

COLEÇÃO
**THEOTONIO
NEGRÃO**

Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes

Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada

2012

 **Editora
Saraiva**

A/A +
: 96/132

Capítulo III

Eficácia preclusiva da coisa julgada

15. A eficácia preclusiva na teoria geral do direito

Para uma adequada compreensão da eficácia preclusiva da coisa julgada é conveniente uma prévia análise do conceito de *eficácia preclusiva* elaborado por ANGELO FALZEA ao tratar das *transformações das situações jurídicas*, dada a referência feita a esse conceito nas obras de MACHADO GUIMARÃES e BARBOSA MOREIRA (*infra*, n. 16).

A transformação de uma situação jurídica tem como causa uma opção normativa, sendo o resultado de um juízo de conveniência do legislador a respeito da adequação da situação a uma nova realidade. Classificadas as transformações com referência à eficácia da nova situação jurídica perante a situação anteriormente existente, é possível subdividi-las em *constitutiva*, *declaratória* e *preclusiva*.

Na grande maioria dos casos as transformações ostentam *eficácia constitutiva*. A nova situação *diverge* da preexistente, com o nascimento, a modificação ou a extinção de uma situação jurídica²²².

Há situações, no entanto, em que a nova situação *converge* no essencial com a pregressa, manifestando *eficácia declaratória*. A transformação traz

²²² Cf. FALZEA, "Efficacia giuridica", n. 49, pp. 146-153.

alguma mudança, mas ela não afeta a estrutura e a substância da situação²²³, que é apenas *reforçada*, *especificada* ou *enfraquecida*²²⁴.

Ao contrário das eficácias constitutiva e declaratória, que respondem à exigência de continuidade do direito e preservam no tempo a sucessão e harmonia das situações jurídicas, a *eficácia preclusiva* manifesta-se independentemente de qualquer consideração a respeito da inovação ou conservação da situação jurídica anterior. Para a segurança e praticidade da vida em sociedade, a válida constituição de uma nova situação jurídica não pode depender da investigação *ad infinitum* do passado. A *eficácia preclusiva* responde a essa exigência rompendo com o passado e tornando-o irrelevante para determinar a validade da nova situação perante o direito. Ela impõe um limite à continuidade e prestigia a segurança jurídica, ao *estabilizar situações consolidadas* no tempo ou *eliminar conflitos* que impeçam sua plena atuação²²⁵.

No grupo dos fatos preclusivos encontram-se a prescrição e a usucapião. Caracterizada, por exemplo, a prescrição, todo o passado a respeito da situação precedente torna-se irrelevante. Não interessa se a relação jurídica efetivamente existiu, se o crédito foi satisfeito ou se estavam presentes outras causas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito que pudessem obstar sua satisfação. Ao tornar o passado irrelevante,

²²³ Cf. FALZEA, "Efficacia giuridica", n. 50, pp. 153-159.

²²⁴ O *reconhecimento do direito* exemplifica o efeito de *reforço*. Não há uma modificação na substância da situação jurídica e, sem entrar na análise de efeitos acessórios, como a constituição de prova para a defesa do direito em juízo, o reconhecimento tem por efeito proteger o direito contra o desgaste ocasionado pelo tempo, impedindo a prescrição ou a aquisição da propriedade de um bem por usucapião. O direito não muda, é simplesmente reforçado, e essa realidade apenas é perceptível caso se compare a situação decorrente do reconhecimento do direito com a virtual hipótese de este não ter ocorrido. O efeito declaratório de *especificação* da situação jurídica produz-se quando há uma simples determinação de seu conteúdo. É o que ocorre no contrato de mandato celebrado em termos genéricos. Na medida das necessidades do mandante são passadas ao mandatário instruções a respeito do modo como deverá atuar no cumprimento do contrato, sem que tais instruções importem a constituição de uma nova relação jurídica. A obrigação do mandatário tem fundamento no contrato genérico; há apenas uma especificação de conteúdo. Há *enfraquecimento* da situação jurídica nas hipóteses de ineficácia relativa de um direito, decorrente do conflito com outro direito subsequente. É o caso da relação entre o direito de propriedade e a hipoteca. A propriedade não sofre alteração em seus caracteres essenciais com a constituição de uma hipoteca, mas o direito é enfraquecido (FALZEA, "Efficacia giuridica", nn. 51-53, pp. 159-167).

²²⁵ Cf. FALZEA, "Efficacia giuridica", n. 54, pp. 167-171.

a prescrição, ao mesmo tempo, extingue o direito pendente, reforça a extinção do direito que já estava extinto e impede a discussão do direito que nem sequer existiu²²⁶.

Finalmente, para a tutela da segurança na aplicação do direito também produzem eficácia preclusiva os modos previstos em lei para a solução de conflitos a respeito da existência ou do conteúdo das situações jurídicas, com especial realce para a coisa julgada e a transação. Ocorrido algum desses fatos jurídicos preclusivos, a incerteza antes existente torna-se irrelevante.

O ordenamento processual é estruturado para a sentença refletir a realidade existente anteriormente à instauração do processo, com a prestação de uma tutela jurisdicional equivalente à espontânea satisfação da pretensão da parte que tiver razão. Mas após formada a coisa julgada, não importa se esse objetivo foi ou não alcançado. O efeito preclusivo torna juridicamente indiferente a correspondência entre a disciplina prevista na sentença e a situação jurídica pregressa. Esse é o equilíbrio instituído pelo ordenamento jurídico entre as exigências de justiça e segurança na aplicação do direito. A justiça é resguardada pelas oportunidades concedidas às partes no processo para sustentarem e comprovarem suas pretensões; a segurança é implementada pela coisa julgada, que coloca um ponto final na discussão.

Ostentasse a coisa julgada eficácia declaratória, sempre seria possível questioná-la por não haver correspondência entre a situação jurídica disciplinada na sentença e a situação anterior. Atribuir-lhe eficácia constitutiva significaria afirmar que sempre e invariavelmente a sentença modifica os caracteres essenciais da situação jurídica apreciada. Como pode ocorrer uma ou outra coisa e, para o direito, após a formação da coisa julgada é irrelevante o que efetivamente ocorreu, FALZEA qualifica-a como um fato jurídico dotado de eficácia preclusiva²²⁷.

A mesma ordem de considerações vale para a transação. As concessões recíprocas que estão na base do instituto significam apenas que as partes cederam em relação às suas pretensões. É irrelevante o fato de a situação resultante da transação ser ou não idêntica à pregressa²²⁸.

²²⁶ Cf. FALZEA, "Eficácia jurídica", n. 55, pp. 171-178. Para uma análise crítica da relação entre prescrição e eficácia preclusiva, cf. CARRESI, "Gli effetti del contratto", n. 10, pp. 510-513; TROISI, *La prescrizione come procedimento*, n. 10, pp. 76-78.

²²⁷ Cf. "Eficácia jurídica", n. 56, pp. 178-191.

²²⁸ Cf. FALZEA, "Eficácia jurídica", n. 57, pp. 191-194.

A definição da coisa julgada com referência à noção de eficácia preclusiva despertou críticas na doutrina italiana. Alguns questionaram a autonomia conceitual da eficácia preclusiva frente à constitutiva²²⁹ ou afirmaram que ao direito é irrelevante a conformidade da declaração contida na sentença com a situação anterior, pois juridicamente a realidade preexistente é aquela declarada na sentença²³⁰. Outros observaram que a construção de FALZEA explica parcialmente a coisa julgada – a análise é restrita ao impedimento de ulterior reapreciação da mesma causa, sem haver referência à função positiva da coisa julgada²³¹.

Ainda que padeça dessas imperfeições, a teoria é expressiva em demonstrar a ruptura trazida com a formação da coisa julgada e a impossibilidade de rediscussão das premissas de uma decisão transitada em julgado com o objetivo de modificar o decidido.

16. Eficácia preclusiva da coisa julgada

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939, MACHADO GUIMARÃES elaborou estudo que influenciou decisivamente a atual concepção da doutrina brasileira acerca da eficácia preclusiva da coisa julgada. Após distinguir preclusão, coisa julgada formal e coisa julgada material, afirma que "com outro e diferente significado técnico é usado o termo 'preclusão', já agora, não para designar fato (omissivo) apto a constituir determinadas situações processuais (e, entre estas, a coisa julgada formal e a coisa julgada substancial), mas para indicar um característico efeito dessas mesmas situações processuais"²³². Esse efeito característico, denominado eficácia preclusiva, seria inerente a toda situação processual que gere algum tipo de estabilidade. Na *preclusão* a eficácia preclusiva é definida como endoprocessual, por restringir-se ao processo em que opera, e é limitada às questões de fato. Em se tratando da coisa julgada formal, a eficácia preclusiva é igualmente endoprocessual, mas abrange questões de fato e de direito. Já a eficácia preclusiva

²²⁹ Cf. FERRI, "Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata", n. 4, pp. 434-436; FERNANDEZI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cap. V, n. 41, pp. 248-249; n. 43, pp. 252 ss.; VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, nn. 26-27, pp. 107-108.

²³⁰ Cf. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cap. III, n. 4, pp. 66-67.

²³¹ Cf. LIEBMAN, "Giudicato", n. 4.11, p. 8; PUGLIESE, "Giudicato civile (dir. vig.)", n. 13, pp. 827-828.

²³² "Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo", n. IX, p. 15.

da coisa julgada material é a mais ampla possível, “pois opera não só no mesmo processo como também em outros processos relativos à mesma lide ou a outras lides logicamente subordinadas”²³³.

Ao traçar os contornos do fenômeno, MACHADO GUIMARÃES observa que a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge as questões deduzidas e dedutíveis que possam influir no teor da decisão transitada em julgado, impedido a rediscussão da causa. Adiante, complementa que “essas premissas são atingidas pelo efeito preclusivo da coisa julgada, mas não adquirem, elas próprias, autoridade de coisa julgada (...) só na hipótese de novo processo visando diminuir ou extinguir os efeitos da anterior sentença imutável, não poderão aquelas questões ser novamente suscitadas”²³⁴.

Em análise específica da impossibilidade de se discutir a decisão invocando um fundamento não deduzido no processo, afirma a impropriedade da vetusta noção de julgamento implícito, pois somente há julgamento “sobre o que as partes deduziram e o juiz conheceu”, e conclui que o impedimento não decorre da coisa julgada. O impedimento é explicado pela eficácia preclusiva da coisa julgada, nestes termos: “todas as questões – as deduzidas e as deduzíveis – que constituam premissas necessárias da conclusão, *considerar-se-ão decididas*, não no sentido de revestidas da autoridade da coisa julgada, mas no sentido de se tornarem irrelevantes, se vierem a ser ressuscitadas com a finalidade de elidir a *res iudicata*”²³⁵.

²³³ “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, n. IX, pp. 15-16.

²³⁴ “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, n. XV, p. 21.

²³⁵ “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, n. XVI, p. 22. No mesmo sentido as ideias há muito expostas por CHIOVENDA: “la preclusione finale ha per effetto di escludere la proponibilità di tutte le questioni, fatte o non fatte, decise o non decise, che abbiano per fine di rimettere in contestazione il bene che fu oggetto della pronuncia, che in altri termini tendano a fare accogliere una domanda respinta o a far respingere una domanda accolta. E ciò avviene non già perché sulle questioni non decise sia un ‘giudicato implícito’, secondo l’espressione comune, che contiene una contraddizione, in quanto che il ‘giudicato’ non può essere che esplicito, ma perché colla preclusione finale spira il tempo assegnato dalla legge alla libertà di contestare” (“Cosa giudicata e preclusione”, p. 271). Partindo de premissas diversas, MESQUITA afirma que a eficácia preclusiva torna imutáveis os motivos da sentença, mas chega ao mesmo resultado prático proposto por MACHADO GUIMARÃES ao esclarecer que essa imutabilidade tem natureza instrumental e “não possui uma existência autônoma”; “a imutabilidade da motivação é condicionada pela imutabilidade do dispositivo, existe na medida e segundo os limites em que se verifica a imutabilidade deste” (“A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença”, n. 34, pp. 142-143). Ideia semelhante foi defendida por CASTRO MENDES (*Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, n. 26, pp. 152 ss.).

A partir dessas premissas, conclui que a relação entre coisa julgada e eficácia preclusiva deve ser posta nestes termos: “a eficácia *material* da coisa julgada substancial se manifesta (e também se exaure) mediante a criação da norma concreta que ‘valerá como preceito’ (ou ‘terá força de lei’) para as partes. A intangibilidade (relativa) da norma concreta é assegurada pelo efeito preclusivo da coisa julgada, que é um efeito *processual*, porque destinado a atuar no campo do processo”²³⁶.

Ao final de seu artigo, faz menção às considerações de FALZEA sobre a eficácia preclusiva (*supra*, n. 15) e observa que a teoria não descreve a *eficácia preclusiva da coisa julgada*, mas a própria coisa julgada, que “se manifesta (e também se exaure) mediante a criação da norma concreta que ‘valerá como preceito’ (ou ‘terá força de lei’) para as partes”²³⁷. A eficácia preclusiva da coisa julgada representaria fenômeno diverso, ao garantir no campo do processo a intangibilidade da norma concreta²³⁸.

No que interessam às considerações que seguem, as ideias de MACHADO GUIMARÃES podem ser resumidas nos seguintes pontos: (a) a coisa julgada é equiparada à imperatividade da sentença de mérito, (b) a imutabilidade da decisão decorre da eficácia preclusiva da coisa julgada, (c) a eficácia preclusiva não impõe o julgamento implícito das questões dedutíveis, que em realidade tornam-se irrelevantes para a finalidade de questionar a coisa julgada, (d) a eficácia preclusiva serve exclusivamente para impedir a rediscussão da “mesma lide” ou de “outras lides logicamente subordinadas” e (e) o fenômeno denominado por FALZEA de eficácia preclusiva descreve atributos da coisa julgada, não da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973 a eficácia preclusiva da coisa julgada assumiu contornos mais nítidos, tal como consta do art. 471, *caput*, ao tratar dos argumentos *deduzidos* pelas partes – “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide” – e do art. 474, ao tratar dos argumentos *dedutíveis* – “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como

²³⁶ “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, n. XXVII, p. 32.

²³⁷ “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, n. XXVI, p. 31.

²³⁸ Cf. “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, n. XXVI, p. 31.

à rejeição do pedido". O primeiro autor a enfrentar o tema com profundidade foi BARBOSA MOREIRA, em estudo influenciado pelas ideias de MACHADO GUIMARÃES²³⁹.

BARBOSA MOREIRA inicia suas considerações reputando supérflua e inconveniente a noção de *juízo implícito* para explicar a impossibilidade de rediscussão da decisão transitada em julgado com fundamento em questão não suscitada²⁴⁰ e afirma que "a eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz". Adiante, complementa: "essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada"²⁴¹. Em especificação desse raciocínio, pondera que "a preclusão das questões logicamente subordinantes não é um fim em si mesma, senão simples meio de preservar a imutabilidade do julgado"²⁴², e, portanto, a eficácia preclusiva "só opera em processos nos quais se ache em jogo a *auctoritas rei iudicatae* adquirida por sentença anterior" e "apenas prevalece em feitos em que a lide seja a mesma já decidida, ou tenha solução dependente da que se deu à lide já decidida"²⁴³.

²³⁹ Palavras de BARBOSA MOREIRA sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada: "a tal fenômeno, pela primeira vez entre nós, deu o necessário relevo Machado Guimarães, em seu profundo ensaio supracitado, infelizmente o último que publicou. No presente estudo, em mais modesto nível, visa-se a repensar, e talvez a desenvolver, em tal ou qual aspecto, sob a mesma inspiração fundamental, alguns itens da rica problemática ali versada pelo egrégio processualista" ("A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro", n. 2, p. 100).

²⁴⁰ "O 'como se' faz ressaltar desde logo que se trata, no fundo, de uma *ficção* – e, ousamos acrescentar sem demora, de uma *ficção* tão supérflua quanto inconveniente. Supérflua porque, conforme se expôs adiante, ao fenômeno se pode dar, em sede dogmática, outra explicação mais própria. Inconveniente porque, se se fala de 'juízo implícito' a propósito de questões não apreciadas, corre-se o risco de dar a entender que a solução de tais questões ficaria sujeita, em si mesma, à autoridade da coisa julgada, e, portanto, imune a nova discussão ainda em processo distinto, no qual, embora entre as mesmas partes, se tenha de compor *outra lide*" ("A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro", n. 2, p. 99).

²⁴¹ "A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro", n. 3, p. 100.

²⁴² "A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro", n. 4, p. 101.

²⁴³ "A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro", n. 5, p. 102. A ideia de que a eficácia preclusiva opera somente quando estiver em jogo a

As conclusões de BARBOSA MOREIRA convergem com aquelas destacadas do raciocínio de MACHADO GUIMARÃES, sem que haja explícita manifestação a respeito da relação entre a coisa julgada e sua eficácia preclusiva, nem a comparação entre a eficácia preclusiva da coisa julgada e o fenômeno denominado por FALZEA de eficácia preclusiva.

Quanto a este último ponto, em escrito mais recente BARBOSA MOREIRA manifesta apoio à teoria de FALZEA e à concepção da coisa julgada como uma situação dotada de eficácia preclusiva²⁴⁴. Apesar de não esclarecer se estava a tratar da eficácia preclusiva da coisa julgada, desponta de seu raciocínio e do próprio conteúdo da teoria de FALZEA que a eficácia preclusiva da coisa julgada é apenas um dos elementos que contribuem para a estabilidade da decisão e, portanto, não explica isoladamente a atribuição à coisa julgada de eficácia preclusiva, no sentido da teoria de FALZEA.

No que se refere à relação entre a coisa julgada e a eficácia preclusiva da coisa julgada, resta evidente da análise de outros escritos a discordância com os conceitos propostos por MACHADO GUIMARÃES. Na esteira da doutrina de LIEBMAN (*supra*, n. 11) e em harmonia com o art. 467 do Código de Processo Civil, defende BARBOSA MOREIRA que a imperatividade da decisão decorre de sua natureza estatal e é impertinente à noção de coisa julgada, que está ligada à imutabilidade do decidido²⁴⁵. Ou seja, denomina *coisa julgada* o fenômeno que MACHADO GUIMARÃES denominou *eficácia preclusiva da coisa julgada*.

mesma lide é repetida por BARBOSA MOREIRA em outro artigo doutrinário, ao confrontar os temas dos limites objetivos e da eficácia preclusiva da coisa julgada: "de um lado, mesmo as questões efetivamente resolvidas, como pressupostos (fáticos e jurídicos) da decisão sobre o pedido, ficam fora do âmbito da *res judicata*, e por isso podem ser livremente suscitadas e apreciadas em processo ulterior *sobre lide diversa*. De outro lado, até as questões não resolvidas subtraem-se a nova apreciação em processo ulterior *sobre a mesma lide* (ou, adite-se, sobre lide subordinada). O que se protege com a autoridade da coisa julgada material (= o que se torna imutável) é só o resultado final do pleito; mas este fica protegido (= conserva-se imutável) sejam quais forem as questões que alguém pretenda suscitar para atacá-lo, ainda que delas se pudesse ter valido, no primeiro feito, como arma (de ataque ou de defesa), entretanto lá não utilizada" ("Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", n. 2, pp. 240-241).

²⁴⁴ Cf. "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", n. 3, pp. 241-244.

²⁴⁵ "Tem razão, pois, Liebman, em fixar-se no ângulo da imutabilidade, para dele, e só dele, visualizar a coisa julgada (...) Excluídas do campo de pesquisa, por impertinentes, as

No raciocínio de BARBOSA MOREIRA a eficácia preclusiva é um dos elementos que integram a situação jurídica de estabilidade decorrente da formação da coisa julgada. Independentemente da eficácia preclusiva, a coisa julgada impediria a rediscussão da causa com fundamento em questões já apreciadas na sentença transitada em julgado. Ao se agregar eficácia preclusiva à coisa julgada, o impedimento à rediscussão da causa estender-se-ia a outras questões, com o resguardo à imutabilidade da decisão frente a qualquer questão que foi ou pudesse vir a ser suscitada²⁴⁶.

noções de eficácia e de 'imperatividade', resta-nos a imutabilidade da sentença, e é com ela que devemos contar para a tentativa de reconstrução ora empreendida" (BARBOSA MOREIRA, "Ainda e sempre a coisa julgada", n. 5, p. 138 e n. 7, p. 141). "Como quer que se conceba, no plano teórico, a substância da coisa julgada material, é pacífico que ela se caracteriza essencialmente pela *imutabilidade* – pouco importando aqui as notórias divergências acerca daquilo que se torna imutável: o conteúdo da sentença, ou os respectivos efeitos, ou aqueles e estes" (BARBOSA MOREIRA, "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", n. 1, p. 236).

²⁴⁶ "Acode à mente indagar: não será natural que se possa, em outro feito, contestar o resultado do processo em que se formou a *res iudicata*, e voltar a discutir a lide decidida? Bastaria que o interessado dissesse: o pleito só teve a sorte que teve porque não se levou em conta o fato extintivo, ou a decadência; logo, é justo que se me permita promover a reabertura da discussão, para que a causa receba novo julgamento, à luz daquilo que, relevante embora, ficou esquecido (...) Sucede que admitir semelhante possibilidade seria pôr em xeque a estabilidade da prestação jurisdicional dispensada. Lucraria talvez, aqui e ali, a justiça, mas com pesado detrimento para outro interesse fundamental a que deve servir o processo: a segurança. Afinal, é sempre concebível que alguém se lembre, findo o processo, de agitar questão de que nele não se cogitara. A certeza jurídica ficaria a pender de tênue fio, até a consumação dos séculos, se, apenas por essa razão, se autorizasse a indefinida reiteração do pleito. Diante de dois males potenciais, os ordenamentos jurídicos têm de optar pelo menos grave. A alternativa é a seguinte: ou se abre espaço à repetição, desde que alegada questão nova, ou se estabelece que, após a formação da coisa julgada, e enquanto esta subsistir, qualquer questão perde relevância, torna-se inútil suscitá-la para tentar reverter o desfecho. Em outras palavras: ou se nega ou se reconhece à *res iudicata* eficácia preclusiva em relação às questões não examinadas no processo" (BARBOSA MOREIRA, "Coisa julgada – limites objetivos", pp. 452-453). Em sentido semelhante, TEIXEIRA DE SOUZA afirma que a eficácia preclusiva da coisa julgada, por ele denominada de *preclusão fática extraprocessual*, não tem relação direta com a coisa julgada. O fenômeno decorreria do princípio dispositivo e daria respeito exclusivamente à matéria dedutível. Quanto aos argumentos que foram efetivamente apreciados na sentença, a impossibilidade de rediscussão derivaria da própria força da coisa julgada, independentemente de lhe ser agregada eficácia preclusiva ("O objeto da sentença e o caso julgado material – estudo sobre a funcionalidade processual", pp. 136-137).

A construção influenciou profundamente a doutrina ulterior, não se encontrando divergências relevantes entre os juristas brasileiros²⁴⁷. As vezes discordantes afirmam que o art. 474 do Código de Processo Civil impede a propositura de demanda com o mesmo pedido, fundada em nova causa de pedir, questão que, em realidade, pertine ao tema dos limites objetivos da coisa julgada (*supra*, n. 1).

17. Reconstrução: eficácia preclusiva como impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a decisão transitada em julgado

Como visto, BARBOSA MOREIRA é enfático ao restringir a eficácia preclusiva da coisa julgada à *mesma lide* em que a coisa julgada se formou e relacioná-la exclusivamente com os argumentos *dedutíveis*. A proposta de reconstrução do significado da eficácia preclusiva partirá de uma análise crítica dessas premissas.

O processualista carioca traz alguns exemplos do modo como a eficácia preclusiva atua na prática. Primeiro, aponta situação em que a eficácia preclusiva manifesta-se para o autor: julgada improcedente demanda com pedido de revogação de doação a herdeiro por ingratidão, sob o argumento de que o doador necessitava de alimentos e o donatário tinha condições, mas recusou-se a ministrá-los, é inadmissível a propositura de nova demanda com a alegação de que o donatário havia já na época da primeira demanda recebido vultosa herança, que evidentemente lhe conferiria condições de prestar os alimentos²⁴⁸. Em seguida, observa que a afirmação do recebimento de vultosa herança não altera a causa de pedir e que a solução seria diversa na hipótese de a segunda demanda apresentar

²⁴⁷ Cf. ARAÚJO CINTRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, n. 270, pp. 322-323; DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 966, pp. 330-332; GRINOVER, "Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada", n. 3, pp. 28-29; GUILHERME TEIXEIRA, *O princípio da eventualidade no processo civil*, n. 5.8, pp. 275-287; MITIDIERO, "Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva", n. 4.2, pp. 71 ss.; MONIZ DE ARAGÃO, *Sentença e coisa julgada*, n. 227, pp. 326-328; SÉRGIO PORTO, *Coisa julgada civil*, n. 4.7, pp. 83 ss.; TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.3.3, pp. 85-87.

²⁴⁸ Cf. "A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro", n. 6.1, pp. 103-104.

causa de pedir distinta, pois a coisa julgada formada na primeira não alcançaria²⁴⁹.

As considerações já expostas servem a corroborar a posição de BARBOSA MOREIRA, com a restrição da coisa julgada à específica causa de pedir proposta pelo autor (*supra*, nn. 8 e 10.2). No entanto, impedir a propositura de demanda fundada em causa de pedir distinta implicaria ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, não da eficácia preclusiva, que sempre operará na exata medida dos limites objetivos (*supra*, n. 1).

Sempre com foco nos limites objetivos, proposta demanda com causa de pedir distinta, a coisa julgada não a alcança. Repetida a causa de pedir e mantidos o pedido e as partes, o impedimento à propositura da demanda decorre da própria coisa julgada, em manifestação de sua *função negativa* (*supra*, n. 1). Ou seja, um fato *dedutível* que esteja inserido em causa de pedir já julgada torna-se irrelevante em razão da impossibilidade de a mesma causa ser novamente posta à apreciação judicial, independentemente de qualquer referência à eficácia preclusiva²⁵⁰. Não há, portanto, espaço para a eficácia preclusiva da coisa julgada manifestar-se perante a esfera jurídica do autor. Na parte que se dirige ao autor, o art. 474 do Código de Processo Civil deve ser interpretado como uma especificação da

²⁴⁹ Cf. "A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro", n. 6.1, p. 104.

²⁵⁰ A questão foi enfrentada por FERRI, em análise que, apesar de dirigida às demandas constitutivas, tem validade geral: "La determinazione del *quantum* coperto dal giudicato finisce col dipendere, quindi, dai criteri di identificazione dell'azione in base ai tre tradizionali suoi elementi costitutivi e cioè le *personae*, la *causa petendi* ed il *petitum*. Per restare nell'ambito del nostro problema, se più fatti costitutivi del diritto potestativo individuano altrettante azioni costitutive, dovrebbero ricondursi nell'ambito del 'deducibile' le sole 'ragioni, argomentazioni e circostanze' che le parti avrebbero potuto allegare nell'ambito dei fatti costitutivi della 'stessa azione'. Così intesa, la regola in esame si rivela di scarsa utilità, poiché se 'deducibile' da parte dell'attore è tutto quanto attiene all'oggetto del processo, determinato dal *petitum* e dalla *causa petendi*, (in altre parole 'tutto quanto l'attore poteva allegare senza cambiare la domanda'), il problema si risolve in quello dell'identificazione delle azioni costitutive, ed in particolare dei limiti del mutamento della *causa petendi* nelle azioni stesse. In realtà, dunque, la regola secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, che dovrebbe fissare il criterio per individuare rigorosamente i limiti oggettivi del giudicato, non la che rinviare ai principi generali in materia, senza contribuire alla soluzione dei problemi dianzi posti" (*Profili dell'accertamento costitutivo*, cap. II, n. 8, pp. 109-110).

regra que impede a propositura de demanda idêntica e o foco da análise deve ser dirigido ao réu²⁵¹⁻²⁵².

Para exemplificar o funcionamento da eficácia preclusiva perante a esfera de direitos do réu, BARBOSA MOREIRA traz o exemplo de demanda condenatória julgada procedente por sentença transitada em julgado em que o autor tenha pleiteado a condenação do réu ao pagamento de multa por infração de cláusula contratual. Na sequência o réu propõe demanda alegando a nulidade absoluta do contrato e pede a condenação do autor da primeira demanda a devolver-lhe o valor pago a título de multa. Sobre esse contexto, afirma que "a questão da nulidade, conforme o sentido em que fosse resolvida, seria obviamente capaz de influir no resultado do primeiro processo: se o contrato é na verdade nulo, a suposta obrigação não existia, nem havia que cogitar-se da aplicação da cláusula penal. O crédito de Caio, a esse título, em face de Tício, está porém coberto pela autoridade da coisa julgada, e nenhum argumento, utilizado ou não no feito anterior, autoriza a reabertura da discussão – salvo, é claro, mediante rescisão da sentença – em torno da lide decidida. Em nada aproveitará a Tício, no segundo processo, alegar que a validade do contrato *não fora objeto de exame* e, portanto, constitui matéria nova: a situação prática é *exatamente igual* à que ocorreria se a nulidade houvesse sido aguida e o

²⁵¹ Ao centrar a interpretação da norma em suas repercussões perante a esfera de direitos do autor e trazer considerações semelhantes às expostas nesta tese, LAUZ MOURÃO chega a afirmar que "a norma do artigo 474 é absolutamente desnecessária" (*Coisa julgada*, n. 8.7, p. 220).

²⁵² Ideia contrária foi defendida em interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça. Após julgada improcedente demanda condenatória com fundamento na quitação, decidiu-se que a eficácia preclusiva da coisa julgada impede a propositura de ulterior demanda em que se peça a anulação da quitação por vício de consentimento e, em consequência, a condenação ao adimplemento do crédito (STJ, 4ª T., REsp 645.342/RJ, rel. Min. ALDIR PASSARINHO JR., v.u., j. 11.11.03). Adotadas as premissas expostas no decorrer deste capítulo, o impedimento à apreciação do mérito não decorrerá da eficácia preclusiva. No segundo processo há uma cumulação de pedidos, um de natureza constitutiva e outro subsequente de natureza condenatória. Na parte que se refere ao pedido condenatório, a demanda é idêntica à anterior transitada em julgado e, portanto, a *função negativa da coisa julgada* impede a apreciação de seu mérito (*supra*, n. 1). Inadmissível a condenação, será *inútil* ao autor o acolhimento do pedido de constitutivo de anulação da quitação e, portanto, a vedação à apreciação de seu mérito decorre da ausência de interesse de agir (CPC, arts. 3º e 267, inc. VI).

órgão judicial houvesse repellido a arguição, sem que se precise 'considerar' (*rectius*: fingir) que ele 'implicitamente' a repeliu"²⁵³.

Lembrada a premissa de que a eficácia preclusiva da coisa julgada refere-se sempre à *mesma lide*, salta aos olhos no exemplo proposto por BARBOSA MOREIRA a integral distinção entre a primeira *demanda* e a segunda. As partes ocupam polos distintos da relação processual. A causa de pedir na primeira é o descumprimento da cláusula contratual que prevê o pagamento da multa, na segunda, os fatos dos quais decorrem a nulidade do contrato. Os pedidos são igualmente distintos, pois se referem à condenação de pessoas distintas.

Note-se que a segunda demanda permaneceria distinta nos mesmos termos se a nulidade já houvesse sido alegada na primeira. Confrontados os elementos identificadores, a *demanda proposta pelo réu com o objetivo de contornar sua derrota sempre será distinta daquela em que saiu vencido*, sem importar se na nova demanda é apresentado um argumento que fora *deduzido* anteriormente ou era *dedutível*.

A perplexidade gerada pelo exemplo é superada quando se compreende o sentido atribuído por BARBOSA MOREIRA ao conceito de *lide*, que em sua construção assume significado mais amplo quando comparado à *demanda*: "a rigor não é mister, para tornar fundada a preliminar, que se esteja diante da mesma *ação*"²⁵⁴ antes julgada: basta que se esteja diante da mesma *lide*, do mesmo conflito de interesses a cujo respeito se emitiu a precedente sentença. Por exemplo: A propôs em face de B ação declaratória negativa de certo crédito, e seu pedido foi declarado procedente, por sentença transitada em julgado; caso B venha, por sua vez, a demandar em face de A a declaração positiva da existência do crédito, ou a condenação de A a pagá-lo, sujeita-se a que A lhe oponha vitoriosamente a preliminar de coisa julgada. A ação de B não é a mesma de A, é como o 'avesso' dela, mas a *lide* não mudou. Cumpre ter em vista esse aspecto, quando se invoca a tradicional regra das

²⁵³ "A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro", n. 5, pp. 102-103.

²⁵⁴ O termo *ação* foi nitidamente utilizado como sinônimo de *demanda*.

'três identidades' (*eadem personæ, eadem res, eadem causa petendi*): a *res*, aí, não é a ação, é a *lide*"²⁵⁵.

A solução dada ao alcance da eficácia preclusiva, com a distinção entre a abrangência dos conceitos de *demanda* e de *lide*, remete à clássica discussão sobre o conceito de *lide* e seu significado no ordenamento jurídico brasileiro. BARBOSA MOREIRA conceitua *lide* como "o conflito de interesses que se deve compor mediante o processo"²⁵⁶. Ao centrar o foco no *conflito de interesses* e afirmar que a *lide* é mais ampla se comparada à *demanda*, sua construção parece ter por premissa o clássico conceito difundido por CARNELUTTI, que define *lide* como um "conflitto (intersubbiectivo) d'interessi qualificato da una pretesa resistita (contrastata)"²⁵⁷.

Como é notório, o conceito foi alvo de intensa crítica, especialmente por remeter a uma realidade sociológica, não jurídica²⁵⁸. Em interpretação do Código de Processo Civil de 1939, LIEBMAN tratou de reconstruir o conceito de *lide*, afirmando que para o direito e o processo a *lide* não se identifica com o conflito de interesses existente na realidade da vida. Interessa exclusivamente o conflito veiculado na demanda judicial²⁵⁹. Na exposição de motivos do projeto que deu origem ao Código de Processo Civil de 1973 consta que "o projeto só usa a palavra *lide* para designar o mérito da causa". Juridicamente, *lide*, *mérito* e *objeto do processo* representam uma única e idêntica realidade, que é definida a partir da *demanda* proposta pelo autor e por eventuais demandas propostas pelo réu ou por terceiros (*supra*, n. 1)²⁶⁰. Não se sustenta, portanto, a ideia de que a *lide* é

²⁵⁵ "Coisa julgada – limites objetivos", p. 446.

²⁵⁶ "Os Códigos de Processo Civil de 1973 e de 1939: contrastes e confrontos", p. 55.

²⁵⁷ *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, vol. I, n. 5, p. 7.

²⁵⁸ Cf. CALAMANDREI, "Il concetto di *lite* nel pensiero di Francesco Carnelutti", pp. 200 ss.

²⁵⁹ "O despacho saneador e o julgamento do mérito", n. 7, pp. 96-99.

²⁶⁰ "O objeto do processo é, em outras palavras, o mérito da causa (*meritum causæ*). Confrontando-se a linguagem tradicional, que fala no *mérito*, com a dos processualistas que investigam acerca do *objeto do processo*, ver-se-á que o problema é um só e a busca do objeto do processo outra coisa não é, senão a busca do conceito do mérito. Para a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, é a *lide* que constitui objeto de processo, na medida em que ela declara entender que a *lide* é o mérito. Para quem vê na *demanda* o objeto do processo, é nela que reside o *meritum causæ*" (DINAMARCO, "O conceito de mérito em processo civil", n. 104, pp. 238-239).

mais ampla do que a demanda, premissa que justificaria a extensão da eficácia preclusiva a demandas distintas daquela efetivamente julgada.

A conclusão gera um impasse. Se a eficácia preclusiva ficar restrita à mesma demanda, o instituto será irrelevante na prática. O objetivo do legislador ao instituir as regras dos arts. 471, *caput* e 474 do Código de Processo Civil foi o de impedir que o réu vencido proponha uma segunda demanda, invocando argumento que foi ou poderia ter sido apresentado na primeira, com o objetivo de contornar ou minimizar sua derrota. Tal como demonstrado na análise do exemplo proposto por BARBOSA MOREIRA e em passagens anteriores (*supra*, n. 12), essa segunda demanda invariavelmente será distinta da primeira, ainda que apresente argumentos efetivamente deduzidos e não meramente dedutíveis. É, portanto, necessário superar a ideia de que a eficácia preclusiva da coisa julgada refere-se à mesma demanda e somente aos argumentos dedutíveis e propor ao instituto um significado que sirva ao alcance dos objetivos definidos em lei.

Serve a esse escopo a definição da eficácia preclusiva da coisa julgada como o impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a situação jurídica definida na sentença transitada em julgado, na medida da incompatibilidade.

Ao tratar do tema, há muito HILNITZ afirmou que “il divieto per il giudice di fare nel secondo processo una statuizione incompatibile con quella passata in giudicato, sussiste sempre, quale che sia la forma giuridica in cui ciò sia tentato”²⁶¹. Na doutrina mais recente, aponta RECCHIONI que a coisa julgada promove a “incontestabilità di quanto dedotto dalle parti” e a eficácia preclusiva robustece essa estabilidade, impedindo “il riesame della stessa controversia sotto ulteriori e diversi profili”²⁶². *Integram esses ultiores e diversos perfis* justamente as demandas que poderiam ser propostas pelo réu com o objetivo de contornar ou minimizar sua derrota, trazendo alegação que foi ou poderia ter sido deduzida no

²⁶¹ I limiti oggettivi della cosa giudicata, n. 20, p. 230.

²⁶² Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria, cap. III, n. 2, pp. 137-147, esp. p. 137.

processo anterior²⁶³ e pedido incompatível com a situação substancial imune pela coisa julgada²⁶⁴⁻²⁶⁵.

²⁶³ Portanto, a eficácia preclusiva não impede a propositura de demandas incompatíveis fundadas em fato superveniente, ocorrido após o último momento em que o fato poderia ter sido alegado no processo em que se formou a coisa julgada (BARBOSA MOREIRA, “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, n. 7, pp. 107-108). Para a definição desse momento, cf. *supra*, n. 12.

²⁶⁴ Sobre a caracterização da eficácia preclusiva como instituto que torna a coisa julgada imune a demandas diversas e incompatíveis, cf. CONSOLO, “Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”, n. 11, pp. 287-288; PROTO PISANI, *Lezione di diritto processuale civile*, cap. II, n. 15, p. 77; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 9, pp. 256-259; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 2, pp. 300-304 e *Il giudicato civile*, cap. II, n. 6, pp. 53-55; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, n. 97, p. 264 e “Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi”, n. 3, pp. 21-22; TAPIA FERNANDEZ, *La cosa juzgada – estudio de jurisprudencia civil*, cap. II, n. 5, pp. 163-170. PAULA COSTA e SILVA traz ideia semelhante, ao afirmar que demandas fundadas em matéria passível de ser apresentada em defesa devem necessariamente ser propostas em sede de reconvenção, pois a eficácia preclusiva da coisa julgada impedirá a propositura de demanda autônoma (“A natureza processual da tutela do terceiro adquirente de boa-fé e a título oneroso – exceção, reconvenção e eficácia preclusiva do caso julgado”, n. 11, pp. 312 e 322). MERLIN defende que o impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a decisão transitada em julgado é fenômeno diverso da preclusão do deduzido e do dedutível: “diversamente da quanto è a dirsi se la preclusione c.d. del dedotto e del deducibile è riferita alle semplici ‘nuove ragioni, nuovi dati di fatto o nuove eccezioni e nuove repliche’ che il soccombente volesse far valere per contrastare direttamente il tenore della statuizione passata in giudicato, e analogamente, invece, a quanto si è visto potersi dire a proposito della preclusione per ‘assorbimento’, vi è qui veramente il riconoscimento di un effetto preclusivo della pronuncia, distinto dall’effetto dichiarativo ed operante anche oltre i limiti della *res in iudicium deducta*” (*Compensazione e processo*, vol. II, cap. II, n. 6, pp. 123-124). Em crítica à PROTO PISANI, a jurista italiana prossegue em seu raciocínio: “a proposito della preclusione del dedotto e del deducibile (in quanto riferita alle sole questioni, ragioni ecc.) non v’è invece spazio a nostro avviso, diversamente che per la preclusione dei diritti incompatibili, per richiamarsi ad un autonomo effetto preclusivo del giudicato, distinto da quello di accertamento, poiché la preclusione appare come un semplice riflesso negativo dell’accertamento di esistenza o inesistenza del diritto azionato contenuto nella pronuncia. Il richiamo in proposito ad un effetto preclusivo sembra insomma avere valore meramente descrittivo” (*Op. cit.*, vol. II, cap. II, n. 6, p. 124). Para afastar a distinção proposta por MERLIN, basta considerar, tal como exposto no decorrer deste item, que a restrição da eficácia preclusiva da coisa julgada aos limites da demanda a que ela se refere significa relegar o instituto à inutilidade. Para que o objetivo das normas que instituem a eficácia preclusiva da coisa julgada seja alcançado, é necessário impedir a propositura de demandas incompatíveis. Não há, portanto, sentido em conceber a existência de uma distinta eficácia preclusiva que atuaria impedindo a incompatibilidade, pois disso decorreria uma superposição de institutos com idêntica finalidade.

²⁶⁵ No direito norte-americano, fenômeno análogo ao da eficácia preclusiva da coisa julgada é trazido pela *common law compulsory counterclaim rule*, que é formulada justamente

A ideia não é difundida entre os juristas brasileiros²⁶⁶. Em uma de suas obras, BEDAQUE faz referência à doutrina de MENCHINI e observa que, “para resguardar a intangibilidade da coisa julgada, demanda posterior, versando situação subjetivamente incompatível, embora objetivamente diversa daquela decidida, não pode ser proposta”. Conclui, em ressalva, que essa concepção reflete “posição doutrinária não adotada no sistema processual brasileiro, ao menos com essa amplitude”²⁶⁷. No entanto, tal como demonstrado na presente proposta de reconstrução do significado da eficácia preclusiva, concebê-la como impedimento à propositura de demandas distintas e incompatíveis com a coisa julgada é a única alternativa para atribuir relevo prático ao instituto, além de ser a fórmula que melhor atende às finalidades dos arts. 471, *caput* e 474 do Código de Processo Civil. De qualquer modo, tomando como referência a obra de BARBOSA MOREIRA, o conceito proposto não traz propriamente uma maior amplitude à eficácia preclusiva. Ao propor a distinção entre lide e demanda, afirmar que a lide é mais ampla e concluir que a eficácia preclusiva protege a coisa julgada em face de todas as demandas que se refiram à mesma lide, o jurista carioca cria um modelo que, em seu sentido prático, servirá justamente a vedar a propositura de demandas incompatíveis com a coisa julgada.

Para deixar claro o significado do conceito proposto, cabe ressaltar que a concepção da eficácia preclusiva como impedimento à propositura de demandas incompatíveis não promove o alargamento dos limites objetivos da coisa julgada. A imutabilidade não se estenderá às defesas deduzidas ou dedutíveis pelo demandado. A matéria referente a tais defesas poderá ser livremente apresentada em outros processos, sem que haja qualquer

como um impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a coisa julgada: “an available counterclaim will preclude bringing a subsequent action thereon if granting relief would nullify the judgment in the initial action” (CLERMONT, “Common-law compulsory counterclaim rule: creating effective and elegant *res judicata* doctrine”, pp. 1745 ss., esp. p. 1760).

²⁶⁶ Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entendimento semelhante foi defendido pelo Ministro Luiz Fux, ao afirmar que “a eficácia preclusiva da coisa julgada (artigo 474, do CPC) impede que se infirme o resultado a que se chegou em processo anterior com decisão transitada, ainda que a ação repetida seja outra, mas que, por via oblíqua, desrespeita o julgado anterior” (STJ, 1ª T., REsp 763.231/PR, v.u., j. 15.2.07 – no mesmo sentido, cf. STJ, 1ª T., REsp 730.696/PR, v.u., j. 24.10.06; STJ, 1ª T., REsp 746.685/RS, v.u., j. 17.10.06).

²⁶⁷ *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, n. 28.2, pp. 128-129.

vínculo decorrente da coisa julgada. A restrição imposta pela eficácia preclusiva operará exclusivamente para resguardar a coisa julgada no confronto com uma demanda incompatível, na exata medida da incompatibilidade e sem haver a extensão dos limites objetivos da coisa julgada à situação jurídica incompatível²⁶⁸.

A propósito do tema, PROTO PISANI distingue a incompatibilidade *direta*, em que o segundo julgado interfere na eficácia do primeiro, da *indireta*, na qual o segundo julgado afronta decisão sobre questão prejudicial ao julgamento da primeira demanda. Nos casos de *incompatibilidade direta*, apesar de fazer referência à eficácia preclusiva, acaba por afirmar que os limites objetivos da coisa julgada estendem-se à situação jurídica incompatível. Em se tratando da *incompatibilidade indireta*, o conflito entre os julgados ficaria restrito ao plano lógico, sendo, portanto, viável a propositura da demanda indiretamente incompatível²⁶⁹.

²⁶⁸ Como bem observa MERLIN, a eficácia preclusiva é “un effetto autonomo e distinto rispetto a quello *dichiarativo*, inteso, quest’ultimo, in termini di ‘accertamento facente stato ad ogni effetto’, tipico della cosa giudicata sostanziale. La autonomia dell’effetto preclusivo si manifesta essenzialmente nella ‘relatività-frazionabilità’ del vincolo di cui è fonte, nonché nella circostanza che esso possa operare, assicurando la portata pratica e precettiva del giudicato, anche con riguardo a situazioni soggettive non sottoposte ad accertamento giudiziale e dunque diverse da quella che è oggetto del giudizio e della statuizione dichiarativa. Esso può essere in sostanza definitivo, seguendo una felice intuizione redentiana, come un ‘effetto affine all’accertamento’, del quale non manca di condividere la tipica *positività*” (*Compensazione e processo*, vol. II, cap. II, n. 6, pp. 121-122). A distinção entre as funções da coisa julgada e da eficácia preclusiva conduziu a doutrina alemã majoritária a afirmar que a eficácia preclusiva é um efeito acessório da sentença, não um atributo da coisa julgada (cf. doutrina citada por CHIZZINI, *L’intervento adesivo*, vol. II, p. 636), na linha das considerações expostas por HABSCHEID: “considerando, come noi facciamo, che il giudicato non si forma che sulla ‘conclusionione-sintesi’ (*Subsumtionsschluss*) della attività decisoria del giudice, e tenendo conto, d’altra parte, che tale ‘conclusionione-sintesi’ non può fondarsi che su fatti conosciuti dall’organo giudicante, ci pare che la soluzione dogmaticamente più corretta sia quella di ritenere la *preclusionione* di cui parliamo un effetto della sentenza indipendente seppure affiancato e *contemporaneo* ao giudicato materiale” (*Introduzione al diritto processuale civile comparato*, § 27, pp. 185-186).

²⁶⁹ Cf. *Lezione di diritto processuale civile*, cap. II, n. 15, pp. 77-78. Em realidade, nos casos de incompatibilidade indireta há um conflito prático potencial entre os julgados, pois a decisão *principaliter* a respeito da questão posta como prejudicial em processo anterior vale para todos os efeitos dela decorrentes. O que impede a existência de um conflito prático efetivo é a eficácia preclusiva da coisa julgada, que torna a decisão transitada em julgado imune a eventuais rediscussões em outros processos das questões postas como premissas do julgamento (ATTARDI, “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”, n. 8, pp. 496-498).

A título de exemplo, julgada procedente demanda com pedido de condenação ao pagamento de prestação prevista em contrato, a eficácia preclusiva não impede a propositura pelo réu de ulterior demanda em que peça a declaração de nulidade do negócio (*incompatibilidade indireta*). O réu não poderá pleitear, no entanto, como consequência da nulidade, o ressarcimento pelos valores pagos em decorrência da condenação que lhe foi imposta, pois tal pedido interferiria na eficácia da sentença anteriormente proferida (*incompatibilidade direta*).

A disciplina conferida por PROTO PISANI à incompatibilidade direta encaixa-se nitidamente no contexto das interpretações expansivas dos limites objetivos da coisa julgada (*supra*, nn. 5-7). Além de não encontrar respaldo no ordenamento jurídico brasileiro (*supra*, n. 3), a proposta gera resultados insatisfatórios, pois a eficácia preclusiva é suficiente para resguardar a intangibilidade da coisa julgada e a invariável extensão de seus limites objetivos às situações jurídicas diretamente incompatíveis tem por corolário a possível formação de coisa julgada a respeito de questão que não é sequer apreciada na motivação da sentença, com afronta aos princípios constitucionais que conformam o *due process of law*, em especial o acesso à justiça, a ampla defesa e o contraditório (*supra*, n. 10)²⁷⁰.

No entanto, a construção tem o mérito de contrapor os dois diferentes tipos de incompatibilidade e definir os respectivos significados²⁷¹, permitindo precisar que a eficácia preclusiva impede exclusivamente a propositura de demandas diretamente incompatíveis, o que somente ocorre nas hipóteses em que a demanda incompatível frustrar ou minimize a eficácia da decisão transitada em julgado²⁷².

²⁷⁰ Cf. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cap. II, n. 6, p. 125; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 10, pp. 259-267; ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cap. II, n. 2, pp. 93 ss.

²⁷¹ Em realidade, a classificação é de SIMONCINI e, como referido por PROTO PISANI, foi apresentada em tese não publicada.

²⁷² Em crítica à construção de PROTO PISANI, entende RECCHIONI que a eficácia preclusiva da coisa julgada também impede a propositura de demandas indiretamente incompatíveis com a coisa julgada (*Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 11, pp. 273-274). O entendimento é construído com explícita referência à teoria expansiva de MENCHINI, com a afirmação de a incompatibilidade denominada por PROTO PISANI de *indireta* dar ensejo a uma incompatibilidade *jurídica*, repudiada pelo ordenamento do mesmo modo como repudia a incompatibilidade *direta* ou *prática* (*supra*, n. 6). Aplicada à eficácia preclusiva da coisa julgada, a ideia estenderia seu alcance muito além

18. Eficácia preclusiva e exceções substanciais

Na clássica lição de CHIOVENDA, o conceito de *exceção* encontra um sentido amplo e outro substancial. Em *sentido amplo*, são exceções todas as formas de defesa do demandado, todos os expedientes passíveis de serem utilizados com o objetivo de se obter a rejeição da demanda. Em *sentido substancial*, há uma exceção caso o réu invoque em sua defesa um direito que obste a procedência da demanda, um *controdiritto* que objetive impugnar a pretensão do autor²⁷³.

As maiores dificuldades para a delimitação do alcance da eficácia preclusiva ocorrem nas situações em que o réu pretenda contornar ou minimizar sua derrota, propondo demanda fundada em questão que foi ou poderia ter sido apresentada como exceção substancial no processo em que se formou a coisa julgada.

O problema não se coloca nas situações em que a exceção é efetivamente apresentada e, além de integrar a defesa, é objeto de reconvenção ou de

dos objetivos que lhe são inerentes, com a promoção de uma disfarçada ampliação dos limites objetivos da coisa julgada.

²⁷³ Cf. CHIOVENDA, "Sulla 'eccezione'", p. 149. Em sua perspectiva concretista, CHIOVENDA afirma que a exceção tem como objetivo *impugnar e anular o direito de ação*. A retificação da ideia, libertando-a da influência da teoria concreta da ação, é obra de LIEBMAN ("Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione", p. 75). O conceito não é isento de críticas. No decorrer da história foram propostos três diferentes critérios para a identificação de uma alegação como exceção substancial: (a) não ser passível de conhecimento *ex officio* pelo juiz, (b) tratar-se de defesa indireta de mérito e (c) ter aptidão para constituir objeto de um processo autônomo. Em recente análise de cada um desses critérios, HENOR SICA demonstrou que todos se mostram frágeis, pois (a) a distinção entre questões que podem ser conhecidas *ex officio* e questões que não podem ser relevantes apenas na hipótese de omissão do réu e não influir no exercício de sua defesa, (b) a distinção entre defesas diretas e indiretas somente é relevante para a aplicação das regras de distribuição do ônus da prova e igualmente não influir no exercício da defesa e (c) o critério da aptidão da alegação para constituir objeto de um processo autônomo não tem sentido no direito brasileiro, dada a ampla admissibilidade da demanda declaratória negativa (*Direito de defesa e tutela jurisdicional – estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*, n. 5.4, pp. 123-148). As críticas procedem e parece realmente inviável traçar um conceito de exceção substancial que ostente validade geral. No entanto, como as classificações "no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles" (CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 99), e o objetivo da análise a ser empreendida neste item é o de verificar as repercussões da eficácia preclusiva perante direitos subjetivos do réu não abarcados nos limites objetivos da coisa julgada, o conceito de exceção substancial proposto por CHIOVENDA, que mescla os dois últimos critérios referidos, serve como uma boa hipótese de trabalho, inclusive por ter sido utilizado como premissa pelos juristas que enfrentaram o tema.

ação declaratória incidental, pois a decisão que for proferida a respeito integrará os limites objetivos da coisa julgada e nem sequer será necessário recorrer à eficácia preclusiva para impedir um novo julgamento.

Se a exceção substancial for apresentada como simples meio de defesa ou não for apresentada, é necessário distinguir. A exceção não poderá ser oposta em sede de impugnação ao cumprimento de sentença ou de embargos à execução²⁷⁴. Excluídas tais hipóteses, o direito do réu que subjaz à exceção poderá ser objeto de demanda autônoma, desde que respeitado o limite imposto pela eficácia preclusiva: *o julgamento de procedência não poderá interferir na tutela jurisdicional prestada na anterior sentença transitada em julgado*²⁷⁵.

Exemplo em que a eficácia preclusiva se manifesta de forma nítida é o da *exceção de pagamento rejeitada ou não oposta*, em demanda de cobrança na qual o réu é condenado em sentença transitada em julgado a pagar novamente débito já quitado, propondo o réu ulterior demanda em que peça a devolução do valor referente ao primeiro pagamento com fundamento na ausência de causa jurídica para adimplir em duplicidade. A demanda é distinta daquela a que a coisa julgada se refere, mas, como a sua procedência tolheria por completo o bem da vida reconhecido na sentença transitada em julgado, a eficácia preclusiva impede a apreciação de seu mérito²⁷⁶.

²⁷⁴ Cf. CALAMANDREI, "Compensazione in sede esecutiva per credito anteriore al giudicato", pp. 471-473; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 11, p. 278; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 20, p. 232; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, n. 117, pp. 214-217; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 2, pp. 302. Na jurisprudência, dentre muitos outros julgados, cf. STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1.031.113/DF, rel. Min. FELIX FISCHER, v.u., j. 30.5.08; STJ, 1ª Seção, AgRg na Pet n. 1.571/DF, rel. Min. LUIZ FUX, v.u., j. 28.5.08; STJ, 5ª T., REsp 695.445/SP, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, v.u., j. 27.3.08; STJ, 1ª T., REsp 1.013.913/PR, rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, v.u., j. 11.3.08. As exceções a essa regra serão abordadas no item 20, *infra*.

²⁷⁵ Cf. ATTARDI, "In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata", n. 4, pp. 485-486; FABBRINI, "L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione", n. 9, p. 371; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 3, p. 306; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 10, pp. 259 ss.; REDENTI, "Sull'assorbimento delle eccezioni riconvenzionale", pp. 619 ss. Em sentido contrário, defendendo a ampla liberdade na propositura de demandas que se refiram a direitos do réu, cf. SCHWAB, *Der Streitgegenstand in Zivilprozess*, § 15, p. 217.

²⁷⁶ "Due ordini di considerazioni orientano verso questa soluzione: in primo luogo, l'adempimento non può essere spogliato della sua efficacia estintiva della obbligazione; affermando l'avvenuto pagamento è, perciò, contraddetto il giudicato, il quale ha dichiarato che non solo il credito è sorto, ma è anche attualmente esistente (...) In secondo luogo, la *datio* è, nel momento in cui è avvenuta, giuridicamente fondata, poiché riguarda un diritto realmente

Situação de maior complexidade é a decorrente do *exercício de direito potestativo com o objetivo de tornar ineficaz decisão transitada em julgado* (p. ex., condenado a pagar o preço, o comprador propõe ulterior demanda com pedido de rescisão do contrato por vício da coisa). Também nesta hipótese, na medida da incompatibilidade com a decisão transitada em julgado, a eficácia preclusiva da coisa julgada impede a propositura de demanda para a atuação do direito potestativo²⁷⁷.

Há, no entanto, quem ignore a eficácia preclusiva e defenda a viabilidade de o direito potestativo ser livremente exercido. Acolhida a demanda que tenha esse direito por objeto, a situação jurídica criada com a sentença deveria ser encarada como um fato superveniente, não abrangido pela coisa julgada anterior e, portanto, capaz de superá-la²⁷⁸. Ao enfrentar o tema, MENCHINI pondera que, se o direito potestativo tiver sido exercido extrajudicialmente anteriormente à propositura da primeira demanda, não pode haver dúvidas sobre a impossibilidade de deduzi-lo em demanda posterior. A mesma conclusão valeria como regra para as situações em que o direito não foi exercido. Visto que a não utilização do poder de modificação deve-se à inércia do demandado, afirma que há uma renúncia implícita a esse poder, pois admitir seu exercício em demanda ulterior fragilizaria de forma inadmissível a estabilidade trazida com a coisa julgada. Apegado à ideia da renúncia

sussistente; d'altro canto, essa non rimane *sine causa* in forza del secondo adempimento, giacché, semmai, è questo che, sul piano sostanziale, risulta oggettivamente non dovuto, concernendo un credito ormai estinto; peraltro, tale deduzione è impedita, contrariando con l'autorità del giudicato. (...) Questa soluzione può sembrare non equa, autorizzando il creditore a trattenere il doppio pagamento di un'unica obbligazione: giuridicamente, però, essa è corretta, anzi è imposta dai principi, che governano l'istituto della *res iudicata*. Del resto, se si deroga a queste regole, con riferimento alla eccezione di pagamento, non si vede perché si dovrebbe mantenerle ferme per altri, eventuali profili di ingiustizia della sentenza, con la conseguenza che si dovrebbe concedere al soccombente l'azione di ripetizione, ogni volta che questo riesca a dimostrare che la prestazione non era dovuta, negandosi, così, la stessa ragione d'essere dell'autorità della cosa giudicata" (MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 2, p. 304). No mesmo sentido, cf. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 20, p. 231; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, n. 121, pp. 221-227; MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cap. II, n. 8, pp. 165-166.

²⁷⁷ Cf. CONSOLO, "Oggetto del giudicato e principio dispositivo - dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo", n. 11, pp. 287-288; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 21, pp. 236-237; PUGLIESE, "Giudicato civile (dir. vig.)", n. 24, p. 865; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 11, pp. 268-275.

²⁷⁸ Cf. doutrina alemã citada por MENCHINI (*I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 4, pp. 314-315).

tácita, MENCHINI defende que a conclusão não é válida para as situações em que seja possível afirmar que o réu não tinha conhecimento de seu direito potestativo, atenuando a regra de que a eficácia preclusiva abarca os fatos dedutíveis desconhecidos²⁷⁹.

Além de trazer incerteza e ser difícil imaginar situações práticas em que o réu desconheça seu direito potestativo, a ressalva apresentada por MENCHINI não se justifica. A referência à renúncia tácita remete à ideia de julgamento implícito, ficção utilizada por vetusta doutrina para justificar a extensão da eficácia preclusiva da coisa julgada aos argumentos dedutíveis. Tal ficção foi abandonada na doutrina atual, com a afirmação da irrelevância jurídica dos argumentos dedutíveis após a formação da coisa julgada, sem importar se eram conhecidos pelo demandado (*supra*, n. 16). Independentemente de ter havido renúncia ao direito potestativo, expressa ou tácita, após a formação da coisa julgada o direito tornou-se irrelevante para a finalidade de questionar a eficácia da sentença transitada em julgado. A injustiça que pode decorrer da eficácia preclusiva nessa situação não é em essência mais grave do que a injustiça que pode estar presente em qualquer outra, mesmo na hipótese de o réu não ter conhecimento de seu direito potestativo.

Outro exemplo interessante é o da propositura de *demanda em que se peça a tutela de direito real de gozo incompatível com direito definido em sentença transitada em julgado*. Julgada procedente demanda reivindicatória em que se reconheça ao proprietário o direito ao bem, pode o réu propor ulterior demanda pleiteando a posse com fundamento em usufruto? Independentemente de a questão ter sido discutida anteriormente, o ulterior reconhecimento do usufruto interferiria na tutela prestada ao proprietário, pois criaria uma situação praticamente incompatível com a eficácia da sentença transitada em julgado. Aplica-se, portanto, sem restrições a eficácia preclusiva da coisa julgada²⁸⁰.

Idêntico raciocínio é aplicável às situações em que, no mesmo exemplo de procedência da demanda reivindicatória, o réu não apresente em defesa argumento para que lhe seja reconhecida a propriedade do bem. Utilizando-se como exemplo a usucapião, cabe ao réu alegá-lo em defesa ou propor ação de usucapião e pleitear a suspensão da demanda reivindicatória por

²⁷⁹ Cf. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 4, pp. 311-319.

²⁸⁰ Cf. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 3, pp. 308-311.

prejudicialidade, nos termos do art. 265, inc. IV, al. a, do Código de Processo Civil. Transitada em julgado a sentença que reconheça o direito de propriedade do autor e lhe confira a posse do bem, a eficácia preclusiva da coisa julgada impede a ulterior propositura de ação de usucapião²⁸¹, pois a eficácia da sentença que reconhecesse a usucapião seria nitidamente incompatível com a decisão transitada em julgado²⁸².

Finalmente, os problemas mais intrincados no trato da eficácia preclusiva referem-se às situações em que o réu alegou ou poderia ter alegado em defesa a *compensação*²⁸³. Serão consideradas na análise cinco diferentes hipóteses.

O réu não alega a compensação, a demanda é julgada procedente e após propõe demanda pleiteando o reconhecimento do crédito que poderia ter sido oposto em compensação. A questão foi largamente enfrentada na Itália e a doutrina defende inexistir impedimento para a cobrança do crédito. Sob a perspectiva da eficácia preclusiva, a procedência da segunda demanda não importaria a negação do direito anteriormente reconhecido, pois a compensação não promove a extinção recíproca dos créditos automaticamente, dependendo sempre de alegação pelo demandado. Tratando-se de direitos autônomos e independentes que apenas interagem quando a compensação é alegada, não haveria espaço para o impedimento decorrente da eficácia preclusiva da coisa julgada, que somente poderia ser invocada se o réu pretendesse opor seu crédito em compensação em oposição à execução²⁸⁴.

²⁸¹ Diante dos limites temporais da coisa julgada, a vedação não se aplica caso a posse *ad usucapionem* seja ulterior.

²⁸² Cf. AYTARDI, "In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata", n. 12, p. 511. Na jurisprudência, cf. STJ, 3ª T., REsp 332.880/DF, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, v.u., j. 5.10.06.

²⁸³ A análise é realizada com referência à compensação *legal*, que decorre do encontro de dividas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis (CC, art. 369). Presentes tais requisitos, é admissível a alegação da compensação em defesa, independentemente de reconvenção. Caso o crédito a ser compensado não preencha o requisito da liquidez, caberá ao réu propor reconvenção, para que se consuma a denominada compensação *judicial*. Sobre a distinção entre as compensações *legal* e *judicial*, com a defesa da admissibilidade da compensação *judicial* no direito brasileiro, cf. JUDITH MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. 1, cap. VII, n. 5, pp. 577-579; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXIV, § 2.995, p. 417; TEPEDINO-SCHREIBER, *Código Civil comentado*, vol. IV, pp. 305-306.

²⁸⁴ Cf. BORGUESI, "Compensazione nel diritto processuale civile", n. 3, pp. 85-86; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 11, p. 278; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, n. 122, pp. 227-228; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 6, pp. 335-340; REDENTI, "La compensazione dei debiti nei nuovi codici", n. 6, pp. 19-20.

Está à base desse entendimento a premissa de a compensação somente operar após alegação do interessado, ideia dominante no direito italiano²⁸⁵. É reconhecida de forma explícita a existência de uma implicação lógica necessária entre tal premissa e a ausência de impedimento à cobrança do crédito que poderia ter sido oposto em compensação²⁸⁶ e, coerente com o raciocínio, para concluir em entendimento isolado que a eficácia preclusiva da coisa julgada impede a cobrança do crédito, HEINITZ defende que a compensação opera *ipso iure*²⁸⁷.

No direito brasileiro, a doutrina infere do art. 368 do Código Civil que a compensação opera *ipso iure*, independentemente de qualquer manifestação de vontade das partes interessadas²⁸⁸. Figurando autor e réu como credores e devedores um do outro por dívidas compensáveis de igual valor, no exato momento em que elas se encontram ocorre a extinção recíproca das dívidas. Reconhecido ao autor o direito à satisfação de seu crédito por sentença transitada em julgado, por mais que a sentença seja injusta ao reconhecer um direito inexistente a eficácia preclusiva da coisa julgada impede a propositura de demandas incompatíveis. No que importa ao raciocínio, impede a

²⁸⁵ Cf. BORGUESI, "Compensazione nel diritto processuale civile", n. 3, p. 85; DALBOSCO, "La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo", pp. 361 ss.; FRANCHI, "Profili processuale della compensazione", n. 1, pp. 207-209; LIUSO, *Diritto processuale civile*, vol. I, n. 31.1, pp. 268-269; MICHELI, "Compensazione legale e pignoramento", pp. 36 ss.; REDENTI, "La compensazione dei debiti nei nuovi codici", n. 3, pp. 13-16.

²⁸⁶ Cf. DALBOSCO, "La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo", nn. 10-11, pp. 400-404; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 6, pp. 338-340; REDENTI, "La compensazione dei debiti nei nuovi codici", n. 3, pp. 15-16.

²⁸⁷ Cf. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 21, pp. 232-233.

²⁸⁸ Cf. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. II, n. 163, pp. 153-154; ORLANDO GOMES, *Obrigações*, n. 103, p. 159; SILVIO RODRIGUES, *Direito civil*, vol. II, n. 115, pp. 220-222. Na jurisprudência, cf. STJ, 1ª Seção, MS n. 4.382/DF, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, v.u., j. 10.4.96; STJ, 4ª T., REsp 5.716/SP, rel. Min. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, v.m., j. 4.6.91. O entendimento manifestado pelos autores e julgados referidos diz respeito ao art. 1.009 do Código Civil de 1916, que tem redação idêntica ao art. 368 do Código Civil vigente. A doutrina mais recente, na esteira da teoria de PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, t. XXIV, § 2.969, pp. 325-328), vem defendendo a necessidade de alegação da compensação para que ela opere, ainda que a alegação seja realizada extrajudicialmente (JUDITH MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. I, cap. VII, n. 3, pp. 568-569; TEPEDINO-SCHREIBER, *Código Civil comentado*, vol. IV, pp. 305-306). Caso venha a prevalecer esse entendimento, a eficácia preclusiva não impedirá a propositura da demanda para a cobrança do crédito não oposto em compensação.

propositura de demanda em que o réu pretenda cobrar o crédito compensado, pois, operando *ipso iure* a extinção do direito decorrente da compensação, o reconhecimento do crédito do réu é incompatível com a tutela prestada ao autor²⁸⁹. Juridicamente, para a finalidade de incidência da eficácia preclusiva, a situação em nada difere do primeiro exemplo apresentado neste item, em que o réu vencido propõe demanda pleiteando a devolução de valores pagos que não foram considerados no julgamento da causa, ou de qualquer outro exemplo em que invoque causa extintiva do direito do autor com o objetivo de neutralizar sua derrota.

O réu não alega a compensação, a demanda é julgada improcedente e ulteriormente propõe demanda pleiteando a cobrança do crédito. Nesta hipótese, não pode haver dúvidas sobre a viabilidade de ser proposta a demanda em que o réu pleiteia o reconhecimento de seu crédito. Como na primeira demanda não houve o reconhecimento do direito afirmado pelo autor, não é possível cogitar-se de uma incompatibilidade com a demanda ulteriormente proposta pelo réu.

O réu alega a compensação, a demanda é julgada improcedente por fundamento diverso e após é proposta demanda em que pleiteia a cobrança do crédito oposto em compensação. Aplica-se raciocínio idêntico ao apresentado para o exemplo anterior. A alegação de compensação em defesa não promove a ampliação do objeto de processo (*supra*, n. 1). Julgada a demanda improcedente com base em fundamento diverso, não será apreciada a alegação de compensação²⁹⁰, não havendo, portanto, como cogitar de um impedimento à cobrança do crédito anteriormente oposto em compensação.

O réu alega a compensação, a demanda é julgada improcedente com fundamento na compensação e ulteriormente o réu propõe demanda pleiteando a cobrança

²⁸⁹ Cf. OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, "Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro", n. 4.5, pp. 115-116.

²⁹⁰ Não se aplica à compensação o *principio della ragione più liquida*, que autoriza o julgamento de improcedência independentemente do respeito de uma ordem lógica no exame das questões relevantes ao julgamento do mérito (*supra*, nota de rodapé n. 157). O tratamento diferenciado deve-se ao fato de a compensação ser "un modo di estinzione dell'obbligazione oneroso e satisfativo. Il convenuto, con la compensazione, estingue si il suo debito, ma 'spendendo' il suo controdiritto: in sostanza, è come se pagasse. Quindi egli ha interesse a far esaminare l'eccezione di compensazione per ultima, in modo che il giudice utilizzi (e con ciò estingua) il controcredito per respingere la domanda *solo dopo aver accertato l'attuale esistenza del diritto dell'attore*, e quindi solo dopo aver esaminato tutti gli altre questioni rilevabili di ufficio" (LIUSO, *Diritto processuale civile*, vol. I, n. 31.5, p. 272).

do mesmo crédito. Esta é a situação que desperta maior discussão. Como referido na hipótese anterior, a defesa não promove a ampliação do objeto do processo e, portanto, em princípio não há qualquer impedimento para a cobrança pelo réu do crédito que justificou o julgamento de improcedência de demanda anterior, com fundamento na compensação. Não integrando o objeto do processo, a declaração que se fizer a respeito da compensação fará parte da motivação da sentença, não do dispositivo, e em decorrência não ficará abrangida pela coisa julgada (*supra*, n. 3).

Para contornar essa consequência iníqua, que permite a dupla satisfação de idêntico direito, a doutrina italiana propõe que a alegação de compensação receba um tratamento diferenciado frente às demais defesas. Tradicionalmente, a doutrina conferia ao art. 35 do *c.p.c.*²⁹¹ o alcance de estender os limites objetivos da coisa julgada à compensação sempre que a alegação for contestada e houver decisão a respeito²⁹². Por permitir que o réu cobre em uma segunda demanda o crédito não contestado e que motivou o julgamento de improcedência, a doutrina evoluiu para afirmar que sempre há coisa julgada quanto ao crédito invocado pelo réu e consumido pela compensação²⁹³.

Em sua obra monográfica sobre a compensação, MERLIN criticou tal evolução, por entendê-la desnecessária e não encontrar amparo no direito positivo italiano²⁹⁴. Ausente a contestação do crédito alegado, sua extinção em decorrência da compensação não ficaria abarcada pelos limites objetivos da coisa julgada. Mas isso não conferiria liberdade para o réu propor ulterior

²⁹¹ A norma tem o seguinte teor: "quando è opposto in compensazione un credito che è contestato ed eccede la competenza per valore del giudice adito, questi, se la domanda è fondata su titolo non controverso o facilmente accertabile, può decidere su di essa e rimettere le parti al giudice competente per la decisione relativa all'eccezione di compensazione, subordinando, quando occorre, l'esecuzione della sentenza alla prestazione di una cauzione; altrimenti provvede a norma dell'articolo precedente".

²⁹² Cf. BORGUESI, "Compensazione nel diritto processuale civile", n. 3, p. 86; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 79, p. 919; REDENTI, "La compensazione dei debiti nei nuovi codici", n. 14, p. 35.

²⁹³ Cf. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, vol. 1, pp. 531-533; DALROSCO, "La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo", n. 9, pp. 387-388; FRANCHI, "Profili processuale della compensazione", nn. 1-2, pp. 210 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. 1, nn. 31.6-31.8, pp. 272-276. Essa é solução que a doutrina alemã extrai do § 322, n. 2, da ZPO (LENT-JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, § 63, p. 327) e que foi adotada no art. 408 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola (TAPIA FERNANDEZ, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, p. 45).

²⁹⁴ Cf. *Compensazione e processo*, vol. II, cap. I, nn. 5 ss., pp. 24 ss.

demanda pleiteando o recebimento do crédito. Como o acolhimento de pedido dessa natureza seria incompatível com a decisão anterior, atuaria na hipótese a eficácia preclusiva da coisa julgada²⁹⁵.

Para chegar à referida conclusão, MERLIN propõe uma ampliação do conceito de incompatibilidade, afirmando que uma "vera incompatibilità con la portata pratica e precettiva del primo giudicato" pode ocorrer "sia se è la stessa relazione tra i diritti sostanziali ad essere modellata secondo uno schema di diretta incompatibilità, sia se, invece, tale relazione è conformata secondo uno schema di interdipendenza fondato, per lo più, dall'operare di una comune vicenda di vitalità"²⁹⁶. Esta relação de interdependência existiria na relação entre prestação e contraprestação, em que o reconhecimento judicial de uma impediria a ulterior negação da outra²⁹⁷, e na referida relação entre o crédito demandado e o crédito oposto em compensação.

No direito brasileiro não há norma semelhante ao art. 35 do *c.p.c.* e, portanto, não há como sustentar a extensão da coisa julgada ao crédito oposto em compensação nem sequer na situação em que haja impugnação e decisão a respeito²⁹⁸. Parece igualmente inadmissível conferir à eficácia preclusiva o alcance pretendido por MERLIN. Sua argumentação parte de considerações de direito material para aplicar a eficácia preclusiva a situações em que a incompatibilidade é indireta (*supra*, n. 17) e, portanto, insuficiente para que o impedimento à propositura da demanda se manifeste. A eficácia preclusiva atua sempre e invariavelmente na medida dos limites objetivos da coisa julgada (*supra*, nn. 1 e 17), que no direito brasileiro restringem-se ao dispositivo da sentença. Ainda que o dispositivo seja interpretado com referência à motivação, essa interpretação tem o limitado alcance de clarear o significado de um dispositivo obscuro e identificar a *causa petendi* da demanda proposta (*supra*, n. 3). Uma *causa excipiendi* como a compensação é sempre apreciada

²⁹⁵ Cf. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cap. II, n. 5, pp. 114-119.

²⁹⁶ *Compensazione e processo*, vol. II, cap. II, n. 6, p. 129.

²⁹⁷ Cf. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cap. II, n. 6, pp. 131 ss.

²⁹⁸ Após fazer referência às peculiaridades do direito italiano no tratamento da compensação, HEINITZ observa com razão que "è dovuto a ragioni puramente pratiche, se alla compensazione si deve attribuire una posizione particolare. Sarebbe configurabile senz'altro un sistema che non contenesse alcuna regola speciale in proposito; allora per la compensazione avrebbero valore tutte le regole particolari ai fatti estintivi. La sentenza che accollesse la *exceptio compensationis* sarebbe una sentenza comune di rigetto, e soltanto dalla motivazione potrebbe desumersi che il giudice ha accolto la compensazione" (*I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 19, p. 226).

na motivação da sentença, não havendo, portanto, como invocar a eficácia preclusiva da coisa julgada.

O raciocínio é válido para todas as demandas incompatíveis com um fundamento da sentença de improcedência que venham a ser propostas pelo réu vencedor, tal como no caso de ser proposta demanda de repetição de indébito com fundamento em pagamento que justificou a rejeição de demanda anterior. Não se pode negar que em ambos os casos a solução adotada pode dar ensejo à situações iníquas, proporcionando, como já referido, a dupla satisfação de um mesmo direito. Esse é um mal que decorre da opção do direito positivo brasileiro por restringir a coisa julgada ao dispositivo da sentença, e sua gravidade não é em essência superior a todas as demais situações de desarmonia que podem decorrer dessa restrição (*supra*, nn. 3 e 10.2).

O réu alega a compensação, a demanda é julgada procedente com a afirmação da inexistência do crédito oposto em compensação, sendo proposta pelo réu posterior demanda em que pretende ver reconhecido o direito ao mesmo crédito. Aplicam-se a esta última situação todos os argumentos apresentados com referência ao primeiro exemplo, em que a demanda foi julgada procedente sem que o réu houvesse alegado a compensação em defesa. Apesar de a questão a respeito da existência do crédito oposto em compensação não ficar abrangida pela coisa julgada, a propositura de ulterior demanda em que se pleiteie o reconhecimento e a satisfação do crédito é impedida pela eficácia preclusiva.

19. Eficácia preclusiva, limites objetivos da coisa julgada e o equilíbrio entre as posições do autor e do réu

A análise conjunta do impedimento decorrente da eficácia preclusiva, de sua aplicabilidade restrita à esfera de direitos do réu e da limitação da coisa julgada à causa de pedir efetivamente invocada pelo autor, têm despertado questionamentos na doutrina a respeito da existência de um tratamento paritário das partes no processo, com privilégio à posição do autor.

Para a adequada compreensão desse questionamento é necessário retomar algumas ideias. Julgado improcedente o pedido, a mudança da causa de pedir é suficiente para autorizar a propositura de nova demanda, sem que se manifeste o óbice da coisa julgada (*supra*, n. 8 e 10.2). Tomando-se como exemplo um pedido de declaração de inexistência de obrigação fundado no pagamento, o julgamento de improcedência permite a propositura de ulterior demanda com idêntico pedido, amparada em novos fatos e com a alegação de outras causas impeditivas, extintivas ou modificativas do direito.

Em contrapartida, a eficácia preclusiva da coisa julgada, que atua perante a esfera de direitos do réu, traz consequência mais abrangente. No mesmo exemplo, caso o credor tomasse a iniciativa de propor a demanda, apresentando pedido de declaração da existência da obrigação, em decorrência da eficácia preclusiva o julgamento de procedência impedirá qualquer questionamento ulterior acerca da existência da obrigação.

Ou seja, diante de uma mesma situação substancial, a posição processual ocupada pela parte influenciará na dimensão dos limites objetivos da coisa julgada. Considerando o exemplo, enquanto a declaração proferida em favor do credor que figura como autor traz um julgamento definitivo a respeito da situação da vida, a declaração favorável a esse mesmo credor na posição de réu deixa em aberto aspectos dessa mesma situação que não integraram a causa de pedir, sujeitando-o a figurar como réu em sucessivos processos²⁹⁹.

Não há, no entanto, desequilíbrio na posição das partes, pois o ônus do réu de defender-se é limitado à específica causa de pedir apresentada pelo autor. Sempre que for proposta nova demanda, o réu terá oportunidade para apresentar seus argumentos de defesa e, se ficar incomodado com a possibilidade de vir a figurar como réu em diversos processos, o sistema franqueia-lhe os instrumentos da reconvenção e da ação declaratória incidental, que promovem a ampliação do objeto do processo e viabilizam uma decisão mais abrangente sobre a crise de direito material³⁰⁰.

Não bastassem tais argumentos, a paridade no tratamento das partes é também proporcionada pela imposição ao autor do ônus de alegar na

²⁹⁹ Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 947, pp. 289-290. MENCHINI aponta que a referida desigualdade é promovida pela aplicação da teoria da substanciação, que identifica a demanda com referência aos fatos alegados pelo demandante (*supra*, n. 8) e com isso permite que um direito seja postulado de forma incompleta: "la soluzione criticata viola il principio fondamentale di un giusto processo, ossia la regola della parità delle armi tra i contendenti; infatti, mentre l'attore potrebbe far valere in un nuovo giudizio fatti costitutivi, che avesse ommesso di allegare nell'auto introduttivo e che, perciò, non fossero più deducibili nel procedimento in corso, il convenuto, invece, vedrebbe definitivamente pregiudicati, in forza della preclusione del dedotto e de deducibile nascente dal giudicato, quei fatti impeditivi, modificativi od estintivi, che non avesse allegato nella comparsa di risposta. Sarebbe così istituzionalizzata, per questo tipo di procedimento, la regola dei due pesi e delle due misure" (*I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. IV, n. 1, pp. 204-205).

³⁰⁰ Cf. PAULA COSTA E SILVA, "A natureza processual da tutela do terceiro adquirente de boa-fé e a título oneroso – exceção, reconvenção e eficácia preclusiva do caso julgado", n. 10, p. 310; TEIXEIRA DE SOUSA, "O objeto da sentença e o caso julgado material – estudo sobre a funcionalidade processual", p. 129.

petição inicial todas as causas de pedir que pretenda ver apreciadas no julgamento. Em contrapartida, são poucas as matérias que devem ser alegadas pelo réu em contestação para que possam ser conhecidas pelo julgador. Sempre que a lei não exigir a alegação em contestação, é eficaz a ulterior dedução do argumento ou seu enfrentamento *ex officio* pelo julgador³⁰¹. Essa distinção de tratamento contribui para legitimar a imposição ao réu da eficácia preclusiva da coisa julgada.

20. Limites à eficácia preclusiva

Definida a eficácia preclusiva como o impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a situação jurídica definida na sentença transitada em julgado, apresentadas algumas situações em que esse impedimento se manifesta e demonstrado que a aplicação do instituto não viola a garantia de tratamento paritário das partes no processo, cabe ao fim deste capítulo referir as exceções à incidência da eficácia preclusiva³⁰².

Uma primeira limitação é trazida com a ação rescisória. Presentes os requisitos de admissibilidade da ação rescisória e enquadrada a situação concreta em algum dos incisos do art. 485 do Código de Processo Civil³⁰³, torna-se admissível a apreciação do mérito dessa demanda que em sua essência é incompatível com a coisa julgada, sem que se possa invocar a eficácia preclusiva como impedimento. Passados os dois anos do prazo para a rescisão, forma-se a denominada *coisa soberanamente julgada* e a ação rescisória deixa de limitar a eficácia preclusiva³⁰⁴.

Superado o prazo da rescisória, a eficácia preclusiva passa a abranger toda e qualquer demanda incompatível, sem importar a natureza da matéria que lhe serviria de fundamento³⁰⁵. É irrelevante o fato de o conhecimento

da matéria depender de alegação de parte ou poder ser realizado *ex officio* pelo juiz, por se tratar de matéria de ordem pública³⁰⁶. Ficam igualmente abrangidos pela eficácia preclusiva os argumentos não conhecidos na época em que se formou a coisa julgada ou que não foram apresentados por razões de força maior³⁰⁷.

A regra comporta algumas exceções. A primeira delas refere-se à teoria da *relativização da coisa julgada*, que nos últimos anos despertou intensa polêmica na doutrina brasileira. São duas as teses que defendem a relativização³⁰⁸. A primeira, de cunho eminentemente *técnico jurídico*, exclui a autoridade do julgado em casos nos quais a decisão seja inconstitucional ou em que a lei na

primeira, os artigos 490º e 505º estipulam que a falta de impugnação dos factos alegados pela parte contrária tem como consequência a sua admissão por acordo. Admissão por acordo que, seguindo ou não o regime da confissão, é em regra irrevocável. A matéria de impugnação fica, assim, admitida e não precludida. Pelo que o efeito preclusivo relacionado com o caso julgado só pode dizer respeito à matéria de exceção" (*A causa de pedir na acção declarativa*, p. 399). Diante do significado atribuído nesta tese à eficácia preclusiva, a distinção não faz sentido. Em realidade, a processualista portuguesa confunde a eficácia preclusiva com as regras pertinentes à formação de questões e à distribuição do ônus da prova.

³⁰⁶ "Toda e qualquer nulidade fica afastada, mesmo as absolutas e ainda que se trate de nulidade da sentença (falta de motivação etc.), quando ocorre o trânsito em julgado – sendo uma sanatória geral das nulidades (Liebman), a coisa julgada tem uma eficácia preclusiva que impede novos pronunciamentos dos juízes acerca das questões inerentes ao processo e a alegação de novas razões por qualquer das partes (art. 474). Alguns vícios reputados excepcionalmente graves pela lei poderão ainda ser alegados pela via da ação rescisória mas, não proposta esta no biênio (arts. 485 e 495) ou julgada improcedente, o convalidamento é definitivo e com isso desaparece a possibilidade de impugnar o ato, ainda que viciado de nulidade absoluta" (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, n. 717, p. 621). No mesmo sentido, cf. BARBOSA MOREIRA, "A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro", n. 6.2, p. 106; LIEBMAN, "Giudicato", n. 2.6, pp. 3-4. Na jurisprudência, cf. STJ, 5ª T., REsp 695.445/SP, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, v.u., j. 27.3.08.

³⁰⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, "A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro", n. 6.2, p. 106; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 20, pp. 231-233; MACHADO GUIMARÃES, "Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo", n. XIX, p. 25.

³⁰⁸ Ambas são repudiadas por grande parte da doutrina, com foco na insegurança jurídica trazida pelo afastamento da coisa julgada fora das hipóteses expressamente previstas em lei (BARBOSA MOREIRA, "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", pp. 235 ss.; LEONARDO GRECO, "Ainda a coisa julgada inconstitucional", n. 5, pp. 562 ss.; MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional*, n. 8, pp. 177 ss.; MESQUITA, *Coisa julgada*, cap. V, pp. 89 ss.; NERY JR., "Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito", pp. 703 ss.; OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, "Coisa julgada relativa?", pp. 102-112; SÉRGIO PORTO, *Coisa julgada civil*, n. 4.12, pp. 125-138).

³⁰¹ Cf. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cap. III, n. 7, pp. 332-333.

³⁰² Não será enfrentado o tema da sentença juridicamente inexistente, pois em tal caso nem sequer há a formação de coisa julgada (TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 5.12, pp. 374-375).

³⁰³ Conforme observa LEONARDO GRECO, a interpretação dada pela doutrina brasileira ao art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil, com o cabimento da ação rescisória sempre que for constatada violação de literal disposição de lei, sem qualquer restrição, promove uma "escamoteada vulnerabilidade da coisa julgada (...) que não tem paralelo em nenhum sistema processual moderno" ("Ainda a coisa julgada inconstitucional", n. 1, p. 560).

³⁰⁴ Cf. FRIEDBERG MARQUES, *Manual de direito processual civil*, vol. III, n. 696, p. 247.

³⁰⁵ MARIANA GOUVEIA propõe distinção entre "matéria de impugnação" e "matéria de exceção" para a finalidade de aplicar a eficácia preclusiva, nos seguintes termos: "quanto à

qual se apoiou haja sido ou venha a ser julgada inconstitucional³⁰⁹. A outra tese, de fundo *axiológico*, busca amparo na regra da proporcionalidade e nega a rigidez da coisa julgada quando a eficácia da sentença colidir com algum valor que no caso concreto se mostre mais elevado que a segurança jurídica³¹⁰. Nos limites em que seja admitida a aplicação dessas teses, a eficácia preclusiva será excepcionada sempre que houver a relativização.

Além dessa possível exceção não consagrada em lei, o direito processual brasileiro prevê dois argumentos aptos a afastar o impedimento trazido com a eficácia preclusiva, em fenômeno denominado por CASTRO MENDES de *limites argumentativos da coisa julgada*³¹¹. Referidos argumentos são a “falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia” (CPC, art. 475-L, inc. I)³¹² e a divergente interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal da norma que fundamentou a decisão transitada em julgado (CPC, arts. 475-L, § 1º e 741, § único).

Há profunda divergência na doutrina a respeito do significado dos arts. 475-L, § 1º, e 741, § único, do Código de Processo Civil. Eis os diferentes posicionamentos, em ordem gradativa: (a) as normas são inconstitucionais, por atentarem contra o princípio constitucional da coisa julgada³¹³; (b) para preservar tal princípio, a coisa julgada somente pode ser desconstituída se a

³⁰⁹ Cf. PAULO OTERO, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, pp. 63 ss.; THEODORO JR. – JULIANA FARIA, “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle”, pp. 123 ss.

³¹⁰ Cf. BRUNO LOPES, “Coisa julgada e justiça das decisões”, nn. 5-6, pp. 384-395; DINAMARCO, *Nova era do processo civil*, cap. X, pp. 216 ss.; JOSÉ DELGADO, “Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”, pp. 77 ss.; TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 13, pp. 561 ss.

³¹¹ Cf. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, n. 4, pp. 62-63.

³¹² Conforme observa DINAMARCO, “a sentença é, em casos assim, portadora de uma nulidade decorrente, que a atinge como reflexo e consequência de vício anterior no procedimento; e a sentença que no processo da impugnação assim a reconhece tem sobre ela autêntica eficácia rescisória, capaz de excluí-la do mundo jurídico ainda quando já passada em julgado” (*Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.241, p. 723). No mesmo sentido, cf. ADROALDO FABRÍCIO, “Réu revel não citado, ‘querela nullitatis’ e ação rescisória”, n. 5, pp. 32-34; ARAKEN DE ASSIS, *Cumprimento da sentença*, n. 110.2.1, pp. 318-319; LUÇON, *Embargos à execução*, n. 68, pp. 165-169. Caso se entenda que na hipótese não há na situação a formação de coisa julgada (MESQUITA, *Coisa julgada*, cap. V, n. 4.6, p. 105; TERESA WAMBIER – MEDINA, *O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização*, n. 6.2, pp. 213 ss.), a “falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia” não será propriamente um limite à eficácia preclusiva.

³¹³ Cf. LEONARDO GRECO, “Ainda a coisa julgada inconstitucional”, n. 5, pp. 579-580.

sentença for proferida após a declaração de inconstitucionalidade da norma em sede de controle abstrato ou após suspensa pelo Senado Federal a eficácia da norma declarada inconstitucional, nos termos do art. 52, inc. X, da Constituição Federal³¹⁴; (c) além das situações referidas na hipótese anterior, as normas são aplicáveis no caso de a sentença contrariar qualquer interpretação de norma constitucional apresentada em sede de controle abstrato de constitucionalidade³¹⁵; (d) as normas são aplicáveis nas hipóteses b e c, sem importar se a decisão do Supremo Tribunal Federal é anterior ou posterior ao trânsito em julgado³¹⁶; (e) além de ser possível desconstituir a coisa julgada nas hipóteses b, c e d, também servem para essa finalidade as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, independente de qualquer manifestação do Senado Federal³¹⁷.

A interpretação mais equilibrada é a delineada na hipótese c. As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou de controle incidental após a suspensão da norma pelo Senado Federal gozam de importância fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Independentemente de qual seja o conteúdo do julgamento, é imposta uma pauta vinculante, de observância obrigatória para todos. Decisões rebeldes que contrariem a interpretação do Supremo não podem ser toleradas, sendo, portanto, conveniente a existência de um mecanismo que permita a rescisão do julgado mesmo depois de escoado o prazo para a propositura da ação rescisória. A situação muda de figura, no entanto, quando a decisão do Supremo é proferida após a formação da coisa julgada. Não houve um ato de rebeldia. O julgador não estava vinculado por uma interpretação superior e a sentença percorreu todos os caminhos exigidos pelo sistema para se tornar estável e ficar imunizada pela coisa julgada. Permitir sua rescisão com a invocação de uma ulterior decisão do Supremo, depois de escoado o prazo para a propositura de ação rescisória e sem que estejam presentes os

³¹⁴ Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, n. 1.764, pp. 792-793.

³¹⁵ Cf. MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional*, n. 5, pp. 119-135.

³¹⁶ Cf. ARAKEN DE ASSIS, *Cumprimento da sentença*, n. 110.2.7, pp. 330-331; ATHOS CARNEIRO, *Cumprimento da sentença civil*, n. 25, p. 75; TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 8, pp. 423 ss.

³¹⁷ Cf. LUÇON, “Coisa julgada, efeitos da sentença, ‘coisa julgada inconstitucional’ e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único”, n. 14, p. 162; ZAWASCKI, “Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC”, pp. 79 ss. e “Sentenças inconstitucionais: inexigibilidade”, pp. 511 ss.

rigorosos pressupostos para a aplicação da teoria da relativização da coisa julgada, trará uma situação de insegurança jurídica incompatível com a ordem constitucional.

A abertura trazida pelos arts. 475-L, inc. I e § 1º e 741, § único ao questionamento da coisa julgada não se restringe à impugnação ao cumprimento de sentença. Como a impugnação somente pode ser proposta em execução de sentenças condenatórias e não há razão para conferir tratamento distinto a tais sentenças com relação às declaratórias e constitutivas, é necessário admitir a propositura de demanda autônoma que, invocando os fundamentos referidos, vise a desconstituir a coisa julgada.

No caso do art. 475-L, inc. I, a propositura de demanda autônoma é amplamente aceita³¹⁸. A divergência surge quando se enfrenta a hipótese descrita nos arts. 475-L, § 1º e 741, parágrafo único.

ARAKEN DE ASSIS restringe o alcance dessas normas às sentenças condenatórias e afirma ser inadmissível a propositura de demanda autônoma. A matéria somente poderia ser invocada em impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução. Nas suas palavras, “a remissão do inciso II do art. 475-L esclarece que o desaparecimento da base legal da condenação se passa no plano da eficácia, apagando-lhe o efeito executivo e a indiscutibilidade resultante da coisa julgada (art. 467), motivo por que cabe a impugnação, e, não, ação rescisória. Além disso, a procedência da impugnação não desconstituirá o título nem reabrirá o processo, limitando-se a tornar inadmissível a sua execução”³¹⁹. TALAMINI chega a conclusão idêntica e traz como justificativa para o tratamento diferenciado o fato de a sentença condenatória prestar uma tutela incompleta. Enquanto as tutelas declaratória e constitutiva satisfazem de imediato a pretensão do autor, “a condenação é apenas um passo no caminho da solução integral de que necessita o jurisdicionado”, dependendo sempre de ulterior execução se não houver o cumprimento espontâneo da prestação. Traçada a premissa, conclui: “se foi necessária a execução – e por isso estão cabendo embargos – é porque ainda não se tem aquela situação final consolidada que corresponderia à tutela condenatório-executiva (muito embora já possa haver coisa

³¹⁸ Cf. ADROALDO FABRICIO, “Réu revel não citado, ‘querela nullitatis’ e ação rescisória”, nn. 4-9, pp. 31-37; DINAMARCO, *Litiscônscio*, nn. 129-131, pp. 351-360; LUCON, *Embargos à execução*, n. 68, pp. 169-170; OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, “Sobrevivência da querela nullitatis”, pp. 115-122.

³¹⁹ *Cumprimento da sentença*, n. 110.2.7, p. 330.

julgada). Sob essa perspectiva, desconstituir as eficácias declaratória e constitutiva é mais grave do que desconstituir a eficácia condenatória no momento dos embargos. Daí ser razoável não estender, pura e simplesmente, a norma do art. 741, par. ún., aos pronunciamentos declaratórios e constitutivos”³²⁰.

Parece no entanto que os embargos à execução ou a impugnação ao cumprimento da sentença promoverão na hipótese a integral rescisão do julgado e não se limitarão a subtrair a eficácia condenatória da sentença. Apesar de depender da atividade executiva para ser concretizada, a eficácia condenatória fica imunizada pela coisa julgada do mesmo modo como as eficácias declaratória e constitutiva (*supra*, n. 13). Não tem sentido afirmar que a declaração contida na sentença condenatória permanece incólume, mas não autoriza a execução, ou seja, não permite o alcance dos fins a que a decisão se destina. A gravidade dessa conclusão é idêntica à de subtrair a eficácia declaratória ou a eficácia constitutiva da decisão, pois reduz a tutela condenatória a um discurso despido de autoridade. Como o ordenamento jurídico não pode atribuir arbitrariamente disciplinas distintas para situações que substancialmente são idênticas, deve ser admitida a propositura de demanda autônoma, com fundamento na situação descrita nos arts. 475-L, § 1º e 741, § único, que vise a desconstituir a coisa julgada³²¹.

Respeitado o *substantive due process of law*, não há óbice a que a eficácia preclusiva da coisa julgada fique sujeita aos limites expostos no decorrer deste item. Apesar de parte da doutrina afirmar que a eficácia preclusiva é essencial à coisa julgada³²², é corrente a ideia de que a própria coisa julgada não

³²⁰ *Coisa julgada e sua revisão*, n. 8.12, pp. 483-484.

³²¹ Cf. LUCON, “Coisa julgada, efeitos da sentença, ‘coisa julgada inconstitucional’ e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único”, n. 14, pp. 161-163.

³²² Ao enfrentar o tema ALLORIO chega a afirmar que o conceito de eficácia preclusiva “non ha molta utilità”, pois lhe parece evidente a “irrelevanza dell’iter formativo della decisione, dopo che questa ha acquistato forza di cosa giudicata” (“Critica della teoria del giudicato implicito”, p. 245). LIEBMAN pondera que “a finalidade prática do instituto exige que a coisa julgada permaneça firme, embora a discussão das questões relevantes tenha sido eventualmente incompleta, absorve ela, desse modo, necessariamente, tanto as questões que foram discutidas como as que o poderiam ser” (*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 62). Igualmente enfático, SCHWAB afirma que a coisa julgada perderia seu significado sem a eficácia preclusiva (*Der Streitgegenstand in Zivilprozess*, § 15, p. 224).

é fundamental ao exercício da jurisdição³²³. Há registro na história de ordenamentos em que o instituto era desconhecido ou muito frágil³²⁴ e, atualmente, uma forte tendência reformista do processo civil é a de canalizar a tutela jurisdicional para processos de cognição sumária, sem a formação de coisa julgada³²⁵. Em tal contexto, como resultado de uma opção política do legislador, é legítimo subtrair da coisa julgada parte de sua eficácia preclusiva, que terá por significado diminuir o grau de imunização que ela proporciona ao julgado.

³²³ "Dal concetto dell'ufficio del giudice deriva bensì naturalmente che la sentenza debba mandarsi ad esecuzione forzata finchè essa sta, ma non che debba tenersi in futuro come norma immutabile del rapporto deciso: il risame indefinito della controversia parre anzi più conforme a giustizia. Sono ragioni d'opportunità, riguardi d'utilità sociale, che fanno porre un termine alla indagine giudiziaria, e trattare la sentenza come legge irrevocabile pel caso concreto. È importante non dimenticare mai questa semplice considerazione: la verità della quale può confermarsi con recentissimi studi su diritti antichi, che ci rilevano, ad esempio nelle origini del diritto norvegese, completamente ignorato il principio della cosa giudicata: esecutiva la sentenza, ma sempre aperta la discussione sulla sua esattezza, or in base a nuove prove, or no. Solo di mano in mano, col moltiplicarsi dei rapporti, coll'estendersi dei commerci, si frena quella libertà di critica, fino a restringerla in termini perentori. Cominciano dunque col liberarci dall'idea, spesso ritornante ancora nei nostri scritti, che la cosa giudicata sia un istituto di ragion naturale 'comune a tutti i popoli'" (CHIOVENDA, "Sulla cosa giudicata", p. 400). Não há, portanto, como concordar com MARINONI, ao afirmar que "muito mais do que um princípio constitucional", a coisa julgada é "uma regra indispensável a existência do discurso jurídico e, por conseguinte, ao exercício da própria jurisdição", e concluir que "uma interpretação judicial que não tem condições de se tornar estável não tem propósito" (*Cosa julgada inconstitucional*, n. 3.1, pp. 56-57).

³²⁴ Cf. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, n. 263, pp. 406-407.

³²⁵ Cf. MENCHINI, "Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato", pp. 869 ss.; PROTO PISANI, "Verso la residualità del processo a cognizione piena?", pp. 239 ss.

Conclusões

As conclusões deste trabalho foram apresentadas no decorrer dos capítulos anteriores, com a identificação da relação entre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada e a delimitação do alcance e função desses institutos.

Os limites objetivos dizem respeito à extensão da matéria que ficará imunizada pela coisa julgada material. Definida a matéria imunizada, a função negativa da coisa julgada impedirá a propositura de demanda idêntica e a função positiva vinculará o julgamento de processos futuros em que a questão decidida apresente-se como prejudicial.

A extensão desses limites é tradicionalmente vinculada ao objeto da sentença e, por via indireta, ao objeto do processo. É a demanda que define o objeto do processo. A demanda é identificada pelas partes, pela causa de pedir e pelo pedido, sendo relevantes para a finalidade de traçar os limites objetivos da coisa julgada a causa de pedir e o pedido.

Esse encadeamento lógico entre objeto do processo, objeto da sentença e limites objetivos da coisa julgada não é essencial à disciplina da coisa julgada. Decorre de uma opção política e pode ser rompido se solução diversa resultar da máxima efetividade dos princípios constitucionais do processo.

Há três opções para ampliar os limites objetivos da coisa julgada: (a) estender a coisa julgada a questões decididas entre os fundamentos da sentença, (b) impedir que pedido idêntico seja apresentado em processo ulterior com fundamento em diversa causa de pedir e (c) integrar à coisa julgada situações da vida que não constam do pedido.

A extensão da coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão, que tenham sido determinantes para o resultado do julgamento, prestigia os princípios da segurança jurídica e da economia processual, sem afrontar qualquer princípio constitucional relevante, pois a apreciação desses fundamentos sempre será realizada mediante cognição prévia, exauriente e com respeito ao contraditório.

É, portanto, imperioso que o legislador brasileiro abandone a opção de restringir a coisa julgada ao dispositivo da sentença e, na esteira dos diversos ordenamentos estrangeiros que se inspiraram no *colateral estoppel*, estenda a coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão. É esse o sistema