. 503, § 1º, do CPC.

Antes de imiscuir-se, em definitivo, neste percurso, urge condensar algumas ideias: i) a questão prejudicial é espécie de questão prévia; ii) a questão prejudicial pode ter natureza substancial e processual; iii) a questão prejudicial de *mérito* é caracterizada pela antecedência lógica e pela possibilidade de influenciar o julgamento da questão principal. A necessariedade é dispensável porque o grau de influência da questão subordinante é potencial ou latente e não obrigatoriamente concreto (é aferido *ex ante*); iv) a prejudicialidade há de ser, além de lógica, também jurídica; v) esse elemento jurídico decorre da existência de um vínculo jurídico entre as questões subordinante e subordinada.

Para o que neste momento é relevante, volta-se o olhar para o disposto no art. 503, § 1º, I do CPC, onde está positivado que haverá coisa julgada sobre a questão prejudicial quando dessa resolução *depende* o julgamento do mérito.

No que consiste essa dependência?

O cerne do problema está em esclarecer se essa *dependência* de que fala o código é efetiva ou meramente potencial. Melhor explicando: a lei exige que o grau de influência da questão prejudicial seja efetivo ou, por outro lado, ainda que o grau de influência seja meramente potencial, uma vez decidida a questão após amplo contraditório, haverá incidenciada força atrativa da coisa julgada? E mais: o código exige que a decisão sobre a questão prejudicial seja, *por si só*, suficiente para determinar como o mérito será julgado?

A resposta a esse intrincado problema impõe dois esclarecimentos: (i) uma situação é a ausência ou dispensa de necessariedade para a identificação de uma questão como prejudicial. A caracterização da prejudicial, repise-se, é feita *ex ante* e independe da decisão a seu respeito.

Está lastreada apenas na antecedência lógica e na possibilidade de influenciar o julgamento da questão principal. A futura decisão sobre ditas questões, por sua vez, é um pressuposto para a incidência da coisa julgada e não para a caracterização das questões como prejudiciais; (ii) outra é a situação quando o que se está a investigar é se a decisão sobre uma questão prejudicial será ou não acobertada pela coisa julgada. Aqui já não há mais dúvida sobre a natureza prejudicial de dita questão. O que se investiga é se, tendo sido a questão prejudicial decidida expressamente, haverá sobre ela coisa julgada, ainda que a decisão da questão principal dela não dependa efetivamente ou tome rumo absolutamente inesperado na cadeia de raciocínio que até então se desenrolava.

Duas são as correntes acerca do tema.

A primeira pode ser considerada restritiva e também é conhecida por *necessary step*. Para seus adeptos, outra não parece ser a solução senão aquela que aponte para a necessidade de que a decisão sobre a questão prejudicial *efetivamente* influencie a decisão da questão subordinada⁴⁰⁹. Não basta que a questão seja relevante, sendo imprescindível que ela seja também necessária⁴¹⁰. Exige-se uma solução de continuidade do raciocínio judicial, vale dizer, uma vez superada a prejudicial, não importa que, no mérito, a causa principal seja acolhida ou rejeitada, mas é essencial que não haja uma quebra desse encadeamento lógico do raciocínio. Havendo essa ruptura, ou seja, não tendo a questão prejudicial qualquer repercussão sobre a decisão tomada ou, para usar os termos legais, não havendo essa dependência, a questão prejudicial não será estabilizada pela coisa julgada. A descontinuidade do raciocínio feriria de morte qualquer expectativa de estabilização da decisão pela coisa julgada. Assim, se, num juízo hipotético, a questão prejudicial puder ser excluída do raciocínio judicial e, ainda assim, não houver alteração do resultado, então referida questão não será essencial (ou dela não dependerá

⁴⁰⁹ Este é o pensamento de Thiago Ferreira Siqueira: “Analisando o dispositivo, o que nos parece é que se exige, por meio dele, que uma dada questão prejudicial, para que possa fazer coisa julgada, tenha sido efetivamente *essencial* para a resolução do mérito em um determinado sentido. Isto é: é preciso que se trate de *fundamento necessário e determinante* para a maneira como tenha sido julgada a pretensão a ele subordinada. [...]. A interpretação, portanto, que se defende neste trabalho, é no sentido de que, nestes casos, em que a decisão a que se chegou quanto ao mérito da causa *não tenha dependido* da análise da questão prejudicial, não é possível se falarmos na formação de coisa julgada em relação a ela. Ou seja: não basta a presença do vínculo de prejudicialidade; é preciso avaliar, em concreto, se houve a efetiva influência do elemento subordinante em relação ao subordinado.” (SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Op. cit., p. 521 e 524). Também é o pensamento de LIBARDONI, Carolina Uzeda. Coisa julgada sob perspectiva comparatística: o que o sistema norte-americano pode nos ensinar sobre a extensão dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. **Revista de Processo**. vol. 258/2016, ago/2016 (versão eletrônica).

⁴¹⁰ É o que defende Antônio do Passo Cabral: “[...]. Aqui, deve-se considerar não uma dependência típica (o exame da questão vista abstratamente, isto é, se o interesse material correspondente à questão de mérito é composto pela *fattispecie* da prejudicial), mas sim a *dependência lógica*: a questão prejudicial deve ser um passo não só relevante mas *necessário* para a construção do raciocínio do juízo para concluir a respeito do pedido.” (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 108).

o julgamento da questão principal, subordinada) e, por isso, não será estabilizada pela coisa julgada.

Adota-se, contudo, outra linha argumentativa, que pode ser dita não restritiva, ou ampliativa, e que está voltada a prestigiar a decisão da questão prejudicial em quaisquer hipóteses, isso quando presentes os demais pressupostos.

A segunda linha de raciocínio pode ser dita ampliativa. Parcela da doutrina que perfilha este entendimento defende que essa solução de descontinuidade entre a decisão da questão prejudicial e a decisão da questão principal não afasta a coisa julgada daquela primeira solução. E o motivo para tanto estaria no fato de que a influência da decisão da questão prejudicial é potencial ou latente, vale dizer, basta que ela tenha aptidão para reverberar sobre decisão da questão subordinada, não se exigindo verdadeira, real ou concreta influência⁴¹¹.

O código não emprega literalmente a expressão *essencial*. A dependência de que fala o código também não parece conduzir, obrigatoriamente, à ideia de essencialidade. Essa sinonímia não merece prosperar e deve ser evitada, e isso se justifica porque pode haver *graus* diferentes de dependência, mas não de essencialidade. Em outras palavras, *a essencialidade carrega consigo a ideia de tudo ou nada*, vale dizer, ou a questão é essencial ou não é. Não existe uma questão mais ou menos essencial. Já a dependência admite gradações, isto é, ela pode ser mais ou menos intensa. Partindo desse retrato e conjugando-o com outros valores importantes ao sistema de justiça brasileiro (segurança jurídica, enfrentamento à litigiosidade, coerência do direito, extrair do processo toda sua potencialidade) é possível defender que a dependência exigida pelo código traduz-se na possibilidade de influência que a decisão da questão prejudicial pode exercer sobre a decisão da questão principal.

5.1. Haverá coisa julgada na hipótese de pluralidade de questões prejudiciais?

Ainda neste campo da essencialidade ou necessariedade, o debate também é intenso quando se analisa a *coexistência de duas ou mais questões prejudiciais, numa mesma demanda, com aptidão para embasar a decisão*. Essa situação pode ser representada pela seguinte indagação: a decisão da questão prejudicial deve ser, por si só, suficiente para o julgamento da questão principal ou a ela podem somar-se outros fundamentos?

⁴¹¹ Nas palavras de Ricardo Alexandre da SILVA, “A decisão da questão prejudicial deve ter aptidão, *em tese*, para influenciar a solução da questão subordinada. Contudo, não é necessário que isso efetivamente aconteça.” (SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão da coisa julgada...**, op. cit., seção 4.3.4).

Nestes casos, parte da doutrina defende que ambas as questões não são essenciais para a decisão, razão pela qual nenhuma delas será estabilizável pela coisa julgada, isto porque não é possível identificar qual delas foi efetivamente decisiva sobre o julgamento do mérito⁴¹². Com isso, as partes estariam autorizadas a rediscutir as mesmas questões em demanda futura.

Essa ideia de essencialidade consta do § 27 do *Restatement Second of Judgments*⁴¹³ e é da experiência norte-americana que os adeptos do raciocínio aqui exposto extraem a conclusão pela não-essencialidade na hipótese de múltiplas questões prejudiciais. A explicação empregada em solo americano para afastar a essencialidade estaria no fato de que “...quando o juiz decide duas questões para fundamentar o seu julgamento, pode ele não ter o devido cuidado para decidi-las, pelo que é recomendável mantê-las suscetíveis de rediscussão...”⁴¹⁴

Esse argumento parte do pressuposto de que a cognição do juiz estaria comprometida e não seria a ideal, sob o ponto de vista da segurança jurídica e da tutela dos interesses das partes, para autorizar a incidência da coisa julgada sobre a decisão das questões prejudiciais.

Ora, trata-se de um argumento calcado numa premissa hipotética e que subverte a lógica que deve pautar a conduta do julgador. O argumento sai do campo racional e envereda para o terreno da desconfiança.

O mais adequado é partir do pressuposto contrário, vale dizer, deve-se adotar a premissa de que o juiz, no exercício do seu mister, atua com zelo e seriedade, isso independentemente de estar diante de uma demanda com apenas uma ou com várias questões prejudiciais para decidir. A pluralidade de questões prejudiciais não deve ser tomada em conta para afastar, *a priori*, a incidência da coisa julgada. Essa aferição deve ser feita *in concreto* pelo juiz da segunda demanda.

Ademais, é importante chamar a atenção para uma peculiaridade do sistema estadunidense: por lá não existe, tal como ocorre no Brasil, o dever de fundamentação de todas as decisões judiciais. E mais, o modelo de processo tal qual se conhece aqui não se equipara ao modelo utilizado nos Estados Unidos, isto porque “...o processo norte-americano é diferente e

⁴¹² Esse é o entendimento de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes: “Será igualmente inadmissível estender a coisa julgada à motivação quando a sentença contiver *fundamentos alternativos*, ambos suficientes em abstrato para sustentar autonomamente a decisão contida no dispositivo. É impossível definir qual dos fundamentos intercambiáveis foi fundamental para a decisão principal e, portanto, não haverá segurança quanto à profundidade da cognição.” (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**, op. cit., p. 67).

⁴¹³ § 27 Issue Preclusion - General Rule. 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, whether on the same or a different claim.

⁴¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**, op. cit., p. 276.

uma parte fundamental do processo não é reproduzido formalmente nos autos.”⁴¹⁵ No sistema comparado, portanto, saber se uma questão foi discutida e decidida ou não exige uma mecânica diferente e mais complexa daquela que se verifica no sistema pátrio, o que justifica, para uma parcela da doutrina, uma postura mais restritiva e que exclui a *issue preclusion* nos casos de haver duas ou mais questões com aptidão para fundamentar a decisão.

Essa mesma preocupação atinente à falta de fundamentação, repita-se, não está presente no sistema pátrio, o que concorre para facilitar essa tarefa de identificar se uma questão foi discutida e decidida. É nisto que se embasa, também, raciocínio oposto ao acima apresentado e que defende que todas as questões prejudiciais, quando decididas após discussão em amplo e efetivo contraditório, podem ser acobertadas pela coisa julgada⁴¹⁶. Ademais, se o escopo por detrás da regra do art. 503, § 1º, do CPC, é o de otimizar a administração da justiça, evitar decisões conflitantes, obstar a relitigação e extrair do processo seu maior potencial, não soa razoável negar a força atrativa da coisa julgada sobre todas as questões prejudiciais quando, reitere-se uma vez mais, estiverem presentes os pressupostos exigidos legalmente. A doutrina do *necessary step*, pois, não pode ser um entrave insuperável a obstar, *prima facie* e de modo inescapável, a coisa julgada, ainda que haja múltiplas questões prejudiciais.

É preciso agregar um último argumento favorável à estabilização de todas as questões prejudiciais discutidas e decididas. A prevalecer o entendimento da primeira corrente - nenhuma das questões prejudiciais será alcançada pela coisa julgada - a parte vencedora que tiver todos os seus argumentos acolhidos estará numa posição de desvantagem se comparada à situação em que ela mesma estaria se apenas um de seus argumentos tivesse sido acolhido, isto porque, neste caso, haveria estabilização sobre a prejudicial. Isso é um verdadeiro contrassenso e vai de encontro a tudo aquilo que o instituto visa combater.

⁴¹⁵ (GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada..., op. cit., seção 5).

⁴¹⁶ Luiz Guilherme Marinoni explica a opção pela estabilização de todas as questões prejudiciais discutidas e decididas, desde que presentes os demais pressupostos: “A opção do segundo *Restatement*, além de bastante criticável em face da própria experiência americana, não está presente no art. 503. E nem parece que uma opção legislativa de excluir *a priori* a coisa julgada pudesse constituir alternativa adequada, especialmente quando o próprio art. 503 exige que a questão tenha sido decidida expressamente, ou seja, que a decisão possa ser individualizada, inclusive em suas razões de decidir, sob pena de exclusão da configuração da coisa julgada. Quando se frisa que a questão prejudicial é aquela de que depende o julgamento do pedido, não é preciso negar coisa julgada às duas questões para não se correr o risco de ter coisa julgada sobre uma questão *obiter dicta*. Ora, se tanto uma quanto a outra questão são suficientes para a procedência do pedido nenhuma delas é *obiter dicta*. Na verdade, o que se poderia dizer é que, quando há duas questões suficientes para a procedência, uma ou outra poderia não ser adequadamente analisada e decidida. Contudo, quando se pode constatar que a questão foi adequadamente decidida e o contraditório observado não há motivo para priorizar uma regra que parte da premissa de que a questão *talvez possa não ser devidamente considerada e decidida*. Recorde-se que, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, no Brasil todas as decisões devem ser adequadamente fundamentadas, pelo que o problema que há no direito estadunidense, relativo à grande dificuldade de individualização da decisão, não está presente no direito brasileiro.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**, op. cit., p. 277).

5.2. *Coisa julgada sobre questão prejudicial decidida em desfavor do vencedor*

A teoria do *necessary step* também orbita outra discussão relativa à ocorrência de *coisa julgada sobre questão prejudicial decidida em desfavor da parte vitoriosa*. A solução varia conforme se encampe a posição restritiva ou ampliativa adrede mencionada.

A se adotar a visão restritiva, a decisão da questão prejudicial em desfavor da parte vitoriosa *não será* acobertada pela coisa julgada.

Isto se dá porque o julgamento favorável quanto ao mérito retira da referida questão a nota de essencialidade, vale dizer, a decisão final sobre o mérito não seria alterada ainda que aquela questão fosse excluída do raciocínio judicial⁴¹⁷. O exemplo sempre mencionado⁴¹⁸ é o seguinte: em contestação a uma ação cuja causa de pedir seja uma dívida contratual, a parte requerida alega nulidade do contrato e pagamento integral. As partes discutem amplamente a validade do contrato. O juiz julga improcedente a demanda porque o pagamento restou comprovado, apesar de ter reconhecido, na motivação, que o contrato era válido. Tem-se, portanto, que a decisão sobre a validade do contrato é desfavorável ao vencedor (parte requerida). A partir desse exemplo, os adeptos da tese restritiva dirão que a decisão que afastou a nulidade contratual não fará coisa julgada porque ela não foi essencial à decisão do mérito. Em suma, na perspectiva restritiva, essa não-essencialidade ou não-determinabilidade seria suficiente, *por si só*, para afastar a coisa julgada da decisão sobre a questão prejudicial desfavorável ao vencedor, ainda que presentes todos os demais requisitos legais.

No outro extremo, ao se adotar a visão ampliativa, a decisão da questão prejudicial em desfavor da parte vitoriosa *será* acobertada pela coisa julgada⁴¹⁹.

Razões de ordem econômica, de racionalidade, de boa-fé e de segurança jurídica demonstram o acerto dessa linha de pensamento. A prevalecer a tese restritiva, estar-se-á criando um pressuposto para a coisa julgada que não foi estabelecido pelo legislador, isto porque o CPC não condicionou a ocorrência da coisa julgada sobre questões prejudiciais a uma

⁴¹⁷ Essa é a posição de Thiago Ferreira Siqueira, **Limites objetivos da coisa julgada...**, op. cit., p. 528-529; Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**, op. cit., p. 66; Anissara Toscan, **Coisa julgada...**, op. cit., p. 364-365, pondera que “...embora não haja a coisa julgada, é possível que a questão prejudicial decidida contrariamente ao vencedor fundamente a invocação do argumento da estabilidade processual (cf. item 9.2), em virtude da confiança legítima que se tenha depositado na permanência do seu significado objetivo...”.

⁴¹⁸ O exemplo sempre mencionado foi elaborado por Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, em obra aqui já referenciada, p. 66.

⁴¹⁹ Essa é a posição de Ricardo Alexandre da Silva, **A nova dimensão...**, op. cit., seção 4.3.4; Luiz Guilherme Marinoni, **Coisa julgada sobre questão**, op. cit., p. 251-254; Marcos de Araújo Cavalcanti, **Coisa julgada...**, op. cit., seção 5.3.1.

decisão favorável ao vencedor. A lei exige apenas que a questão seja decidida. Se favorável ou desfavorável ao vencedor, isto é, ou deveria ser, indiferente para a estabilização aqui analisada.

Não é crível, ao menos no sistema de justiça brasileiro, que a coisa julgada seja afastada com supedâneo num argumento genérico e frágil de que as partes e o juiz não dedicaram todos os esforços necessários à solução da questão prejudicial. No exemplo, aliás, tanto isso não é verdade que foi a própria parte requerida quem alegou a nulidade contratual, no que restou vencida. Nada justifica que dita decisão, porque contrária, apenas neste particular aspecto, à parte vencedora, não fique acobertada pelo manto da coisa julgada. O raciocínio contrário reduz indevidamente o alcance da regra insculpida no art. 503, § 1º, do CPC.

6. EXIGÊNCIA DE DECISÃO INCIDENTAL E EXPRESSA

O código exige que haja decisão incidental e expressa sobre a questão prejudicial. A exigência consta do art. 503, § 1º, onde se lê que o disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo.

Com tal pressuposto, o código quer evitar a ocorrência de coisa julgada sobre questões que não tenham sido expressamente julgadas, ainda que tenham sido mencionadas ao longo do raciocínio do julgador. Assim, mesmo que a questão prejudicial tenha sido amplamentedebatida ao longo da demanda, se não houver decisão expressa a seu respeito, não haverá coisa julgada. Busca-se afastar a possibilidade de coisa julgada sobre julgamentos implícitos.

E mais, ainda que a parte tenha admitido expressa ou tacitamente a existência da questão prejudicial, a ausência de decisão sobre dita manifestação de vontade obsta a coisa julgada. É possível que a rediscussão sobre a matéria seja vedada em demanda futura por outros motivos (boa-fé, lealdade processual, proibição de desdizer o que fora admitido em demanda anterior), mas não sob o argumento de ter ocorrido coisa julgada. O código poderia ter trilhado outro caminho e chancelado a incidência da coisa julgada nas hipóteses de as partes admitirem expressamente a existência da questão prejudicial, mas, talvez por uma preocupação em salvaguardar a necessidade de contraditório amplo e efetivo, o legislador tenha sido conservador.

Rodrigo RAMINA DE LUCCA acertadamente diz que “A disposição é de certa forma redundante, pois apenas aquilo que existe pode ser; logo, apenas decisões efetivamente tomadas podem ser imunizadas pela coisa julgada.”⁴²⁰

⁴²⁰ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. vol. 252. Fev./2016 (versão digital), seção 4.3.

Decisão expressa, todavia, não significa que ela deva estar topograficamente localizada no dispositivo⁴²¹. A lei processual não traz semelhante previsão e a interpretação dominante é assente em defender que o ato decisório pode estar no dispositivo, mas também na própria motivação, desde que não paire dúvidas quanto ao julgamento em si. É notório que a inclusão no dispositivo facilita a identificação, mas se trata de uma faculdade, não de um dever. A existência de uma seção própria, ainda que na motivação, para decidir sobre a questão prejudicial também pode contribuir para tornar mais explícita a deliberação judicial.

A obrigatoriedade de uma decisão expressa não significa, entretanto, que ela deva ser precedida de um pedido expresso das partes. Trata-se de entendimento majoritário em sede doutrinária⁴²², a ponto de haver, inclusive, um enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis a secundar essa tese: “*Enunciado n.º 165: “A análise de questão prejudicial incidental, desde que preencha os pressupostos dos parágrafos do art. 503, está sujeita à coisa julgada, independentemente de provocação específica para o seu reconhecimento”*”. Com isso o código dissociou-se da antiga ação declaratória incidental, pois nela o pedido da parte era indispensável para a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada.

Contra essa conclusão é comum afirmar-se que há uma ofensa ao princípio dispositivo. Sob a égide do CPC/73, o que estava por detrás da opção do legislador para justificar o viés restritivo da coisa julgada ao pedido, com exclusão da incidência sobre as questões prejudiciais, outra coisa não era senão “...a deferência ao princípio de que ‘as partes são donas do processo’”⁴²³. Disso se extrai que havia uma maior exaltação ao princípio dispositivo e uma inclinação ao reconhecimento de que o processo estava pautado por uma lógica individualista.

Essa mesma lógica ou mentalidade individualista, porém, tem recebido matizações. Ainda que assim não fosse, não haverá ofensa ao princípio dispositivo quando uma questão prejudicial for decidida sem prévio pedido expresso das partes, isso porque a decisão vai se dar nos lindes dos fatos apresentados pelas partes. O juiz não proferirá decisão alguma sobre

⁴²¹ Neste sentido, ALVIM, Teresa Arruda; CORRÊA, Leonardo Peres. Algumas anotações acerca da coisa julgada sobre questão prejudicial. **Revista de Processo**. vol. 321/2021, p. 61-82, nov/2021 (versão eletrônica). Em sentido contrário, Marcos de Araújo Cavalcanti, **Coisa julgada & questões prejudiciais**..., op. cit., seção 5.3.2.

⁴²² Por todos: “Note-se que a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial *independe de prévio pedido das partes*. E é justamente por essa razão que o modelo de coisa julgada adotado pelo Código de 2015 pode ser visto igualmente como de formação *cooperativa*: o juiz também concorre para a delimitação da autoridade do julgado. 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 inviabilizando o *exercício do direito à prova* a respeito. Contraditório prévio e efetivo abarca, em sendo o caso, *direito à prova das alegações* que a partir da indicação judicial poderão ser acobertadas pela coisa julgada.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**..., v. 2, op. cit., p. 699-700).

⁴²³ (GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada..., op. cit., seção 3).

elementos que não tenham sido aportados ao processo pelas próprias partes. O máximo que lhe será dado fazer é alertar as partes para uma questão prejudicial até então não identificada, preferencialmente no saneamento, a fim de que elas debatam a matéria e viabilizem uma decisão passível de estabilização pela coisa julgada.

Já é tempo de se perceber que a coisa julgada é um instituto de direito público, cuja extensão não pode ficar ao exclusivo alvedrio das partes. Já é tempo de se perceber que o processo e a coisa julgada não interessam apenas às partes. Como serviço público que é, a jurisdição está à disposição das partes interessadas (mas, acima de tudo, à disposição dos jurisdicionados), o que não significa que a elas será dado escolher quando e onde incidirá a coisa julgada. Nas palavras de Fredie DIDIER JR, Rafael Alexandria de OLIVEIRA e de Paula Sarno BRAGA, “A coisa julgada, em qualquer dos seus regimes jurídicos, é efeito que decorre automaticamente da lei: não depende de um ‘dizer’ do órgão julgador (‘faça-se coisa julgada!’) ou de pedido da parte (‘pede-se que essa decisão se torne indiscutível pela coisa julgada!’).”⁴²⁴

Não basta, porém, que a decisão seja expressa. A lei processual impõe que a decisão também seja incidental. Assim o é porque, se fosse decidida a título principal, então não se trataria de questão prejudicial, mas sim do próprio mérito. Logo, a coisa julgada que se somaria a tal decisão seria aquela do *caput* do art. 503 do CPC e não aquela outra prevista no § 1º do mesmo artigo. Não se estaria a falar, pois, em coisa julgada sobre questão prejudicial.

7. NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO PRÉVIO E EFETIVO

Os regimes de coisa julgada da questão principal e da questão prejudicial destoam quando analisados sob a métrica do contraditório. Ao contrário do que ocorre com as questões prejudiciais, objeto de estudo ao longo dessa seção, a coisa julgada referente às questões principais, porque relativa a pedido(s) expresso(s), logo previsível(is) de antemão pelas partes, não pressupõe a existência de contraditório prévio, efetivo, e pode ocorrer ainda que haja revelia.

Particularmente, quanto às questões prejudiciais, a necessidade de contraditório⁴²⁵ prévio e efetivo guarda paralelismo com a ideia de *full and fair opportunity to be heard (or to litigate)* do direito estadunidense.

⁴²⁴ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil...**, v. 2, op. cit., p. 535.

⁴²⁵ Antônio do Passo Cabral trata do princípio do contraditório em um artigo escrito sob o pálio do CPC/73, mas que ainda mantém a atualidade: **Contraditório (Princípio do -)**. In *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Org. TORRES, Ricardo Lobo et. al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Volta ao tema em sua obra sobre a coisa julgada,

O predicado *prévio*, quando aliado ao contraditório, impede que a parte seja surpreendida por uma decisão acerca de questão ignorada ou a respeito da qual não tenha sido instada a se manifestar. O código, em mais de uma oportunidade, realça a proibição de decisão surpresa, notadamente nos arts. 9º e 10, ambos do CPC, onde restou positivado, respectivamente, que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” e que “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.”

O próprio código, contudo, traz exceções à regra, de modo a autorizar que o contraditório seja postecipado nas hipóteses de tutela antecipatória de urgência, de tutela antecipatória de evidência previstas no art. 311, II e III e nos casos de ação monitória do art. 701, todos do CPC. O diferimento do contraditório, a despeito de excepcional, é tratado com certa naturalidade no sistema processual pátrio e visa resguardar a efetividade do processo e a eventual frustração no cumprimento de uma decisão. Não apenas isso. O direito nacional tem reconhecido que o próprio acesso à justiça, entendido aqui como o direito ao “dia na Corte”, tem merecido interpretações que reduzem seu alcance. A ideia clássica de participação plena⁴²⁶ de todos os interessados, pois, tem sido redimensionada e tem-se percebido, reiteradamente, a reacomodação de valores com o propósito de tornar o processo mais célere e efetivo, isso tudo a partir de uma perspectiva que se preocupa mais com a noção de representatividade adequada de interesses do que com a representação de pessoas. Essa é uma preocupação cada vez mais discutida no âmbito das tutelas coletivas.

É importante não perder de vista, contudo, que a regra do sistema processual é permitir às partes a prévia manifestação sobre as matérias que serão objeto de decisão. Ainda que possa haver uma postecipação, a supressão total do contraditório impõe uma nulidade inarredável.

Já quanto ao contraditório efetivo há maiores desdobramentos.

ao longo da qual defende que o contraditório impõe uma autovinculação àquilo que se afirma, e argumenta serem “[...] importantes braços do contraditório moderno: o direito de consideração e os deveres de atenção próprios da influência reflexiva, bem assim os devedores de boa-fé e cooperação decorrentes desta intersubjetividade. Trata-se da compreensão da conduta do *alter* como elemento para a definição do próprio comportamento, que pressiona pela autorresponsabilidade em enxergar que as nossas condutas condicionam os atos praticados pelos demais.” (*Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, op. cit., p. 520).

⁴²⁶ Sofia Temer aborda a participação das partes no processo em seu livro, fruto de sua tese de doutorado, intitulado **Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: JusPodivm, 2020. Em âmbito coletivo, o problema mereceu um olhar muito original de Marcella Pereira Ferraro, em sua dissertação de mestrado junto à UFPR: **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39322/R%20-%20D%20-%20MARCELLA%20PEREIRA%20FERRARO.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. 2015.

Para uma primeira linha interpretativa, o código não se satisfaz com um contraditório potencial ou com a possibilidade de contraditório; requer, isso sim, que tenha havido prévio e efetivo debate, pelas partes, acerca da questão prejudicial decidida. Contraditório efetivo, pois, seria equivalente a contraditório exercido⁴²⁷. De *lege lata*, pois, não se teria como extrair do dispositivo legal uma interpretação que se satisfizesse com algo menos do que a efetiva e concreta discussão em torno da questão prejudicial.

Para outra linha de raciocínio, o adjetivo *efetivo* empregado na redação do dispositivo legal melhor se coaduna com a *possibilidade* outorgada às partes para deduzirem suas alegações e produzirem provas, se necessário⁴²⁸⁻⁴²⁹. Ainda assim, os sequazes dessa interpretação

⁴²⁷ Essa equivalência é encampada por Eduardo Arruda Alvim *et. alli.*, cuja linha argumentativa aproxima-se daquela encampada no direito estadunidense e que apregoa que a questão tenha sido efetivamente litigada, debatida, discutida: “Cremos, por isso, que a questão prejudicial, para que se possa formar a coisa julgada material, deve ter sido *efetivamente* discutida pelas partes, ou seja, que elas tenham efetivamente se manifestado nos autos sobre ela, com fundamento, precisamente, no princípio do contraditório e, pois, da segurança jurídica, diferentemente do que se dá com o contraditório sobre a questão principal, que se conforma com amera *oportunidade* do debate. [...]. Portanto, comungamos da opinião de que a coisa julgada sobre questão prejudicial só se forma, preenchidos os demais requisitos, se as partes houverem efetivamente *debatido* a referida questão, pois é isso que deflui do art. 503, § 1º, II, do CPC, que se justifica pelo necessário respeito à segurança jurídica. [...]. Portanto, reputamos ser *efetivo* o contraditório *exercido*, ou seja, as partes devem ter se manifestado sobre a questão prejudicial e devem ter tido as provas *pertinentes* produzidas, para que, então, possa-se dizer preenchido o requisito legal inserto no art. 503, § 1º, II, do CPC.” (ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM, Angélica; FERREIRA, Eduardo Aranha. Contraditório efetivo como requisito à formação de coisa julgada sobre questão prejudicial. In **Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim [livro eletrônico]: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015**. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, seção 3). No mesmo sentido, Marcos de Araújo Cavalcanti defende que: “Outra exigência é que, além de prévio, o contraditório deve ser “efetivo”. Logo, para a formação da coisa julgada relativa à decisão da questão prejudicial não basta a mera oportunidade de exercício do contraditório, pois é preciso que tal direito seja efetivamente exercido pelas partes.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa julgada & questões prejudiciais...**, op. cit., seção 5.3.3).

⁴²⁸ Esse entendimento é defendido por Luiz Guilherme Marinoni: “Mas o que significa, para efeito de coisa julgada sobre questão, contraditório *efetivo*? A norma estaria falando de efetiva oportunidade de oferecimento de razões e provas ou de efetiva apresentação de razões e provas? A última noção de contraditório efetivo exigiria o uso adequado, em discussão de mão dupla, de todas as provas idôneas ao convencimento do juiz e de todos os recursos. Nesta dimensão, a coisa julgada ficaria excluída caso uma das partes, após o início do desenvolvimento da discussão da questão prejudicial, optasse por não requerer prova, não participar da produção da prova, não falar sobre o resultado da prova ou simplesmente não recorrer ou responder ao recurso. Em qualquer destas hipóteses estaria obstaculizada a formação da coisa julgada por ausência de ‘contraditório efetivo’. *Exatamente por isso, o art. 503, quando fala em ‘contraditório efetivo’, apenas pode estar sinalizando para a real e adequada oportunidade de produzir prova, argumentar e recorrer.* [...]” (destaquei) (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão...**, op. cit., p. 257).

⁴²⁹ Uma vez mais se vale da lição de Ricardo Alexandre da Silva: “Nos termos do Código o contraditório deve não apenas ser prévio. Impõe-se, ainda, que seja *efetivo*. Deve-se verificar qual sentido atribuir ao referido adjetivo. Ao exigir que o contraditório seja *efetivo* o Código assenta que às partes deve ter sido concedida a oportunidade de influenciar a decisão. Sendo assim, tem-se que a inércia da parte na defesa de seus interesses não inviabiliza a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais. Entendimento contrário concederia à parte mecanismo para obstaculizar a *res judicata*. Bastaria se omitir após a identificação da questão prejudicial, realizada pelo juízo no saneamento do processo (CPC, art. 357, inc. IV). É claro que essa interpretação não pode prevalecer. Se houve alegação e impugnação, formou-se questão, de modo que eventual omissão da parte na produção das provas não impedirá que a coisa julgada imutabilize a questão prejudicial previamente constituída.” (A **nova dimensão...**, op. cit., seção 4.3.5)

entendem que a questão deve estar presente nas afirmações das partes a fim de restar configurado o debate. Caso contrário, haverá mero ponto prejudicial. O juiz não poderá, pois, inovar e trazer à arena do processo algo que não seja extraível das afirmações das partes, algo sobre o qual elas não tenham se manifestado. Contudo, não se pode confundir a *identificação* de uma questão com a própria *existência* dessa questão. Apesar de incomum, é possível, em tese, que as partes tenham alegações sobre diversas questões sem, contudo, anteverem o caráter prejudicial das mesmas.

A noção mais moderna de contraditório não se compraz apenas com uma vertente formal do instituto, isto é, não basta que à parte seja assegurada ciência dos atos processuais e que se lhe resguarde o direito de manifestação. É indispensável que se pense num contraditório substancial por meio do qual se assegure à parte reais e efetivos instrumentos para influenciar a construção do raciocínio judicial. Não que ele - o contraditório - demande uma efetiva influência na decisão judicial, pois inúmeras razões podem conduzir o julgador a uma conclusão diametralmente oposta àquela apresentada pela parte, mas é indispensável que se garanta ao interessado a possibilidade para que essa influência, ao menos em tese, ocorra e frutifique.

O contraditório, instituto dos mais valiosos num sistema de justiça, não pode ser colocado de escanteio a pretexto de acelerar o processo. Basta, contudo, que a parte tenha a prerrogativa de exercitá-lo em todos os seus níveis e não que ela efetivamente o exercite. Se ela optou por não exercer o contraditório, ainda assim reputar-se-lo-á presente, logo, considerar-se-á possível a coisa julgada sobre a decisão de eventual questão prejudicial. Essa interpretação, pondere-se, somente se aplica às situações nas quais seja extraível das alegações das partes um debate sobre a matéria.

A escolha do legislador por um contraditório efetivo (diga-se mais uma vez, oportunidade para a dialética) também explica a presença de outra regra: a inexistência de coisa julgada sobre questão prejudicial quando houver revelia. Para o legislador, pois, não importa que essa revelia seja voluntária ou involuntária. Desde que haja revelia, resta afastado o contraditório efetivo, logo a própria coisa julgada. A opção legislativa, contudo, merece críticas.

A primeira delas impõe o seguinte raciocínio: a despeito de revel, a parte requerida pode assumir o processo no estado em que estiver (art. 346, parágrafo único, do CPC). Não haverá qualquer empecilho, pois, a que a parte, comparecendo aos autos depois de escoado o prazo da contestação, retome a prática dos atos processuais, inclusive em sede probatória (art. 349, do CPC). Seu comparecimento afasta o efeito material da revelia consistente na presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte adversa (art. 344 do CPC). A revelia, portanto, não

é, em si mesma, um impeditivo ao contraditório prévio e efetivo⁴³⁰. Sua ocorrência não induz, irrevogavelmente, à incidência de seus efeitos. Negar, pois, de plano, à decisão sobre a questão prejudicial o condão da estabilização pela coisa julgada não foi a melhor escolha do legislador. *De lege ferenda*, melhor teria sido que essa situação fosse aferida apenas à luz do contraditório. A chave interpretativa ou o elemento central / nuclear para a aferição de coisa julgada sobre a decisão da questão prejudicial deveria ser, portanto, apenas e tão somente o contraditório⁴³¹. A visão do código foi, pois, canhestra / acanhada.

Na hipótese de revelia, portanto, não haverá coisa julgada sobre a questão prejudicial quando se verificarem os efeitos materiais daquela (revelia). Em contrapartida, nas situações em que ditos efeitos não se fizerem presentes porque a parte assumiu o processo e teceu considerações e/ou produziu provas sobre a matéria, aberto estará o caminho para a formação da coisa julgada sobre a decisão das questões prejudiciais.

Há situações, ainda, em que a falta de contraditório sobre um determinado ponto prejudicial decorre de uma conduta deliberada da parte, inclusive com o propósito de obstar a formação da coisa julgada. Mas essa omissão deliberada, quando comprovada, deve realmente ser prestigiada para o fim de obstar a imutabilização da decisão sobre a questão prejudicial? À luz do código, essa tende a ser a conclusão, isto porque não terá havido qualquer manifestação de uma das partes. Se uma das partes não se manifesta sobre um ponto prejudicial, não haverá formação de questão prejudicial. Ausente esta, não há que se falar de coisa julgada, mesmo que o juiz venha a decidir sobre a matéria, isto porque, reitere-se, trata-se apenas de um ponto prejudicial.

Imagine-se uma ação de cobrança de valores contratuais em que a parte autora sustenta expressamente a validade do contrato. A parte requerida, em contestação, alega apenas prescrição e pagamento e nada diz sobre a validade da avença. No saneamento o juiz não adverte para a prejudicialidade atinente à validade do contrato. Ao proferir a sentença, o juiz declara a

⁴³⁰ Neste sentido, Marcos de Araújo Cavalcanti, **Coisa julgada & questões prejudiciais...**, op. cit., seção 5.3.3.

⁴³¹ Ricardo Alexandre da Silva também perfilha esse entendimento: “A premissa para a ampliação dos limites objetivos na hipótese de revelia é a existência de debate capaz de ensejar a formação de questão. Em outras palavras, só se pode excluir aprioristicamente a extensão da res judicata às questões prejudiciais quando da revelia decorrer seu efeito substancial, previsto no art. 344 do CPC. Assim, sempre que o comparecimento do revel for tardio a ponto de impedir formação de questão, a coisa julgada se restringirá ao tema principal delimitado pela causa de pedir e pedido. É o que acontecerá se a manifestação do revel for juntada aos autos quando já houver conclusão para julgamento antecipado ou se a insurgência ocorrer apenas com a interposição de recurso. Por outro lado, quando a revelia decorrer do oferecimento tardio de contestação, a participação do réu, apesar da contumácia, autoriza a extensão da coisa julgada ao tema prejudicial. Idêntico fenômeno acontece quando o réu não contesta propriamente, mas oferece impugnação tardia e requer a produção de provas em consonância com o art. 349 do Código processual.” (SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão...**, op. cit., seção 4.3.5).

validade do contrato, afasta as alegações de prescrição e de pagamento e, no mérito, julga procedente o pedido de cobrança.

À luz desse caso, é possível, desde logo, argumentar-se que não haverá formação da coisa julgada porque a falta de impugnação da parte esvaziou o debate. O silêncio da parte deve ser interpretado em seu favor e, com isso, a decisão da questão escapará à incidência da coisa julgada. Se não houve qualquer manifestação da parte ao longo da demanda, seja para refutar, seja para admitir a existência da questão prejudicial, então a decisão sobre a matéria (no exemplo, sobre a validade do contrato), não terá o condão para atrair a força estabilizadora da coisa julgada.

Diversa será a conclusão, contudo, quando as partes forem advertidas pelo julgador sobre a presença de uma prejudicial. Nestes casos, o silêncio não lhes socorrerá.

A coisa julgada, repise-se, é um instituto de direito público que não pode ficar à mercê da vontade das partes e tampouco sujeita às manobras processuais. Num primeiro momento, pode-se dizer que a falta de impugnação de uma prejudicial no âmbito da contestação pode resultar numa decisão futura despida de coisa julgada sobre a questão. Mas, mesmo na hipótese de falta de contestação ou de impugnação específica, o julgador deve, na fase do saneamento, identificando a presença da prejudicial, intimar as partes para que sobre ela se manifestem, o que pode demandar, inclusive, a produção de provas. Ao assim proceder, o juiz terá cumprido com o seu dever de cooperação e afastado qualquer suposta surpresa sobre a decisão de aludida matéria. Neste quadrante, a reiteração da conduta omissiva - ou uma primeira omissão - da parte não deverá ser aceita como fundamento bastante para negar a coisa julgada sobre o julgamento da questão porque a advertência do juiz afastará a nulidade por surpresa, bem como a suposta falta de previsibilidade sobre a incidência de coisa julgada sobre o ato decisório⁴³².

A esse argumento se poderia redarguir: como justificar, então, a estabilização se não houve contraditório efetivo, aqui entendido no seu grau mínimo, vale dizer, como mera oposição à alegação da parte adversa, ainda que isso somente tenha ocorrido por uma

⁴³² Antônio do Passo Cabral é um autor que defende, ainda que *de lege ferenda*, a ocorrência de coisa julgada sobre a questão quando há uma revelia deliberada da parte: “Com este propósito, a lei exclui expressamente a extensão da coisa julgada às prejudiciais quando tiver havido revelia. Trata-se de uma postura excessivamente protetiva do legislador, pressupondo que, em caso de revelia, não terá havido contraditório efetivo. Assim não pensamos. É possível que, mesmo havendo revelia, o processo tenha transcorrido com exercício de contraditório. É que o contraditório, no que se refere ao direito de expressão (um de seus consectários), é uma *faculdade* das partes. Por exemplo, a não apresentação da contestação é uma possibilidade aberta, legítima, de atuação processual, podendo ser vista como uma omissão voluntária do réu, que pode ser considerada sim exercício do contraditório. Nessa perspectiva, em tendo sido alegada de maneira detalhada e cuidadosa pelo autor (com ênfase), e considerada analiticamente pelo juiz na sentença, a prejudicial poderia ser atingida pela coisa julgada a despeito da revelia. [...]. Não obstante nosso entendimento pessoal, o CPC/2015 foi claro em vedar a extensão da *res iudicata* neste caso. [...]” (*Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, op. cit., p. 108-109).

liberalidade da parte? Afinal, como técnica de defesa, a parte não tem o direito de não querer debater sobre um ponto prejudicial? Em resposta, aduz-se que o contraditório efetivo não existirá, apenas e tão somente, quando houver controvérsia entre as partes. É claro que a manifestação das partes, seja para refutar, seja para admitir a existência da prejudicial, tornará esse debate natimorto, pois a ocorrência do contraditório será irrecusável. Por outro lado, tendo sido a parte alertada pelo juiz para a presença de um ponto prejudicial e escolhendo ela, ainda assim, quedar-se omissa, soa razoável reputar presente o pressuposto legal do contraditório. Ao segundo questionamento, isto é, sobre a parte ter o direito de não discutir determinada matéria, outra não é a resposta senão aquela que conclua afirmativamente. Sim, a parte tem esse direito. Contudo, para uma visão mais ampla da estabilização que aqui se defende, esse direito sucumbirá ao interesse público na estabilização da decisão.

Os argumentos são sólidos e a eles se faz coro. A parte tem o direito de não transformar um ponto prejudicial em questão prejudicial. Ela pode quedar-se silente, ainda que advertida pelo juiz na fase do saneamento, sobre um ponto prejudicial. Se assim o fizer, contudo, terá assumido a consequência de ver-se sujeita à coisa julgada sobre a decisão proferida a respeito de dita matéria, isto pelos seguintes motivos: i) houve formação de questão prejudicial. A falta de manifestação da parte, voluntária ou involuntária, não retira o elemento necessário a que um ponto prejudicial seja elevado à categoria de questão prejudicial, isto porque ao juiz também é dado transformar um ponto em questão⁴³³; ii) o silêncio da parte não tem o condão para obstar a ocorrência da coisa julgada sobre a decisão porque houve advertência judicial quanto a essa consequência; iii) ainda que a parte diga expressamente que não deseja manifestar-se sobre aquele ponto prejudicial, haverá coisa julgada se o juiz, no saneamento, reputar tal questão prejudicial e intimar as partes para que se manifestem a respeito dela⁴³⁴.

Por fim, uma última observação. O debate necessário para que um ponto prejudicial passe a ser tratado como questão prejudicial não se perfaz apenas com a controvérsia, a divergência entre as partes. Aqui, ao contrário do que se observa no direito estadunidense, não se exige que a questão seja efetivamente litigada. Perfilha-se, pois, o entendimento que

⁴³³ “Sendo assim, para que a coisa julgada material estenda-se sobre a questão prejudicial, é indispensável ou que tenha sido controvertida pelas partes a questão prejudicial, ou que o juiz, antes de decidi-la, tenha provocado as partes para se manifestarem especificamente sobre a questão. Não se admitirá decisão surpresa sobre questão prejudicial, e muito menos que decisão dessa natureza adquira a qualidade da coisa julgada material. Tal é previsto de modo expreso no § 1.º, II, do dispositivo em análise.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, seção de comentários ao art. 503).”

⁴³⁴ Marcos de Araújo Cavalcanti sustenta posição contrária no sentido de que: “Inclusive, deve ser garantido às partes o direito de expressamente ressaltarem, através de uma 'petição de objeção', a vontade de não exercer o contraditório prévio e efetivo sobre determinada prejudicial de mérito.” (**Coisa julgada & questões prejudiciais...**, op. cit., seção 5.3.3).

considera preenchido o pressuposto para a ocorrência de coisa julgada quando a parte confessa. Não se vislumbra justificativa para que o debate apto a fazer emergir uma questão prejudicial seja apenas aquele fruto de uma controvérsia / divergência. Com maior razão, aliás, parece que deva haver coisa julgada sobre a questão confessada porque não paira qualquer dúvida sobre sua existência⁴³⁵.

8. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZ PARA JULGAR A QUESTÃO A TÍTULO PRINCIPAL

O código também requer, para a configuração da coisa julgada sobre a questão prejudicial, que o julgador que proferiu a decisão tenha competência para deliberar e decidir sobre aquela questão caso ela fosse deduzida como questão principal. Diz o código, para ser fiel à sua literalidade, que só se haverá de falar em coisa julgada sobre a questão prejudicial quando “o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.”

O legislador infraconstitucional, ao impor tal competência, atinou para o direito fundamental previsto no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, que assegura a todos o direito de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.” Admitir, pois, que a decisão de um juiz sobre uma questão prejudicial vincule as partes em processos futuros quando aquele julgador não for competente para julgar dita questão na hipótese de ela ser uma questão principal vai de encontro à garantia constitucional de julgamento por uma autoridade competente.

Trata-se de uma competência absoluta. O dispositivo legal merece, todavia, um reparo.

Ainda que o legislador tenha feito menção expressa apenas à competência em razão da matéria e da pessoa, é possível, senão recomendável, estender a exigência normativa a todas as hipóteses de competência absoluta. Assim, o mais consentâneo com a segurança jurídica é

⁴³⁵ Esta interpretação também é compartilhada por Alexandre Senra no seguinte trecho: “Há, portanto, contraditório (= direito) efetivamente exercido sobre a questão prejudicial incidental tanto quando uma das partes manifesta-se contrariamente às alegações da outra (i.e. controverte), como quando uma das partes admite a veracidade ou a procedência das alegações da outra. Não é apenas mediante negativa da versão da outra parte que se exerce o direito ao contraditório. Não vemos razões para se interpretar o inciso como uma exigência de que as partes efetivamente controvertam a questão prejudicial incidental, notadamente diante de um sistema que consagra o dever de boa-fé como regra de conduta (CPC/15, art. 5º). Qual o sentido em se sustentar que a solução dada pelo juiz a uma questão prejudicial incidental, afirmada por uma das partes e confessada pela parte contrária, não se torne imutável e indiscutível, pelo só fato de as partes não manterem discordância alguma em relação a ela? Qual o sentido em se resguardar, nesse caso, o direito de se poder rediscutir e alterar essa solução?” (SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Espírito Santo. 2016, p. 289).

admitir a coisa julgada sobre a questão prejudicial apenas quando o juiz for, também, competente para resolvê-la, seja em razão da matéria ou da pessoa, seja por outra hipótese de competência absoluta. Não se trata de um preciosismo pois, como bem observado por Thiago Ferreira SIQUEIRA, a existência de competência absoluta também será indispensável “[...] nas hipóteses excepcionais em que a distribuição da competência *em razão do local* é considerada absoluta, como ocorre com as demandas fundadas em “direitos reais sobre imóveis” (CPC/15, art. 47), ou com as ações coletivas (Lei nº 7.347/85, art. 2º).”⁴³⁶

Não se está a dizer, por óbvio, que o juiz a quem falte tal competência absoluta esteja impedido de decidir sobre a questão prejudicial. Parece mais do que evidente que todo e qualquer juiz pode decidir sobre as questões que lhe são apresentadas numa demanda quando necessário à construção do seu raciocínio. A peculiaridade está no fato de que a decisão, no que toca às questões prejudiciais, não será imutabilizada pela coisa julgada do art. 503, §§ 1º e 2º do CPC porque proferida por juiz despojado de competência para apreciá-la a título principal.

Esse pressuposto da competência absoluta traz uma perquirição interessante, que consiste na eventual ocorrência de coisa julgada sobre uma questão prejudicial quando a decisão for proferida pelo Tribunal nas hipóteses do art. 1.013, §§ 3º e 4º do CPC, ou seja, naquilo que se convencionou chamar de “*julgamento de causa madura*”.

Assim, para problematizar a situação, se o Tribunal, após reformar uma sentença fundada em alguma das situações elencadas no art. 485 do CPC constatando que o processo está em condições de ser imediatamente julgado (ex: não exige dilação probatória porque se trata de demanda lastreada apenas em prova documental, já fartamente aportada aos autos e objeto de amplo debate entre as partes), decide o mérito e, para tanto, também resolve uma questão prejudicial com aptidão para influenciar a decisão da questão principal, será possível sustentar a ocorrência de coisa julgada sobre a questão prejudicial?

Num primeiro momento, pode haver uma inclinação para se considerar possível a estabilização, pela coisa julgada, dessa decisão sobre a questão prejudicial. Argumentos ligados à eficiência, ao gerenciamento de custos, à inexistência de restrições à cognição e de limitações probatórias, à ocorrência de amplo debate, à prevalência do critério da hierarquia, à vedação de decisões contraditórias, podem, inclusive, ser utilizados para fundamentar tal entendimento.

Ocorre que, a despeito da robustez de todas essas razões, a ausência de competência para decidir a questão prejudicial caso ela fosse uma questão principal não pode ser desprestigiada, para não dizer ignorada. A falta dessa competência afasta a ocorrência da coisa

⁴³⁶ SIQUEIRA, Thiago Ferreira, op. cit., p. 542.

julgada sobre a decisão da prejudicial. Mas e se o órgão julgador fosse também o competente, *em sede recursal*, para decidir a respeito da prejudicial na hipótese de ela ser apresentada como principal em outra demanda? Nem mesmo assim parece ser possível admitir que a decisão do órgão *ad quem* possa vir a obstar a rediscussão da questão prejudicial em demanda futura. A competência de que fala o código não é aquela de cunho recursal, mas sim aquela da demanda originária. É a luz dessa competência (originária), enfim, que o requisito da competência deve estar preenchido. Isso confere segurança às partes na medida em que torna mais objetiva a aferição acerca da presença, ou não, do pressuposto atinente à competência.

Dúvida semelhante paira sobre a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso. Trata-se de mecanismo largamente utilizado no sistema brasileiro e que frequentemente assume a natureza de questão prejudicial. Afinal, quando tomada por um juiz a título de controle difuso, a decisão sobre a inconstitucionalidade é passível de estabilização pela coisa julgada nos moldes do art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC?

A solução desse problema também deve ser buscada à luz da competência para decidir o tema quando ele for apresentado como questão principal. Assim, ainda que se reconheça a todos os juízes a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, essa decisão é despida de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Não há que se falar em coisa julgada sobre questão prejudicial porque o julgador é incompetente para decidir sobre dita inconstitucionalidade na hipótese de ela ser deduzida a título principal⁴³⁷. Tal competência é do Supremo Tribunal Federal. Tal como mencionado quando da análise da *causa madura*, a competência exigida pelo código para configuração da coisa julgada sobre questão deve ser aferida à luz da competência originária, ou seja, daquela existente no momento da distribuição da ação. Porque se trata, ademais, de competência absoluta, sua inexistência não pode ser regularizada *a posteriori*, vale dizer, ainda que haja recurso e que ele seja decidido por quem teria competência para deliberar sobre a questão prejudicial caso ela fosse deduzida como questão principal, o vício não restará suprido ou convalidado⁴³⁸.

⁴³⁷ “Nesse contexto, exemplo claro de questão que, conquanto prejudicial, não pode ter a decisão acobertada pela autoridade de coisa julgada, é a declaração incidental de inconstitucionalidade, por meio do controle difuso de constitucionalidade. A invalidade da norma pode ser objeto de ação (controle concentrado de constitucionalidade), influi na decisão de mérito, mas, em face da incompetência do órgão julgador para conhecer da questão como se principal fosse, obsta a formação de coisa julgada material.” (ARRUDA ALVIM, Eduardo; *et. al.*. Op. cit., seção 3).

⁴³⁸ Essa é a linha argumentativa de M.Y. Minami e de Ravi Peixoto: “[...]. Não parece ser admissível que essa coisa julgada em razão da questão prejudicial possa decorrer da “sanação” do vício da competência por meio do recurso. Este é um requisito de eficácia da coisa julgada sobre a questão prejudicial e este deve existir desde a instância originária. Em outros termos, não seria possível admitir o preenchimento posterior do requisito da competência. Ou o órgão judiciário é originariamente competente para conhecer da questão prejudicial como principal e pode haver a sua formação *ab initio*, ou seria vedada a sua formação apenas em grau recursal. A

9. AUSÊNCIA DE RESTRIÇÕES PROBATÓRIAS OU LIMITAÇÕES À COGNIÇÃO QUE IMPEÇAM O APROFUNDAMENTO DA ANÁLISE DA QUESTÃO PREJUDICIAL

O código também pressupõe a ausência de restrições probatórias ou de limitações à cognição para que a decisão sobre a questão prejudicial seja passível de estabilização pela coisa julgada. Duas são, pois, as frentes a serem analisadas.

Iniciar-se-á pelas limitações à cognição.

9.1. Ausência de limitações à cognição e a coisa julgada sobre questões prejudiciais

O termo cognição é utilizado indistintamente pela doutrina pátria. Ora quer indicar a modalidade de processo, como processo de conhecimento ou cognitivo ou de cognição; ora reflete todo o trabalho intelectual desenvolvido pelo juiz para decidir o conflito de interesses contrapostos deduzido em juízo.

A cognição é, portanto, um ato de inteligência do juiz. Mas não se limita a isto. É, também, uma atividade fortemente marcada pela ingerência de outros elementos, intitulados de componentes de caráter não-intelectual pelo professor Kazuo WATANABE⁴³⁹. Dessa forma,

formação de coisa julgada apenas em grau recursal poderia, inclusive, impossibilitar o duplo grau de jurisdição que apenas excepcionalmente é mitigado em nosso ordenamento. Afinal, para que haja a coisa julgada sobre a questão prejudicial, o órgão judiciário há de ser competente em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal (art. 503, § 1.º, CPC/2015 (LGL/2015\1656)). O órgão recursal não seria detentor dessa competência, eis que uma ação que tivesse esse objeto não poderia ser validamente proposta nele – haveria incompetência absoluta. *A competência a que faz menção o artigo não pode ser a recursal, mas apenas a originária.*” (MINAMI, M. Y.; PEIXOTO, Ravi. Da questão prejudicial incidental no STF e o novo regime da coisa julgada. *Revista de Processo* | vol. 263/2017 | p. 77 - 104 | Jan / 2017 – versão digital).

⁴³⁹ **Da cognição no processo.** op. cit., p. 42. No mesmo sentido é a explicação de Eduardo Couture: “Em face de tudo quanto já foi sustentado anteriormente, não parece difícil admitir que a sentença não se esgota em uma pura operação lógica. A avaliação da prova exige, além do esforço lógico, a contribuição das ‘máximas de exigência’, apoiadas no conhecimento que o juiz tem do mundo e das coisas. A eleição de premissa maior, ou seja, a determinação da norma legal aplicável, tampouco é uma pura operação lógica, porquanto reclama do magistrado uma opinião histórica quanto à vigência ou à derrogação das leis, quanto à condenação destas, quanto à determinação dos seus efeitos. A lógica desempenha um papel preponderante em toda essa atividade intelectual; mas a sua função não é exclusiva. Nem o juiz é uma máquina de raciocinar, nem a sentença uma cadeia de silogismos. É, antes, uma operação humana, de sentido primordialmente crítico, mas na qual a função mais importante cabe ao juiz, como homem e como sujeito de volições. Trata-se, talvez, de uma substituição da antiga lógica, de caráter puramente dedutivo, argumentativo, conclusivo, por uma lógica de caráter positivo, determinativo, definidor. (...) Os múltiplos problemas que a vida põe diariamente em frente de cada um de nós reúnem-se também no momento em que o magistrado, sem se despojar de sua condição de homem, examina os fatos, determina o direito aplicável, e extrai a conclusão.” (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução: Dr. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 215-216).

condicionantes culturais, econômicos, políticos, sociais, axiológicos e volitivos ocasionam os mais diversos reflexos na atividade cognoscente desenvolvida pelos juízes.

Assim, sendo cediço que a cognição é um ato, em sua essência, de inteligência do juiz, pode-se defini-la, parafraseando o professor Kazuo WATANABE⁴⁴⁰, como o método pelo qual o juiz forma juízo de valor sobre os pressupostos autorizadores do julgamento de mérito e sobre as pretensões apresentadas no processo (oriundas do conflito de interesses), com o fim de decidi-las, utilizando-se, para formação de seu convencimento, da consideração, da valoração e da análise das provas e alegações produzidas pelas partes.

A cognição pode ser analisada sob um plano horizontal e outro vertical.

Na primeira *perspectiva (horizontal)*, a cognição espelha a amplitude ou o alcance com que a matéria controvertida poderá ser analisada pelo Estado-juiz. Sob esses parâmetros, a cognição poderá ser *parcial* (ou limitada) ou *plena*.

Verticalmente, a cognição indica a profundidade (intensidade) com que a relação jurídico-processual deduzida em juízo será analisada pelo julgador. Quanto mais profunda a análise das questões a serem decididas, maior será a certeza do julgador ao prolatar a decisão. Posto isto, sob ângulo *vertical* a cognição pode ser *sumária* e *exauriente*.

Feitos esses esclarecimentos, é preciso detalhar a correlação entre a cognição e a coisa julgada.

Iniciar-se-á pela cognição sumária. Uma vez que a coisa julgada impede que a matéria seja novamente debatida em outro processo, é indispensável que às partes tenha sido assegurada a possibilidade de apresentar seus argumentos e de produzir as provas pertinentes, tudo com o propósito de influenciar o convencimento judicial. Quando uma decisão é, contudo, proferida com supedâneo em cognição sumária (ex: decisões concessivas de tutela antecipatória; decisões de medidas cautelares), há apenas um juízo de mera verossimilhança e o grau de profundidade alcançado ao longo do processo é incompatível com as exigências que devem ser atendidas para a ocorrência da coisa julgada material. Nesse diapasão, se nem mesmo a decisão da questão principal estará apta à formação da coisa julgada, com maior razão se afasta a configuração daquela no que toca ao julgamento de eventual questão prejudicial decidida em sede de cognição sumária.

⁴⁴⁰ Para referido professor, cognição “(...) é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são produzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso.” (WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 41).

Superada a análise da cognição sumária, passa-se para a abordagem da cognição exauriente. Quando uma decisão for lastreada nessa modalidade de cognição - seja ela, no plano horizontal, parcial ou plena, adiante-se desde logo - haverá coisa julgada⁴⁴¹.

A cognição exauriente é uma garantia de que, ao menos em tese, assegurou-se às partes a possibilidade para que apresentassem suas alegações, seus argumentos, e produzissem as provas tidas por necessárias ao convencimento do julgador. Somente neste cenário é possível garantir que a decisão proferida sobre uma questão prejudicial ou principal alcançará a imutabilidade e indiscutibilidade decorrente da coisa julgada. Um processo lastreado pela cognição exauriente é ambiente fértil para o amplo debate (ao menos hipotético), não implicando, em abstrato, qualquer supressão de prerrogativas processuais que possa macular a profundidade da disputa. Ao contrário do que se verifica na cognição sumária, que se baseia num juízo de probabilidade e de aprofundamento menos intenso da matéria a ser decidida, a cognição exauriente tem por objetivo um juízo de certeza (ainda que hipotético), o que implica no (ou na possibilidade de) esgotamento das alegações e provas.

O que o legislador buscou resguardar, ao fim e ao cabo, é que o processo seja uma arena de diálogo, pautado na boa-fé, que permita o exercício do contraditório sem contenções apriorísticas advindas de restrições probatórias ou de limitações à cognição em seu plano vertical.

No plano horizontal, a circunstância de ser a cognição parcial ou plena em nada afetará o grau de profundidade do debate quando o processo for conformado pela cognição exauriente.

⁴⁴¹ O professor Eduardo Talamini, aliás, faz uma defesa bastante enfática da vinculação da coisa julgada à existência de cognição exauriente: “*Outro parâmetro fundamental para a atribuição da coisa julgada é a presença de cognição exauriente. O instituto - que tem por essência a imutabilidade - é constitucionalmente incompatível com a decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente.* Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo. Como visto, dentro do sistema constitucional, a possibilidade de certos atos virem a se tornar imutáveis é atributo que só se concede à atividade jurisdicional. Não se concebe idêntica qualidade para os atos normativos e administrativos. E assim o é em razão da inafastabilidade do controle jurisdicional: toda atuação pública ou privada é submetida ao crivo da Jurisdição. Daí já se vê que a imutabilidade da coisa julgada - qualidade excepcional no quadro da função pública - não pode ser atribuída indistintamente a qualquer ato jurisdicional. *O que confere idoneidade para o ato ficar imune à revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas sobretudo a profundidade da cognição que se pôde desenvolver.* A emissão de decisões amparadas em cognição sumária (superficial) não é, em si mesma, incompatível com as garantias do processo. Renuncia-se a uma investigação mais completa e aprofundada das questões relevantes para a solução do conflito em troca de uma decisão célere. Em certos casos, isso é justificado pela necessidade de proteção jurisdicional rápida e eficiente, sem a qual não se estaria dando pleno cumprimento à garantia insculpida no art. 5º, XXXV, da Constituição. *Mas se paga um preço pelo emprego da cognição superficial. A contrapartida razoável consiste na impossibilidade de que a decisão adquira o mesmo grau de estabilidade atribuível ao resultado da cognição exauriente. Adota-se solução de compromisso: sacrifica-se a profundidade e se produz um pronunciamento urgente e apto a gerar os resultados concretos desejados, mas que não constitui decisão definitiva.*” (destaquei). (**Coisa julgada e sua revisão...**, op. cit., p. 54).

Parece evidente que a decisão pautada numa cognição *plena e exauriente* atende às exigências legais.

Poderia haver dúvida no tocante à cognição *parcial e exauriente*. A dúvida, contudo, não se justifica. A cognição parcial advém de uma imposição legal no sentido de restringir as matérias que podem ser deduzidas numa demanda. O próprio legislador estabelece, de antemão, que, em situações pontuais, determinados conteúdos não poderão ser trazidos ao palco do processo. Trata-se, bem-postas as coisas, de uma restrição que afeta apenas e tão somente o alcance ou a extensão daquilo que será passível de debate. Não haverá qualquer eco sob o prisma vertical, vale dizer, as partes terão ampla liberdade argumentativa e probatória porque, verticalmente, a cognição será exauriente. Em suma, naquilo que for possível conhecer, o aprofundamento do debate não sofrerá limitações. E, porque não haverá limitações, admite-se que a decisão acerca de uma questão prejudicial poderá ser estabilizada pela coisa julgada na forma do art. 503, §§1º e 2º, do CPC⁴⁴².

9.2. Ausência de restrições probatórias e os reflexos na coisa julgada sobre questão

Ultimadas as considerações a propósito das limitações à cognição, é tempo de abordar o outro pressuposto estabelecido pelo art. 503, § 2º do CPC, consistente na ausência de restrições probatórias. Estas restrições podem ser legais ou convencionais (negociadas). Tanto numa quanto noutra, as restrições à produção de provas poderão reduzir a profundidade de análise das matérias postas em debate.

Urge, porém, fazer um esclarecimento⁴⁴³ prévio. A conjugação das locuções “*restrições probatórias*” “*que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial*” fez germinar duas correntes: i) toda e qualquer restrição probatória será considerada como potencialmente apta a impedir o aprofundamento da análise da questão prejudicial, logo, à formação da coisa julgada; ii) apenas se as restrições probatórias efetivamente impedirem o

⁴⁴² No mesmo sentido colhe-se o entendimento de Thiago Ferreira Siqueira: “Isso porque, nas hipóteses em que a limitação à cognição manifesta-se *apenas* no plano *horizontal* - ou seja, em que se trata de *cognição parcial e exauriente* -, conquanto haja a impossibilidade de suscitar certos conteúdos em juízo, não há limitação ‘quanto à *qualidade*, à *intensidade* da própria cognição’. Em outras palavras: não há a impossibilidade de que as questões que são trazidas ao processo sejam analisadas em sua plenitude, não havendo limitação quanto ao exercício do contraditório em relação a elas, quanto à produção de provas, etc...]. Partindo dessas considerações, parece-nos que a vedação prevista no art. 503, § 2º apenas incidirá nos casos em que a limitação à cognição se manifestar no plano *vertical*. Ou seja: nas hipóteses de *cognição parcial e exauriente*, não havendo restrição na intensidade com que são analisadas as questões prejudiciais *que possam ser conhecidas*, não há razão para recusar a formação de coisa julgada em relação a elas. Afinal, não há ‘*limitações à cognição que impeçam o aprofundamento*’ da análise dessas situações.” (Op. cit., p. 548-549).

⁴⁴³ A observação foi feita por Alexandre Senra, op. cit., seção 6.4.4.6.2, p. 298.

aprofundamento do debate sobre a questão prejudicial é que estará afastada a coisa julgada sobre a decisão.

As consequências adversas que a coisa julgada pode acarretar à parte perdedora, quando sopesadas com as eventuais vantagens advindas aos terceiros beneficiados, está a sinalizar que, se a nascente da restrição for de ordem legislativa, somente se justificará a formação de coisa julgada quando não houver quaisquer restrições probatórias (tese i), ainda que, no caso concreto, elas sejam irrelevantes.

Não se desconhece que a tese contrária (tese ii) é interessante. Num primeiro momento, inclusive, ela parece prestigiar mais a coisa julgada quando comparada com a tese (i). A despeito disso, a tese (ii) peca pelo subjetivismo, isto porque, a partir do momento em que incumbir exclusivamente ao juiz do segundo caso decidir se, apesar de restrições probatórias hipotéticas, o material probatório aportado ao primeiro processo é suficiente, ou não, por si só, para fundamentar a decisão proferida, então as partes não terão segurança em função da falta de calculabilidade sobre essa futura decisão. As partes têm como saber, *ex ante*, se um determinado procedimento tem restrições probatórias ou não, mas essas partes não têm como saber, com a mesma segurança, se, mesmo com as restrições probatórias hipotéticas, as provas produzidas serão suficientes para fundamentar a decisão, independentemente da produção de outras.

Se o próprio legislador optou por fixar um procedimento despido, desde logo, de toda a potencialidade probatória hábil à comprovação das alegações das partes e à formação do convencimento judicial, é temerário admitir que a decisão sobre uma questão prejudicial possa ser estabilizada pela coisa julgada.

Nas demandas em trâmite nos Juizados Especiais, ante sua própria natureza, é descabida a produção de provas complexas, especialmente quando periciais. A prova pericial, contudo, em si mesma, não é um entrave ao processamento de uma demanda perante o Juizado Especial Cível⁴⁴⁴. É perfeitamente possível que tal prova, ainda que pericial, seja simples e não demande esforço além do compatível com as balizas norteadoras dos feitos em tramitação nos referidos Juizados. Se, porém, a prova for complexa e, por isso, incompatível com a lógica que regula o processo no Juizado Especial Cível, então estará presente uma restrição probatória suficiente para afastar a coisa julgada sobre a decisão de uma questão prejudicial tomada no âmbito do Juizado.

⁴⁴⁴ “A necessidade da realização de prova pericial, por si só, não afasta a competência dos juizados especiais. Precedentes.” (RMS 39.071/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 04/10/2018, DJe de 15/10/2018).

Outra hipótese de restrição probatória ocorre no inventário, particularmente pela redação do art. 612 do CPC, onde se lê que “O juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas.” Assim, no inventário, se a decisão sobre uma questão prejudicial demandar outras provas além das documentais, haverá uma restrição probatória que decorre do próprio procedimento e que afastará a coisa julgada sobre a decisão dessa questão prejudicial, acaso tomada apenas no bojo do inventário.

Ainda no campo das restrições probatórias, chama a atenção aquela modalidade de cognição exauriente *secundum eventum probationis*. O caso típico é o mandado de segurança. O legislador fixou dois pressupostos no § 2º do art. 503 do CPC. Assim, mesmo que não haja limitações à cognição no plano vertical, isto é, ainda que o caso comporte uma profunda imersão no debate (cognição exauriente), a presença de restrições à atividade probatória não pode ser colocada em segundo plano a pretexto de que, no caso concreto, outras provas não seriam necessárias ou possíveis para a tomada de decisão. Em outras palavras, havendo cognição exauriente, se, *em abstracto*, o modelo procedimental escolhido⁴⁴⁵ / imposto trouxer a reboque restrições probatórias, não se reputa possível a ocorrência de coisa julgada sobre o julgamento de uma questão prejudicial.

Mais uma vez, o argumento segundo o qual a imutabilização não pode ser afastada *a priori*, devendo-se admiti-la se o juiz da demanda futura reputar que, a despeito da restrição probatória ou da limitação cognitiva, a matéria foi debatida e corretamente decidida, não parece ser o mais adequado. Critérios que deveriam ser objetivos justamente para evitar surpresas, garantir a calculabilidade, fortalecer a segurança jurídica e facilitar a constatação dos pressupostos legais em demandas futuras, seriam completamente esvaziados porque sujeitos à uma validação judicial *a posteriori*, logo, ao puro subjetivismo do julgador. Firmes nessa premissa, a eventual restrição probatória ou limitação à cognição deve ser aferida objetivamente à luz das diretivas que a lei impõe ao arquétipo processual utilizado no caso concreto. O que vai ditar se a decisão pode ou não atrair para si a qualidade da coisa julgada é, enfim, a

⁴⁴⁵ O emprego do verbo “escolhido” não é casual. Ele foi utilizado para indicar que, caso a lei faculte à parte o manejo de dois modelos processuais, sendo um deles tipicamente de cognição sumária e outro de cognição exauriente, a escolha pelo primeiro, porque legítima, afasta a coisa julgada sobre uma questão prejudicial, conforme já explicado. Ao assim proceder, não se pode atribuir à parte uma tentativa de burlar o sistema de estabilização. Não parece possível admitir, pois, de *lege lata*, que a parte deva suportar a coisa julgada sobre a decisão da prejudicial apenas porque poderia ter utilizado um procedimento de cognição plena. Sua escolha pelo outro procedimento, reiterar-se, foi legítima. O argumento contrário, conquanto encontre justificativas louváveis (redução da litigiosidade, evitar decisões conflitantes, boa-fé, para citar alguns) parece encontrar um óbice inafastável no dispositivo legal.

modalidade *in abstracto* de procedimento manejado. Se houver, por imposição legal, restrições à atividade probatória ou à cognição, então não haverá coisa julgada sobre a questão prejudicial.

9.2.1. Restrições probatórias decorrentes de fontes negociais

As restrições probatórias também podem ter uma *fonte negocial*.

Conquanto não seja o propósito deste trabalho analisar detidamente os negócios processuais, algumas considerações são relevantes para a contextualização do instituto.

A autonomia da vontade em âmbito processual é, inquestionavelmente, uma faceta do direito fundamental à liberdade⁴⁴⁶ (artigo 5º, *caput*, da CF/88). A regra prevista no art. 190 do CPC é um referencial infraconstitucional, embebido da garantia constitucional da liberdade, que assegura às partes envolvidas numa relação jurídico-processual a prerrogativa de entabular regras a serem observadas quando e se, eventualmente, vierem a demandar em juízo.

O instituto dos negócios jurídicos processuais tem raízes no contratualismo e vem ao encontro de uma filosofia processualista que reconhece a manifestação de vontade, respeitadas certas formalidades e sem olvidar que a jurisdição constitui o exercício de uma função pública, maior poder regulatório das relações jurídico-processuais, assegurando-se, assim, respeito ao autorregramento da vontade no processo. Remo CAPONI⁴⁴⁷ destaca que o instituto também foi impulsionado pelo advento e fortalecimento dos meios alternativos de solução de conflitos e pela constatação de que as técnicas processuais clássicas não estavam mais respondendo, a contento, às demandas das partes.

⁴⁴⁶ Por todos, o entendimento é apresentado por Fredie Didier Jr. nos seguintes termos: “Não há razão para minimizar o papel da liberdade no processo, sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento de um Estado Democrático de Direito e se encara o processo jurisdicional como método de exercício de um poder. [...]. Discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Direito Processual e no próprio Direito Processual Civil. Defender o autorregramento da vontade no processo não é necessariamente defender um processo estruturado em um modelo *adversarial*.” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito...**, v. 1, op. cit., p. 132-133).

⁴⁴⁷ A tensão existente entre a autonomia da vontade e o processo é retratada pelo professor italiano com os seguintes dizeres: “È questo un angolo visuale privilegiato per osservare come la tensione tra diritti (e autonomia) delle parti e poteri del giudice, cioè autorità dello Stato, si profili ed evolva nell’epoca moderna, nel processo civile. La riflessione non cade quindi su questo o quell’accordo processuale, bensì sul problema stesso del rapporto tra autonomia privata delle parti e disciplina legislativa del processo civile statale, con l’obiettivo di estendere i margini della negoziabilità delle regole processuali, per scoprire ciò che effettivamente non è negoziabile. Inserita nel più ampio contesto dei rapporti tra società civile e Stato, questa prospettiva si ripromette di cogliere i segni del tempo: la diminuzione della capacità di regolazione dello Stato secondo il modello tradizionale, basato sulla imposizione unilaterale della regola di condotta; la diffusione di strutture di normazione cooperative e consensuali, come tentativo di compensare la perdita di potere autoritativo e di affiancare al comando (Gebot) l’accordo (Vertrag), come altra forma originaria di fondazione del vincolo giuridico.” (CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*. Civil Procedure Review, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 42–57, set/2010 [p. 43]. Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/49>. Acesso em: 4 fev. 2022).

Os negócios jurídicos processuais, pois, podem assumir as mais variadas formas como, por exemplo, a criação dos chamados calendários processuais (nos quais há a participação direta do juiz), a flexibilização de normas procedimentais⁴⁴⁸, entre outras⁴⁴⁹.

O artigo 190 do Código de Processo Civil é o fundamento legal expresso que legitima essa negociação processual. Assim, *versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo*. Disso se extrai que os requisitos para a celebração de negócios processuais são: i) direitos que admitam autocomposição; ii) capacidade plena das partes; iii) o objeto da negociação versar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes.

Além dos limites / condicionantes impostos pelo legislador (art. 190 do CPC), a doutrina costuma trazer outros: “(i) o respeito aos bons costumes e à ordem pública, (ii) a reserva da lei e (iii) a vedação de transferência de custos e externalidades.”⁴⁵⁰

A condução do processo, pois, não é considerada campo de atuação intangível às partes. Aduz-se, ainda, ser equivocada a ideia de que a manifestação de vontade negociada tem por objetivo enfraquecer a figura do julgador. A autonomia da vontade está longe de ser um mal contra o qual se tenha que lutar ou que precise ser vencido. Não significa isso, contudo, que as partes tenham a prerrogativa para entabular acordos processuais sobre todo e qualquer assunto⁴⁵¹. O autorregramento da vontade, pois, não é irrestrito e seus limites, apesar de turvos

⁴⁴⁸ Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna condensam os escopos dos acordos processuais quando dizem ser “[...] viável destacar brevemente que, por trás da ideia “contratualista”, está a tentativa de conferir às partes a possibilidade de dispor sobre a estrutura procedimental de seu litígio; de facultar que estabeleçam parcela do percurso a que o “acertamento de seu caso” estaria submetido; em síntese, de permitir que sejam derogadas regras relacionadas ao desenvolvimento do processo, alterando sua tramitação a critério dos próprios sujeitos envolvidos na controvérsia.” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no novo CPC – aproximações preliminares. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. V. 4, n. 39, abril/2015, p. 103-117 [p. 104]).

⁴⁴⁹ A propósito deste tema, destacam-se os trabalhos de CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, [S. l.], v. 3, n. 3, p. 3–35, 2012. Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/32>. Acesso em: 4 dez. 2021; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do Juiz no Novo CPC. *Revista de Processo*. v. 208. São Paulo: Ed. RT, 2012. Outro destaque importante é a coletânea sobre negócios jurídicos processuais publicada pela editora juspodivm: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. rev. Atual. e ampl. - Salvador: JusPodivm, 2016. Do professor Antônio do Passo Cabral, destaca-se, ainda, a obra *Convenções Processuais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

⁴⁵⁰ MAFFESSONI, Behlúa Ina Amaral. *Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2020, p. 91.

⁴⁵¹ Após abordar diversos aspectos da liberdade processual das partes, Rodrigo Ramina de Lucca encerra seu livro com algumas conclusões que, ao mesmo tempo em que ressaltam a importância da autonomia da vontade, reconhece ser ela limitada: “Na trilogia dos objetivos jurídicos, o Direito Processual serve ao valor segurança. E ao servir ao valor segurança, serve ao valor liberdade. [...]. Partindo-se do pressuposto de que o Direito Processual

em alguns temas, têm merecido diversos estudos⁴⁵². A investigação sobre o (in)sucesso do instituto demanda análises que extrapolam os fins aqui propostos. Fato é, contudo, que o eventual descompasso atual entre a produção acadêmica e a operacionalização prática de negócios processuais não comporta uma explicação rasa, simplista e reducionista. Há inúmeros fatores que não podem ser ignorados⁴⁵³ e que, se o forem, falsearão as conclusões. Ainda é muito prematuro, pois, traçar afirmações definitivas acerca do tema.

é instrumento de liberdade (e negá-lo impõe rejeitar a própria ciência processual, como tão bem concluiu Calamandrei), nada justifica a supressão da autonomia privada no processo promovida pelo movimento publicista-autoritário dos séculos XIX e XX. Houve um grave desvirtuamento das finalidades do processo e, paradoxalmente, um afastamento dos princípios e valores que regem o Direito Público. O processo passou a ser confundido com a jurisdição, e de *instrumento* que deveria servir ao jurisdicionado, transformou-se em instrumento do Estado *para* o próprio Estado. É claro que, por ser a jurisdição uma atividade, uma função e um poder *públicos*, a liberdade processual encontra limites insuperáveis. Nenhuma liberdade é ilimitada. A autonomia privada das partes precisa compatibilizar-se com a noção de que o Estado presta algo muito próximo a um serviço público aos jurisdicionados, o qual não pode ficar refém de eventuais caprichos privados. Além disso, de forma nenhuma se pretende retornar a uma época em que o juiz permanecia inerte e pouco contribuía à efetividade do processo. Se é certo que o processo é instrumento de liberdade e de segurança, também é certo que ele não pode prejudicar a eficiência que se espera da prestação jurisdicional. Esse é um dos grandes méritos da publicização do processo, a qual, além de fomentar o desenvolvimento da ciência processual, foi determinante para que se conscientizasse que o Estado deve cumprir a sua missão jurisdicional com celeridade, qualidade e efetividade, pois é isso que esperam os seus destinatários.” (RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019).

⁴⁵² O tema ainda é bastante controverso e, por isso, diversos debates ainda persistem sem consenso. Os professores Eduardo Talamini, Antônio do Passo Cabral e Fredie Didier Jr. têm capitaneado muitas discussões, além de compilarem, em coletâneas, artigos sobre o tema. A posição do professor Eduardo Talamini, aliás, está bem demarcada e está inclinada para uma linha ampliadora, reconhecendo-se às partes amplo espectro para negociação. É o que se deduz das seguintes ponderações: “Potencialmente, essa norma tem o condão de alterar de modo substancial a função e a eficácia dos mais diversos institutos e mecanismos - sejam aqueles que ora surgem como novidade, sejam os que, em si mesmos considerados, mantêm-se formalmente iguais ao que antes eram. Aliás, no exame do novo diploma, é preciso cautela antes de se afirmar que o trato de determinado tema permaneceu inalterado. Uma pequena inovação quantitativa, resumida a uma disposição legal, pode produzir significativas transformações qualitativas (o mesmo pode ser dito da norma que impõe o dever de cooperação - art. 6º). Mas é possível que os negócios processuais sejam um malogro em termos práticos. Não seria a primeira nem a última vez que isso estaria acontecendo: um instituto a despertar a atenção dos estudiosos, por sua sofisticação e riqueza de possibilidades, e a afugentar os práticos exatamente pelos mesmos motivos. Essa segunda hipótese não é a desejável. Um processo em que se desenvolvam amplamente os negócios processuais: é mais consentâneo com a liberdade; confere ao jurisdicionado a dignidade que ele merece em um sistema que pretenda resolver os problemas das pessoas em vez de tutelá-las senhorialmente; tende a ser mais aderente à realidade e apto a produzir resultados eficazes e adequados às necessidades de cada conflito.” (TALAMINI, Eduardo. Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, n.º 104, outubro de 2015, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 03/02/2022).

⁴⁵³ Gustavo Osna alerta para alguns desses fatores: “[...] não há dúvidas de que o avanço recente da temática das convenções processuais, em sede acadêmica e doutrinária, é notório. Não obstante, procuramos acima demonstrar que, se não há igual percepção no campo prático, diferentes elementos devem ser postos na mesa para justificar essa aparente dissonância. Mais que isso, a ausência de dados empíricos e a dificuldade quanto ao seu levantamento tornam especulativa a própria defesa desse potencial hiato. Nesse sentido, demonstramos que um problema inicial, capaz de desorientar a análise concreta do instituto, decorre das próprias expectativas postas ao seu redor. É que, como posto, os negócios processuais não são um mecanismo ótimo para todo processo e nem sempre assumem contornos tão extremos quanto se costuma supor. [...]. Na sequência, sustentamos que outro aspecto a ser lembrado é que, atualmente, a possibilidade de acordos ligados ao procedimento ainda é um dado incipiente em nossa cultura jurídica – formada e reiterada a partir de balizas diversas. Como consequência, seria ilusório esperar que seus resultados fossem imediatos e instantâneos, dependendo de uma construção paulatina que, hoje, encontra ainda um fator de dissuasão na insegurança quanto aos limites e às potencialidades do mecanismo. Por último, agregou-

A despeito dessas constatações, o recorte quanto aos limites dos negócios jurídicos processuais ganha colorido especial para o problema que aqui se procura analisar: convenções processuais sobre coisa julgada. Neste quadrante, a doutrina se divide em dois grandes grupos.

Para uma primeira corrente, é legítimo que as partes convençionem sobre a coisa julgada para afastá-la⁴⁵⁴. Por outro lado, a segunda corrente reputa impossível semelhante convenção processual.

Em apertada síntese, uma parte da doutrina considera que a celebração de acordos processuais acerca da coisa julgada é possível porque, ao mesmo tempo em que deve ser prestigiada a liberdade das partes, também é necessário afastar-se dos dogmas publicistas que revestem a visão clássica do instituto estabilizador. Esse apego ao publicismo não pode mais justificar, de forma irrefletida, a manutenção do *status quo*, isto porque as partes têm, no uso do autorregramento da vontade, a prerrogativa de excluir a ocorrência da coisa julgada sob o argumento de que dito instituto é visto “[...] agora, reitere-se, como instrumento de tutela da confiança legítima dos jurisdicionados quanto à incidência da sentença, e não como uma prerrogativa estatal de não decidir uma segunda vez o litígio [...]”.⁴⁵⁵

Outros argumentos são trazidos pela doutrina favorável à negociação processual da coisa julgada: i) por meio da coisa julgada não se está tutelando o direito do Estado-juiz, isto

se a esse elemento outro fator determinante para o estudo da matéria. Trata-se do fato de, de uma forma geral, os negócios processuais celebrados de maneira ex ante poderem jamais assumir feição pública. A questão decorre da própria probabilidade de que suas relações subjacentes não ensejassem disputas, ou de que, mesmo caso o fizessem, originassem litígios para os quais a convenção fosse irrelevante. Sendo assim, falar que a técnica fracassou é algo que dificilmente pode assumir contornos embasados, e não intuitivos – já que essa cifra oculta é indissociável da sua aplicação.” (“Contratualizando o processo”: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 2. Maio a Agosto de 2020, p. 163-185 [p. 182-183].”

⁴⁵⁴ Neste sentido, Anissara Toscan, **Coisa julgada**, op. cit., seção 15.4, p. 492-506.

⁴⁵⁵ Ibidem, p. 493. A autora retoma o tema na seção 15.4.2.1 de sua tese de doutorado: “15.4.2.1. Convenção para afastar a coisa julgada. Quanto à primeira, assente-se que sujeitos plenamente capazes, diante de direito que admita autocomposição material, poderão celebrar convenção processual para afastar a incidência da coisa julgada sobre decisão judicial que seria, a princípio, por ela acobertada, excluindo-se, com isso, os respectivos óbices a futuras rediscussões e novas decisões. Como consequência, caso se reapresente, em processo posterior, como principal ou prejudicial, a questão anteriormente decidida, a convenção processual tolherá das partes a invocação da coisa julgada, assim como que o juízo seguinte se recuse, sob tal fundamento, a proferir nova decisão. Esse afastamento do vínculo produzido pela coisa julgada pode se dar antes ou depois da materialização do seu suporte fático, i.e., diz respeito tanto à situação em que as partes convençionem previamente que a decisão a ser futuramente proferida, ainda que presentes os requisitos legais, não será imunizada pela coisa julgada, como àquela em que a convenção seja celebrada depois de já ter incidido a norma jurídica, i.e., depois do trânsito em julgado. Em todo caso, a consequência dessa convenção será a mesma: a admissibilidade de que a questão à qual se refira a convenção seja outra vez submetida à apreciação jurisdicional. Importante ressalva a ser feita, nesse caso, envolve a repercussão subjetiva da convenção processual. Isso porque, assim como acontece quando as partes transacionem sobre o direito material decidido por sentença acobertada pela coisa julgada, o terceiro que se revista de interesse jurídico e legitimidade poderá levar ao Judiciário a problemática e exigir que se observe a primeira decisão. Em todo caso, no reconhecimento da convenção processual ora aventada, resplandece a compreensão da coisa julgada não como uma imposição do ordenamento jurídico, mas como uma garantia dos jurisdicionados, os quais, também por isso, podem dela abrir mão, se for essa a vontade comum.” (Ibidem, p. 495-496).

porque a função jurisdicional é exercida para a solução de um caso concreto e não no interesse do próprio Estado; ii) o Judiciário não pode negar a tutela jurisdicional. Na medida que não se autoriza a dispensa da coisa julgada por acordo processual, nega-se às partes o direito de submeter novamente a demanda à apreciação judicial; iii) se a parte tem o direito de renunciar ao próprio direito material já objeto de decisão judicial, com maior razão deve lhe ser resguardado o direito de afastar a coisa julgada⁴⁵⁶.

Noutro extremo, outra parcela da doutrina reputa inadmissível um negócio processual que retire a coisa julgada do tabuleiro processual. Este é o entendimento adotado neste trabalho.

Esta segunda vertente vale-se do argumento que reconhece à coisa julgada natureza de matéria de ordem pública. A despeito das críticas dirigidas a esse conceito jurídico indeterminado – “ordem pública” –, também impreciso, lacônico e de contornos manipuláveis, logo dotado de pouca racionalidade e controlabilidade, a expressão “matérias de ordem pública” pode ser associada àquelas matérias que refogem à esfera de disponibilidade das partes e que, por isso, não seriam negociáveis⁴⁵⁷.

Esse mesmo olhar para a coisa julgada também é aqui perfilhado.

A estabilização da decisão não pode ser considerada uma garantia de segunda escala quando comparada com a autonomia da vontade das partes (liberdade negocial).

⁴⁵⁶ As hipóteses são apresentadas pelo professor Fredie Didier Jr., *et. alli.*, em seu livro **Curso de direito processual civil...**, v. 2, op. cit., p. 521-522. Bruno Garcia Redondo também defende a celebração de acordo processual sobre a coisa julgada, mas argumenta que ele só é cabível depois do trânsito em julgado. No seu entender: “Somente será lícito convenção nesse sentido se celebrada posteriormente ao trânsito em julgado. Descabe negócio jurídico com esse conteúdo anteriormente ao trânsito em julgado, já que estariam as partes frustrando, previamente, a efetividade da jurisdição e a eficiência da prestação jurisdicional. Já o afastamento da *res iudicata* após a sua formação não frustra a jurisdição, nem aumenta a carga de trabalho do Judiciário. Afinal, é tranquilamente aceito que as partes podem celebrar acordo extrajudicial após a coisa julgada e levá-lo à homologação judicial, o qual, se descumprido, pode ensejar a deflagração de execução forçada de título judicial. Veja-se, nesse caso, que há duplo “trabalho extra” para o Poder Judiciário (ação de homologação do acordo e execução forçada do acordo) e, na prática, estará o Judiciário determinando o cumprimento de título executivo (sentença homologatória do acordo) em sentido contrário ao anterior (sentença condenatória anterior) que havia emanado dele mesmo. Isso comprova, inclusive por razões lógicas, a admissibilidade de convenção para exclusão da *res iudicata* após a sua formação, que nada mais significa uma mera renúncia, pelas partes, à imutabilidade/indiscutibilidade que se formou sobre a decisão de seu caso.” (REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. **Revista de Processo**. São Paulo: RT. Ano 40, v. 248, out. 2015, p. 43-67, seção 7.6.12 - versão digital).

⁴⁵⁷ Essa posição é exposta por Daniel Amorim Assumpção Neves: “Normas cogentes são aquelas impostas pela lei aos sujeitos processuais, sendo irrelevante sua vontade no caso concreto. Como o negócio jurídico processual ora analisado tem como base a vontade das partes, parece lógica a conclusão de que o acordo não pode ter como objeto uma norma cogente. Com o fundamento de que as partes não podem afastar normas cogentes, não se admite acordo que verse sobre a admissão de prova ilícita, para excluir a participação do Ministério Público quando a lei exige sua presença, para fixar prioridade de julgamento quando não previsto em lei, para criar novos recursos ou ampliar suas hipóteses de cabimento, para modificar regra de competência absoluta, para criar hipóteses de ação rescisória e de outras medidas tendentes a desconstituir a coisa julgada...” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 401-402).

A coisa julgada é um instituto de direito público que não integra o campo de disponibilidade das partes e seus fins não se circunscrevem aos interesses exclusivos daquelas.

Tampouco soa razoável que a incidência da coisa julgada sucumba frente a interesses puramente individuais. A coisa julgada tem outras finalidades que transcendem os anseios das partes, notadamente quando se pensa na garantia da segurança jurídica, na redução da litigiosidade e no gerenciamento de recursos, financeiros e humanos. Ignorar esses fatores ou reputá-los insuficientes para fazer prevalecer a vontade das partes frente à estabilização pela coisa julgada por imperativos que desbordam os interesses daquelas não se coaduna com um modelo de processo preocupado, também, com a higidez do próprio sistema processual e com os reflexos da atividade jurisdicional sobre os interesses de terceiros (não-partes). O processo não é coisa exclusiva das partes que eles possam moldar ao arrepio do próprio sistema de justiça.

O sistema de justiça não pode ser acionado reiteradamente quando a matéria já tiver sido amplamente debatida pelas partes e decidida por um julgador investido de competência. Isso, registre-se, não acarreta uma restrição indevida de acesso à justiça, pois a parte já exerceu tal direito em outra oportunidade com amplo contraditório. Nada justifica que a parte possa rediscutir um mesmo tema quantas vezes quiser e a seu bel prazer. A coisa julgada é, indubitavelmente, uma garantia fundamental do jurisdicionado, não apenas das partes. Quando se pensa no jurisdicionado, deve-se entendê-lo de modo amplo para abranger as partes e as não-partes. Esse raciocínio é indispensável para se entender que, por ser garantia (fundamental) do jurisdicionado, a coisa julgada não diz respeito tão somente às partes, o que justifica sua prevalência frente às convenções processuais firmadas com o intuito de afastá-la.

Ademais, ainda que se admita às partes a prerrogativa de dispor de modo diverso daquilo que foi decidido judicialmente, na esteira do que propugna BARBOSA MOREIRA, esse ato de disposição, como já mencionado anteriormente, não autoriza que elas busquem nova decisão sobre a mesma situação. Se o escopo do sistema de estabilizações e, particularmente da coisa julgada, é evitar a relitigação de questões já decididas, não se reputa possível que esse propósito seja contornado pela manifestação de vontade das partes.

Essa alterabilidade posterior ao trânsito em julgado, esclareça-se, não pode prejudicar interesses de terceiros beneficiados com a decisão judicial, vale dizer, os terceiros poderão utilizar-se da decisão já proferida em seu benefício, tanto ativa quanto passivamente, isto é, poderão usá-la ofensivamente para demonstrar ao julgador que a questão já foi debatida e decidida em demanda anterior, da mesma forma que será legítimo o uso defensivo da coisa julgada, ou seja, poderão os terceiros, em futura demanda contra alguma das partes, alertar para

o fato de a questão já ter sido anteriormente discutida e decidida, tudo isso com o propósito de impedir a parte adversa de rediscutir a matéria.

Um outro argumento não pode ser ignorado. Permitir que o debate seja retomado em demanda futura a pretexto de que as partes, por convenção processual, reputam possível ou necessário um novo julgamento pode reverberar sobre processos alheios, notadamente no que toca à efetividade e à celeridade com que eles serão julgados. O sistema de justiça possui recursos finitos – financeiros e humanos – o que impõe sua utilização racional⁴⁵⁸. Essa racionalidade não significa seletividade e também não dificulta o acesso ao sistema judicial. Tanto não impõe essa restrição que a parte já teve sua demanda decidida pelo órgão judicial competente, ou seja, concorde com ou discorde dela, fato é que a decisão já foi tomada e, inclusive, já se tornou definitiva porque transitada em julgado.

Esse debate também não pode descurar dos custos da atividade jurisdicional. Não se pode confundir os custos do processo com os custos da atividade jurisdicional e do sistema de justiça. É ilusório pensar que as partes suportam todos os custos do processo. Estes, em verdade, são apenas uma variável para mensurar os custos da atividade jurisdicional que, ao fim e ao cabo, são suportados por todos os jurisdicionados (partes e não-partes). Na medida em que todos são corresponsáveis pelo custeio do Estado-juiz e da atividade jurisdicional, e porque a limitação orçamentária e de pessoal contrasta com um volume infinito de demandas, é forçoso prestigiar e fazer prevalecer, porque já esgotados todos os meios de impugnação possíveis, a tutela já prestada.

Em síntese, encampa-se o entendimento pelo qual não se pode afastar a coisa julgada por negócio processual⁴⁵⁹.

Não poder celebrar um negócio para afastar a coisa julgada não significa, necessariamente, que não se possa celebrar um negócio processual que pode repercutir sobre

⁴⁵⁸ Essa é uma temática mais próxima da análise econômica do Direito. A sua menção nesta seção, contudo, é importante para ressaltar que o processo possui, também, fins sociais, para cuja consecução a coisa julgada não pode ser alijada.

⁴⁵⁹ Recorre-se, novamente, à lição de Daniel Amorim Assumpção Neves que, noutra passagem de sua obra, expõe que: “Por fim, uma última observação a respeito da coisa julgada material, indubitavelmente matéria de ordem pública. Não concordo com a doutrina que defende a possibilidade de as partes afastarem a coisa julgada material por meio de acordo com o fundamento de que se podem renunciar ao direito reconhecido por sentença transitada em julgado podem por acordo afastar a coisa julgada. Não há dúvida de que as partes podem afastar a imutabilidade e indiscutibilidade de decisão transitada em julgado por ato de vontade, mas isso não significa que possam afastar a coisa julgada material, que não recai sobre os efeitos da decisão transitada em julgado, mas sobre seu conteúdo. Por outro lado, qual a vantagem prática de as partes acordarem pelo afastamento da coisa julgada? Só pode ser o afastamento da eficácia negativa da coisa julgada – e eventualmente até da positiva – o que permitirá arepropositura da ação já decidida definitivamente em seu mérito. Nesse caso, o acordo das partes afeta diretamente o órgão jurisdicional, obrigando-o a decidir novamente o já decidido. É situação bem diferente daquela criada pelaparte quando, por ato de vontade, modifica os efeitos da decisão de mérito transitada em julgado.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 403).

os pressupostos para a configuração da coisa julgada sobre questão. Exemplo disso é o negócio processual em função do qual as partes estabeleçam limitações à atividade probatória. É legítimo às partes assim proceder, mesmo porque o juiz, se reputar pertinente, poderá determinar, de ofício, a produção de provas⁴⁶⁰. Essas restrições probatórias, em tese, podem ser utilizadas como argumento para obstar a formação de coisa julgada sobre uma questão prejudicial, na esteira do que determina o art. 503, § 2º, do CPC⁴⁶¹. Há, contudo, argumentos contrários a essa tese.

Se não é possível *afastar*, por negócio processual, a coisa julgada, também não é possível buscar atalhos para fazê-lo, vale dizer, não se pode, num processo de cognição exauriente, restringir deliberadamente (negocialmente) a atividade probatória e valer-se disso para afastar a incidência da coisa julgada. Se não se pode atacar diretamente o fim (coisa julgada), não se pode pretender excluí-lo atacando os seus pressupostos.

Assim, retomando o exemplo acima, é legítimo que as partes restrinjam a atividade probatória numa eventual demanda (ex: não será possível realizar perícias complexas). Ainda que se reconheça, todavia, tal liberdade negocial, ela, em si mesma, será *ineficaz*, em último caso, para impedir a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial. Não há incongruência entre as conclusões. Explica-se. É possível que as partes entabulem um acordo processual atípico que possa ecoar sobre os pressupostos para a configuração da coisa julgada sobre questões, mas esse acordo será ineficaz, neste particular, se vier a ser utilizado como argumento para, em demanda futura, obstar a alegação de coisa julgada.

Um último apontamento sobre os negócios processuais sobre a coisa julgada. Costuma-se defender a possibilidade de que um acordo processual atípico estabeleça a ocorrência de coisa julgada sobre o julgamento de uma questão prejudicial. Tratar-se-ia, neste caso, de uma liberalidade das partes que reforçaria (ampliaria) a ocorrência da coisa julgada⁴⁶².

⁴⁶⁰ Sobre o tema dos negócios processuais em matéria probatória há importante trabalho do professor Robson Renault Godinho, **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁴⁶¹ Antônio do Passo Cabral nega a incidência da coisa julgada quando um acordo processual atípico prevê limitações à cognição ou restrições à atividade probatória “Essas restrições à prova e à cognição podem vir não apenas da lei, mas também de convenções processuais (art. 190). Toda vez que o negócio, p. ex., excluir questões ou meios de prova do procedimento, a compensação do sistema é não autorizar a formação da estabilidade (no caso, não haverá coisa julgada).” (**Coisa julgada e preclusões dinâmicas...**, op. cit., p. 110). No mesmo sentido, Thiago Ferreira Siqueira, op. cit., p. 545.

⁴⁶² Neste sentido, colhe-se da obra de Antônio do Passo Cabral a seguinte passagem: “O CPC/2015 prevê a possibilidade das partes celebrarem convenções processuais atípicas (art. 190). No âmbito desta cláusula geral, entendemos que os litigantes podem acordar que a coisa julgada se forme sobre uma determinada questão prejudicial. A razão para essa possibilidade é simples: a vinculatividade da coisa julgada atingir uma determinada questão está na esfera de disposição das partes. As partes podem formular pedido a respeito; podem ajuizar ação declaratória incidental especificamente para estender a coisa julgada àquela matéria; podem, enfim, pelas prerrogativas processuais que o ordenamento lhes confere, debater exaustivamente aquele tema, voluntariamente

Além do mais, não haveria prejuízo algum aos terceiros beneficiados com a decisão. Já os terceiros prejudicados estariam autorizados a rediscutir o tema porque estranhos à relação processual matriz em que a decisão foi tomada.

Essa interpretação é corroborada neste trabalho. Contudo, é importante levantar um questionamento: qual é o fundamento para legitimar essa transposição da coisa julgada para além do que o ordenamento jurídico autoriza? A razão é principiológica? Está escudada na ausência de prejuízo? Não encontra óbices porque, ao invés de excluir ou diminuir a força da coisa julgada, o que se tem é um reforço dela? A resposta, ao que parece, vale-se da concatenação de todos esses fatores.

Em arremate, chama-se a atenção para alguns pontos: (i) uma coisa é dispor de direito material, ainda que a decisão sobre ele já tenha se tornado imutável e indiscutível pela coisa julgada; outra coisa bem diferente é dispor da própria coisa julgada, visto ser esta uma garantia do sistema e que, repise-se, não existe apenas para atender aos interesses das partes; (ii) abrir mão da coisa julgada dificilmente será mais eficiente para o Judiciário enquanto instituição que visa resguardar a estabilidade das decisões, o tratamento isonômico das partes e a segurança jurídica; (iii) relitigar talvez possa ser mais vantajoso para a parte, mas não se vislumbra, ao menos aprioristicamente, vantagens para o sistema de justiça e para o Judiciário. O argumento de que não haverá custos para o Judiciário porque eles serão suportados pelas partes é falacioso porque, reitere-se, os custos da Justiça não se resumem aos custos de um processo entre as partes. Pensar assim seria reduzir sobremaneira a importância da coisa julgada enquanto instituto de segurança jurídica voltado aos jurisdicionados e esvaziar seu propósito de pôr termo, ao menos juridicamente, ao conflito de interesses; (iv) a alusão ao art. 357 do CPC como argumento para justificar a possibilidade de convenção processual sobre coisa julgada também não escapa às críticas. Ainda que seja elogiável a previsão legal no sentido de outorgar às partes a possibilidade de delimitação consensual das questões de fato e de direito e de contribuir para a construção de um saneamento compartilhado, nada obriga o juiz a homologar dito pacto, o que afasta, por si só, a vinculação do julgador. Ademais, da possibilidade de participar do saneamento não decorre a possibilidade de flexibilização da coisa julgada pelas partes.

A coisa julgada, reitere-se, é uma garantia (fundamental) do jurisdicionado capaz de justificar que, ainda que a lei nada diga sobre a possibilidade de incidência daquela qualidade

o fazendo para que a estabilidade da coisa julgada se forme sobre a prejudicial. Ora, se assim é, não vemos razão para que não seja também aberta às partes a possibilidade de fazê-lo por acordo, com muito mais segurança e previsibilidade a respeito do vínculo que se formará sobre a prejudicial, e com ganho sistêmico de reduzir, em outros processos, as discussões sobre se efetivamente a coisa julgada se produziu sobre a questão ou não.” (*Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, op. cit., p. 115-116).

sobre determinada situação, seja possível defender sua ocorrência, isto por ser ela um direito fundamental. Mas poderia ser questionado se esse mesmo argumento também não se prestaria para justificar a exclusão da coisa julgada por convenção processual? A resposta é negativa, isto porque, na hipótese aventada, haveria uma diminuição da força estabilizante contrária à essência do instituto e que não afeta somente às partes envolvidas. Como já mencionado, pensar em termos exclusivamente binários, vale dizer, como se o processo interessasse apenas às partes, restringe o ângulo de visão e ignora algumas variáveis inseparáveis da coisa julgada, especialmente aquelas consistentes na irrepetibilidade de julgamentos, na racionalidade do sistema, na eficiência, na harmonia e na própria isonomia das decisões.

9.2.2. Restrições probatórias decorrentes de fontes judiciais

Por fim, não se pode olvidar da *fonte judicial*. Melhor contextualizando: uma restrição probatória fruto de uma decisão judicial também se amolda à hipótese normativa e impede a formação da coisa julgada? O código assegura às partes o direito à produção de provas. O artigo 369 do CPC é elucidativo ao dispor que “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

Esse direito, contudo, pode sofrer restrições em função de decisões judiciais.

A despeito de entendimentos contrários⁴⁶³, defende-se que não haverá impedimento à formação da coisa julgada sobre questões quando a eventual restrição probatória advier de uma decisão judicial⁴⁶⁴. O julgador tem não apenas a prerrogativa, mas o dever de indeferir, por

⁴⁶³ Marcos de Araújo Cavalcanti entende que a limitação à atividade probatória por decisão judicial também obstará a formação da coisa julgada sobre questão, equiparando-se a uma restrição de origem legal ou negocial: “Ademais, se a restrição probatória decorrer unicamente de decisão judicial, nos casos de indeferimento de prova, por exemplo, mesmo que não haja limitações impostas pelo procedimento ou por negócio jurídico processual, também não ocorrerá a formação da coisa julgada material relativa à questão prejudicial decidida. Em suma, ocorrendo restrições cognitivas ou probatórias, decorrentes de lei, negócio jurídico processual ou da própria decisão judicial, não se pode falar em coisa julgada da questão prejudicial decidida.” (Op. cit., seção 5.3.6., p. 455).

⁴⁶⁴ Esta é a posição de Alexandre Senra: “Indeferimento de diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC/15, art. 370, par. ún.), aplicação da regra do ônus da prova (CPC/15, art. 373), dispensa de prova dos fatos notórios, confessados, incontroversos ou em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (CPC/15, art. 374), determinação pelo juiz da realização de prova técnica simplificada em substituição à perícia (CPC/15, art. 464, §2º) etc, não transformam um procedimento em processo com restrições probatórias. Essas e outras providências previstas no CPC/15 para o procedimento comum são atividades do juiz que não limitam o direito à prova previsto no art. 369 do CPC/15, delimitam-no. O indeferimento de diligências inúteis ou meramente protelatórias não limita o direito à prova da parte porque a parte não tem direito à produção de prova inútil ou meramente protelatória.” (Op. cit., p. 296-297).

decisão fundamentada, a produção de provas quando reputá-las “inúteis ou meramente protelatórias”, consoante regra do art. 370, parágrafo único do CPC.

O juiz não age impelido com o propósito deliberado de cercear o direito probatório das partes. Se assim o fosse, ele estaria prejudicando não apenas as partes, mas também a si e seu próprio julgamento. O indeferimento de provas inúteis ou meramente protelatórias tampouco implica cerceamento de defesa. Trata-se, em verdade, de decisão que se justifica porque o pleito probatório visa apenas: (i) prolongar indevidamente o caminhar processual, ou (ii) produzir uma prova irrelevante para o julgamento. Ademais, a insurgência contra o indeferimento de provas poderá ser objeto de impugnação em sede recursal, ocasião em que, reconhecido o desacerto da decisão que negou a produção das provas, retomar-se-á o andamento processual afim de que a parte possa produzir referida prova.

9.2.3. Tutela antecipatória antecedente e restrições à cognição

Resta analisar um último assunto que guarda relação com a existência de limitações à cognição. Trata-se da decisão concessiva de tutela antecipatória antecedente, prevista no art. 300 do CPC. O próprio legislador, já no art. 304, § 6º, do CPC dispõe que não haverá coisa julgada sobre a decisão que concede a tutela antecipatória antecedente. Se o próprio legislador excluiu a imutabilização da decisão sobre a questão principal, outra não pode ser a conclusão senão aquela que exclua a figura da coisa julgada sobre a decisão de questões prejudiciais. Ademais, o fato de a decisão ser tomada com base em cognição sumária (juízo de probabilidade)⁴⁶⁵ é outra razão para afastar a coisa julgada nesta hipótese. E mais, não houve debate entre as partes, de modo que, se houver algo prejudicial, ele será apenas um ponto prejudicial, não uma questão prejudicial. Vale recordar, ainda, que a parte requerida pode não ter apresentado qualquer manifestação também com o intuito de afastar a possibilidade de coisa julgada sobre algum elemento prejudicial ao pedido.

10. COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO E INTERESSE RECURSAL

Os recursos possuem variadas modalidades com diversas particularidades. Foge aos lindes deste trabalho um aprofundamento sobre o tema. Para o que aqui importa, é preciso esclarecer, na esteira do que ensina José Carlos BARBOSA MOREIRA, que o recurso pode ser

⁴⁶⁵ Neste sentido, Thiago Ferreira Siqueira, op. cit., p. 550.

definido como “[...] o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna. Atente-se bem: dentro do mesmo processo, não necessariamente dos mesmos autos [...].”⁴⁶⁶

Dentre seus pressupostos, um deles é relevante para o momento: o interesse recursal.

O interesse recursal está sedimentado sob dois pilares principais: utilidade e necessidade.

A questão prejudicial (de mérito) goza de autonomia frente à decisão da questão principal e seu julgamento não precisa constar, necessariamente, no dispositivo. Essa autonomia tem consequências em sede recursal, vale dizer, a parte pode recorrer exclusivamente da questão prejudicial desfavorável⁴⁶⁷, ainda que a resolução tenha ocorrido na motivação⁴⁶⁸. O interesse recursal quanto à prejudicial não está condicionado à interposição de

⁴⁶⁶ **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 05. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 232.

⁴⁶⁷ Essa possibilidade é defendida por Antônio do Passo Cabral: “Muda também o interesse recursal: o vencedor na lide, vendo julgado procedente seu pedido, mesmo assim pode ter interesse em apelar da sentença para desfazer o entendimento sobre uma prejudicial sobre a qual o juízo concluiu em seu desfavor, evitando que aquela questão seja incorporada em outros processos (efeito positivo da coisa julgada).” (**Breves comentários ao novo código de processo civil** [livro eletrônico]. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier... [et. al.]. 2.^a ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, seção 3 dos comentários aos arts. 503 e 504, do CPC). Em sentido contrário, Rodrigo Ramina de Lucca adverte que: “Por outro lado, não se pode ignorar a falta de coerência lógica em se permitir o recurso de uma questão incidental, analisada única e tão somente como pressuposto necessário da decisão principal. A mesma questão será incidental em primeiro grau, mas principal no âmbito recursal. Ademais, aceitar recursos de questões incidentais implica violar um dos objetivos nucleares do Novo Código, que é a simplificação do processo (objetivo 3 da exposição de motivos). Em vez de mais simples, o processo tornar-se-á mais complexo e mais moroso. Os recursos proliferar-se-ão e os tribunais ficarão abarrotados de discussões que muito provavelmente jamais seriam retomadas em novos processos. Se a proposta inicial do Novo Código de Processo Civil era diminuir o número de recursos, a medida certamente teria efeito contrário. A permissão tem ainda um gravíssimo inconveniente: antecipa, em âmbito recursal, a discussão sobre a extensão da coisa julgada à questão incidental. Se o tribunal conhecer do recurso (por haver interesse) e negar-lhe provimento, consolida-se a extensão da coisa julgada à questão supostamente prejudicial? E em caso de juízo de admissibilidade negativo por falta de interesse? Será essa decisão, tomada sem “contraditório efetivo” e sem cognição exauriente, definitiva quanto à mutabilidade da questão prejudicial? Prevalecerá sobre a decisão do juiz que, em novo processo, constatar a extensão da coisa julgada a essa questão prejudicial por força do art. 503, § 1.^o? Apesar da inegável gravidade da consequência imposta à parte pelo art. 503, § 1.^o, deve-se buscar uma solução mais pragmática, vedando-se recursos que busquem única e exclusivamente a reforma das decisões prejudiciais incidentais. O raciocínio é similar ao desenvolvido anteriormente no ponto 5.2. Se a parte quer discutir especificamente a questão prejudicial, então deve incluí-la no mérito do processo pela via adequada (demandando, reconvindo etc.) e dar-lhe status de questão principal. Enquanto a questão for incidental, assim deverá ser tratada.” (**Os limites objetivos da coisa julgada...**, op. cit, seção 5.3).

⁴⁶⁸ M.Y. Minami e Ravi Peixoto sustentam essa conclusão: “O Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) trouxe nova luz para o tema ao permitir que se defenda, em tese, possibilidade de recurso discutindo a fundamentação em pelo menos dois casos: *recurso para discutir formação de precedentes* e *recurso para discutir questões prejudiciais resolvidas na fundamentação (incidenter tantum)*. [...]. A possibilidade de a coisa julgada atingir questões prejudiciais incidentais – localizadas na fundamentação – traz a possibilidade de um redimensionamento do interesse recursal. [...]. Destarte, se o interesse recursal é a ocorrência da *utilidade prática* e da *necessidade* pelo recorrente, certamente é possível enxergá-lo para a discussão das questões prejudiciais analisadas incidentalmente. Como tais questões são aptas, quando configurados os requisitos legais analisados, à coisa julgada, surge a *utilidade prática* em sua reapreciação. Ademais, se a prejudicial incidental não for questionada quando da interposição do recurso, não haverá outra possibilidade dentro daquele processo e, quiçá, em outro futuro. Configura-se, então, a *necessidade*.” (As questões prejudiciais incidentais, o regime especial da coisa

recurso contra a questão principal. Aludido interesse não está mais sujeito, ao contrário do que defende Marcos de Araújo CAVALCANTI⁴⁶⁹, a um aspecto topográfico, vale dizer, a decisão sobre a prejudicial não precisa constar necessariamente do dispositivo para que haja interesse recursal.

Houve, com o advento do CPC/15 e com a possibilidade de coisa julgada sobre a resolução da questão prejudicial, uma definitiva reconfiguração do interesse recursal. Atualmente já é assente que não se exige um paralelismo entre o mérito do recurso e o mérito da demanda originária, de modo que, em sede recursal, é possível que ocorra discussão sobre matéria estranha ao mérito da ação principal, ainda que ela tenha sido decidida na motivação. Tanto é verdade a dispensabilidade dessa simetria que ninguém estranha a interposição de um recurso para discutir o juízo de inadmissibilidade de outro recurso, assim como não se haveria de estranhar o recurso para atacar apenas a decisão sobre uma questão prejudicial contrária aos interesses da parte vencedora.

Com isso, tendo sido a parte vencedora impactada por uma decisão contrária no campo das questões prejudiciais, nada obsta que haja a interposição de recurso apenas contra aludida decisão com o propósito de reverter o julgamento. Contra esse entendimento não prevalece o argumento de serem incabíveis recursos contra a fundamentação. Essa visão clássica não mais se justifica porque, ao contrário do que ocorria no CPC/73, o legislador estendeu expressamente a coisa julgada à decisão de questão prejudicial, o que, segundo posição defendida neste trabalho, pode operar-se no campo reservado à motivação. Ademais, a razão para admitir o recurso contra a decisão proferida quanto às questões prejudiciais tem o escopo de garantir que eventual sujeição ao teor da referida decisão, em demandas futuras, não ocorra sem que à parte, antes, tenha sido assegurada a possibilidade de recorrer para sujeitar a análise do tema ao tribunal superior. Entendimento contrário pode desaguar em restrições ao contraditório com a força para impedir a ocorrência de vinculação da parte em demandas ulteriores.

No juízo de admissibilidade recursal, um questionamento exsurge desde logo: deve o tribunal, nesse juízo de prelibação, particularmente quanto ao interesse recursal, decidir sobre a presença dos requisitos para a configuração da coisa julgada sobre a questão na instância originária? A resposta tende a ser negativa, isto porque a aferição quanto à ocorrência de tais pressupostos deve ser feita pelo juiz da segunda demanda⁴⁷⁰. O recurso, neste sentido, seria uma

julgada e os possíveis problemas recursais. **Revista de Processo**, vol. 277/2018, p. 323-343, mar/2018 - versão digital, seções 7 e 8).

⁴⁶⁹ Op. cit., seção 5.4.10.

⁴⁷⁰ A propósito, Thiago Ferreira Siqueira, op. cit., p. 364-365.

continuidade da demanda ajuizada na instância originária. Ademais, não há sentido em trazer esse debate em sede recursal porque, além de complexo, fator que pode trazer óbices à celeridade do julgamento, é possível que todo o empenho seja inútil, vez que esse debate, numa segunda demanda, pode nem vir a ocorrer. E mais, é possível que outras demandas sequer venham a ser propostas. Além disso, um juízo de admissibilidade negativo sob o fundamento de que não houve coisa julgada sobre a decisão da questão prejudicial poderia ser apontado pela parte a quem tal conclusão beneficie (a parte a quem a decisão sobre a prejudicial é desfavorável) para autorizar-lhe a rediscussão em demanda futura. Contudo, a decisão proferida pelo tribunal tem mesmo esse efeito vinculante sobre o juiz da segunda demanda? A resposta novamente tende a ser negativa, vale dizer, o segundo julgador pode, sim, deliberar sobre a ocorrência de coisa julgada sobre a primeira decisão proferida a respeito da questão prejudicial, inclusive contrariamente àquilo que foi decidido pelo tribunal.

CONCLUSÕES

A segurança jurídica é uma garantia central do nosso sistema de justiça. Dialoga, ainda, com outros valores importantes, particularmente com a tutela da liberdade e da igualdade. A coexistência desses três pilares - segurança, liberdade e igualdade - é o arcabouço mínimo que todo e qualquer sistema jurídico deve almejar se pretende ser democrático, previsível e seguro.

Essa mesma segurança pode ter múltiplas fontes e ocorrer em diversos ambientes. Trata-se de um instituto macro jurídico porque não está circunscrito a um determinado microsistema, tampouco às fronteiras do processo civil. No espaço jurídico, a segurança pode ser analisada sob diversas óticas: segurança do (no, pelo) Direito, do (no, pelo) processo, na (da, pela) decisão.

A segurança jurídica, contudo, não pode ser objeto de estudo apenas no campo teórico. Após a maturação das ideias, ela deve descolar-se da abstração dos livros para atuar em seu habitat mais necessário, vale dizer, no seio das relações pessoais, profissionais, empresariais e jurídicas. Em outras palavras, deve-se buscar meios para concretizá-la no mundo real, na vida das pessoas e no microcosmo do processo. Isso porque é justamente nas vivências humanas e nas suas multifacetadas relações que a segurança jurídica mais se faz indispensável, pois, sem ela, as pessoas tendem a comportar-se com cautela redobrada. A participação das partes ainda tem papel de destaque na edificação das bases dessa segurança. A ampliação das técnicas de estabilização não pode descurar de uma premissa central, vale dizer, não pode ignorar que, ao fim e ao cabo, o propósito de todo o sistema de justiça é a tutela dos direitos, respeitadas as garantias dos envolvidos e a possibilidade de influência sobre o resultado da atividade jurisdicional.

Nesse sentido, a construção orgânica e cooperativa das bases sobre as quais se assentará o julgamento é um dado que repercutirá nos limites da coisa julgada. Esta retrata uma importante faceta da segurança jurídica. Apesar de, modernamente, ter suas premissas colocadas em xeque por visões que vislumbram os novos referenciais das estabilizações na segurança-continuidade, na cadeia e na normatividade de vínculos, na transição suave e no ônus argumentativo, a coisa julgada ainda encontra fundadas razões a justificar sua subsistência.

Não se trata de uma permanência derivada do apego à tradição e descolada de justificações de índole prática, sem reflexos na vida dos jurisdicionados. Fosse apenas uma relevância embasada em raízes culturais, destituída de qualquer reverberação na realidade, tratar-se-ia de um fenômeno que, também aqui, não seria defendido. Não é, todavia, isso o que se procurou demonstrar.

Tal como todo instituto típico do direito processual, a coisa julgada não escapa às críticas e, inclusive, às encruzilhadas que ela produz. Típico exemplo é o debate que dela emerge quando a segurança que ela busca estabelecer entra em rota de colisão com critérios de justiça do caso concreto. Mesmo nestes casos, contudo, deve-se adotar uma posição restritiva, ainda que isso possa parecer antipático, de modo que a estabilização advinda da coisa julgada há, num primeiro momento, de ser respeitada. Eventuais exceções a essa regra devem ser previstas pelo legislador a fim de que a escolha pela alteração das balizas da coisa julgada seja fruto, antes e sempre que possível, de uma deliberação político-legislativa.

A coisa julgada não é mais o único vetor de segurança jurídica. Quanto a isso não há dúvidas. Há outros que, ao lado dela, compõem o cinturão de estabilidades (ou estabilizações). A ideia de que a coisa julgada seria, pois, a única forma para conferir definitividade à tutela de direitos já não é mais defendida. Isso, entretanto, não torna a coisa julgada dispensável. Da mesma forma, a substituição das notas identificadoras típicas da coisa julgada (imutabilidade, inalterabilidade, indiscutibilidade) não parece conduzir, necessariamente, a um sistema mais racional e dotado de maior controlabilidade. Em verdade, ditos critérios, porque passíveis de constatação objetiva, conferem segurança ao jurisdicionado na medida em que sua modificação não está condicionada ao sabor de subjetivismos.

O advento de novas modalidades de direitos ou mesmo de novas técnicas processuais de tutela dos direitos, ainda que, por hipótese, demandem uma lógica de estabilização mais fluída, menos rígida, logo, mais elástica, não implica, fundamentalmente, na superação da coisa julgada. Nada obsta, aliás, que a coisa julgada conviva com referenciais estabilizadores distintos. Não há anomalia alguma se outra forma de estabilização, mais aderente ao caso concreto, se impuser e representar a melhor opção para o caso concreto (é o que ocorre, a título de exemplo, com os processos estruturais, onde a estabilização das decisões em cascata mostra-se, ao menos em tese, incompatível com as amarras ou os grilhões da coisa julgada).

Tudo isso está a demonstrar que a coisa julgada ainda mantém muito de sua relevância. Em verdade, cada vez mais a doutrina parece convergir para um objetivo comum, consistente em evitar a repetição de julgamentos a respeito de questões já decididas.

Para além disso, a coisa julgada sobre questões não se prende mais ao princípio da demanda, de onde se pode extrair que suas consequências não interessam apenas e tão somente às partes, mas, acima de tudo, aos jurisdicionados e, por que não, ao próprio sistema de justiça.

Com este propósito, o desenho da coisa julgada sobre questões vem a somar-se ao modelo tradicional de coisa julgada (art. 503, *caput*, do CPC), de modo a concorrer para a concretização dos seguintes valores: segurança jurídica, efetividade, unidade do direito (ainda

que esse escopo seja mais aderente aos precedentes), harmonia das decisões, coerência dos julgamentos e melhoria no gerenciamento dos custos do processo. Da mesma forma, traz, em seu substrato, premissas que permitem uma aproximação com a boa-fé, com a proibição de *venire contra factum proprium*, com a proteção da confiança e das legítimas expectativas dos jurisdicionados, tudo isso a partir da ideia de que o sistema de justiça não pode mais tolerar, irresponsavelmente, que uma mesma questão já decidida, observadas todas as garantias das partes, seja novamente trazida ao processo para novo julgamento. Este cenário está a prenunciar que as ferramentas de estabilização devem ser potencializadas.

Dito isso, as principais ideias desenvolvidas ao longo da pesquisa, particularmente com relação à coisa julgada sobre a decisão de questão prejudicial, podem ser compiladas nos seguintes termos:

1. No direito pátrio, a coisa julgada sobre questão está prevista no art. 503, §§ 1º e 2º do CPC.

2. Quanto ao pressuposto da prejudicialidade, há duas correntes: a primeira defende que a prejudicial deve ser necessária (essencial) para o julgamento da questão principal. Somente assim a decisão sobre ela poderá ser estabilizada pela coisa julgada; a segunda corrente defende ser suficiente que a decisão sobre a prejudicial tenha aptidão para influenciar a decisão da questão principal, não se exigindo a necessária influência. O juízo para aferir essa influência seria hipotético e *ex ante*. Esse pensamento torna o procedimento mais seguro porque a identificação da influência pode ser feita desde logo pelas partes. Ademais, o fato de a decisão ter desviado do encadeamento lógico previsível não é argumento suficiente para afastar a incidência da coisa julgada sobre a questão prejudicial. Se o propósito é extrair do processo toda a sua potencialidade, evitando a relitigação, nada obsta que prevaleça interpretação ampliativa.

Quanto ao requisito da autonomia, procurou-se demonstrar que a prejudicialidade subsistirá ainda que a questão não tenha aptidão para figurar a título principal noutra demanda. A noção de prejudicialidade encampada neste estudo assentou-se na antecedência lógica e na aptidão para influenciar o julgamento da questão subordinada (prejudicialidade enquanto vínculo jurídico).

3. Na hipótese de pluralidade de questões prejudiciais e de questão prejudicial decidida em desfavor da parte vencedora, concluiu-se pela ocorrência da coisa julgada quando presentes os demais pressupostos.

4. A decisão precisa ser incidental e expressa, logo, não precisa constar necessariamente do dispositivo e não se admitem decisões implícitas.

5. O contraditório exigido pelo código deve ser prévio e efetivo. O adjetivo efetivo empregado na redação do dispositivo deve ser entendido como a possibilidade outorgada às partes para deduzirem suas alegações e produzirem provas, se necessário. Não se dispensa que a questão deva estar presente nas afirmações das partes a fim de restar configurado o debate. Caso contrário, haverá mero ponto prejudicial.

6. Na hipótese de revelia não haverá coisa julgada sobre a questão prejudicial quando se verificarem seus efeitos materiais. A omissão deliberada ao longo de todo o processo obsta a formação da coisa julgada, ainda que haja decisão sobre a matéria. Ausente estará o debate. Contudo, se o juiz chamar a atenção para a presença da questão prejudicial por ocasião do saneamento e, por isso, intimar as partes para que sobre dita questão se pronunciem, eventual omissão não obstará a formação da coisa julgada sobre a decisão proferida. O debate necessário para que um ponto prejudicial passe a ser tratado como questão prejudicial não se perfaz apenas com a controvérsia ou a divergência entre as partes. Aqui, ao contrário do que se observa no direito estadunidense, não se exige que a questão seja efetivamente litigada. Por isso defendeu-se, neste trabalho, que a confissão também pode ensejar a incidência da força atrativa da coisa julgada.

7. Quanto à competência, deve o julgador ser competente para analisar a questão caso ela fosse deduzida como principal. Ainda que a discussão seja interessante, não se defendeu a coisa julgada sobre questões prejudiciais quando a decisão for proferida no julgamento de causas maduras (art. 1013, §§ 3º e 4º, do CPC).

8. Quanto às locuções “restrições probatórias” “que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial” adotou-se, neste trabalho, que toda e qualquer restrição probatória, advinda de fonte legal, será considerada como potencialmente apta a impedir o aprofundamento da análise da questão prejudicial, logo, à formação da coisa julgada.

Na hipótese de origem negocial, defendeu-se que a coisa julgada não pode ser afastada por acordo processual atípico (art. 190 do CPC). A negociação sobre um pressuposto da coisa julgada sobre questões (ex: inserção de restrições probatórias por negócio processual) é ineficaz para afastar a coisa julgada.

A restrição à atividade probatória fruto de decisão judicial não constitui qualquer empecilho à ocorrência da coisa julgada.

9. Quanto às limitações à cognição, sua ocorrência deve ser analisada sob a perspectiva do plano vertical.

10. Há interesse recursal sobre a decisão desfavorável de questão prejudicial.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Landy, 2001.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ALVIM, Teresa Arruda; CORRÊA, Leonardo Peres. Algumas anotações acerca da coisa julgada sobre questão prejudicial. **Revista de Processo**. vol. 321/2021, p. 61-82, nov/2021.

ALVIM, Thereza Arruda. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Ed. RT, 1977.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito civil brasileiro**. 2013. Disponível em: www.academia.edu.

_____. **Reflexões sobre o princípio da demanda**, disponível em https://www.academia.edu/221841/Reflex%C3%B5es_sobre_o_princ%C3%ADpio_da_demanda.

_____; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

_____; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no novo CPC – aproximações preliminares. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. V. 4, n. 39, abril/2015, p. 103-117.

_____. A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares. **Revista de Processo**. Vol. 310/2020, p. 173-201, dez./2020 - versão digital.

ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM, Angélica; FERREIRA, Eduardo Aranha. Contraditório efetivo como requisito à formação de coisa julgada sobre questão prejudicial. In **Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim [livro eletrônico]: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015**. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações** [livro eletrônico] / Araken de Assis. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teoria da Argumentação Jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros - JusPodivm, 2021.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2018.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Coisa julgada e declaração**. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1758662/Jose_Carlos_Barbosa_Moreira.pdf, acesso em 10/10/2021, pp. 60-68.

_____. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, RT 416/9, jun./1970. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, vol. 6, p. 679, Out / 2011 - versão digital.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. **Revista de Processo**. Vol. 40, p. 7 - 12. Out - Dez / 1985 - versão digital.

_____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In **Temas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Instituto Mackenzie. 1967.

_____. **Questões prejudiciais e questões preliminares**. Direito Processual Civil (Ensaio e Pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In **Relativização da coisa julgada**. Organizador: Fredie Didier Jr. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 225-249.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil. In **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 05. 10.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BENTHAM, Jeremy. Rationale of judicial evidence. In: **The works of Jeremy Bentham**. London: John Bowring, v. 7, 1843, p. 171.

BETTI, Emilio. Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio. **Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni**, v. XXVII, 1929, parte prima, p. 544-561.

BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre a coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. **Revista de Processo Comparado**. Vol. 2/2015, p. 121 - 143. Jul - Dez / 2015 - versão digital.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

_____. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

_____. **Breves comentários ao novo código de processo civil** [livro eletrônico]. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier... [et. al.]. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Alguns mitos do processo (II): Liebman e a coisa julgada. **Revista de Processo (RePro)**. Ano 38. Vol. 27 - p. 41-73 - março/2013.

_____. Contraditório (Princípio do -). In **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Org. TORRES, Ricardo Lobo et. al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. A coisa julgada formal faz sentido no Sistema do CPC/2015? - Parte IV. In: AURELLI, Arlete et al. **Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim [livro eletrônico]: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

_____. A coisa julgada formal faz sentido no Sistema do CPC/2015? In DIDIER JR. Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. **Grandes temas do novo cpc - v.12 - coisa julgada e outras estabilidades processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 141-161.

_____. NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. - Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Convenções Processuais**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do Juiz no Novo CPC. **Revista de Processo**. v. 208. São Paulo: Ed. RT, 2012.

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. **Civil Procedure Review**, [S. l.], v. 3, n. 3, p. 3-35, 2012. Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/32>.

CALAMANDREI, Piero. Il concetto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti. In **Rivista di diritto processuale civile**, n. 5, v. 1, p. 3-22; 89-98.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

CAPONI, Remo. **L'efficacia del giudicato civile nel tempo**. Milano: Dott. A. Giuffrè editore. 1991. Disponível em https://www.academia.edu/44870119/R_Caponi_Lefficacia_del_giudicato_civile_nel_tempo_Milano_1991.

_____. Autonomia privada e processo civil: gli accordi processual. **Civil Procedure Review**, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 42-57, set/2010 [p. 43]. Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/49>.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Vol. I. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1959.

CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin. M. **Res Judicata: A Handbook on Its Theory, Doctrine, and Practice**. Durhan, Carolina Academic Press, 2001.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa julgada & Questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos**. [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Tradução de Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. 1ª ed., São Paulo: editora Marcial Pons, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile: i rapporti processuali - il rapporto processuale ordinario di cognizione**. vol. II - sez. I. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene: Napoli, 1934.

_____. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Tomo II. Tradução José Casáis Y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1925.

_____. Romanismo y Germanismo en el Proceso Civil. Tradução de Roberto L. Mantilla Molina. Disponível em <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/escuela-nal-jurisprudencia/article/view/20537/18443>. **Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia**, tomos IV-V, núm. 16-17, México, 1943, p. 511-554.

_____. “Cosa giudicata e preclusione”. In **Saggi di diritto processuale civile**. Vol. 3. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. “Sulla cosa giudicata”. In **Saggi di diritto processuale civile**. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. **Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione**. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1965.

_____. **Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição**. Vol. 03. Campinas: Bookseller. 1998.

CLERMONT, Kevin M. Coisa julgada: origens e importância sob a perspectiva do direito norte-americano. **Revista de Processo**, vol. 307/2020, p. 361 - 397, set/2020 - versão digital.

DELLORE, Luiz Guilherme. **Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

_____. **Extensão da coisa julgada à resolução de questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro**. In *Civil Procedure Review*, v. 6, n. 1: 81-94, 2015. Disponível em www.civilprocedurereview.com.

_____. “Contraditórios, objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015.” In **Improcedência** [coord.: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva]. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 61-72.

_____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol. 2. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

_____. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. Vol. 3. 17ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 774).

_____. ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Vol. 4. 14ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

_____. **Relativização da coisa julgada**. Organizador: Fredie Didier Jr. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Polêmicas do processo civil. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, vol. 1, p. 523 - 542, Out / 2011, versão digital.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo I. São Paulo: Malheiros. 6ª ed., 2010.

_____. **Capítulos de sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil: volume II**. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

DOUTOR, Maurício Pereira. Coisa julgada sobre questão: uma leitura à luz do princípio do acesso à Justiça. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. vol. 9, ano 5, p. 61-84. São Paulo: Ed. RT, jan-jun, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2015. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39322/R%20-%20D%20-%20MARCELLA%20PEREIRA%20FERRARO.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L. **Cuerpo del Derecho Civil Romano**. Primera Parte. Digesto. Tomo III. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Barcelona, 1897.

GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de código de processo civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. **Revista de Processo**. vol. 194/2011, p. 101-138, abr/2011 - versão digital.

GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria geral da jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GRADI, Marco. **Il contrasto teorico fra giudicatti**. Cacucci Editore: Bari, 2020

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes da constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In **Relativização da coisa julgada**. Organizador: Fredie Didier Jr. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 225-249.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. **Revista do Advogado**. Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXI, n. 65, dez/2001.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Traducción de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2014.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da ação e racionalização social**. Martins Fontes, 2012.

HAZARD, Geoffrey C. **Revisiting the second restatement of judgments: issue preclusion and related problems**. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/1717/Revisiting_2nd_Restatemen t.pdf?sequence=2&isAllowed=y.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KNIJNIK, Danilo. “Os ‘standards’ do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle”, disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/danilo%20knjnik%20-%20formatado.pdf>.

LARA PEINADO, Federico. **Código de Hammurabi**. 2ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Prejudicialidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. Coisa julgada sob perspectiva comparatística: o que o sistema norte-americano pode nos ensinar sobre a extensão dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. **Revista de Processo**. vol. 258/2016, ago/2016 (versão eletrônica).

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e de Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Manuale di Diritto Processuale Civile: Il processo ordinario di cognizione**. v. I. Milano: Dott A. Giuffré.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. Tese de doutorado. 2010. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15032013-091621/publico/Tese_doutorado_versao_integral_Bruno_Vasconcelos_Carrilho_Lopes.pdf.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005.

_____. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Martins Fontes, 2006.

MACEDO, Elaine Harzheim; CUNHA, Marcelo Garcia. **Coisa julgada transnacional: considerações sobre a possibilidade de sua automática projeção no Brasil**. Disponível em <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/gd52onsx/RS1frxW3v9dj8oHi.pdf>, acesso em 25/10/2021, pp. 40-57.

MACEDO, 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, out./2016, versão digital.

MAFFESSIONI, Behlue Ina Amaral. **Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2020.

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

_____. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **A intangibilidade da coisa julgada da decisão de inconstitucionalidade: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, CPC/15** [livro eletrônico]. 2ª ed. em e-book baseada na 4ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. **Revista de Processo**. vol. 259/2016, p. 97-116, set./2016, versão digital.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo**. v. 1. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MARQUES, Lilian Patrus. **Contribuição crítica ao estudo dos limites objetivos da coisa julgada**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06032015-130030/publico/Lilian_Patrus_Marques_dissertacao_completa.pdf.

MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiziale nel processo civile**. Milano: A. Giuffrè, 1963.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Teses, estudos e pareceres de processo civil. v. 2: jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais. Apresentação José Rogério Cruz e Tucci, Walter Piva Rodrigues, Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiziale nel processo civile**. Milano: A. Giuffrè, 1963.

MILLAR, Robert Wyness. **The premises of the judgment as res judicata in continental and anglo-american law**. Michigan law review. Disponível em www.jstor.org/stable/1283167.

_____. **The historical relation of estoppel by record to res judicata**. v. 35 Illinois Law Review of Northwestern University. (1940-1941).

MINAMI, M. Y.; PEIXOTO, Ravi. As questões prejudiciais incidentais, o regime especial da coisa julgada e os possíveis problemas recursais. **Revista de Processo**, vol. 277/2018, p. 323-343, mar/2018 - versão digital.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil - volume único**. 9ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. Tradução Antônio do Passo Cabral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. A coisa julgada: o fim de um mito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Ano 6. Volume X. Número 10. Julho a dezembro de 2012. Rio de Janeiro. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20349/14690>. Acesso em 10/08/2021.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. **Revista de Processo**. Vol. 196. Jun. / 2011.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi!** Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4213608/mod_resource/content/1/OLIVEIRA%2C%20Hamurabi.pdf.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo: Da rigidez à flexibilização processual**. [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

OSNA, Gustavo. “Contratualizando o processo”: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 2. Maio a Agosto de 2020, p. 163-185.

PAGANI, André; CARACIOLA, Andrea; ASSIS, Carlos Augusto de; SIMARDI, Luís Eduardo; DELLORE, Luiz. **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. 5ª ed., São Paulo: Editora Gen / Atlas, 2021.

PASTRANA, A. T. La cosa juzgada material en el proceso civil español. Función excluyente y límites objetivos. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*. Umuarama. v. 9, n. 2, p. 247-264, 2006, p. 247-264.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 6ª ed. Napoli: Jovene Editore. 2014.

PRITSCH, Cesar Zucatti. A adoção da coisa julgada sobre questão no CPC 2015: paralelos com o *collateral estoppel* americano. **Revista dos tribunais**. vol. 1032. Ano 110. p. 19-44. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

PUGLIESE, Giovanni. **Giudicato civile** (storia). Enciclopedia del diritto, 1969, XVIII.

_____. **Giudicato civile** (dir. vig.). Enciclopedia del diritto, 1969, XVIII.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. vol. 252. Fev./2016 (versão digital).

_____. **Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. **Revista de Processo**. São Paulo: RT. Ano 40, v. 248, out. 2015, p. 43-67, seção 7.6.12 - versão digital.

RESCHKE, Pedro Henrique. **A expansão dos limites objetivos da coisa julgada**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 2018. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/190259>.

ROCCO, Ugo. **Trattato di diritto processuale civile**. v. II. Turim: Editora UTET, 1957.

RODOVALHO, Thiago. Coisa julgada e sua fundamentalidade. In **Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015** [livro eletrônico]. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. **Revista de Processo**, vol. 13/1979, p. 31 - 47, Jan - Mar / 1979. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, vol. 2, p. 81 - 104, Out / 2011 - versão digital.

SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Espírito Santo. 2016. Disponível em https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/8804/1/tese_10069_SENRA_ALEXANDRE_2016.pdf.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro**. Tese de doutoramento. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10062011-091324/publico/Tese_Final.pdf. Acesso em 12/09/2021.

_____. Direito processual civil espanhol. Disponível em https://www.academia.edu/17570556/2009_Direito_Processual_Civil_Espanhol.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofia del derecho**. 19ª ed. Mexico: Ed. Porrúa, 2008.

SILVA, Beclaute Oliveira. O autor pede... o réu também! Ou da improcedência como procedência. In **Improcedência** [coord.: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva]. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 49-60.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora RT, 2003.

SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão da coisa julgada** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. SILVA, R. A.; Thamay, R. . **Coisa Julgada. Contraponto jurídico**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 747-786.

_____. Coisa julgada e questões prejudiciais: análise de alguns aspectos polêmicos. In: Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero; Rogéria Dotti. (Org.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**. 1ªed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 905-921.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Traducción del alemán por Tomas A. Banzhaf. Imprenta: Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-america, 1968.

TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (os “limites temporais” da coisa julgada). **Revista do Advogado**. Ano XXVI. n. 88 - nov. 2006.

_____. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Questões prejudiciais e coisa julgada.** Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, n.º 109, março de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>.

_____. **Código de Processo Civil anotado** (org. José Rogério Cruz e Tucci, Manoel Caetano Ferreira Filho, Ricardo Aprigliano, Rogéria Dotti e Sandro Gilbert Martins). São Paulo/Curitiba, AASP/OAB-PR, 2021, p. 836-856, disponível em https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2021/12/CPC_annotado-final.pdf.

_____. TALAMINI, Eduardo. Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, n.º 104, outubro de 2015, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. **Consideraciones sobre la cosa juzgada, a la luz de la nueva regulación dada por el art. 222 de la ley de enjuiciamiento civil.** Disponível em http://ibdigital.uib.es/greenstone/sites/localsite/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2/006_t008.dir/Bajlib_2006_t008_005.pdf.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos.** Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

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

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

TEMER, Sofia. **Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação.** Salvador: JusPodivm, 2020.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

THAMAY, Rennan. **Coisa julgada** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

THEODORO JR., Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. **Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, jul. 2009, p. 15-30.

TIRONI, Rommero Cometti. Prejudicialidade e limites objetivos da coisa julgada. **Revista de Processo** | vol. 281/2018 | p. 187 - 215 | Jul / 2018 - versão digital.

_____. Teoria da prejudicialidade e o projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo** | vol. 216/2013 | p. 245 - 269 | Fev / 2013 - versão digital.

TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil: estática e dinâmica.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Coisa julgada: contribuição para uma nova teoria.** Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná. 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

_____. **A causa petendi no processo civil**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

VOGT, Fernanda Costa. **Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

VESTAL, Allan D. **Restatement (Second) of Judgments: A Modest Dissent**. 66 Cornell L. Rev. 464 (1981) Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol66/iss3/4>.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues & ALMEIDA, Flávio Renato Correia de & TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo**. São Paulo: Editora RT, 1987.