

Caso se houvesse de considerar que, mesmo *sem* a propositura da ação declaratória incidente, a autoridade da coisa julgada se estenderia à afirmação ou à negação da relação jurídica subordinante¹⁰, ter-se-ia re-duzido o instituto — que melhor sorte merece — a total inutilidade. Nada adiantaria à parte (autor ou réu), em semelhante hipótese, exercer o direito que lhe confere o art. 5.º do Código de Processo Civil, por-que com isso em nada se alterariam os contornos do *thema decidendum*.

A verdade, porém, é outra. Ao juiz compete julgar a lide "nos li-mites em que foi proposta" (art. 128). Ressalvadas as exceções expres-samente previstas em lei, não pode haver julgamento fora ou além do pedido. Nem pode a autoridade da coisa julgada cobrir o que não tenha sido objeto de julgamento; haveria, aliás, manifesta *contradição nos termos*. Se o pedido originário se refere exclusivamente à relação jurídica su-bordinada, uma de duas: ou alguma das partes pede a declaração (posi-tiva ou negativa) da relação jurídica subordinante, e então — mas só então! — pode formar-se a respeito dela a *res judicata*, ou nenhuma das partes o faz, e neste caso, ainda que o órgão judicial se pronuncie *expressis verbis* ao propósito na sentença, apenas o terá feito como razão ou mo-tivo de decidir, e tal pronunciamento não adquirirá, em absoluto, a *au-toritas rei iudicatae*.

No particular, a despeito de imperfeições acidentais, é claro e inso-fismável o sistema do novo Código. Importa arquivar com toda a presteza velhas dúvidas e vacilações que à sua luz de maneira nenhuma se justificam — se é que algum dia, afinal de contas, se justificaram.

10. Como parece entender PONTES DE MIRANDA, ob. e l. cit., pág. 195.

A EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA MATERIAL NO SISTEMA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO *

SUMÁRIO: 1. Posição do problema. Exemplos. 2. A so-lução necessária e sua configuração dogmática. 3. A ef-icácia preclusiva da coisa julgada. 4. Eficácia preclusiva e limites objetivos da coisa julgada. 5. Área de manifestação da eficácia preclusiva. 6. Questões sujeitas à eficácia pre-clusiva. 7. Particularidade das questões de fato. 8. Distinção entre a eficácia preclusiva da coisa julgada e a eficácia preclusiva da sentença executível.

1. Na sentença de mérito formula o órgão judicial a norma jurídica con-creta que deve disciplinar a situação litigiosa trazida à sua apreciação. Ob-vias necessidades de ordem prática impõem que se assegure estabilidade à tutela jurisdicional assim dispensada. A lei atende a tal exigência tornando inmutável e indiscutível, a partir de certo momento, o conteúdo da norma formulada na sentença. Nesse momento — que, no direito brasileiro, é aquele em que já nenhum recurso pode ser interposto contra a decisão —, diz-se que esta transita em julgado.

Desde o trânsito em julgado, fica a sentença definitiva¹ revestida da autoridade da coisa julgada em *sentido material*. Quer isso dizer que a so-lução dada ao litígio pelo juiz se torna imune a contestações juridicamente relevantes, não apenas no âmbito daquele mesmo processo em que se pro-feriu a decisão, mas também fora dele, vinculando as partes e quaisquer juízes de eventuais processos subseqüentes.

Para formular a norma concreta aplicável à situação litigiosa, terá o órgão judicial, normalmente, enfrentado e resolvido uma série de *ques-tões* — isto é, de dúvidas sobre pontos de fato ou de direito —, susci-tadas pelas partes, ou, quando possível, apreciadas *ex officio*. Da maneira como se haviam de resolver essas diversas questões naturalmente dependia

* Trabalho publicado no Livro — *Homenaje a Luis Lorreio*, Caracas, 1975.

1. Usa-se no texto a expressão *sentença definitiva* como equivalente a "sentença de mérito". Não obstante prefira o novo Código de Processo Civil este segundo modo de dizer, a tradição do direito brasileiro abona o emprego do adjectivo "defi-nitiva" para designar a decisão sobre o *meritum causae*: v., por todos, José FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1962, pág. 316.

o teor do julgamento²; mas bem pode suceder que, de fato, não tenham sido *examinadamente* consideradas, no processo, as questões suscetíveis de influir na decisão — seja porque as partes deixassem de suscitar alguma que, sem a sua iniciativa, não era lícito ao juiz apreciar, seja porque se omitisse o próprio juiz em apreciá-la, a despeito de suscitada pelas partes ou suscetível de ofício. Perfeitamente se concebe, assim, em tese, que de pois de findo o processo se viesse a pôr em dúvida o resultado atingido, acenando-se com tal ou qual questão que haja ficado na sombra e que, porventura trazida à luz, teria sido capaz de levar o órgão judicial a conclusão diferente da corporificada na sentença.

Se as questões relevantes foram todas examinadas, ninguém hesitará em recusar aos litigantes o poder de exigir do juiz que lhes dê ainda ouvidos num segundo debate sobre a matéria julgada, no qual nada de novo se aduziria. Põe-se, entretanto, o problema: e se a parte alega que no primeiro feito não se levou em conta este ou aquele ponto, agora indicado, justamente, como o decisivo para moldar a convicção do órgão judicial?

Suponhamos, por exemplo, que, em ação de cobrança proposta por *A* contra *B*, o réu, que não dispunha de elementos para negar o débito, se haja limitado a arguir, em defesa, a prescrição; e suponhamos que o juiz, rejeitando a arguição, tenha condenado *B* ao pagamento da importância cobrada. Em semelhante hipótese, é óbvio que, trânsito em julgado a sentença, deve ficar excluída para *B* a possibilidade de obter novo pronunciamento sobre a lide mediante pura e simples reiteração do argumento já oposto e repellido. Todos compreendem intuitivamente que, se *B* volta a juízo para pedir a reapreciação da matéria, insistindo, sem nada acrescentar, na alegação de estar prescrita a dívida, fica sujeito a ver-se despir sem outra resposta senão a de que já não faz jus a que se lhe responda.

Suponhamos agora que, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, venha *B* a descobrir que outra pessoa, interessada na extinção da dívida, já pagara integralmente a *A*. Ou então — para tornarmos o exemplo ainda mais frísante —, que *B* de repente se lembre de que na verdade já havia efetuado, ele próprio, o pagamento, e até encontre, entre velhos papéis que não lhe ocorreria passar em revista, o recibo assinado por *A*. À primeira vista, as coisas parecerão aqui diferentes. Alguém talvez se sinta inclinado a raciocinar assim: o juiz só condenou *B* a pagar porque não se trouxe ao seu conhecimento um fato muito provavelmente capaz de levá-lo à conclusão oposta se houvesse sido arguido; como negar a *B*, pois, o direito de provocar nova apreciação da lide, invocando *agora*, noutra processo, o fato omitido no anterior?

2. Sem dificuldade se entende, porém, que admitir a reabertura da discussão judicial, só porque alegue o interessado ter razões ainda não apreciadas, seria reduzir a bem pouco a garantia da coisa julgada, frustrando

2. Consoante gostava de frisar CARNELUTTI, a solução das questões está em relação de meio a fim para com a decisão da lide: V., entre muitos outros passos, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1926, vol. IV, pág. 426.

em larga medida a finalidade prática do instituto. Quando se poderá assegurar, *a priori*, que tenha sido *exaustiva*, num processo qualquer, a consideração, pelo órgão judicial, das questões relevantes para a decisão da causa? Em regra, o oposto é que acontecerá: as partes fazem aos advogados narrativas lacunosas dos fatos; os advogados equivocam-se na valoração do material, ou não são bastante hábeis, ou bastante diligentes, e deixam de usar algum argumento que talvez fosse o decisivo; documentos perdem-se, acham-se, tornam a perder-se; testemunhas esquecem o que viram ou ouviram, omitem-se, desaparecem; à atenção do juiz passa despercebido tal ou qual subsídio probatório, à sua memória não acode a norma legal que na verdade se deveria aplicar à espécie.

E, no entanto, os litígios não devem perpetuar-se. Entre os dois riscos que se deparam — o de comprometer a segurança da vida social e o de consentir na eventual cristalização de injustiças —, pretere o ordenamento assumir o segundo. Não chega a pôr a coisa julgada, em termos absolutos, ao abrigo de *qualquer* impugnação; permite, em casos de extrema gravidade, que se ataste o obstáculo ao rejuízo: aí estão, no direito brasileiro, as hipóteses de rescindibilidade da sentença, arroladas no art. 485 do Código de Processo Civil em vigor desde 1.º-1-1974. Torna-a porém imune, em linha de princípio, às dúvidas e contestações que se pretenda opor ao resultado do processo findo, *mesmo com base em questões que nele não hajam constituído objeto de apreciação*. Se o resultado é injusto, paciência: o que passou, passou.

O expediente técnico a que às vezes se recorre com tal finalidade consiste em considerar *implicitamente* decididas pela sentença que transita em julgado — no sentido compatível, é claro, com o teor desta — todas as questões, ainda que não apreciadas, cuja solução se devesse reputar idônea para influir no conteúdo do pronunciamento judicial. Voltemos ao exemplo acima figurado: se o juiz condenou *B* ao pagamento da importância cobrada por *A*, uma vez esgotados os recursos admissíveis, as coisas se passam *como se B*, além de arguir a prescrição, houvesse alegado que a dívida já fora paga, por terceiro ou por ele próprio, e o órgão judicial houvesse rejeitado a alegação, por entendê-la falsa ou não provada.

O "como se" faz ressaltar desde logo que se trata, no fundo, de uma ficção — e, usamos acrescentar sem demora, de uma ficção tão supérflua quanto inconveniente. Supérflua porque, conforme se exporá 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*.

Na verdade, nem mesmo as questões *expressamente* resolvidas pelo órgão judicial como etapas lógicas do raciocínio conducente à solução do litígio se incluem na área coberta pela *autoritas rei iudicatae*. A proposição é evidente no que tange às puras questões de fato e às puras ques-

ões de direito, cuja solução jamais seria apta a produzir coisa julgada. Ainda porém, quando o juiz aplicar direito a fato, para afirmar ou negar a existência de relação jurídica ou status de que logicamente depende o teor do pronunciamento sobre a lide, a questão assim resolvida — dita *prejudicial* —, sendo estranha ao âmbito do pedido, e por consequente ao objeto do processo, permanece, como todos os motivos da decisão, fora dos limites objetivos da *res iudicata* ¹.

Ora se assim é no tocante às questões (distintas da principal) efetivamente apreciadas, por mais forte razão é também assim no que concerne aquelas outras de que o órgão judicial *nem sequer chegou a conhecer* — relevantes que fossem, caso suscitadas pelas partes ou enfrentadas de ofício, para o julgamento da causa. O que se passa com a solução de semelhantes questões, após o trânsito em julgado da sentença definitiva, é o mesmo que se passa com a das questões que o juiz tenha apreciado unicamente para assentar as premissas da sua conclusão: nem a umas nem a outras se estende a *autoritas rei iudicatae*, mas todas se submetem à *eficácia preclusiva* da coisa julgada ². Nesse sentido, e só nele, é exato dizer que a *res iudicata* "cobre o deduzido e o deduzível".

3. Não há confundir coisa julgada e preclusão. A coisa julgada é uma das várias situações jurídicas dotadas de eficácia preclusiva. Quer dizer: entre os efeitos da coisa julgada, figura o de produzir uma determinada modalidade de preclusão, sem que fique excluída a produção de efeito análogo por outras causas, isto é, por outras situações diferentes da *res iudicata*.

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 incluír, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada ³. Posto que a se conseguisse demonstrar que a conclusão seria di-

3. Para a cumprida demonstração da tese, ainda sob o Código de Processo Civil de 1939 (cujo art. 287, parágrafo único, ensinou, na doutrina e na jurisprudência, mal-entendidos de que adiante se falará), v. nossa monografia *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*, Rio de Janeiro, 1967, págs. 76 e segs.; em sentido conforme, na literatura posterior, MACHADO GUNIMARAS, "Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo", in *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro-S. Paulo, 1969, págs. 21/2, 32; CELESO NEVES, *Contribuição ao Estudo da Coisa Julgada Civil*, S. Paulo, 1970, págs. 493/4; ISAAC PEREIRA DA SILVA, *Coisa Julgada Tributária*, Recife, 1970, págs. 65 e segs.; ANA PELLEGRINI GANOVER, *Ação Declaratória Incidential*, S. Paulo, 1972, págs. 37/8. Quanto ao direito vigente, v. *infra*, n.º 4.

4. A tal fenômeno, pela primeira vez entre nós, deu o necessário relevo MACHADO GUNIMARAS, em seu profundo ensaio supracitado, infelizmente o último que publicou. No presente estudo, em mais modesto nível, visava-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 egregio processualista.

5. Cf. ALICIANO, "Critica della teoria del giudicato implicito", in *Problemi di Diritto*, vol. II (*Sulla Dottrina della Giurisdizione e del Giudicato e altri Studi*), Milano, 1957, pag. 215; "non tanto la risoluzione delle questioni non sollevate in giudizio è implicita nella risoluzione di quelle effettivamente discusse; quanto l'esame delle prime e delle seconde è superfluo, come esame di cosa irrilevante, dopo la sentenza, passata in giudicato, che racchiude la pronuncia sulla lide".

versa, caso elas houvessem sido tomadas em consideração, nem por isso o resultado ficaria menos firme; para evitar, pois, dispêndio inútil de atividade processual, simplesmente se exclui que possam ser suscitadas com o escopo de atacar a *res iudicata*. Se a decisão é das que só produzem coisa julgada *formal*, o efeito preclusivo restringe-se ao interior do processo em que foi proferida; se é das que geram coisa julgada *material*, como a sentença definitiva, o efeito preclusivo projeta-se *ad extra*, fazendo sentir-se nos eventuais processos subsequentes. Dai qualificar-se de *pan-processual* a eficácia preclusiva da coisa julgada material ⁴.

4. A essa eficácia preclusiva pan-processual — e não aos limites objetivos da coisa julgada, como às vezes se supôs? — é que se referia o parágrafo único do art. 287 do Código de Processo Civil de 1939. Ao considerar "decididas todas as questões que constituem premissa necessária da conclusão", não visava o dispositivo a alargar o âmbito da *res iudicata*, fazendo indiscutíveis, em qualquer outro processo, as questões de cuja solução dependia, no plano lógico, o julgamento da lide. A imutabilidade que aí se queria assegurar era a da solução dada à própria questão principal, ou, em outras palavras, a da norma jurídica concreta formulada na sentença para disciplinar a situação litigiosa. Pretendia-se excluir que o resultado do processo, após o trânsito em julgado, viesse a ser objeto de contestações juridicamente relevantes, com base, quer em alegações já examinadas, quer em alguma que ainda não o tivesse sido ⁵. O expediente usado pela lei tem mera função *instrumental*: a preclusão das questões logicamente subordinantes não é um *fim* em si mesma, senão simples meio de preservar a imutabilidade do julgado ⁶.

6. MACHADO GUNIMARAS, ob. cit., págs. 15, 32, aproveitando terminologia que RENDATI propusera.

7. Remetemos o leitor, ainda uma vez, ao nosso ensaio supracitado, pag. 114, onde ainda empregávamos, a propósito do art. 287, parágrafo único, a expressão "julgamento implícito", aspeando-a embora, por já nos parecer, então, impropria. Cf. MACHADO GUNIMARAS, ob. cit., pag. 22.

8. No modelo do legislador pátrio — a 2.ª alínea do art. 290 do projeto italiano de 1926 — ficava expressa a pertinência da norma *também* às questões não apreciadas, conquanto suscetíveis de influir no teor do pronunciamento judicial: "Si considera decisa, anche se non sia risolta espressamente, ogni questione la cui risoluzione costituisce una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza". A supressão da cláusula *griffada*, no texto brasileiro, se bem que a rigor irrelevante, contribuiu para multiplicar os mal-entendidos em torno da regra.

9. Já o ressaltara José BASTOS BORTOLUZO DE MESSOURA, *A Autoridade da Coisa Julgada e a Imutabilidade do Acórdão da Sentença*, S. Paulo, 1963, págs. 59 e segs. Não nos parece feliz, contudo, a terminologia adotada; apesar de todos os esclarecimentos com que o autor trata de precisar-lhe o alcance, a expressão *imutabilidade da motivação* permanece essencialmente ambígua e incapaz de prevenir equívocos. Dizer que a motivação da sentença se torna imutável é menos expressivo — e, aliás, menos exato — que dizer, com MACHADO GUNIMARAS, que as questões relevantes para o julgamento da lide "são atingidas pelo efeito preclusivo da coisa julgada, se bem que não adquirem elas próprias e por se a *autoridade* de coisa julgada" (ob. cit., págs. 21/2). Mesmo porque não se afigura razoável repelar compreensões na "motivação da sentença" as questões efetivamente não examinadas pelo juiz.

3373/91
FAC. JUR. U.S.P.
BIBLIOTECA JURÍDICA

Que a intelecção do parágrafo se prestava a alimentar equívocos é coisa que não se põe em dúvida. O intérprete, porém, deveria abster-se de atribuir ao dispositivo sentido que não se harmonizava com o sistema do nosso direito processual civil, e em particular com o cristallino preceito do art. 4.º do diploma então vigente, diante do qual não havia que cogitar de *juulgamento* — nem, pois, de *coisa julgada* — fora dos limites fixados pelo pedido do autor.

Ao art. 287, parágrafo único, do Código de 1939 corresponde, no de 1973, o art. 474, segundo o qual, "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 à rejeição do pedido". No estatuto em vigor, o risco de interpretações deformantes fica extremamente atenuado à vista do art. 469, que de modo categórico exclui a ampliação da *actorias rei iudicatae* a quaisquer questões distintas da principal. Todavia, embora denote considerável progresso em confronto com o texto anterior, a técnica do novo Código, no particular, ainda se mantém presa à inútil ficção do "juulgamento implícito". Trata-se menos, com efeito, de "reputar deduzidas e repelidas" as "alegações e defesas" capazes de influir no resultado do processo, do que de *proibir* que tais "alegações e defesas", deduzidas ou não, se venham a usar como instrumentos de ataque àquele resultado.

5. Do exposto acima decorre que a eficácia preclusiva de coisa julgada material se sujeita, em sua área de manifestação, a uma limitação fundamental: ela só opera em processos nos quais se ache em jogo a *actorias rei iudicatae* adquirida por sentença anterior. Tal limitação resulta diretamente da função *instrumental* que se pôs em relevo: não teria sentido, na verdade, empregar o *meio* quando não se trate de assegurar a consecução do *fim* a que ele se ordena. Isso significa que a preclusão das questões logicamente subordinantes apenas prevalece em feitos onde a lide seja a mesma já decidida, ou tenha solução dependente da que se deu à lide já decidida¹⁰. Fora dessas raízes, ficam abertas à livre discussão e apreciação as mencionadas questões, independentemente da circunstância de havê-las de fato examinado, ou não, o primeiro juiz, ao assentar as premissas de sua conclusão.

Suponhamos, *v.g.*, que Caio peça e obtenha, por sentença trãnsita em julgado, a condenação de Tício ao pagamento de multa pela infração de certa cláusula do contrato entre ambos celebrado. Tendo pago a multa, volta Tício a juizo e, alegando a nulidade absoluta do contrato, pede a restituição da importância correspondente à pena convencional. 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-

10. Sobre a maneira como atua a preexistente coisa julgada em processo onde se pretenda ressuscitar, com caráter *prejudicial*, a questão já apreciada *principaliter*, v. J. C. BARROSA MOREIRA, *ob. cit.*, págs. 64 e segs.; mais recentemente, MACHADO GOMMERS, *ob. cit.*, págs. 16 (e, al. nota 29).

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

Suponhamos agora que Caio proponha nova ação contra Tício para exigir, desta vez, o cumprimento de outra obrigação estipulada no mesmo contrato. A lide não é a mesma, nem depende logicamente a sua solução da que se deu à anterior, relativa às consequências do descumprimento de obrigação *diversa*. Neste segundo feito, a nulidade do contrato, como razão de defesa, pode ser arguida por Tício e livremente apreciada pelo juiz, a quem até competiria examiná-la de ofício (Cód. Civil, art. 146, parágrafo único). Não há, com efeito, coisa julgada sobre a validade do negócio, estranha ao objeto do processo anterior, onde o autor só pedira, e a sentença só pronunciara, a condenação de Tício ao pagamento da multa contratual. Tampouco opera aqui, sobre a questão, a *eficácia preclusiva* da coisa julgada, pois, seja qual for a solução que se lhe dê, permanecerá incólume a *actorias rei iudicatae* da anterior decisão, que de modo nenhum se vê posta em xeque pela mera eventualidade de contraditório lógica entre os juulgados.

6. Dentro dos lindes assim demarcados, subpõem-se à eficácia preclusiva da *rei iudicatae* todas as questões cuja apreciação pudesse influir no teor do juulgamento proferido. As próprias hipóteses legais de rescindibilidade da sentença (Cód. Proc. Civil, art. 485) não configuram exceções à regra. É evidente que, se se acolhe o pedido de rescisão, pode sobrevir o reexame da matéria decidida; mas isso acontece precisamente porque, quando se passa ao *iudicium rescissorium*, já não existe o obstáculo da coisa julgada, removido no *iudicium rescindens*, e portanto já não há que cogitar de eficácia preclusiva: *sublata causa, tollitur effectus*. Dizet, pois, que a coisa julgada só impede a reapreciação das questões logicamente subordinantes enquanto não rescindida a sentença, no fundo, não é senão dizer que a coisa julgada só produz efeitos enquanto subsiste.

6.1. A eficácia preclusiva da coisa julgada material atinge:

a) as questões de fato. Exemplo: em ação proposta por X contra Y, para revogar doação por ingrato, com fundamento em que o donatário, não obstante pudesse ministrar-lhos, recusou ao doar os alimentos de que este necessitava (Cód. Civil, art. 1.183, IV), é obviamente capaz de influir no resultado do processo a alegação de que Y recebera vultosa herança: caso provada, tal alegação fornecerá um dos pressupostos da procedência do pedido, a saber, a possibilidade de Y alimentar X. Se, pe-

rem, se rejeitou o pedido, e a sentença transitou em julgado, a questão perde toda a relevância, quer haja X deduzido, quer não haja deduzido o fato. Nesta última hipótese, não aproveitará a X, em novo processo, eventualmente instaurado com o mesmo objeto, argumentar que no feito anterior não se levava em conta a herança deixada a Y e, se se houvesse levado em conta, seria outra a conclusão do Juiz: do ponto-de-vista prático, não há diferença entre essa situação e a que ocorreria caso X tivesse alegado, no primeiro processo, o recebimento da herança por Y, e o órgão judicial tivesse desprezado a alegação, v.g., por não a julgar provada 11.

Se, entretanto, após o trânsito em julgado da sentença que repeliu o pedido de revogação da doação, X propõe contra Y ação de alimentos, a pedido de revogação da herança pode ser suscitada e resolvida com total *quacristo facti* referente à herança e com isso adquirida a possibilidade de ali- verdade, receber a herança e com isso adquirida a possibilidade de alimentar X, sempre será dado invocar tal circunstância como um dos fundamentos da condenação de Y a prestar alimentos. É indiferente que, no feito anterior, se tenha ou não suscitado a questão, e, no caso de ter-se suscitado, que se tenha ou não considerado provado o recebimento da herança por Y. Em hipótese alguma há coisa julgada sobre a questão 12; seja qual for a maneira como ali se haja resolvido; nem há, no processo da ação de alimentos — onde a *litis é outra* —, eficácia preclusiva da coisa julgada, pois a preclusão das questões logicamente subordinantes serve apenas para assegurar, no caso, a imutabilidade da sentença que julgou impropriadamente o pedido de revogação da doação, e a imutabilidade

11. Quase desnecessário advertir que a situação será de todo em todo diferente se no segundo processo se vier a alegar outro fato que configure diversa causa *per se*; assim, por exemplo, se X pedir de novo a revogação da doação com base em ato contrário a sua vida, ou ofensa física, ou injúria grave, ou calúnia, por parte de Y (Cód. Civ. art. 1.113, I II e III). A *res iudicata* formada sobre a primeira sentença de improcedência não constitui óbice à apreciação de tal pedido, e portanto não há que cogitar de eficácia preclusiva em relação a quaisquer *quacristos facti* agora suscitados. Cf. no propósito a clara lição de Harschman, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Bielefeld, 1936, págs. 296/7; "Die allgemeine Preklusion erweist nur Fiktion, die zum Streitgegenstand eines kognitiv rechtsdinglich existierenden Prozesses gehören. Ist der processuale Ausgang der zweiten Klage ein anderer — sei es, weil eine andere Rechtsbehauptung aufgestellt wird, sei es, weil der Kläger sein Begehren auf einen anderen Lebenssachverhalt gründet — so ist für die Präklusion des nach vorgebrachten Prozessstoffes ebenso wenig Raum wie für die 'Einrede' der Rechtskraft". A interpretação dada ao atual art. 474 por SENRO SARTORI FAVELI, *Código de Processo Civil Comentado*, Rio de Janeiro, 1973, t. III, págs. 457/6, segundo a qual esse dispositivo obscura a cognição judicial em feito posterior anada quando diverso o caso de pedir, frontalmente colide com a exigência da triplíce identidade (de partes, de causa *per se* e de pedido), formulada com clareza no art. 301, §§ 1.º e 3.º, para que prevaleça a autoridade da coisa julgada — e, portanto, a sua eficácia preclusiva.

12. Conforme invariavelmente ensina LIBMAN, "Acertamento dei facti, sebbene serve a preparare la sanzione contenuta nella sentenza, non acquista in nessun caso autorità di cosa giudicata" ("Risoluzione convenzionale del processo", in *Niv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. IX, 1932, pág. 274). V. hoje, no direito brasileiro, a regra expressa do art. 469, II, do Código de Processo Civil de 1973.

dessa sentença não é posta em risco pelo julgamento — qualquer que seja o sentido em que se profira — do pedido de alimentos;

b) as questões de direito. Exemplo: o contribuinte X embarga execução fiscal, afirmando indevida a prestação tributária que se lhe cobra, corresponsável a determinado exercício financeiro. Rejeitados os embargos por sentença transitada em julgado, quer tenha, quer não tenha X arguido a inconstitucionalidade da lei que instituiu o tributo, não lhe será possível, voltando a juízo, pleitear frutiferamente a restituição da importância paga por ser inconstitucional a lei; semelhante questão, ainda que não examinada no feito anterior, ficou coberta pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

Se, porém, no exercício financeiro subsequente, torna o Fisco a cobrar-lhe o tributo, de incidência periódica, com fundamento na mesma lei, abre-se livremente, através dos embargos, a discussão judicial da *quacristo iuris*, nada importando que o juiz do primeiro processo se tenha absteído de enfrentá-la ou tenha repellido a arguição de inconstitucionalidade 13; a situação, num caso ou noutro, é sempre igual. Onde não se possa em jogo a *ancoritas rei iudicatae*, não há porque supor preclusas as questões logicamente subordinantes, deduzidas ou não, apreciadas ou não, em processo antecedente;

c) as questões solúveis mediante aplicação de direito a fato e referentes a relação jurídica ou status a cuja existência ou inexistência se subordina a relação jurídica sobre que versa o pedido (questões *prejudiciais* em sentido próprio). Exemplo: cobrando-se em juízo indenização pelo suposto descumprimento de serviço sobre o pedido de Y em favor do pedido de X, a sentença acolhe o pedido e transita em julgado. Quer se haja apreciado, quer não, a existência da servidão, Y já não poderá impugnar, noutro processo, o crédito de X pelo valor das perdas e danos, em vão argumentará que o resultado seria diferente se, no feito anterior, se tivesse examinado a prejudicial.

Todavia, se mais tarde X pleiteia nova indenização, por outro comportamento de Y, também supostamente lesivo ao seu direito, não fica Y impedido de defender-se alegando que a servidão na realidade não existia, nem o Juiz de examinar com total liberdade essa questão. Sobre ela, com efeito, não há *res iudicata* (pressuposta a hipótese de ter-se provado, no primeiro feito, a ação declaratória inexistencial prevista no art. 3.º do Cód.

13. E vice-versa: se no primeiro feito a lei foi considerada inconstitucional, e por isso acolhidos os embargos, não há óbice a que a questão seja de novo suscitada e livremente resolvida, ainda em sentido contrário, pelo Juiz do segundo processo, onde se cobra a prestação tributária correspondente a outro exercício; as duas lites são perfeitamente distintas, e a eventual contradição lógica entre as decisões de uma e de outra não tem a mínima relevância no ponto-de-vista em que aqui se travava o problema. V. sobre o tema, LIBMAN, "L'ambigüité de la chose jugée en matière de impôts", in *Essais sur le Procès Civil*, Paris, 1947, págs. 171 e segs.; ISAAC PEREIRA DA SILVA, *ob. cit.*, págs. 71 e segs., 123 e segs. Cf. o enunciado n.º 219 da *Sumula de Jurisprudência Precedente* do Supremo Tribunal Federal: "Pedido que declara inexistência a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores".

Proc. Civil de 1973), nem a alcança, no segundo processo, relativo a diferente lide, a eficácia preclusiva da coisa julgada.

6.2. Submetem-se indistintamente à eficácia preclusiva as questões suscetíveis de conhecimento *ex officio* pelo órgão judicial e as só apreciáveis mediante alegação de qualquer das partes. No primeiro caso está, v.g., a questão concernente à nulidade absoluta do ato jurídico (Cód. Civil, art. 146, parágrafo único); no segundo, por exemplo, as referentes a exceções em sentido material, que não se podem examinar senão quando suscitadas pelo réu.

Tão preclusas quanto as questões *efetivamente apreciadas* ficam, com o trânsito em julgado da sentença definitiva, em qualquer outro processo sobre a mesma lide ou sobre lide logicamente subordinada:

- a) as questões que, passíveis de conhecimento *ex officio*, de fato não hajam sido examinadas pelo juiz;
- b) as que, dependentes da iniciativa da parte, hajam sido suscitadas mas não apreciadas na motivação da sentença;
- c) as que, também dependentes da iniciativa da parte, não hajam sido suscitadas nem, por conseguinte, apreciadas.

Nas hipóteses de abstenção da parte, é irrelevante, para a produção do efeito preclusivo, que a omissão tenha sido voluntária ou involuntária, que a parte estivesse ou não, concretamente, em condições de suscitar a questão. Ainda que a parte, v.g., ignorasse o fato capaz de fundamentar a alegação, e só depois viesse a ter conhecimento dele, o efeito preclusivo nem por isso deixa de produzir-se com a mesma intensidade. No enunciado segundo o qual a coisa julgada "cobre o deduzido e o deduzível" não se deve entender esta última expressão como abrangente apenas daquilo que a parte, *in concreto*, à vista das circunstâncias em que se achava, tinha a possibilidade *atual* de alegar, mas de tudo que em tese, *potencialmente*, lhe teria sido lícito arguir¹⁴. O critério é objetivo, não subjetivo. Exemplo: X obtém a condenação de Y ao cumprimento de obrigação prevista em contrato bilateral; após o trânsito em julgado, descobre Y que tampouco X cumprira a sua obrigação, assumida no mesmo contrato: a circunstância de Y não ter oposto a *exceptio non adimpleti contractus* porque permanecera, durante o processo, na errônea suposição de que X já houvesse adimplido em nada atenua o efeito preclusivo que a *res iudicata* produz sobre a questão, de sorte que Y continua impedido

14. Cf. MACHADO GUMMARS, ob. cit., pág. 25: "Entre os fatos 'deduzíveis' atingidos pelo efeito preclusivo da coisa julgada, incluem-se os que não foram oportunamente deduzidos, por não terem chegado ao conhecimento da parte interessada ou por qualquer outro motivo de força maior". Na literatura europeia o ponto é tranqüilo; além dos autores citados por MACHADO GUMMARS, *ibid.*, nota 53, v. LIEBMAN, *Embargos do Executado*, trad. bras., 2.^a ed., S. Paulo, 1968, pág. 187, nota 100; HEINRICH, *I Limiti Oggettivi della Cosa Giudicata*, Pádua, 1937, pág. 231; NITSCH, *Zivilprozessrecht*, 2.^a ed., Tübingen, 1952, pág. 421; LERT-JAUVENIS, *Zivilprozessrecht*, 17.^a ed., Munique, 1974, pág. 196.

de alegar eficazmente o inadimplemento de X para contestar o resultado do feito, embora possa fazê-lo para qualquer outro fim.

7. Para que a *quaestio facti* fique coberta pela eficácia preclusiva não é necessário, pois, que o fato seja *conhecido* pela parte; é necessário, contudo, que já tivesse acontecido. A eficácia preclusiva não apanha os fatos *supervenientes*. Exemplo: X pede em juízo a declaração de crédito seu em favor de Y; a sentença acolhe o pedido e transita em julgado. Vencida a dívida, propõe X ação condenatória para cobrar de Y a importância. No segundo processo, permanece indiscutível que o crédito de X *existia*; portanto, fica preclusa a arguição de qualquer fato extintivo que Y queira fazer passar por *anteriormente* ocorrido. Não escapa, todavia, à livre discussão e apreciação judicial a possível extinção do crédito *nesse meio-tempo*, de maneira que Y, conquanto não possa defender-se alegando que na realidade já pagara *antes*, pode sem dúvida alegar, em defesa, que pagou *depois*.

Importa precisar o termo *final* do período abrangido pela eficácia preclusiva, ou, em outras palavras, o momento até o qual há de ter sucedido o fato para que fique preclusa a respectiva arguição. À primeira vista, poderia supor-se que fosse o do próprio trânsito em julgado da sentença. Cumpre, porém, considerar que não se estende até esse momento a oportunidade concedida à parte para suscitar questões. Basta pensar nas restrições severas fixadas pelo ordenamento processual, ao menos entre nós, à dedução de matéria nova no procedimento recursal. Se ocorridos os fatos em ocasião na qual já não teria o interessado, ainda *in abstracto*, como alegá-los, não se sujeitam eles à eficácia preclusiva¹⁵. O plano divérsio entre fatos preclusos e fatos não preclusos, quanto à época da respectiva ocorrência, corta o processo no último instante em que, *objetivamente*, era lícita a arguição¹⁶.

De acordo com o art. 517 do Código de Processo Civil de 1973, "as questões de fato, não propostas ao juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior"¹⁷. Quer isso dizer que o julgamento do mérito em primeira instância, por si só, apesar do prosseguimento do processo por interposição de recurso, já produz um efeito preclusivo sobre as *quaestiones facti*. Tal efeito é menos intenso do que o resultante da coisa julgada: deixa de fora as questões que não se poderiam ter deduzido *antes* "por motivo de força

15. *Aliiter*, quanto aos fatos já antes ocorridos, embora não conhecidos pela parte: conforme acima se explicou (n.º 7), o desconhecimento é irrelevante. Cf. LIEBMAN, ob. e *loc. cit.* em a nota 14.

16. Já nesse sentido, embora sem demorar no ponto, MACHADO GUMMARS, ob. cit., pág. 26. No direito alemão, o *Zeitpunkt* é o encerramento do último debate oral sobre os fatos: v., por todos, ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 11.^a ed., Munique, 1974, pág. 839.

17. Sobre a função e âmbito de incidência desse dispositivo — ao qual corresponde, no sistema anterior, o art. 824, § 1.º, do Código de 1939 —, v. J. C. BARROSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro — S. Paulo, 1.^a ed., 1974, págs. 353/5.

maior". Com o trânsito em julgado, alarga-se a órbita da preclusão para abranger também essas questões: *dai em diante* ficam elas preclusas, de modo que em *tese* pudessem ter sido suscitadas até o último momento em que ao interessado se permitia objetivamente fazê-lo, cessando a relevância do motivo de força maior que, *na hipótese*, haja porventura impedido a parte de formular a alegação.

Resumindo, pois: se o fato já existia no último momento em que era possível arguí-lo no procedimento de primeiro grau, a questão fica preclusa desde logo, *exceto* se algum motivo de força maior obsteu à arguição; se o fato já existia no último momento em que era possível arguí-lo no processo, *outr court*, a questão fica preclusa com formação da *res iudicata*, mesmo que algum motivo de força maior obstasse à arguição. Quer dizer: a ocorrência da força maior só é relevante para afastar a eficácia preclusiva do julgamento de primeiro grau; não é relevante para afastar a eficácia preclusiva da coisa julgada.

8. Para encerrar estas considerações, vale a pena fixar com nitidez a distinção entre o efeito preclusivo da coisa julgada e o efeito preclusivo que se manifesta na execução de sentença, no tocante à alegação de fatos que poderiam ter sido deduzidos no processo de conhecimento.

Consoante o art. 741 e seu inc. VI do vigente Código de Processo Civil, "qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença" executanda, permitem ao executado impugnar a execução, através de embargos; e basta que sejam alegados como fundamento destes para que o curso do processo executório fique suspenso até o respectivo julgamento. Do teor literal do dispositivo a rigor só se tiraria, *a contrario sensu*, que a alegação, nos embargos, de qualquer dos fatos referidos *não suspenderia a execução* quando o fato alegado fosse anterior. A doutrina unânime, porém, desde o regime precedente¹⁹, sempre adotou posição mais radical, excluindo a idoneidade mesma daqueles fatos para servirem de fundamento aos embargos, ainda que sem suspensão do processo executivo, a não ser quando supervenientes.

Quer isso dizer que não é lícito ao devedor opor-se à execução com base em supostos fatos extintivos ou modificativos do crédito do executente, salvo no caso de superveniência. A arguição dos que já antes existiam fica

18. *Reiter*: à última oportunidade que o executado tivera para alegar tais fatos no processo de conhecimento (cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1961, t. XIV, pág. 100, a propósito do art. 1.010, II, do estatuto abrogado, que correspondia ao atual art. 741, VI).

19. LERMAN, *Processo de Execução*, 2.ª ed., S. Paulo, 1963, pág. 148; AMÍCAR DE CASTRO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., 1963, vol. X, t. II, pág. 427-8; JOSÉ FERREIRO MACQUEIS, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1.ª ed., Rio de Janeiro, 1960, vol. V, págs. 375/6; AMARAL SANTOS, *Direito Processual Civil*, 2.ª ed., S. Paulo, 1967, vol. III, pág. 358; MACHADO GUIMARÃES, ob. cit., pág. 24.

preclusa no processo de execução, pouco importando se foram ou não arguidos no de conhecimento, e também, quanto aos que não o foram, o motivo da omissão. Trata-se de efeito preclusivo típico; as questões relativas a esses fatos, se oportunamente suscitadas, eram capazes de influir no teor do julgamento; uma vez acolhidas, obstariam à condenação, e portanto à execução. Agora, contudo, tornaram-se irrelevantes, de sorte que não aproveita ao executado suscitá-las, nem lhe confere a lei meio algum de eficazmente fazê-lo.

Semelhante impedimento ocorre assim na execução definitiva como na provisória, isto é, quer haja transitado em julgado, quer esteja ainda sujeita a recurso sem efeito suspensivo a sentença executanda. A preclusão opera indiferentemente num caso e noutra, com igual intensidade. Parece lógico atribuir o efeito preclusivo, em ambos, à mesma causa; mas tal não pode ser a *res iudicata*, inexistente na hipótese de execução provisória²⁰.

O que há de comum aos dois casos é a circunstância de haver-se feito executível a sentença. Quando se trata de execução definitiva, existe sem dúvida coincidência temporal entre a formação da coisa julgada e a produção do efeito executório: a sentença passa a ser executível no mesmo instante em que transita em julgado; do ponto-de-vista conceptual, porém, são inconfundíveis os fenômenos²¹. Em se tratando de execução provisória, nem sequer a coincidência temporal ocorre. O efeito preclusivo não deflui pois, aqui, da *res iudicata*, mas da própria sentença tornada executível, transitada ou não em julgado; em outras palavras: da sentença como título executório.

20. Os escritores costumavam vincular a preclusão aqui sob exame à temporidade da coisa julgada: assim, v.g., AMÍCAR DE CASTRO, ob e loc. cit.; mas explicitamente LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1959, vol. IV, pág. 276; MACHADO GUIMARÃES, ob. cit., pág. 24. Se, porém, a *res iudicata* pode faltar sem que deixe de manifestar-se o efeito preclusivo, não é razoável errar-lhe a causa desse efeito. LERMAN, *Emb. do Exec.*, cit., págs. 185 e 187/9, prefere distinguir: na execução da sentença transitada em julgado (execução definitiva, segundo a terminologia da lei brasileira), o obstáculo resultaria da *inexistência* *res iudicata*; na de sentença ainda não passada em julgado (execução provisória, entre nós), consistiria outra manifestação do princípio *ne bis in idem*, com o qual o autor relaciona o instituto da preclusão, em geral. Pode-se objetar, entretanto: 1.º) que não parece haver razão bastante para imaginar uma dualidade de causas distintas, quando o efeito é sempre o mesmo, independentemente da existência ou inexistência da coisa julgada; 2.º) que, no caso de sentença ainda não revestida da *autoritas rei iudicatae*, a simples referência ao princípio *ne bis in idem* e à preclusão é insuficiente para dar cabal explicação do fenômeno, pois o que mais importa é identificar o fato ou situação processual de cuja ocorrência dependem a incidência do princípio e a atuação do efeito preclusivo.

21. Cf. a propósito, J. C. BARBOSA MOREIRA, "Ainda e sempre a coisa julgada", in *Direito Processual Civil (Ensaios e pareceres)*, Rio de Janeiro, 1971, págs. 138, 140/1, "Coisa julgada e declaração", in *Revista de Direito do Ministério Público*, 13/67, e *Rev. dos Tribs.*, 429/26 (e, agora, neste volume, págs. 81 e seq.).