

THIAGO FERREIRA SIQUEIRA

**Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada:
análise dos requisitos para a formação de coisa julgada sobre a
questão prejudicial incidental no Código de Processo Civil de
2015**

Tese de doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. Antonio Carlos Marcato

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

THIAGO FERREIRA SIQUEIRA

**Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada:
análise dos requisitos para a formação de coisa julgada sobre a
questão prejudicial incidental no Código de Processo Civil de
2015**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Prof. Associado Antonio Carlos Marcato.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Siqueira, Thiago Ferreira

Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada: análise dos requisitos para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental no Código de Processo Civil de 2015 / Thiago Ferreira Siqueira; orientador Antonio Carlos Marcato -- São Paulo, 2018.

556 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Processo civil. 2. Objeto do processo. 3. Coisa julgada. I. Marcato, Antonio Carlos, orient. II. Título.

Nome: SIQUEIRA, Thiago Ferreira.

Título: Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada: análise dos requisitos para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental no Código de Processo Civil de 2015.

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual, sob a orientação do Prof. Associado Antonio Carlos Marcato.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

A Bruna, pela cumplicidade.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, ao professor Antonio Carlos Marcato, pela maneira atenciosa e generosa com a qual me recebeu para o curso de pós-graduação, e por toda a dedicação na orientação do presente trabalho. Agradeço, ainda, pela amizade, pelas oportunidades e pelo proveitoso e prazeroso convívio durante minha estada na cidade de São Paulo.

Aos professores Kazuo Watanabe e Ricardo de Barros Leonel, pelas valiosas observações feitas por ocasião do exame de qualificação, e aos professores que aceitaram o convite para compor a banca de defesa da tese, pela disposição em ler e debater o presente trabalho.

Aos demais professores com os quais tive a honra de ter contato nas disciplinas e grupos de estudo de que participei ao longo do curso, com os quais tanto pude aprender: Cândido Rangel Dinamarco, Fabio Guidi Tabosa Pessoa, Flávio Luiz Yarshell, Heitor Vitor Mendonça Sica, José Roberto dos Santos Bedaque, Orestes Nestor de Souza Laspro e Paulo Henrique dos Santos Lucon.

Aos colegas com quem pude dialogar durante o curso, em especial aos amigos Lucas Buriel de Macêdo e Rodrigo Ramina de Lucca, exemplos de pesquisados e de processualistas, pelos inesquecíveis debates durante as aulas.

Ao professor Arruda Alvim, pela generosidade e pelo convívio agradável e proveitoso. A ele e à professora Thereza Alvim, pela calorosa recepção na cidade de São Paulo.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, nas pessoas dos Desembargadores Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça e Telêmaco Antunes de Abreu Filho, por ter permitido que me ausentasse pelo período necessário a cumprir os créditos do curso.

A todos os amigos que, das mais diversas formas, ajudaram na elaboração deste trabalho, seja pelo auxílio no acesso à bibliografia, na discussão de diversas das ideias aqui expostas, na leitura de trechos da tese, ou, finalmente, dando forças para que eu conseguisse concluir o trabalho: Elie Eid, Frederico Bastos, Gabriel Pimentel, João Lessa, Leonard Schmitz, Lia Batista Cintra, Marcelo Pacheco, Marcos Pinto, Martina Varejão, Pedro Henrique Menezes, Ricardo Carneiro, Rodrigo Figueira e Sarah Merçon-Vargas.

Em especial (e novamente), a três queridos amigos, brilhantes processualistas que na reta final do presente trabalho prestaram um auxílio inestimável: Leonard, Lia e Marcos. Sem vocês eu não teria conseguido!

Aos amigos Rainer Sarkis e Mônica Gonçalves, pelo auxílio na tradução do resumo e das palavras-chave.

A meus professores de processo civil da Universidade Federal do Espírito Santo, Cleanto Guimarães Siqueira, Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues, pelo apoio fundamental em todos os momentos de minha trajetória acadêmica, pelas inúmeras oportunidades e pela amizade.

Aos queridos amigos que ajudaram a tornar muito mais especial o período em que estive em São Paulo: Leonard, João, Gabriel, Nathalia, Rafael, Leandro, Graziela, Elie, Lia, Marco e Jana, Gustavo e Amanda, João e Paulyne.

A meus pais Edson e Karla, e a meu irmão Felipe, pelo apoio incondicional de sempre, imprescindível para que eu pudesse ter chegado até este momento.

Finalmente, a Bruna, por todo o amor, carinho, conforto e, especialmente, pela compreensão pelos muitos momentos em que precisei me ausentar para o desenvolvimento deste trabalho. Muito obrigado por tratar meus projetos pessoais como se também fossem seus. Espero que, ao longo de nossa vida juntos, eu consiga retribuir todo o apoio prestado nestes três anos.

“Na busca por segurança – eis o paradoxo -, o homem terminou por sentir-se mais inseguro”.

(Humberto Ávila. *Teoria da segurança jurídica*, p. 54)

“The administrative goal of any res judicata doctrine is to provide clear rules, predictable in their application and foreseeable in their consequences, which will eliminate unnecessary litigation and do so in a fair manner. Regardless of whether the chosen preclusion standard is a substantively broad or narrow one, both the claim and the issue preclusion rules should be easy to understand and to administer”.

(Walter Heiser. “California’s confusing collateral estoppel (issue preclusion) doctrine”, p. 514)

RESUMO

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Objeto do processo, questões prejudiciais e coisa julgada: análise dos requisitos para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental no Código de Processo Civil de 2015*. 2018, 556 páginas, Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Esta tese trata dos requisitos necessários à formação de coisa julgada sobre as questões prejudiciais incidentais a partir da relação entre objeto do processo, prejudicialidade e coisa julgada. Até o advento do Código de Processo Civil de 2015, o direito processual civil brasileiro estabelecia uma estrita vinculação entre o objeto do processo, o objeto da decisão, e os limites objetivos da coisa julgada, o que garantia que, em geral, apenas sobre as pretensões deduzidas pelas partes haveria a formação de coisa julgada. Tinha grande relevância, nesse esquema, o princípio da demanda, que outorgava às partes o controle dos limites da tutela jurisdicional a ser prestada em um determinado processo, e do alcance da coisa julgada a ser nele formada. A partir do momento, porém, em que o legislador brasileiro optou por estender a coisa julgada para a análise de questões prejudiciais que não integram o objeto do processo, retira-se, das partes, o monopólio na determinação do alcance da coisa julgada que decorrerá do processo, e dos efeitos substanciais que serão por ele produzidos. Diante disso, se torna necessário estabelecer pressupostos mais rígidos para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental, a fim de evitar que disso decorram prejuízos para as garantias constitucionais do processo e para a eficiência na prestação da tutela jurisdicional. O trabalho, assim, busca realizar uma interpretação dos requisitos previstos pelo art. 503, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil de 2015 que atenda a esses objetivos. Para isso, foi necessário percorrer os seguintes passos: (i) definição do que se deve entender por objeto do processo no direito processual civil brasileiro, com a identificação dos elementos que o integram; (ii) análise do fenômeno da prejudicialidade, e definição das características da questão prejudicial idônea à coisa julgada; (iii) identificação das distintas formas pelas quais a decisão de mérito trata do objeto do processo e das questões prejudiciais incidentais; (iv) estudo da forma como alguns dos principais sistemas processuais estrangeiros tratam dos limites objetivos da

coisa julgada; e (v) interpretação dos requisitos para a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental.

Palavras-chave: processo civil; objeto do processo; princípio da demanda; questões prejudiciais; objeto do julgamento; tutela jurisdicional; coisa julgada.

RIASSUNTO

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Oggetto del processo, questioni pregiudiziali e giudicato: analisi dei requisiti per la formazione del giudicato sulla questione pregiudiziale incidentale nel Codice di Procedura Civile del 2015*. 2018, 556 pagine, Dottorato – Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2018.

La presente tesi verte sui requisiti necessari per la formazione del giudicato sulle questioni pregiudiziali incidentali in base alla relazione tra oggetto del processo, pregiudizialità e giudicato. Fino l'avvento del Codice di Procedura Civile del 2015, il diritto processuale brasiliano stabiliva una stretta vincolazione tra l'oggetto del processo, l'oggetto della decisione e i limiti oggettivi del giudicato, assicurando che in genere solo sulle pretese dedotte dalle parti ci fosse la formazione del giudicato. In questo schema, il principio della domanda assumeva grande rilevanza, il quale conferiva alle parti il controllo dei limiti della tutela giurisdizionale ad essere concessa in un determinato processo e della portata del giudicato da formarsi. Tuttavia, dal momento in cui il legislatore brasiliano decide di estendere il giudicato per l'analisi delle questioni pregiudiziali che non si inseriscono nell'oggetto del processo, si ritira dalle parti il monopolio nella determinazione della portata del giudicato che trascorrerà del processo e degli effetti sostanziali che ne saranno prodotti. È dunque necessario stabilire presupposti più rigidi per la formazione del giudicato sulla questione pregiudiziale incidentale, affinché si eviti che ne risultino danni alle garanzie costituzionali del processo e all'efficienza nella prestazione della tutela giurisdizionale. Il lavoro propone un'interpretazione dei requisiti previsti dall'art. 503, §§ 1° e 2° del Codice di Procedura Civile del 2015 che risponda a questi obiettivi. È stato quindi necessario percorrere i seguenti passi: (i) definizione di ciò che deve essere inteso come oggetto del processo nel diritto processuale civile brasiliano, con l'identificazione degli elementi che lo compongono; (ii) analisi del fenomeno della pregiudizialità e definizione delle caratteristiche della questione pregiudiziale idonea al giudicato; (iii) individuazione delle diverse forme per le quali la decisione del merito tratta l'oggetto del processo e le questioni pregiudiziali incidentali; (iv) ricerca sulla forma come alcuni dei principali sistemi processuali stranieri trattano i limiti oggettivi del giudicato; e (v) interpretazione dei requisiti per la formazione del giudicato sulla questione pregiudiziale incidentale.

Parole chiave: processo civile; oggetto del processo; principio della domanda; questioni pregiudiziali; oggetto del giudizio; tutela giurisdizionale; giudicato.

ABSTRACT

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Object of the lawsuit, incidental issues, and res judicata: a review of the requirements for the formation of the res judicata on the incidental issue in the 2015 Code of Civil Procedure*. 2018, 556 pages, Doctorate - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

This thesis deals with the necessary requirements for the formation of the *res judicata* on the incidental issues from the relation between the object of the lawsuit, priority and *res judicata*. Until the advent of the 2015 Code of Civil Procedure, the Brazilian civil procedure law established a strict link between the object of the lawsuit, the object of the decision, and the objective limits of *res judicata*, which in general guaranteed that there would be the formation of *res judicata* only on the claims deduced by the parties. The principle of demand had a great relevance in this scheme, which granted the parties the control of the limits of judicial protection to be provided in a particular lawsuit, and the scope of the *res judicata* to be formed. However, from the moment in which the Brazilian legislators opted to extend the *res judicata* for the analysis of incidental issues that are not part of the object of the lawsuit, the monopoly in the determination of the reach of *res judicata* which will take place in the lawsuit, and the substantial effects produced by it, are withdrawn from the parties. In light of this, it becomes necessary to establish requirements that are more stringent for the formation of *res judicata* on the incidental issue, in order to prevent this resulting in damage to the constitutional guarantees of the process and to the efficiency in the provision of judicial protection. The work, therefore, seeks to accomplish an interpretation of the requirements provided by art. 503, §§ 1 and 2 of the 2015 Code of Civil Procedure that meets these objectives. Thus, it was necessary to go through the following steps: (i) definition of what should be understood as the object of the lawsuit in the Brazilian civil procedural law, with the identification of the elements that integrate it; (ii) analysis of the phenomenon of priority, and the definition of the characteristics of the incidental issue suitable to the *res judicata*; (iii) identification of the different ways in which the decision of the merit deals with the object of the lawsuit and with the incidental issues; (iv) study of how some of the main foreign procedural systems deal with the objective limits of *res judicata*; and (v) interpretation of the requirements for the formation of the *res judicata* on the incidental issue.

Keywords: civil procedure; object of the lawsuit; principle of demand; incidental issues; object of the judgment; judicial protection; *res judicata*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	25
Objeto da tese e temas a serem explorados.....	25
Plano de trabalho	29
PARTE I – AS QUESTÕES PREJUDICIAIS E O OBJETO DO PROCESSO	31
§ 1º - OBJETO DO PROCESSO	31
1.1. Objetivo e limites do capítulo	31
1.2. Uma primeira aproximação entre o objeto do processo e a coisa julgada.....	33
1.3. Esclarecimento terminológico: mérito da causa, objeto do processo e objeto litigioso do processo; objeto do conhecimento do juiz	40
1.4. Objeto do processo: a pretensão processual	42
1.5. (Segue) A perspectiva da tutela jurisdicional	45
1.6. (Segue) A situação jurídica substancial	50
1.7. Objeto do processo e princípio da demanda	59
1.8. (Segue) A formação do objeto do processo e a opção pela cumulação de demandas	67
1.9. (Segue) A estrutura mínima do objeto do processo	78
1.10. (Segue) Princípio da demanda, objeto do processo e objeto da decisão: a regra da correlação	90
1.11. (Segue) Exceções à regra da correlação (“pedidos implícitos”) e objeto da decisão	93
1.12. Objeto do processo e elementos da demanda	102
1.13. Pedido e objeto do processo.....	106
1.14. Causa de pedir e objeto do processo	116
1.15. (Segue) A causa de pedir entre as teorias da substanciação e da individualização	118
1.16. (Segue) Demandas autodeterminadas e demandas heterodeterminadas: relatividade das teorias?.....	121
1.17. (Segue) A adoção da teoria da substanciação no direito brasileiro	129

1.18. (Segue) Causa de pedir remota	134
1.19. (Segue) Causa de pedir próxima e o “iura novit curia”	139
1.20. (Segue) O problema da determinação do fato essencial	147
1.21. Direito de defesa e objeto do processo.....	155
1.22. (Segue) A irrelevância da defesa do réu para o objeto do processo	156
1.23. (Segue) Especificamente: as exceções substanciais (“contradireitos”)	160
1.24. (Segue) Ações dúplices, objeto do processo e objeto da decisão	163
§ 2º - PREJUDICIALIDADE.....	173
2.1. Objetivo e limites do capítulo	173
2.2. Questões preliminares e questões prejudiciais	175
2.3. Prejudicialidade: da influência potencial à influência concreta.....	181
2.4. Da prejudicialidade lógica à prejudicialidade jurídica: a busca da doutrina por critérios.....	190
2.5. (Segue) O critério da “subsunção” (“igual natureza dos juízos”).....	191
2.6. (Segue) O critério da “autonomia”.....	193
2.7. (Segue) Critério adotado: a “vinculação jurídica”	195
2.8. Ponto prejudicial, questão prejudicial e causa prejudicial	199
2.9. A caracterização da questão prejudicial prevista no § 1º do art. 503 do CPC/15 ...	201
2.10. (Segue) A restrição da coisa julgada à análise de elementos que possam ser objeto de ação autônoma.....	205
2.11. (Segue) Especificamente: impossibilidade da formação de coisa julgada sobre a análise de questões de fato	207
2.12. (Segue) Especificamente: a falsidade de documento analisada em caráter incidental	215
2.13. (Segue) Especificamente: impossibilidade da formação de coisa julgada sobre a análise de questões de direito.....	220
2.14. (Segue) Especificamente: as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios	224
2.15. A prejudicialidade e as relações de direito material	233
2.16. (Segue) Prejudicialidade-dependência substancial	238
2.17. (Segue) Prejudicialidade negativa.....	248

2.18. (Segue) Prejudicialidade lógica (relação jurídica complexa/fundamental)	252
2.19. (Segue) Especificamente: contrato sinalagmático	263
2.20. (Segue) Especificamente: ação reivindicatória	266
2.21. (Segue) Prejudicialidade por incompatibilidade	276

§ 3º - OBJETO DO PROCESSO, QUESTÕES PREJUDICIAIS E O JULGAMENTO DA CAUSA

3.1. Objetivo e limites do capítulo	287
3.2. Dois distintos modos de tratamento no julgamento da causa: cognição “incidenter tantum” e decisão “principaliter”	289
3.3. Objeto do processo e julgamento da causa: consequências do descumprimento da regra da correlação e formas de controle	294
3.4. As questões prejudiciais e o julgamento da causa: a fundamentação das decisões judiciais	301
3.5. (Segue) A ordem de enfrentamento das questões relevantes para o julgamento do mérito e o “principio della ragione più liquida”	307
3.6. (Segue) Especificamente: a irrelevância da vontade das partes na ordem de enfrentamento de questões incidentais. Exceções à regra	319
3.7. (Segue) Especificamente: a irrelevância da possibilidade de formação de coisa julgada sobre a situação jurídica prejudicial incidental para a ordem de enfrentamento das questões	328
3.8. (Segue) A omissão na análise da questão prejudicial na decisão: consequências e formas de controle	332
3.9. (Segue) Questões prejudiciais, coisa julgada e interesse recursal	336
3.10. Ação declaratória, questões prejudiciais e interesse de agir	346
3.11. (Segue) Permanência da ação declaratória incidental?	348
3.12. (Segue) Questões prejudiciais, litispendência e prejudicialidade externa	351
3.13. Retomada: questões prejudiciais incidentais e objeto do processo	359
3.14. Questão prejudicial incidental e tutela jurisdicional (“eficácia e autoridade da questão prejudicial”)	363
3.15. (Segue) Preliminarmente: conceito de coisa julgada material adotado	364
3.16. (Segue) A atribuição de efeitos substanciais à análise incidental da situação jurídica prejudicial	375

3.17. (Segue) Questão prejudicial e tutela declaratória.....	383
3.18. (Segue) Questão prejudicial e tutela constitutiva.....	389
3.19. (Segue) Questão prejudicial e tutela condenatória.....	404
3.20. Conclusões referentes à primeira parte e transição para a segunda parte	407
PARTE II – QUESTÕES PREJUDICIAIS E COISA JULGADA	411
§ 4º - OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO DIREITO COMPARADO.....	411
4.1. Objetivos e limites do capítulo.....	411
4.2. Direito alemão.....	413
4.3. Direito francês.....	415
4.4. Direito italiano	420
4.5. Direito português.....	426
4.6. Direito espanhol	431
4.7. Direito inglês.....	437
4.8. Direito norte-americano	443
§ 5º - OS REQUISITOS PARA A FORMAÇÃO DE COISA JULGADA SOBRE A QUESTÃO PREJUDICIAL INCIDENTAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	463
5.1. Objetivo e limites do capítulo	463
5.2. Preliminarmente: os limites objetivos da coisa julgada do Código de Processo Civil de 1939 ao Código de Processo Civil de 2015.....	464
5.3. (Segue) Código de 1939: controvérsia doutrinária e incerteza jurisprudencial	464
5.4. (Segue) Código de 1973: restrição da coisa julgada ao dispositivo da decisão	466
5.5. (Segue) Código de 2015: extensão da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais	470
5.6. (Segue) Especificamente: perda de clareza e de previsibilidade no CPC/15.....	478
5.7. Diretrizes para a análise dos requisitos para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental.....	482
5.8. Decisão expressa	483
5.9. Essencialidade da questão para o julgamento do mérito.....	485

5.10. (Segue) A essencialidade para o julgamento do mérito e as questões prejudiciais decididas de modo desfavorável à parte vencedora.....	492
5.11. Contraditório prévio e efetivo.....	493
5.12. (Segue) O contraditório efetivo e a essencialidade da questão como requisitos cumulativos.....	502
5.13. Observância das regras de competência absoluta.....	505
5.14. Ausência de restrições cognitivas ou probatórias.....	507
5.15. Competência para análise dos requisitos necessários à formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental.....	515
CONCLUSÕES.....	517
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	521

INTRODUÇÃO

Objeto da tese e temas a serem explorados

O presente trabalho trata das relações entre objeto do processo, prejudicialidade e coisa julgada, para, a partir disso, analisar os requisitos necessários à formação daquela autoridade sobre a questão prejudicial incidental na forma do art. 503, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15).

Era extremamente restritivo o regime jurídico adotado pelo Código de 1973 (CPC/73) para os limites objetivos da coisa julgada: apenas a parte dispositiva da decisão de mérito teria a aptidão de se tornar imutável e indiscutível. Por outro lado, tudo aquilo que constasse da motivação da decisão poderia ser reapreciado futuramente, em processos que tratassem de demanda distinta (arts. 468 e 469)¹.

Ficava clara, naquele sistema, a estreita ligação estabelecida entre o objeto do processo e a coisa julgada: aos litigantes caberia fixar, por meio de suas demandas, as pretensões que formariam o objeto do processo; esse, por sua vez, determinava a matéria que haveria de ser objeto do julgamento realizado na parte dispositiva da decisão de mérito; finalmente, era tão somente sobre o dispositivo que recairia a autoridade de coisa julgada material.

Tratava-se, além disso, de um sistema que dava grande relevância à vontade das partes na fixação do conteúdo decisório que haveria de se tornar vinculante por força da coisa julgada material. Prova eloquente disso era o que ocorria com as relações jurídicas prejudiciais ao julgamento do mérito que fossem controvertidas ao longo do processo: caso desejassem, as partes poderiam fazer uso da ação declaratória incidental (arts. 5º, 325 e 470) a fim de que a situação prejudicial fosse resolvida em caráter principal e, nesse caso, haveria coisa julgada material; por outro lado, não deduzido esse pedido, a questão não estaria sujeita àquela autoridade, ainda quando expressamente enfrentada (art. 469, III).

¹ Em conhecida classificação, João de Castro Mendes divide os sistemas processuais quanto aos limites objetivos da coisa julgada em *restritivos*, *amplexivos* e *intermédios* (*Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968. p. 121-152). Nesses termos, o sistema do CPC/73 seria, inegavelmente, *restritivo*, que é aquele em que “só a decisão tem foros de indiscutibilidade, sendo tudo o mais discutível” (p. 121).

Por tal razão, essa opção era alvo de críticas de parte da doutrina², que buscava demonstrar a incoerência em submeter apenas à vontade das partes o alcance da coisa julgada, em detrimento das relevantes razões de interesse público que subjazem ao instituto³, como a pacificação social, a harmonia de julgamentos, a segurança jurídica etc. Ressaltava-se, ainda, que o Código de 1973 se colocaria na contramão da tendência verificada em diversos ordenamentos estrangeiros, que adotam formas de vinculação extraprocessual das premissas das decisões judiciais.

Desse modo, parecem claros, à primeira vista, os benefícios que a extensão da coisa julgada para as questões prejudiciais incidentais, na forma prevista pelo art. 503, § 1º do CPC/15, pode trazer para o sistema processual: ao retirar das partes o monopólio na delimitação do alcance objetivo daquela autoridade, torna-se possível aproveitar a atividade cognitiva que o julgador realiza sobre elementos que fogem aos limites da demanda, tornando a sua análise vinculante para processos futuros.

O fato é que, conquanto estabeleça limites mais estreitos para a imutabilidade a ser formada, uma rígida relação entre o objeto do processo e a coisa julgada, nos moldes do que existia no CPC/73, tem a vantagem de permitir que se conheça, desde o início do processo e durante todo o seu desenrolar, quais são os elementos que deverão ser analisados em caráter principal na decisão de mérito e, assim, poderão se tornar vinculantes para processos futuros. Desse modo, apesar de tal sistemática não ser capaz de extrair da atividade cognitiva realizada no processo todos os resultados que poderiam ser alcançados, tem a vantagem de permitir que se saiba com maior facilidade, mediante uma análise dos pedidos formulados, o que será objeto da coisa julgada.

Essa previsibilidade, por outro lado, reduz-se no momento em que é rompida a vinculação entre a coisa julgada e o objeto do processo, ou seja, em que aquela autoridade passa a atingir não apenas elementos indicados pelas partes em suas demandas, mas questões que surgem gradualmente no curso do procedimento por meio da atividade dialética dos sujeitos processuais.

² Para ficar em apenas duas relevantes teses de doutorado defendidas já ao final da vigência do CPC/73, são as críticas que se vê, embora com base em premissas bem diversas, em: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013. 38-39; 89-90; 150-154; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012. n. 10.1, p. 66-81.

³ Sobre a coisa julgada (*imunização*) como projeção do poder do Estado, e a sua importância na obtenção da *pacificação social (escopo magno do processo)*: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. n. 13, p. 112-116, e n. 23, esp. p. 197.

Com efeito, é de certo modo impossível às partes prognosticar, no início do processo, todas as questões que ao longo dele surgirão e, dentre essas, quais terão maior ou menor relevância para o julgamento do mérito. Afinal, conforme vaticina autorizada doutrina, “o enredo da controvérsia se desvenda apenas no processo através da dialética das partes”⁴.

Além dessa incerteza referente às questões que surgirão da atuação em contraditório dos sujeitos do processo, há ainda outro fator que contribui para referida imprevisibilidade: diferentemente do que ocorre com as pretensões que integram o objeto do processo, não é possível saber, com total certeza, se determinada questão prejudicial incidental suscitada em juízo precisará efetivamente ser enfrentada na decisão de mérito.

Isso porque, de um lado, a relação entre *objeto do processo* e *objeto da decisão* é governada pela *regra da correlação* (CPC/15, arts. 140, 141, 490 e 492), que faz com que o juiz esteja obrigado, em sua decisão, a analisar as pretensões deduzidas em juízo.

De outro lado, a relação das *questões prejudiciais incidentais* com o *julgamento do mérito* é mediada pela *garantia da fundamentação das decisões judiciais* (CF/88, art. 93, IX; CPC/15, art. 489, II e § 1º), de modo que aquelas apenas serão analisadas na medida do necessário para justificar os resultados a que se tenha chegado.

É fácil imaginar alguns dos problemas que essa incerteza pode acarretar: em primeiro lugar, há o risco de que as partes se vejam futuramente vinculadas à resolução de uma questão que não tenha sido adequadamente debatida em juízo, seja porque elas tenham entendido que não se tratava de elemento relevante para o julgamento da causa, seja porque o próprio direito litigioso não valeria tais esforços. E disso, então, decorreria certa vulneração da garantia constitucional do contraditório (CF/88, art. 5º, LV), ante a ausência de participação adequada na formação da decisão.

Por outro lado, não é difícil cogitar que, justamente em virtude da possibilidade de que ocorra essa vinculação, as partes sejam instintivamente levadas a debater e a dedicar esforços a certas questões que não seriam essenciais ao julgamento da causa. Desse recrudescimento da litigiosidade em relação a elementos colaterais à solução da

⁴ CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale ed il suo contenuto”. In: *Commentario del Codice di Procedura Civile*, vol. 2, t. I. Diretto da Enrico Allorio. Torino: Utet, 1980. p. 135 – *tradução livre*. E prossegue o autor: “O processo não recebe, assim, uma controvérsia inteiramente pré-determinada, mas tem a função de delineá-la progressivamente, por meio das sucessivas contribuições das partes contrapostas e através da ativa participação do órgão julgante” (p. 136 – *tradução livre*).

controvérsia decorreria, por sua vez, o aumento do tempo de duração do processo e a elevação dos custos necessários para se chegar à decisão, com prejuízos à economia processual e à garantia da duração razoável do processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII).

É interessante notar que esses riscos vêm sendo ressaltados pela doutrina que se dedica a estudar a formação de coisa julgada sobre as premissas da decisão no sistema norte-americano (*collateral estoppel* ou *issue preclusion*), que demonstra justamente que a ampliação da indiscutibilidade para além do julgamento propriamente dito não traz, necessariamente, maior segurança e eficiência ao sistema⁵.

Poder-se-ia argumentar, é claro, que esse maior dispêndio de tempo e custos num determinado processo seria compensado pelos mais amplos resultados que dele seriam extraídos, evitando discussões futuras sobre aquelas questões que já tenham sido resolvidas. A perda em termos de celeridade seria compensada pelos ganhos em eficiência na administração da justiça.

Entra em jogo, então, mais um fator a ser considerado: num sistema informado pelo princípio da demanda (CPC/15, art. 2º), corolário da autonomia individual, não parece legítimo tornar mais longo e custoso um determinado processo em virtude da discussão de situações jurídicas que as partes, mesmo podendo, não submeteram ao controle jurisdicional como objeto de suas pretensões.

É importante perceber, neste ponto, que as partes têm a possibilidade, se assim quiserem, de efetivamente formular pretensões autônomas sobre as situações jurídicas prejudiciais aptas à coisa julgada na forma do art. 503, § 1º, do CPC/15. Caso não o façam, entretanto, não se afigura legítimo “força-las” a litigar a respeito daquela determinada questão apenas em virtude da maior eficiência que isso teria em termos de resultados do processo.

⁵ A fim de não se alongar em citações nesta etapa introdutória, basta, por ora, a referência ao que consta de relevante obra sobre o tema da coisa julgada na doutrina norte-americana, que, ao sopesar diversos fatores favoráveis e desfavoráveis à “preclusão”, destaca, dentre eles que: “A perspectiva simplista é assumir que a coisa julgada, ao menos se aplicada sem esforços, sempre salva custos em impedir a litigância posterior. Porém, uma reflexão mais demorada revela efeitos contraditórios. Uma regra mais ampla para a *claim preclusion* vai encorajar o autor a colocar tudo perante a primeira corte, enquanto uma regra mais estreita pode resultar em questões não deduzidas que não terão que ser litigadas. Uma regra mais ampla para a *issue preclusion*, que estabelece um resultado para todos os propósitos em todos os contextos para todos os tempos, pode produzir uma litigância ‘até a morte’ sobre aquela questão no processo inicial” (CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata – a handbook on its theory, doctrine and practice*. Durham: Carolina Academic, 2001. 34 – tradução livre).

Nesse quadro, para que seja uma opção legítima do sistema, a coisa julgada sobre as questões prejudiciais não deve representar uma imposição às partes para que concentrem seus esforços sobre uma situação jurídica como se ela fosse o objeto do processo. Afinal, mesmo podendo, elas deixaram de deduzir pretensão em relação àquele elemento.

São essas, em resumo, as preocupações que animaram a elaboração desta tese, que busca encontrar um ponto de equilíbrio entre os benefícios que decorrem da ampliação da coisa julgada para além das pretensões deduzidas em juízo e a preservação do princípio da demanda e da garantia do contraditório.

Para que isso ocorra, é necessário que a coisa julgada sobre a questão prejudicial seja tratada não como um fim em si mesmo, mas como um *subproduto* do julgamento do mérito, ou seja, como uma *consequência* do fato de que, para julgar as pretensões deduzidas pelas partes, tenha sido necessário analisar a situação jurídica incidental em *contraditório* e com *cognição adequada*.

Ao que parece, essas preocupações não passaram ao largo do legislador, que, ao regulamentar a formação de coisa julgada sobre as questões prejudiciais, estabeleceu, nos §§ 1º e 2º do art. 503, requisitos mais rígidos do que aqueles aplicáveis à coisa julgada formada sobre a análise do objeto do processo.

Dentre esses requisitos, destacam-se, para esses fins, a necessidade de que da resolução da questão prejudicial *dependa o julgamento do mérito*, e, ainda, que sobre ela tenha sido estabelecido *contraditório prévio e efetivo* (CPC/15, art. 503, § 1º, I e II, respectivamente).

Nossa proposta é a de que, a depender da forma como interpretados, os requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º do CPC/15 podem conduzir aos resultados acima descritos, garantindo que a coisa julgada apenas se forme sobre elementos aos quais as partes efetivamente tenham dedicado suas atenções, e que isso se faça sem prejuízo ao princípio da demanda e às escolhas por elas feitas no momento de formular as suas pretensões.

Plano de trabalho

O trabalho se divide em duas partes.

Na primeira parte, buscaremos analisar as relações que se estabelecem entre o objeto do processo, as questões prejudiciais aptas à coisa julgada na forma do art. 503, §

1º, do CPC/15, e o julgamento da causa. Segundo será demonstrado, são muito diversas as formas pelas quais a decisão de mérito trata dos elementos que constam do objeto litigioso e aqueles que não integram a sua estrutura.

Para tanto, no Capítulo 1, será definido o que se deve entender por objeto do processo no direito processual civil brasileiro, e quais são os elementos que integram a sua estrutura. Merecerá uma atenção especial, ainda, a análise do princípio da demanda e da forma como ele influencia na formação do objeto litigioso.

Na sequência, no Capítulo 2, estudaremos o tema da prejudicialidade, a fim de buscar a caracterização mais completa possível da questão prejudicial capaz de adquirir a autoridade de coisa julgada na forma do art. 503, § 1º, do CPC/15. Além disso, serão examinadas as diversas formas pelas quais a prejudicialidade se insere nas relações de direito material.

Finalmente, o Capítulo 3 terá como objetivo sistematizar a ideia de que as pretensões que constam do objeto do processo e as questões prejudiciais incidentais recebem tratamentos diversos da decisão de mérito. Buscaremos, então, extrair as devidas consequências dessa noção, sobretudo no que tange às possibilidades de controle pelas partes da análise de cada um desses elementos no julgamento.

A segunda parte do trabalho será dedicada à análise das relações entre questões prejudiciais incidentais e coisa julgada.

Inicialmente, no Capítulo 4, será examinada a disciplina dos limites objetivos da coisa julgada em alguns dos principais sistemas processuais estrangeiros, a fim de identificar os problemas neles verificados e as soluções porventura encontradas.

Por fim, o Capítulo 5 é dedicado ao exame dos requisitos necessários à formação de coisa julgada sobre as questões prejudiciais incidentais no sistema do CPC/15, com vistas a se atingir os objetivos propostos.

PARTE I – AS QUESTÕES PREJUDICIAIS E O OBJETO DO PROCESSO

§ 1º - OBJETO DO PROCESSO

1.1. Objetivo e limites do capítulo

O presente capítulo tem como finalidade definir o que se deve entender por *objeto do processo no direito processual civil brasileiro*, analisando detidamente os elementos que o integram.

Nosso objetivo, neste ponto, não será enfrentar cada uma das inúmeras posições doutrinárias que sobre o assunto se formaram. Tampouco teremos, aqui, o intuito de problematizar a forma como o direito brasileiro trata das questões atinentes ao tema. O que buscaremos, neste momento, é delinear uma noção de objeto do processo que seja adequada às características do sistema processual civil brasileiro.

A restrição se justifica pelo fato de que, malgrado se possa, do ponto de vista teórico, preferir esta ou aquela concepção, não é possível afirmar que exista uma noção unívoca de objeto do processo, que se ajuste a todo e qualquer ordenamento jurídico¹. Na verdade, a delimitação do objeto do processo, numa dada realidade, é fortemente influenciada por contingências do direito positivo, que reverberam escolhas mais amplas do sistema processual, tenham sido elas expressamente realizadas pelo legislador ou consagradas pela tradição.

Mais especificamente, a determinação do objeto do processo, como ficará claro, é reflexo do modo como são distribuídos os poderes entre os atores processuais², ou, conforme célebre expressão, é consequência da forma como se realiza a *divisão de*

¹ Nesse sentido, em conhecido estudo, Walter Habscheid anota ser “evidente que o objeto do processo deve definir-se em conformidade com o sistema processual vigente” (“L’oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1980. p. 458 – tradução livre).

² Neste sentido: HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: CEDAM, 1937. p. 143-144.

*trabalho*³ entre as partes e o juiz num dado sistema. Tem, ainda, grande importância nesse esquema, a estruturação do *sistema de preclusões*, que pode estabelecer maiores ou menores limitações ao exercício de poderes pelos sujeitos processuais ao longo do procedimento, e, em decorrência disso, a adoção, ou não, do *princípio da eventualidade*, que impõe às partes que articulem suas demandas e defesas de forma concentrada⁴.

Por tal razão é que, como afirmado, a intenção, deste capítulo, não é a de enfrentar cada uma das concepções que já se formaram sobre o tema, o que iria além dos limites do trabalho, mas, de forma mais modesta, delinear uma noção de objeto do processo que seja adequada ao direito processual civil brasileiro, e, assim, útil como ponto de partida para a presente investigação.

Para tanto, após breve esclarecimento de ordem terminológica (n. 1.3), buscaremos explicitar e justificar a escolha pela construção teórica de objeto do processo que melhor se amolda às características do sistema brasileiro (ns. 1.4 a 1.6). Em seguida, será o tema relacionado ao princípio da demanda e à forma como esse, ao mesmo tempo em que impõe limitações ao poder decisório do juiz, outorga aos indivíduos certa liberdade de escolha na formação do objeto do processo (ns. 1.7 a 1.11). Por fim, então, com base nas noções desenvolvidas, analisaremos os elementos que dão forma ao objeto do processo (ns. 1.12 a 1.24).

Antes, porém, parece-nos oportuno verificar, ainda que brevemente, de que maneira o objeto do processo se relaciona com o tema da presente tese, a fim de contextualizar as questões que serão adiante analisadas.

³ A expressão, como se sabe, é de José Carlos Barbosa Moreira, que, entre os “pontos sensíveis” da problemática, arrola, justamente, a “delimitação do objeto do litígio e do julgamento”. E prossegue: “em cada um desses momentos, conforme a opção de política jurídica que se faça, pode ser decisiva a vontade do(s) litigante(s) ou a atuação do juiz, ou podem ambas influir em variável medida” (“O problema da ‘divisão de trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos”. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 35).

⁴ Como esclarece Heitor Sica, não se pode confundir a preclusão com o princípio da eventualidade, vez que, enquanto aquela “permeia todo o processo, atingindo um sem-número de atos processuais”, esse “recai sobre os dois principais direitos que assistem às partes no processo: articular a demanda e a defesa”, o que pressupõe, ainda, a ideia de concentração. De toda sorte, não se pode desconsiderar a íntima ligação entre os temas, já que a “regra de concentração de ataque e de defesa, da qual decorre o princípio da eventualidade, não tem eficácia alguma se não complementada pela preclusão” (*Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 165-166).

1.2. Uma primeira aproximação entre o objeto do processo e a coisa julgada

A discussão a respeito do objeto do processo envolveu, como se sabe, enorme controvérsia no passado, tendo grande importância na consolidação do direito processual como disciplina autônoma do pensamento jurídico⁵. Buscava-se, então, estabelecer qual seria o *conteúdo* do processo, o *material* a ele trazido pelas partes e que se põe *diante do juiz* em busca de uma atuação sua, em torno do qual gravitariam as atividades dos sujeitos processuais⁶.

O tema chegou a ocupar papel central na processualística alemã. Tratava-se de um verdadeiro polo metodológico a partir do qual procuravam os processualistas daquele país resolver diversos problemas de sua ciência, como o da conexão de causas, da cumulação de demandas, da litispendência, da coisa julgada, dentre outros. Em obra consagrada chegou-se a afirmar, até mesmo, que a definição do objeto do processo (*Streitgegenstand*) seria a *missão principal* da ciência processual⁷.

Também na Itália, mesmo que com denominação diversa, o assunto mereceu grande atenção. Não era outra, afinal, a preocupação que animava os juristas peninsulares a analisar com profundidade a problemática em torno da identificação das ações⁸; buscavam, em última instância, verificar qual seria o conteúdo de um determinado processo, a *res in*

⁵ Neste sentido, referindo-se ao conceito de mérito: SILVA, Ovídio Baptista A. da. “Conteúdo da sentença e mérito da causa”. In: *Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 231.

⁶ “Todo processo tem seu objeto e gira em torno dele, com as atividades das partes em contraditório, com a instrução que se faz, com o provimento que o juiz emitirá. [...] Assim é o *objeto do processo*, que se coloca diante do juiz, à espera do provimento que ele proferirá afinal. Por *objeto do processo* designa-se o conteúdo deste, posto diante do juiz através de um ato de iniciativa” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “O conceito de mérito em processo civil”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 305).

⁷ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Trad.: Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1968. p. 3-4.

⁸ “Vale lembrar, desde logo, que essa construção dogmática atinente ao *Streitgegenstand* tem em mira a análise dos mesmos institutos processuais para os quais Chiovenda traçou, em invejável exposição, a tese da *identificação das ações*. Na Alemanha, como na Itália, pois, vem proposta uma concepção central do processo visando, em princípio, possibilitar o controle da litispendência, da coisa julgada, da cumulação de ações, da modificação da demanda...” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 29). No mesmo sentido, apontando a aproximação dos temas, dentre outros: CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale ed il suo contenuto”. In: *Commentario del Codice di Procedura Civile*, vol. 2, t. I. Diretto da Enrico Allorio. Torino: Utet, 1980. p. 31-33; p. 32; LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006. p. 41; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 17.

iudicium deducta, o que teria importância para a resolução da mesma ordem de problemas que inquietavam a doutrina tedesca⁹.

Essa preocupação, como seria de se esperar, teve grande reflexo na processualística brasileira. Desde a vigência do Código de Processo Civil de 1939¹⁰, passando pelo Código de 1973¹¹, e chegando ao diploma hoje vigente¹², foram muitos os trabalhos que se dedicaram ao estudo do tema, seja em caráter monográfico, seja como ponto de partida para a análise de uma série de institutos processuais.

⁹ Neste sentido, após mencionar problemas semelhantes àqueles descritos acima, Chiovenda afirma que, diante desses institutos, “sempre temos diante de nós um só problema fundamental, o problema da *identificação* das ações (ou identidade, ou individualização, como se queira dizer)” (“Identificación de las acciones. Sobre la regla ‘ne eat iudex ultra petita partium’”. In: *Ensayos de derecho procesal civil*, t. I. Buenos Aires: EJEJA, 1949. p. 275 – tradução livre).

¹⁰ Sem qualquer pretensão de exaustão, pode-se mencionar, por exemplo: ALVIM, Arruda. *Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*, vol. II. São Paulo: RT, 1972. p. 35-163; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: RT, 1972. Parte II, p. 41-53; GUIMARÃES, Luiz Machado. “Carência de ação”. In: *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora jurídica e universitária, 1969. p. 93-107; LIEBMAN, Enrico Tullio. “O despacho saneador e o julgamento do mérito”. In: *Revista Forense Comemorativa – 100 anos*, t. 5. Coord.: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. n. 6-9, p. 31-38; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “A causa petendi nas ações reivindicatórias”. In: *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 1. São Paulo: RT, 2005. p. 138-155.

¹¹ Mais uma vez, sem pretensão de exaustão: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: *Causa de pedir e pedido (questões polêmicas)*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: RT, 2002. p. 13-52; BUZAID, Alfredo. “Da lide: estudo sobre o objeto litigioso”. In: *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 72-132; CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992. p. 46-95; CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. *passim*; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 33-50; DINAMARCO, Cândido Rangel. “O conceito de mérito em processo civil”, n. 151-170 p. 299-348; LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido...*, p. 31-105; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 13-84; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015. *passim*, esp. p. 47-118; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2007. p. 37-85; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 1-64; SANCHES, Sidney. “Objeto do processo e objeto litigioso do processo”. In: *Revista de Processo*, vol. 13. São Paulo: RT, 1979. p. 31-47; SICA, Heitor Vitor. *O direito de defesa no processo civil: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. *passim*; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*, *passim*; WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 104-117.

¹² Tendo transcorrido menos de três anos desde a promulgação do CPC/15, registram-se importantes trabalhos que apoiaram suas construções no tema do objeto do processo, o que demonstra, a nosso ver, a permanente relevância do tema: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016. p. 91-180; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 36-77; SICA, Heitor Vitor. *Cognição e execução no sistema de tutela jurisdicional civil brasileiro: identificação e tratamento do objeto litigioso em sede executiva*. Tese (livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. p. 100-152 (na versão comercial recentemente publicada: *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: RT, 2017. p. 91-133).

É certo, sobretudo pela concepção majoritariamente adotada na doutrina brasileira (que, como veremos, costuma restringir a noção ao pedido formulado em juízo), que a referência ao objeto do processo não é capaz, por si só, de equacionar todos aqueles problemas, para cuja resolução, por vezes, é necessário recorrer aos demais elementos identificadores da demanda, como ocorre com a conexão de causas (CPC/15, art. 55), e com as objeções de litispendência e de coisa julgada (CPC/15, art. 305, §§ 1º a 4º)¹³.

De toda sorte, não parece ser sem razão toda a atenção que se dedicou (e que continua a se dedicar) ao tema: como se disse acima, definir o objeto do processo equivale a identificar o seu conteúdo, a delimitar o problema central para cuja resolução é dirigida a atividade desenvolvida pelos sujeitos processuais. Em última instância, definir o objeto do processo equivale a fixar os *limites da prestação da tutela jurisdicional* num dado caso concreto¹⁴.

Essa última constatação ajuda a explicar por que, dentre os diversos institutos para cuja análise contribui o estudo do objeto do processo, destaca-se o da coisa julgada, mais especificamente, a definição de seus limites objetivos. O raciocínio é simples: se a coisa julgada visa a imunizar os resultados produzidos em um determinado processo, é o objeto do processo quem delimita quais poderão, a princípio, ser esses resultados.

Nessa linha, não é de se estranhar que, mesmo em tradição tão distante da nossa, como é o caso do direito norte-americano, a doutrina costuma destacar a importância da identificação da *claim* ou *cause of action*¹⁵ no trato dos problemas ligados à coisa julgada (*res judicata*; *preclusion*)¹⁶.

¹³ É o que explica: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. n. 565, p. 223-224. Ainda neste sentido, Cerino Canova esclarece que “a tal entidade [*res in iudicium deducta*] não compete, e nenhuma teoria pretende atribuí-la, a pretensão de exaurir a inteira *fattispecie* dos diversos efeitos; essa ao invés se acompanha de outras circunstâncias mais próximas e contingentes, coordenadas às peculiares exigências de cada fenômeno. [...] As variações assim concebidas existem porque cada instituto é inspirado também por exigências próprias e específicas, que o torna diferente dos outros” (“La domanda giudiziale...”, p. 117-118 – *tradução livre*).

¹⁴ “Como é da própria natureza do processo, como instituição jurídica voltada à solução de problemas que ocorrem na comunidade, a definição do seu material de trabalho é dado imanente à sua própria existência. [...] A razão prática disso reside em que, sendo a atuação da jurisdição uma das faces do exercício do Poder estatal, como realização prática, autoritativa e imperativa deste, torna-se necessária a identificação de seus limites subjetivos e objetivos” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido...*, p. 31-32). De modo semelhante, Fábio Peixinho Corrêa relaciona o tema com “o que o juiz pode oferecer” (*O objeto litigioso no processo civil*, p. 45).

¹⁵ É importante esclarecer, a fim de evitar confusões terminológicas, que, ao contrário do que uma tradução literal poderia dar a entender, a noção de *cause of action*, no direito norte-americano, não é equivalente à nossa *causa de pedir*, mas, na verdade, se aproxima do que conhecemos por *demand* ou *ação*. A fim de se referir ao que entendemos por *causa petendi*, se fala, naquele país, em *ground of action*. Neste sentido:

É necessário pontuar, todavia, que recentemente tem sido questionada a utilidade e a conveniência da referência ao objeto do processo no trato da coisa julgada¹⁷. Afirma-se, primeiramente, que essa seria uma perspectiva demasiadamente *privatista*, ao deixar apenas ao talante das partes a delimitação do que vem, ou não, a fazer coisa julgada material¹⁸. Tratar-se-ia, ainda, de uma visão *estática*, porque fixa o conteúdo final da estabilidade com base, apenas, em elementos prontos trazidos pelas partes em suas pretensões, não dando importância para o conteúdo do que é debatido ao longo do procedimento. Com isso, perde-se a oportunidade de se aproveitar, para outros processos, algo que seja submetido ao contraditório¹⁹⁻²⁰.

Essas são, sem dúvidas, críticas pertinentes, tendo importância, inclusive, para a compreensão da extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, nos termos do art. 503, § 1º, do CPC/15. De toda sorte, não nos parece que seja possível negligenciar a relevância do objeto do processo para nosso tema de estudo: ao menos em relação à coisa julgada que

MILLAR, Robert Wyness. “The premises of judgment as res judicata in continental and Anglo-American law” (1ª parte). In: *Michigan law review*, vol. 39, n. 1, nov. 1940. p. 4, nota 13.

¹⁶ Neste sentido, ressaltando a importância de referidas noções para a doutrina da coisa julgada naquele país: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata – a handbook on its theory, doctrine and practice*. Durham: Carolina Academic, 2001. p. 62; HEISER, Walter W. “California’s confusing collateral estoppel (issue preclusion) doctrine”. In: *San Diego law review*, vol. 35 (1998). p. 517; SHAPIRO, David L. *Preclusion in civil actions*. New York: Foundation Press, 2001. p. 34.

¹⁷ Neste sentido, de modo que nos parece exagerado e equivocado, Jordi Nieva-Fenoll afirma ser “sumamente acertada e ajustada à realidade” a ideia de que “nenhuma, absolutamente nenhuma das teorias sobre o objeto do processo até agora engendradas serve realmente para resolver os problemas postos [relativos ao âmbito de aplicação da coisa julgada]”, e que, portanto, seriam elas “inúteis” (*Coisa julgada*. Trad.: Antonio do Passo Cabral. São Paulo: RT, 2016. p. 103).

¹⁸ Neste sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 38-39; 89-90; 150-154.

¹⁹ Assim, mais uma vez: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, p. 39; 154-155; 417-423. O seguinte trecho bem retrata o que quer dizer o autor: “Em nosso sentir, ao ser abordada, na atualidade, a discussão sobre qual conteúdo de um debate judicial pode-se tornar estável, deve ser evitado o termo ‘objeto’, que remete à etimologia de algo que ‘se põe diante’ de outrem para apreciação. No processo em contraditório, o conteúdo do debate não é um ‘conceito dado’, não podendo ser estaticamente depreendido das alegações iniciais de autor e réu. [...] O conteúdo da discussão é um *conceito vivo* que só pode ser visualizado na interação subjetiva do procedimento, projetada difusa e argumentativamente entre os atos dos sujeitos envolvidos” (p. 419-420).

²⁰ Embora com formulação diversa, parece ser esse, ainda, o pensamento subjacente à ideia de que o objeto do processo “vai-se construindo durante todo o processo, tendo em conta os materiais que de um modo ou de outro são introduzidos no processo e servem ao Juiz para proferir sentença” (NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*, p. 132, nota n. 179). Também na mesma linha, embora tratando exclusivamente de problemas atinentes à “ação coletiva ressarcitória”, Remo Caponi critica a concepção “meramente estrutural, estática, rígida, atemporal do objeto do processo, um esforço voltado a responder apenas à remanda relativa a ‘que coisa’ foi deduzida em juízo”. Afirma, então, que “é difícil deixar o ‘porquê’, o ‘como’, o ‘quando’ integralmente de fora da teoria do objeto do processo” (“Oggetto del processo e del giudicato ‘ad assetto variabile’”. In: *Il foro italiano*, n. 6, 2008. p. 204 – tradução livre).

recai sobre a “questão principal” (CPC/15, art. 503, *caput*), continua a ser ele um referencial fundamental, utilizado até mesmo pelo legislador, quando atribui “força de lei” à “decisão que julgar total ou parcialmente o *mérito*”²¹.

De toda sorte, é importante pontuar que a ligação entre o objeto do processo e a coisa julgada não se dá de maneira imediata, e tampouco ostenta caráter absoluto.

Na verdade, parece mais correta a ideia de que o *objeto do processo*, trazido a juízo pelas partes, delimita, de modo imediato, o *objeto do julgamento*, isto é, o conteúdo sobre o qual o juiz se manifesta em caráter principal, na parte dispositiva da decisão de mérito (CPC/15, art. 489, III), e que, *a priori*, se destina a produzir efeitos externos ao processo. O objeto do julgamento, por sua vez, demarca os *limites objetivos da coisa julgada* (CPC/15, art. 503, *caput*), ou seja, o âmbito do que se torna imutável e indiscutível na decisão, de modo que a influência do objeto do processo manifesta-se, aqui, de modo *indireto* ou *mediato*²².

Não se trata, ademais, de relação de caráter absoluto, cabendo ao direito positivo regular o modo como esse encadeamento ocorre. A própria lei, em certas hipóteses, determina que o juiz decida fora dos limites do objeto do processo, como se dá, por exemplo, com a permissão de que, em ação investigatória de paternidade, seja o pai condenado a pagar alimentos mesmo que inexistam pedidos nesse sentido (Lei nº 8.560/92, art. 7º)²³.

Algo de muito semelhante ocorre, também, com os chamados “pedidos implícitos” – condenação do vencido nas verbas de sucumbência (CPC/15, art. 85), juros legais e

²¹ Em sentido semelhante, são certas as palavras de Heitor Sica, ao se manifestar sobre as mesmas críticas acima referidas: “[...] importa registrar que não há como fugir da constatação de que o legislador construiu diversos institutos (tais como a conexão, a litispendência e a coisa julgada) com base nas concepções do objeto litigioso assentadas na Europa continental e no Brasil há décadas (art. 55, 337, §§ 1.º ao 4.º, 487, I, 503, 504 etc.), ainda que houvesse outros modelos dogmáticos (eventualmente até superiores) nos quais se inspirar. É preciso, pois, separar as análises que se podem fazer *de lege lata* e *de lege ferenda*” (*Cognição do juiz...*, p. 92, nota 4).

²² Nesse sentido, enquadrando corretamente a questão: CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale...”, p. 116; DALFINO, Domenico. *Questioni di diritto e giudicato: contributo allo studio dell'accertamento delle 'fattispecie preliminari'*. Torino: Giappichelli, 2008. p. 1-2; FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *La cosa juzgada – estudio de jurisprudencia civil*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 57-59; HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi...*, p. 129; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 18-19; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, p. 9-11; MENDES, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968. p. 255-258; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 126-127.

²³ Sobre essa e outras exceções legais à regra da congruência, conferir: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação...*, p. 185-189, e 202-204.

correção monetária (CPC/15, art. 322, § 1º), prestações sucessivas vencidas no curso do processo (CPC/15, art. 322), dentre outros de que falaremos adiante²⁴ -, que, independentemente de qualquer postulação da parte, devem ser analisadas em caráter principal, na parte dispositiva da sentença e, conseqüentemente, sujeitam-se à coisa julgada material.

Não se pode desconsiderar, ainda, as situações, embora patológicas, em que o próprio julgador deixa de observar o dever de congruência, e decide fora dos limites do pedido, prolatando sentença *extra* ou *ultra petita*. Nesses casos, uma vez que a decisão venha a transitar em julgado, haverá, conforme interpretação majoritária, a formação de coisa julgada sobre um conteúdo que não constava do objeto do processo²⁵.

Nas hipóteses descritas, rompe-se o primeiro elo do encadeamento acima proposto: é o objeto da decisão quem extrapola o objeto do processo, o que faz com que, conseqüentemente, os limites objetivos da coisa julgada tenham o mesmo destino.

Também é possível, todavia, que os próprios limites objetivos da coisa julgada extrapolem o objeto da decisão, e que, com isso, superem, indiretamente, o objeto do processo²⁶. É o que se dá, por exemplo, com o reconhecimento da prescrição ou da decadência em que se baseia a rejeição da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, que, malgrado constitua, nos termos do art. 310 do CPC/15, “motivo do indeferimento”, torna-se imutável e indiscutível²⁷.

Situação semelhante se passa, nos termos dos arts. 63 a 68 do Código de Processo Penal, com a coisa julgada que, no juízo penal, se forma sobre questões atinentes à responsabilidade do ofensor para fins de reparação civil. Trata-se de conteúdos que não integram o objeto do processo criminal (formado pela imputação penal), e que tampouco podem ser tidos como objeto da decisão: ainda que, por força dos arts. 386 e 387, IV, do

²⁴ Ver, *infra*, o item 1.11.

²⁵ Assim, expressamente, dentre outros: FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000. p. 142-143; HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi...*, p. 129; LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido...*, p. 99; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 18. À questão voltaremos no item n. 3.3, *infra*, onde serão analisadas algumas posições em sentido contrário.

²⁶ Parece equivocada, sob essa perspectiva, a afirmação, de José Carlos Barbosa Moreira, de que “nem pode a autoridade de coisa julgada cobrir o que não tenha sido objeto de julgamento; haveria, aliás, manifesta *contradição nos termos*” (“Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil”. In: *Temas de direito processual: primeira série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 96).

²⁷ Embora referente ao art. 810 do CPC/73, o exemplo foi retirado de: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 73-74.

CPP, devam eles ser topograficamente localizados na parte dispositiva da sentença, parecem correta a ideia de que são apenas motivos para a condenação ou absolvição do réu²⁸.

É isso, finalmente, o que se passa com a possibilidade de formação de coisa julgada sobre questão prejudicial incidental, nos termos do art. 503, § 1º, do CPC/15. Conforme procuraremos demonstrar adiante, o dispositivo permite que a autoridade de coisa julgada recaia sobre conteúdo que não faz parte, propriamente, do objeto da decisão de mérito, e que também não participa da formação do objeto do processo.

Na verdade, nesse caso, a coisa julgada não se liga, diretamente, ao objeto do processo, mas, conforme sugestiva expressão, ao *conteúdo do debate*²⁹ travado em contraditório ao longo do procedimento. Aproveita-se, com isso, na linha de críticas acima referidas, a atividade cognitiva que o juiz realiza em relação a determinadas questões que fogem aos limites da demanda, tornando sua análise vinculante para processos futuros.

Dessa forma, como se verá, a ampliação da coisa julgada para as questões prejudiciais incidentais não modifica, ao contrário do que já se chegou a sustentar³⁰, o modo como deve ser enxergado o objeto do processo. Na verdade, o que ocorre nestes casos é que a coisa julgada alcança conteúdos que não integram o mérito da causa, e tampouco o objeto do julgamento. Essa é uma noção central para as ideias que iremos desenvolver.

É importante, ademais, desde logo adiantar que a distinção proposta não se deve a preocupações meramente terminológicas: como também ficará claro ao longo do trabalho, são diferentes as formas pelas quais a decisão de mérito deve tratar aquilo que consta do objeto do processo, se comparado a matérias que não o integram.

É de grande importância, portanto, para que se possa adequadamente compreender o alcance da regra inserta no art. 503, § 1º, do CPC/15, delimitar, com precisão, os

²⁸ Nesse sentido: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 72; SICA, Heitor Vitor. *Cognição do juiz...*, p. 121-126. Esse último autor, aliás, sustenta o mesmo posicionamento também em relação à fixação de valor mínimo para reparação na forma do art. 387, IV do CPP, afirmando que, mesmo nesse caso, o juiz “não resolve questão *principaliter*, mas apenas se desincumbe da análise incidente de mais um elemento a ser imunizado pela coisa julgada penal com o objetivo de facilitar a tutela do direito da vítima ou de seus sucessores no plano civil” (p. 125).

²⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, p. 419. De modo semelhante, acolhendo essas ideias, Arenhart, Marinoni e Mitidiero afirmam que o dispositivo “desloca a teorização da coisa julgada do pedido para o debate” (*Novo curso de processo civil*, vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 671).

³⁰ Assim, por exemplo: CÂMARA, Alexandre Freitas. “Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil Brasileiro”. In: *Novo CPC: doutrina selecionada*, vol. 2. Coord.: Fredie Didier Jr. [et al.]. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 703.

elementos que integram o objeto do processo. Afinal, se, conforme procuraremos defender, a coisa julgada, por força do dispositivo, recai sobre conteúdo que não integra o objeto do processo, é necessário saber quais são os limites desse. Em outras palavras, pode-se dizer que *o espaço da prejudicial incidental começa onde termina o objeto do processo*³¹.

1.3. Esclarecimento terminológico: mérito da causa, objeto do processo e objeto litigioso do processo; objeto do conhecimento do juiz

Antes de prosseguir, é importante, ainda, realizar breve esclarecimento de ordem terminológica, para evitar equívocos quanto ao uso que se fará de algumas expressões ao longo do trabalho.

Inicialmente, deve ficar claro que, na tese, utilizaremos, como sinônimos de objeto do processo, os termos *mérito da causa* (*meritum causae*) e *objeto litigioso do processo*.

A identidade entre as noções de *mérito* e *objeto* (ou *objeto litigioso*) do processo é reconhecida com certa tranquilidade pela doutrina brasileira³². Conquanto haja, é fato, quem busque distinguir os termos – com base, ao que parece, na suposição de que “mérito” estaria sempre associado a um ato de julgamento³³ –, a própria origem desse termo, ligado à ideia de “pedir”, parece autorizar a equivalência, já que, como veremos, por objeto do processo deve-se entender, justamente, a pretensão ou o pedido deduzido em juízo³⁴.

A referência ao mérito é importante, ademais, porque é a expressão que o próprio Código de Processo Civil de 2015 emprega, em diversas oportunidades, para tratar do fenômeno aqui estudado. É o que se vê, por exemplo, dos arts. 485 e 487, que tratam das situações em que há ou não resolução do mérito, dos arts. 355 e 356, que cuidam das figuras do julgamento antecipado – integral e parcial – do mérito, ou, ainda, do art. 502, que coloca a decisão de mérito como aquela sobre a qual recai a coisa julgada material. Nessas, e em diversas outras situações espalhadas pelo Código, a alusão ao mérito é utilizada para tratar daquele conteúdo submetido pelas partes à apreciação judicial, e que se

³¹ Assim, expressamente: MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, p. 82.

³² Assim, por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. “O conceito de mérito em processo civil”, n. 153, p. - 305-306.

³³ SILVA, Ovídio Baptista A. da. “Conteúdo da sentença e mérito da causa”, p. 237-238.

³⁴ “Mérito, *meritum*, provém do verbo latim *mereo* (*merere*), que, entre outros significados, tem o de ‘pedir, pôr preço’; tal é a mesma origem de *meretriz*, e aqui também há a ideia de preço, cobrança” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “O conceito de mérito em processo civil”, n. 159, p. 322).

coloca como *objeto* da atividade dos sujeitos processuais. Significativos, nesse sentido, são os arts. 4º e 6º - ambos elencados como normas fundamentais do processo civil –, que colocam a solução do mérito, respectivamente, como direito das partes e como finalidade da atividade cooperativa a ser desenvolvida pelos sujeitos processuais.

Maior confusão pode ocorrer entre as expressões *objeto* e *objeto litigioso* do processo. Isso porque, se há autores que as utilizam como sinônimos, há outros tantos que empregam o termo objeto do processo para tratar daquilo que, logo abaixo, chamaremos de objeto do conhecimento do juiz. Segundo essa perspectiva, distinta da que adotaremos, o objeto do processo designaria todo o material cognitivo colocado diante do juiz para sua apreciação, incluídas, aí, questões de ordem processual, e questões prévias ao julgamento do mérito. Por essa visão, seria mais correto, para designar o fenômeno apreciado no presente capítulo, o mérito da causa, falar em objeto litigioso do processo³⁵.

Seguindo, entretanto, a orientação de Cândido Dinamarco, atribuiremos às expressões objeto do processo e objeto litigioso do processo o mesmo significado, idêntico, ainda, ao de mérito da causa³⁶.

De toda sorte, independente da nomenclatura utilizada, é importante não confundir o que aqui chamamos de objeto do processo (mérito, objeto litigioso) com o *objeto do conhecimento do juiz*: enquanto aquele, como veremos, é formado fundamentalmente pelas pretensões das partes, esse é composto de todos os pontos e questões cujo conhecimento se oferece ao juiz, e cuja análise pode-se mostrar relevante ao longo do processo. Trata-se, assim, de noção mais abrangente que a de objeto do processo, já que, além dele, engloba os pontos e questões que podem ser utilizados como fundamento para o julgamento do mérito (as chamadas “questões de mérito”), além de pontos e questões de ordem processual, como aquelas atinentes às condições da ação, aos pressupostos processuais, à regularidade dos atos processuais, dentre outros³⁷.

³⁵ Assim, por exemplo: CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*, p. 29; LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido...*, p. 99-103; SANCHES, Sidney. “Objeto do processo e objeto litigioso do processo”, p. 40-46; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...*, p. 95-96, nota n. 47.

³⁶ *Instituições...*, vol. II, p. 209, nota 1. Também utilizam a expressão objeto do processo para tratar do fenômeno analisado nesse capítulo, dentre outros: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia...*, p. 108-109, nota 74; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 81-82.

³⁷ Nesse sentido: “Essa visualização do problema, considerando o dinamismo do processo, deixa entrever a importância da distinção – independentemente da dicção utilizada – entre toda a matéria que é levada ao conhecimento do juiz (pontos e questões relacionados aos pressupostos de admissibilidade de julgamento do mérito, ou propriamente a este etc.) e aquilo que constitui, efetivamente, a pretensão ou pretensões

Pode-se dizer, desse modo, que a questão prejudicial de que fala o art. 503, § 1º do CPC/15, como será tratado mais à frente, embora não integre o objeto do processo, faz parte do objeto do conhecimento do juiz.

1.4. Objeto do processo: a pretensão processual

Superadas tais questões preliminares, passamos, nesse momento, a esclarecer o que entendemos por objeto do processo para, mais à frente, analisarmos os elementos de que é composto.

Para tanto, adotamos, neste trabalho, a concepção de que o objeto do processo é formado pelas *pretensões* deduzidas pelo autor, e eventualmente pelo réu ou por terceiros, em busca de julgamento ou de satisfação. Trata-se de ideia que se pode dizer amplamente majoritária entre os processualistas brasileiros³⁸, e que encontra respaldo em setores da doutrina estrangeira³⁹⁻⁴⁰.

processuais, deduzidas pelo autor e pelo réu. Apenas sobre estas recairá o julgamento, com a procedência ou a improcedência, e formação da coisa julgada” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido...*, p. 102). Para uma análise completa do que constitui o objeto da cognição do juiz: WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, p. 79-117.

³⁸ Nesse sentido, embora com variações em torno do que integra essa pretensão, especialmente quanto ao papel da causa de pedir, é o que se vê, dentre muitos outros, em: ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 446; CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*, p. 52-61; DINAMARCO, Cândido Rangel. “O conceito de mérito em processo civil”, p. 299-348, esp. p. 322-323; LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido...*, p. 103-104; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. n. 293, p. 69-70; SICA, Heitor Vitor. *Cognição do juiz...*, p. 91-101; *O direito de defesa no processo civil...*, p. 249-259; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 79; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*, vol. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 28-29; p. 280-281. Vale conferir, a respeito, a resenha feita por Sidney Sanches, que demonstra que, para diversos processualistas brasileiros, é realmente o pedido ou a pretensão processual que formam o objeto litigioso do processo, conclusão por ele próprio endossada (“Objeto do processo e objeto litigioso do processo”, p. 40-46).

³⁹ Na processualística estrangeira, é essa, embora com variações, a posição que se vê, por exemplo, em: CADIET, Loïc; MEKKI, Saraya Amrani; NORMAND, Jacques. *Théorie générale du procès*. 2ª ed. Paris: PUF, 2013. p. 759; GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1952, *passim*, esp. p. 28-40; SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005. p. 27-28; SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso...*, *passim*, esp. p. 5.

⁴⁰ Não se pode afirmar, todavia, de modo algum, que se trate de concepção majoritária na doutrina estrangeira. Na Itália, por exemplo, tem muita força a tese de que o objeto do processo seria a situação substancial afirmada em juízo, noção sobre a qual falaremos brevemente adiante (*infra*, n. 1.6). De toda sorte, uma análise detalhada da doutrina estrangeira fugiria aos limites deste trabalho. Para tanto, remetemos às excelentes sínteses que constam em: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia...*, p. 105-177; LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido...*, p. 42-80. Para uma análise detalhada não apenas da doutrina estrangeira, mas também das fontes históricas, ver, com grande proveito: BUZAID, Alfredo. “Da lide...”, p. 75-132.

Vale alertar, desde logo, que pretensão, nesse contexto, tem um significado eminentemente *processual*. Não se trata, assim, de um direito, ou de uma situação de vantagem como à que se refere o art. 189 do Código Civil⁴¹. Na verdade, pretensão, aqui, deve ser entendida como um *ato*⁴², que expressa a aspiração, o desejo, a vontade de obter, por meio da atuação jurisdicional, o acesso a um bem da vida⁴³ que esteja sendo obstado. Nessa linha, conforme conhecida definição, pretensão é a *exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio*⁴⁴.

Essa aspiração surge, de início, fora do ambiente processual, na “vida comum das pessoas”⁴⁵. Uma vez, porém, que permaneça insatisfeita – seja por resistência alheia, seja porque, no caso, o ordenamento coloca a atuação judicial como condição para essa satisfação -, poderá, o sujeito, fazendo uso de seu *direito de ação*, deduzir em juízo sua pretensão por meio de um ato formal, a *demanda*⁴⁶, que conterà um pedido direcionado ao Poder Judiciário, para que, com base em determinados fundamentos, emita, em relação a outra pessoa, um provimento capaz de lhe dar acesso ao bem da vida desejado. É, então, essa pretensão deduzida em juízo que deve ser considerada o objeto do processo⁴⁷.

Sendo assim, de modo mais preciso, pode-se definir a pretensão, enquanto objeto do processo, como o *ato por meio do qual se requer a prestação da tutela jurisdicional*

⁴¹ Para a distinção entre os conceitos, ver, com proveito: BUZAID, Alfredo. “Da lide...”, p. 93-95; SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso...*, p. 3-6.

⁴² “A pretensão é um *ato* não um *poder*; algo que alguém *faz*, não que alguém *tem*; uma manifestação, não uma superioridade da vontade” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, v. I. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1959. n 8, p. 31 – *tradução livre*).

⁴³ Sobre o que se deve entender por “bem da vida”, ver, *infra*, o item n. 1.13.

⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. n. 32, p. 54; *Instituciones del proceso civil*, n. 5, p. 28.

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, p. 128.

⁴⁶ Como ensina Dinamarco, o termo *demanda* pode ser utilizado tanto em sentido *formal* como “ato com que se apresenta a pretensão ao juiz”, como em sentido *substancial*, como “pretensão apresentada ao juiz” (*Instituições...*, vol. II, p. 128).

⁴⁷ Em sentido semelhante, é o que escreve Flávio Yarshell: “[...] pretensão é termo que pode ser empregado para explicar o que ocorre no momento anterior ao processo, mas que também é aproveitável, embora com sentido diverso, no ambiente processual. Quando se fala em ‘pretensão resistida’ (no conceito de lide), pensa-se no fenômeno pré-processual, em que aquela é apenas e genericamente um ato de exigência, oriundo de alguém que quer fazer prevalecer seu interesse sobre determinado bem, em relação a determinada pessoa. Mas esse ato de exigência se projeta para o processo sob a forma de um *pedido* que é deduzido, com base em determinados fundamentos. Daí *pretensão* ganha contornos ‘processuais’ e passa a designar o objeto do processo, isto é, o pedido à luz de uma causa de pedir; isso é o que se entende por *mérito*” (*Curso...*, vol. I, p. 28).

capaz de debelar uma certa crise jurídica, e, com isso, dar acesso a determinado bem da vida.

Trata-se de definição que, além de deixar claro, como acima mencionado, que a pretensão caracteriza-se como um *ato* - uma declaração de vontade, e não um direito -, procura explicitar a *dupla direção* por ela ostentada⁴⁸: dirige-se à obtenção de um provimento judicial que seja adequado à realidade daquela específica crise⁴⁹ e que, por sua vez, seja capaz de proporcionar, ao demandante, a obtenção do bem da vida desejado. Têm-se, aí, respectivamente, o que se chama de *pedido imediato* e de *pedido mediato*, em que, como veremos, se traduz a pretensão processual.

Pelo que se procurou esclarecer no início do capítulo, dizer que as pretensões formam o objeto do processo significa dizer que é em torno delas que gravitará toda a atividade processual, que se destinará, no procedimento cognitivo, a julgá-las, para conceder, ou não, ao autor provimento capaz de dar acesso ao bem da vida desejado. A ideia é válida, ainda, para o processo de execução, em que a pretensão não é levada a julgamento, mas apenas à efetivação⁵⁰.

Pode-se dizer, por exemplo, que o procedimento cognitivo é todo voltado e estruturado para o julgamento do mérito: inicia com a apresentação de uma ou mais pretensões pelo autor, seguida de posterior resistência ou mesmo pedidos do réu (fase postulatória); analisa-se a viabilidade do julgamento e são tomadas medidas necessárias para que possa ele ocorrer (fase de saneamento e organização); são coletados elementos de que o juiz necessita para avaliar os fundamentos que sustentam cada um dos pedidos e correspondentes defesas (fase instrutória/probatória); por fim, julga-se a causa (fase decisória)⁵¹. É elucidativa, nesse contexto, a frase de Jaime Guasp, no sentido de que a pretensão é responsável pelo nascimento, manutenção e conclusão do processo⁵².

⁴⁸ Assim, mais uma vez: DINAMARCO, Cândido Rangel. “O conceito de mérito em processo civil”, n. 152, p. 301-305.

⁴⁹ Sobre as diversas modalidades de crise jurídica que podem dar azo à atuação jurisdicional, conferir o item n. 1.13, *infra*.

⁵⁰ Sobre o mérito no processo de execução: DINAMARCO, Cândido Rangel. “O conceito de mérito em processo civil”, p. 329-331. Vale mencionar, ainda, o recente trabalho de Heitor Sica, que analisou o tema em perspectiva crítica e inovadora, a fim de revisitar as relações entre cognição e execução: SICA, Heitor Vitor. *Cognição do juiz...*, *passim*, esp. p. 91-133.

⁵¹ Nesse sentido, é interessante conferir o que escreve Jaime Guasp: “Qual será, então, o núcleo objetivo central de um processo, o ente de realidade ideal a que se reconduzem as distintas atividades dos diversos sujeitos processuais? Não há mais que um possível elemento objetivo básico do processo: a pretensão que uma parte dirige frente à outra e ante o Juiz. Em torno desta reclamação giram todas e cada uma das

Não se deve, é claro, confundir o objeto do processo com o seu *objetivo*, sua finalidade, que é o de possibilitar a prestação da tutela jurisdicional, para que sejam alcançados os diversos escopos que por meio dessa se busca concretizar⁵³. De toda sorte, se é certo que a jurisdição tem variados objetivos, não menos verdade é que o alcance de cada um deles se dá na medida em que as pretensões que lhe são apresentadas são julgadas (e efetivadas). É por meio de pretensões que um dado conflito de interesses é levado à apreciação jurisdicional, e é na medida em que se dá a elas o devido “tratamento”⁵⁴ que se pode dar proteção a um determinado direito carente de tutela. Trata-se de consequência da inércia da função jurisdicional, que mantém o juiz adstrito aos limites da demanda.

1.5. (Segue) A perspectiva da tutela jurisdicional

A ideia de que o objeto do processo é formado pelas pretensões deduzidas em juízo se afina com outra mais geral, brevemente afirmada no início do capítulo, no sentido de que a definição do objeto do processo relaciona-se com a fixação dos *limites da tutela jurisdicional* a ser prestada num determinado caso concreto. Passemos, então, a analisar o tema a partir da noção de tutela jurisdicional, que pode fornecer interessante perspectiva para nosso objeto de estudo⁵⁵.

Não se pretende, nesta sede, enfrentar a secular disputa em torno da definição de jurisdição, suas características e os critérios que a diferenciam das demais formas de

vicissitudes processuais. A iniciação do processo, a instrução do mesmo (por exemplo, a prova no processo de cognição ou a realização dos bens no processo de execução) e a decisão, sobretudo (já que na decisão do juiz ninguém deixará de ver o ato culminante de todo o processo), tem uma só e exclusiva referência: a pretensão da parte (*La pretensión procesal*, p. 37 – tradução livre).

⁵² *La pretensión procesal*, p. 54.

⁵³ É o que adverte Sidney Sanches (“Objeto do processo e objeto litigioso do processo”, p. 32-34).

⁵⁴ Acolhe-se, aqui, a terminologia sugerida por Heitor Sica, que fala em *tratamento* do objeto litigioso do processo para retratar o que ocorre no processo executivo, justamente por ser, o termo, mais amplo do que julgamento, mais consentâneo à atividade cognitiva (*Cognição do juiz...*, p. 27, nota 27).

⁵⁵ A valorização da *tutela jurisdicional* enquanto conceito útil para a ciência processual deve-se, entre nós, a Cândido Dinamarco, que, em pioneiro estudo (“Tutela jurisdicional”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. n. 171-187, p. 351-392), destacou a importância do tema no contexto das atuais preocupações do direito processual: “A reabilitação do conceito de tutela jurisdicional [...] tem o valor sistemático de permitir afirmações como essa de inclusão dos bons resultados justos do processo no contexto metodológico do direito processual. [...] Falar em *tutela jurisdicional*, nesse contexto moderno, constitui legítimo desdobramento do postulado da *instrumentalidade do processo*. O retorno ao tema harmoniza-se com a tendência do sistema processual *pelo ângulo externo*, em contraposição ao método introspectivo que os estudos dogmáticos principiaados no século passado propiciaram” (p. 353).

manifestação do poder. Basta, para os nossos propósitos, definir o que se entende por *tutela jurisdicional*.

Para tanto, adotamos, neste trabalho, a concepção de que a tutela jurisdicional retrata os *efeitos* decorrentes da atividade processual; o *resultado* que o processo, enquanto instrumento de atuação da função jurisdicional, é capaz de outorgar, sobretudo em favor da parte que esteja amparada pelo direito material⁵⁶. Essa ideia carece de alguma explicação.

Inicialmente, partindo do pressuposto de que tutela nada mais é que amparo, proteção, pode-se dizer, grosso modo, que a tutela jurisdicional é uma espécie de proteção outorgada pela atuação da jurisdição às pessoas que dela necessitam e que a ela façam *jus*⁵⁷.

Essa proteção, tendo em vista o papel da jurisdição no sistema de direitos, apoia-se, sempre, em razões jurídicas, de modo que não são dela merecedores todos os que participam do processo, mas, de modo mais restrito, apenas aqueles litigantes cujas razões estejam amparadas pelo direito material. Pode-se dizer, portanto, que a tutela jurisdicional prestada num determinado processo destina-se sobretudo ao *vencedor*. Quanto ao vencido, recebe, reflexamente, uma proteção de menor intensidade, no sentido de que não terá sua esfera jurídica atingida além do necessário para que se possa efetivar a tutela ao vencedor. De toda sorte, a tutela jurisdicional *plena* é destinada exclusivamente ao litigante que tem *razão*⁵⁸.

⁵⁶ É esta, em síntese, a conhecida proposta de Cândido Rangel Dinamarco (“Tutela jurisdicional”, n. 171-187, p. 351-392; esp. n. 175, p. 366-368), em que nos apoiamos neste momento. Tal perspectiva, embora com algumas variações, é semelhante à que se adota em: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 31-55; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 259-266; LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010. n. 2, p. 13-17; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 103-111; SICA, Heitor Vitor. “Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil”. In: *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Org.: Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 445-448; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2006. p. 23-34.

⁵⁷ Com isso, queremos ressaltar, com apoio em Dinamarco (“Tutela jurisdicional”, n. 181, p. 379-383), que se trata de uma *tutela destinada às pessoas, e não aos direitos*, embora, como afirmamos em seguida, ela se apoie em *razões jurídicas*. Para uma análise crítica dessa ideia, vale conferir o que escreve Alvaro de Oliveira (*Teoria e prática...*, p. 107-108), que prefere falar em “tutela do patrimônio jurídico”.

⁵⁸ É essa a sempre citada lição de Enrico Tullio Liebman: “Naturalmente, só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente” (*Manual de direito processual civil*, vol. I. 3ª ed. Trad.: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. n. 71, p. 195).

Para essa proteção, interessam, como dito, os *resultados* que a atividade jurisdicional é capaz de entregar, ou, de modo mais exato, os *efeitos* que a atuação estatal é apta a provocar sobre a vida das pessoas.

Assim, embora se possa, com apoio em autorizada doutrina, dizer que também os *meios* predispostos à obtenção desses resultados, com os princípios e garantias inerentes ao devido processo legal, integram a ideia de tutela jurisdicional - na medida em que outorgam proteção ao jurisdicionado frente ao poder estatal⁵⁹ -, parece-nos que o fundamental, aqui, é a perspectiva dos efeitos concretos a serem produzidos. Afinal, não parece haver dúvidas de que aquele que busca o amparo da jurisdição o faz, em última instância, com vistas à obtenção da efetiva melhoria de sua situação com relação a um bem ou situação imaterial.

Se, como dito, a tutela jurisdicional traduz os efeitos a serem produzidos em favor da parte que esteja amparada pelo direito material, parece claro que, em relação ao processo ou fase de conhecimento, essa proteção, de modo pleno, pode ser outorgada tanto em favor do autor quanto do réu, conforme seja a sentença de procedência ou de improcedência.

Quanto ao autor, a tutela consistirá na emissão de um provimento capaz de produzir o efeito *meramente declaratório, constitutivo* ou *condenatório* pretendido, e que seja capaz de lhe garantir o acesso ao bem da vida reclamado. Há, porém, uma importante distinção a ser ressaltada: diferentemente do que se passa com o comando condenatório, os provimentos declaratório e constitutivo prescindem de qualquer atuação no mundo dos fatos, já que o efeito pretendido é o simples reconhecimento ou alteração de uma determinada situação jurídica, o que se resolve no plano dos enunciados jurídicos. Por tal razão, as sentenças declaratória e constitutiva são capazes, por si só, de satisfazer o interesse do demandante e, assim, prestar-lhe tutela jurisdicional que se pode dizer plena.

O provimento condenatório, por outro lado, não é dotado de tal potencialidade: diante de uma crise de adimplemento, a satisfação do interesse do autor depende da adoção

⁵⁹ Esse aspecto é ressaltado por Cândido Dinamarco, que, entretanto, afirma se tratar de uma tutela “de menor intensidade e sem efeitos diretos na vida de cada um, por ser instrumental” (“Tutela jurisdicional”, p. 369). Flávio Yarshell (*Tutela jurisdicional*, p. 26-32) e Heitor Sica (“Velhos e novos institutos...”, p. 446-447), por sua vez, parecem alçar a tutela outorgada pelos meios ao mesmo patamar daquela consistente nos efeitos decorrentes da função jurisdicional. Essa perspectiva é criticada por Alvaro de Oliveira, para quem a inclusão dos meios no conceito de tutela jurisdicional “implica elasticê-lo demasiadamente, o que não contribui para melhor compreensão do tema” (*Teoria e prática...*, p. 105, nota 5).

de medidas práticas capazes de, no plano dos fatos, levar ao mesmo resultado que seria obtido caso o requerido houvesse cumprido a prestação a que estava obrigado. Não basta, portanto, a condenação do réu; a entrega de tutela jurisdicional plena dependerá, nesses casos, da adoção de medidas executivas, capazes de substituir a atuação do devedor, ou, então, de força-lo a realizar a prestação até então inadimplida.

Dessas considerações, é possível extrair a ideia de que não se deve, de modo algum, confundir tutela jurisdicional com sentença de mérito: a tutela, enquanto proteção a ser outorgada ao litigante que tem razão, deve ser vista, sempre, pela ótica dos efeitos concretos necessários para debelar a crise jurídica levada à apreciação judicial⁶⁰. Há situações, como aquelas derivadas de crises de certeza ou de situação jurídica, em que a simples prolação de decisão é capaz, por si só, de outorgar a proteção necessária. Por outro lado, diante de uma crise de adimplemento, a sentença, embora necessária nos casos em que inexista título extrajudicial, é apenas um primeiro passo em direção à efetiva prestação da tutela jurisdicional, que, na ausência de espontânea colaboração do devedor, dependerá da atuação dos meios executivos⁶¹.

Já em relação ao réu, a tutela plena a ser entregue no processo de conhecimento consiste na improcedência da pretensão em face dele deduzida, decisão esta que tem por conteúdo a *declaração* de que o autor não tem direito ao provimento pleiteado, ao menos com base nos fundamentos então deduzidos. Pode-se dizer, é claro, que também nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito o réu receba algum tipo de proteção, já que a sentença equivale à rejeição das pretensões em face dele deduzidas; trata-se, entretanto, de tutela de menor intensidade, já que não há, nesse caso, o reconhecimento da inexistência do direito do autor⁶².

⁶⁰ Nesse sentido, de modo especialmente enfático, conferir, com grande proveito: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso...*, vol. 1, p. 259-266.

⁶¹ É exata, assim, a classificação proposta por Marcelo Lima Guerra, para quem, do ponto de vista da tutela jurisdicional, as sentenças declaratórias e constitutivas são *autossuficientes*, ao contrário das sentenças condenatórias, que seriam meramente *instrumentais* (*Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 23-27), mesma nomenclatura que, na doutrina italiana, já havia sido utilizada por Italo Andolina (*'Cognizione' ed 'esecuzione forzata' nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 3-4). Em sentido semelhante, Cassio Scarpinella Bueno fala que as tutelas declaratória e constitutiva são *intransitivas*, por não dependerem de atividade jurisdicional complementar para se fazerem efetivas, ao passo que as tutelas condenatória, executiva e mandamental são *transitivas* (*Curso...*, vol. 1, p. 307-322).

⁶² Assim: DINAMARCO, Cândido Rangel. "Tutela jurisdicional", p. 383-384. Em sentido parcialmente diverso, negando que, nos casos de extinção do processo sem resolução do processo, haja alguma espécie de tutela jurisdicional, já que a decisão não se baseia no direito material: YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, p. 24, nota 4.

A realidade é um pouco distinta, por sua vez, no processo ou fase executiva: por se tratar de atuação que visa, apenas, à satisfação da pretensão do exequente, e não ao seu julgamento, pode-se dizer que a tutela, de modo pleno, é destinada apenas ao autor. Quanto ao réu, a tutela possível de ser obtida é aquela, de menor intensidade, consistente na extinção decorrente de alguma causa de inadmissibilidade da tutela executiva. Excepcionalmente, porém, é possível que ao réu seja prestada verdadeira e plena tutela jurisdicional, nos casos em que for admissível, no próprio procedimento executivo, o reconhecimento da inexistência do direito, como ocorre com a impugnação ao cumprimento de sentença fundada nas hipóteses do art. 525, § 1º, III e VII do CPC/15, ou, ainda, nas situações em que, pela via da exceção de pré-executividade, se obtém o reconhecimento do pagamento, prescrição, ou outro fato extintivo do crédito.

Aproximando tais considerações do tema do presente capítulo, é de se lembrar que, como dissemos, deduzir uma pretensão nada mais é do que requerer a prestação de tutela jurisdicional. Disso se pode extrair, então, que apenas deve ser considerado uma pretensão o ato de um sujeito que é capaz de interferir nos limites da tutela jurisdicional que pode ser prestada numa situação, ou, dito de outro modo, o ato que, efetivamente, é capaz de *fixar ou ampliar os efeitos ou resultados* que podem ser produzidos por um determinado processo.

É importante esclarecer, todavia, que, conforme as premissas assentadas a respeito da relação entre objeto do processo e objeto da decisão⁶³, é possível que haja a produção de efeitos externos ao processo a partir de um conteúdo que não integra, propriamente, o mérito da causa. Basta que se trate de alguma daquelas situações mencionadas em que o juiz está autorizado a decidir, em caráter principal, fora do objeto do processo, ou, ainda, nos casos, patológicos, em que ele assim o faz de maneira equivocada. Pode-se dizer, portanto, que nem todo resultado produzido no processo decorre de seu objeto litigioso.

O que queremos ressaltar, porém, é que, no sentido oposto, como dissemos, apenas pode ser considerado uma pretensão (pedido de tutela jurisdicional), e, assim, como integrante do objeto do processo, o ato da parte que, de fato, é capaz de alterar os efeitos que de um processo podem advir. Assim, se há a possibilidade de efeitos externos a partir da análise de um conteúdo que não consta do objeto litigioso, o oposto não é verdadeiro:

⁶³ Ver, *supra*, o item n. 1.2.

não faz sentido afirmar que uma manifestação da parte integra o mérito da causa, se ela não é capaz de interferir nos possíveis efeitos a serem produzidos pelo processo.

Essa ideia, como se verá, conquanto aparentemente simples, é de grande utilidade para afastar do objeto do processo determinadas manifestações ou conteúdos cuja análise não é capaz de alterar os resultados que o processo pode produzir. Mais especificamente: a partir dessa premissa, de pode descartar que determinados atos praticados pelas partes sejam capazes de ampliar o objeto do processo, justamente porque não interferem nos efeitos que podem decorrer da atuação jurisdicional naquela situação específica.

É o que, como veremos, se passa com o exercício do direito de defesa, que visa, tão somente, à rejeição das pretensões deduzidas pela parte contrária, resultado esse que, a bem da verdade, pode ser alcançado sem qualquer manifestação do demandado. Exatamente por isso, como veremos à frente, a defesa do réu, em regra, não é capaz de alterar o objeto do processo.

1.6. (Segue) A situação jurídica substancial

Diferentemente do que se passou no direito brasileiro, a ideia de que o objeto do processo seria a pretensão processual não encontrou grande aceitação na doutrina italiana. Se no passado os autores daquele país tratavam dos problemas inerentes à identificação da *res in iudicium deducta* a partir do conceito de ação e de seus elementos constitutivos, o que se viu posteriormente foi uma tentativa de aproximar o tema do direito material. Sustenta-se, então, que o objeto do processo seria a *situação jurídica substancial afirmada em juízo*⁶⁴.

Trata-se de tendência que, de certo modo, já se pode verificar na obra de Ernesto Heinitz⁶⁵⁻⁶⁶. Recebeu, posteriormente, relevante contribuição de Elio Fazzalari⁶⁷, e

⁶⁴ Vale mencionar que, a partir da década de 60, com os trabalhos de Henckel (1961), Georgiades (1968) e Rimmelpacher (1970), também na doutrina alemã surgiu forte tendência de tratar do objeto do processo a partir do direito substancial. A este respeito, tratando da disputa surgida entre as noções substancialista e processualista, com defesa dessa última: HABSCHEID, Walter W. “L'oggetto del processo...”, p. 454-464. Para uma resenha detalhada das ideias de Henckel e Georgiades, conferir, com proveito: CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale...”, p. 62-67. Antes mesmo, aliás, Lent já havia sustentado noção que se pode dizer substancialista. Sobre a teoria desse último: CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale...”, p. 50-54; TARZIA, Giuseppe. “Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo”. In: *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM, 1989. n. 3-4, p. 109-113.

⁶⁵ Como explica Ricardo Leonel, “a inclusão da contribuição de Heinitz no contexto da doutrina italiana deve-se ao fato de que a obra monográfica na qual tratou largamente do tema foi elaborada pelo doutrinador

encontrou, no sempre citado trabalho de Augusto Cerino Canova⁶⁸, sua mais bem acabada formulação. Atualmente, trata-se de noção corrente na doutrina italiana⁶⁹, adotada, embora com variações, por autores como Corrado Ferri⁷⁰, Sergio Menchini⁷¹, Andrea Proto Pisani⁷², Claudio Consolo⁷³ e Crisanto Mandrioli⁷⁴.

Passemos, então, a tecer algumas considerações em relação a essa concepção, a fim de verificar de que maneira ela se adequa à realidade do direito brasileiro, e como ela se insere nas noções que desenvolvemos anteriormente, a partir, sobretudo, da análise do objeto do processo pela perspectiva da tutela jurisdicional.

Apesar das notáveis diferenças que se pode ver entre os autores acima mencionados, a ideia por eles compartilhada é a de que o objeto do processo seria, como dito, a situação jurídica substancial afirmada pelo autor. Toda demanda, ao trazer a juízo uma dada crise jurídica, contém a afirmação de um direito material que, no entender do requerente, lhe colocaria em uma posição de vantagem perante a ordem jurídica e, assim, lhe daria acesso ao bem da vida pretendido. Seria, então, em torno da existência e realização concreta desse direito material – meramente afirmado – que se desenvolveriam as atividades processuais, e seria ele o objeto da decisão e da coisa julgada.

austriaco durante o período em que viveu em Florença como professor convidado” (*Causa de pedir e pedido...*, p. 70-71).

⁶⁶ Sobre a obra de Heinitz, é necessário esclarecer que, embora se apoie na noção de pretensão processual, e trate da disputa entre as teorias da substanciação e da individualização, parece ter o claro propósito de, ao se posicionar em favor dessa última, buscar uma construção do objeto do processo que aproxime direito material e processo, a partir da identificação do direito substancial deduzido. É o que se vê em: *I limiti oggettivi...*, n. 13-15, p. 143-165. Sobre a teoria de Heinitz, vale conferir, por todos, a excelente síntese realizada por José Ignácio Botelho de Mesquita (“A causa *petendi...*”, p. 142-146).

⁶⁷ *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 109-161. Sobre a teoria de Fazzalari, ver, com grande proveito: TUCCI, José Rogério Cruz e. “A denominada ‘situação substancial’ como objeto do processo na obra de Fazzalari”. In: *Revista de processo*, n. 68. São Paulo: RT, 1992. p. 271-281.

⁶⁸ “La domanda giudiziale...”, *passim*, esp. n. 15 (p. 139-146) e n. 25-26 (p. 221-228).

⁶⁹ Para mais referências acerca do tema na doutrina italiana, ver, com proveito: DALFINO, Domenico. *Questioni di diritto e giudicato...*, p. 31-32, nota 9.

⁷⁰ *Profili dell'accertamento costitutivo*. Padova: CEDAM, 1970. p. 11.

⁷¹ *I limiti oggettivi...*, p. 9-57, esp. p. 45-50.

⁷² “Dell’esercizio dell’azione”. In: *Commentario del codice di procedura civile diretto da Enrico Allorio*. Torino: UTET, 1973. n. 5-7, p. 1055-1065; *Lezioni di diritto processuale civil*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2006. p. 56-63.

⁷³ “Domanda giudiziale”. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. VII. Torino: UTET, 1998. n. 12, p. 66-67.

⁷⁴ “Riflessioni in tema di ‘petitum’ e di ‘causa petendi’”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1984. esp. n. 5, p. 472-474.

Por trás dessa concepção há, como parece claro, a preocupação de fundo de buscar uma maior aproximação entre o direito material e o processo, ressaltando, com isso, o caráter instrumental desse em relação àquele. Segundo se afirma, a noção de objeto do processo centrada na pretensão processual, ou isoladamente em um dos elementos da demanda, seria demasiadamente abstrata e despreocupada com a realidade dos conflitos levados à apreciação judicial⁷⁵⁻⁷⁶.

Nesse esquema, a identificação do objeto do processo, em vez de focar na pretensão ou nos elementos da demanda, tem, como ponto de partida, as peculiaridades das diversas modalidades de direito material que podem ser trazidas a juízo. A partir disso, então, é que se procura aferir os elementos necessários à individualização da específica situação jurídica substancial afirmada na demanda⁷⁷.

É importante esclarecer que a concepção ora analisada não negligencia a importância dos elementos da demanda para fins de identificação do objeto do processo. O que se busca, entretanto, não é, abstrata e aprioristicamente, definir qual ou quais deles formam o mérito da causa, mas, na verdade, partindo da situação substancial deduzida, verificar quais são os elementos que, em conjunto, se prestam a individualizá-la. Partes, pedido e causa de pedir, portanto, ao invés de serem considerados isoladamente, são coordenados, na medida em que forem necessários para o fim de identificar o direito material⁷⁸.

⁷⁵ Nesse sentido, ao comparar a doutrina italiana, centrada na situação substancial, à alemã, baseada na pretensão processual, escreve Sergio Menchini que “nos parece que a diferença mais significativa entre a nossa doutrina, que se ocupou das relações entre direito e processo, e alemã sobre *Streitgegenstand*, seja o fato de que essa manteve as pesquisas sob um plano estritamente teórico, enquanto aquela, alterando o método de pesquisa, motivou-se pelos específicos casos concretos, para chegar depois a uma noção geral, capaz de fornecer a esses soluções satisfatórias” (*I limiti oggettivi...*, p. 23, nota 34 – tradução livre). Em sentido semelhante, ainda: FAZZALARI, Elio. *Note in tema...*, p. 119; PISANI, Andrea Proto. “Dell’esercizio...”, p. 1058.

⁷⁶ Vale mencionar que, além disso, a doutrina italiana costuma recorrer a elementos extraídos de seu direito positivo – seja do Código de Processo Civil, seja do Código Civil, seja da Constituição – para afirmar o direito substancial como objeto do processo. Ver, para tanto: CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale...”, p. 126-127; CONSOLO, Claudio. “Domanda giudiziale”, p. 66; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, p. 48-50.

⁷⁷ Nesse sentido, de modo muito claro: PISANI, Andrea Proto. “Dell’esercizio...”, p. 1063-1065.

⁷⁸ “*Petiturum e causa petendi*, então, não são, em si mesmos, nada mais que angulações ou perspectivas do direito substancial afirmado, o qual é o verdadeiro e único objeto do processo, estando claro portanto que este objeto não se individualiza senão tendo em conta ambas as angulações” (MANDRIOLI, Crisanto. “Riflessioni in tema...”, p. 474). Sobre essa orientação, da doutrina italiana, de considerar, unitariamente, os elementos de fato e de direito, ver, com ampla indicação bibliográfica: DALFINO, Domenico. *Questioni di diritto e giudicato...*, p. 26-27, nota 48.

A doutrina, então, desenvolvendo antigas noções em torno das ações reais e das ações pessoais, chega, com grande refinamento, à conclusão de que, para fins de sua identificação em juízo, os direitos (e correspondentes demandas) podem ser divididos em duas categorias, de que falaremos adiante⁷⁹: de um lado, estão os direitos *autodeterminados*, que podem ser individualizados a partir de seu conteúdo, e, assim, podem ser identificados, quando deduzidos em juízo, apenas a partir do pedido e das partes; de outro, os direitos *heterodeterminados*, que carecem, para sua individualização, da referência a seu fato constitutivo, sendo, portanto, necessária a alusão à respectiva causa de pedir⁸⁰.

Antes de tudo, não há dúvidas do mérito de referidas construções, justamente por buscarem uma maior aproximação entre direito e processo, permitindo que a noção de objeto litigioso seja construída a partir dos influxos do direito material. O fato, porém, é que, segundo nos parece, uma adesão a tais ideias acabaria por trazer consequências incompatíveis com o sistema processual brasileiro.

Em primeiro lugar, não nos parece possível ignorar que, ao colocar a situação substancial afirmada no centro das preocupações para a delimitação do objeto do processo, a concepção ora analisada acaba por relegar, a um segundo plano, os *atos constitutivos* do direito afirmado em juízo⁸¹. Esses apenas teriam importância nas demandas heterodeterminadas, quando, então, são imprescindíveis para a delimitação do direito deduzido. Nos demais casos, os fatos, conquanto relevantes para o julgamento da causa, não teriam o papel de identificar a demanda. Muito embora diversos dos autores que assim se posicionam afirmem a superação da discussão entre as teorias da individualização e da substanciação, parece claro, aqui, um certo repúdio à teoria da substanciação, de que falaremos em seguida⁸².

⁷⁹ Ver, *infra*, o item n. 1.16.

⁸⁰ Esse é, em apertada síntese, o critério proposto por Cerino Canova (“La domanda giudiziale...”, n. 19-21, p. 172-191), adotado, por exemplo, por Claudio Consolo (“Domanda giudiziale”, n. 16-18, p. 71-75).

⁸¹ Nesse sentido, é elucidativa a distinção proposta por Cerino Canova sobre a relação entre fato e direito conforme uma visão substancial ou processual do fenômeno jurídico. Esclarece o autor que, enquanto no plano material, a relação entre fato e seus efeitos jurídicos é rígida e necessária, já que o direito decorre dos fatos, no plano processual os fatos são instrumentais ao efeito jurídico, já que esse é “*a priori* determinado, ainda que como afirmação a ser verificada” (“La domanda giudiziale...”, p. 141-142 – *tradução livre*).

⁸² Ver, *infra*, os itens n. 1.15 a 1.17.

Com isso, acaba-se por permitir uma maior flexibilização no que se refere à formação da matéria fática a ser analisada em juízo, sob dois distintos pontos de vista⁸³. Primeiramente, no que tange à sua iniciativa, a alegação de fatos constitutivos, ao menos nos casos em que esses não identifiquem a demanda, não seria necessariamente um ônus do requerente, podendo ser eles considerados até mesmo de ofício no momento do julgamento da causa, em casos nos quais o juiz possa extrai-los das alegações das partes ou do conjunto probatório formado⁸⁴. Além disso, a concepção acabaria por permitir um certo afrouxamento do sistema de preclusões, na medida em que a alegação de novos fatos constitutivos não representaria alteração da demanda e, assim, não se sujeitaria às regras de estabilização objetiva do processo⁸⁵.

Essas consequências, porém, parecem incompatíveis com o sistema processual brasileiro, que, apoiado num sistema rígido de preclusões, filia-se, como veremos, à teoria da substanciação, e, com isso, empresta grande relevância para os fatos constitutivos dos direitos deduzidos em juízo, de modo a considerar a sua alegação um ônus do demandante e, ainda, impedir a sua introdução após determinado momento do procedimento⁸⁶.

Poder-se-ia, é certo, pensar numa concepção para o *meritum causae* que, ao mesmo tempo em que coloca a situação substancial no centro de suas preocupações, considera, igualmente, que os fatos constitutivos são essenciais para fins de identificação da causa de pedir e, com isso, os sujeita à iniciativa da parte e às regras de estabilização da demanda. Trata-se de construção que, embora minoritária, já foi defendida entre nós em célebre

⁸³ Vale alertar que, na verdade, as consequências abaixo mencionadas não são inexoráveis, na medida em que, ainda quando não representasse alteração da demanda, o legislador poderia, por razões de técnica processual, impedir a alegação e/ou o conhecimento de fatos não alegados em determinados momentos do processo.

⁸⁴ Nesse sentido, Claudio Consolo admite que o monopólio das partes na alegação de fatos “pode muito bem ceder espaço em qualquer caso em que não se possa dizer violado o veto de utilização da ciência privada do juiz (fato emergente *ex actis* ou das provas colhidas ou ainda afirmadas por qualquer parte e fato notório)” (“Domanda giudiziale”, p. 70 – *tradução livre*). Para maior desenvolvimento dessa ideia, vale conferir, com grande proveito, o que escreve Sergio Menchini (“Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile”. In: *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. 3º. Milano: Giuffrè, 1993. p. 23-43, esp. p. 32-43), para quem, em se tratando de *fato constitutivo não essencial para a identificação do direito deduzido*, deve-se aplicar, à semelhança do que ocorre com os elementos de prova, o *princípio da aquisição*, no sentido de que “o fato jurídico, uma vez que emerja da discussão, se considera legitimamente ‘adquirido’ pelo juízo, ainda que na ausência de uma alegação ou instância subjetivamente qualificada (isto é, por obra do interessado)” (p. 41 – *tradução livre*).

⁸⁵ Nesse sentido, mais uma vez, Claudio Consolo afirma que, ao contrário do que ocorre nas demandas heterodeterminadas, “nas demandas autodeterminadas por si só não implica mutação a dedução de uma diversa razão, ainda que baseada sobre a afirmação de diversas circunstâncias de fato” (“Domanda giudiziale”, p. 92 – *tradução livre*).

⁸⁶ Ver, *infra*, o item n. 1.17.

estudo⁸⁷, e, que se apoia na circunstância de que, seja no CPC/39 (art. 158, III), seja no de 1973 (art. 282, III), seja no diploma hoje vigente (art. 319, III), exige-se do requerente que indique, em sua petição inicial, “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”.

Essa última ideia, todavia, conquanto engenhosa, parece esbarrar em outra noção consagrada na tradição do processo civil brasileiro. É que, ao vincular o objeto do processo à relação jurídica afirmada na petição inicial, acaba por reduzir drasticamente o alcance da máxima *iura novit curia*. Como veremos adiante⁸⁸, a despeito da ausência de regra expressa nesse sentido, é consagrado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras, o entendimento de que, mantidos os fatos alegados na inicial, o juiz é livre para julgar os pedidos deduzidos com base em qualificação jurídica diversa daquela realizada pelo demandante. E, ao realizar esse reenquadramento jurídico, é possível que o julgador, efetivamente, apoie-se em situação jurídica distinta daquela afirmada na inicial.

Por outro lado, entender que o objeto do processo consiste no direito material afirmado equivale, a princípio, a impedir que o juiz, efetivamente, dê novo enquadramento jurídico para os fatos narrados na petição inicial sempre que isso for capaz de alterar aquela situação jurídica⁸⁹. Reduz-se em muito, com isso, o alcance da máxima *iura novit curia*, que se limitaria à possibilidade de que o juiz realize eventual *correção* da qualificação jurídica feita pelo demandante⁹⁰.

Considerar, assim, que o juiz está adstrito a julgar a pretensão deduzida com base não apenas nos fatos constitutivos deduzidos, mas, ainda, na específica relação jurídica afirmada, equivale a restringir demasiadamente as possibilidades de julgamento da causa em um determinado processo e, o que parece pior, o alcance da coisa julgada, que teria sua

⁸⁷ Referimo-nos, aqui, ao pensamento de José Ignácio Botelho de Mesquita (“A causa *petendi*...”, p. 154-155). Recentemente, ainda, Otávio Domit sustentou posição semelhante, com base justamente, na ideia, aqui examinada, de que o objeto do processo seria a situação substancial afirmada (*Iura novit curia*..., p. 224-285).

⁸⁸ Ver, *infra*, o item n. 1.19.

⁸⁹ É o que sustenta, por exemplo, Ernesto Heinitz: “O juiz pode – e deve – aplicar um outro ponto de vista jurídico, não colocado em relevo pela parte. Mas ele não pode afirmar um direito diverso daquele pleiteado pelo autor” (*I limiti oggettivi*..., p. 161 – tradução livre). Na recente doutrina brasileira, foi, ainda, o que sustentou Otávio Domit, justamente com base na situação substancial como objeto do processo: “Com efeito, quando a modificação da fundamentação jurídica puder afetar a indicação da situação jurídica tutelável afirmada pelo demandante, fazendo o processo redirecionar suas atenções para situação jurídica que, embora potencialmente passível de proteção a partir dos fatos narrados, extrapola o objeto da demanda, não será possível ao órgão judicial alçar mão da máxima *iura novit curia* para acolher o pedido formulado por fundamentos jurídicos não articulados” (*Iura novit curia*..., p. 290).

⁹⁰ Uma vez mais, é importante alertar que não se trata de consequência inafastável. Cerino Canova, por exemplo, tem visão mais ampla a respeito do *iura novit curia*, semelhante à que defendemos no presente trabalho (“La domanda giudiziale...”, p. 188-191).

eficácia preclusiva limitada àquela específica situação jurídica. Bastaria, assim, a alteração do enquadramento jurídico proposto, para que fosse permitida a propositura de nova demanda, ainda que tenha como base os mesmos fatos constitutivos narrados, e pretenda a produção dos mesmos efeitos jurídicos já negados⁹¹.

Em resumo: por mais, como dito, que se possa elogiar a proposta de colocar a situação jurídica afirmada como objeto do processo, trata-se de concepção que não se adequa ao direito processual civil brasileiro, que, ao mesmo tempo em que estrutura um rígido sistema de preclusões quanto à alegação de matéria fática, dá ao juiz ampla margem para requalificar juridicamente esses fatos, com vistas ao julgamento da pretensão deduzida. Como afirmado, limitar o juiz à específica situação jurídica afirmada na petição inicial teria consequências pouco operativas, na medida em que restringiria demasiadamente as possibilidades de julgamento e, ainda, o alcance da coisa julgada.

Por todos esses motivos é que, como procuramos sustentar, o fundamental, para definir o objeto do processo no processo civil brasileiro, é identificar as pretensões processuais deduzidas em juízo, ou, dito de outro modo, a tutela jurisdicional requerida. Julgar o mérito da causa não significa, assim, aferir se existe ou não a situação jurídica substancial afirmada na inicial, mas, na verdade, definir se o demandante faz jus à produção dos efeitos pretendidos⁹².

Isso não significa, todavia, que a análise do direito material não tenha importância fundamental durante todo o processo e, sobretudo, no momento do julgamento. O processo

⁹¹ Não por outra razão, assume grande relevância, para quem afirma que o objeto do processo é a situação jurídica substancial, a distinção entre as hipóteses de *concurso de direitos* e *concurso de normas*, vez que apenas naqueles primeiros casos há, de fato, uma pluralidade de direitos, de modo que a coisa julgada formada em relação a um deles não impede a dedução do outro em juízo. Já nos casos de mero concurso de normas, a alteração do enquadramento jurídico de uma dada situação não conduz, efetivamente, a um distinto direito material, de modo que, uma vez formada a coisa julgada, a mera alteração de perspectiva jurídica não possibilita a repositura da demanda. Sobre o assunto, vale conferir as minuciosas exposições que constam em: HEINITZ, Ernesto. *I limite oggettivi...*, n. 16, p. 165-187; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, p. 197-357.

⁹² Embora voltadas ao direito processual alemão, parece-nos exatas, conforme o que sustentamos no texto, as palavras de Walter Habscheid: “Para nós, é a pretensão (as conclusões) do autor que nos diz o que ele espera do juiz: condenação do réu ao pagamento de 1000 DM, restituição de um automóvel ou de um outro objeto, declaração do direito de propriedade, anulação ou desfazimento de um matrimônio etc.: o escopo da demanda não depende do direito subjetivo individualizado por uma qualificação da lei substancial” (“L’oggetto del processo...”, p. 458-459 – *tradução livre*). Afinal, como lembra Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, “o foco principal do pedido de tutela jurisdicional é a ‘melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupos de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada’, pouco importando para as partes, na grande maioria dos casos, o fundamento jurídico que justificará o acolhimento do pedido” (*Limites objetivos...*, p. 83).

é, efetivamente, instrumento de atuação da ordem substancial e, como dissemos, a prestação da tutela jurisdicional só se faz legítima quando apoiada em razões jurídicas.

Assim, não há dúvidas de que, ao demandar, o requerente efetivamente deve afirmar a existência de uma situação substancial capaz de lhe dar acesso à tutela pretendida, como se pode extrair da exigência de que a petição inicial indique os *fundamentos jurídicos* do pedido (CPC/15, art. 319, III). Como veremos, aliás, toda demanda deve ter, em regra, por conteúdo mínimo, uma situação jurídica, e não apenas os elementos integrantes de sua *fattispecie*⁹³. O direito material alegado, ademais, conquanto não vincule o juiz no momento do julgamento, repercute em outros quadrantes do processo, como, por exemplo, na determinação da competência⁹⁴.

Além disso, é evidente que, no curso do processo, as situações jurídicas substanciais que podem justificar a concessão da tutela jurisdicional requerida serão objeto das atenções dos sujeitos processuais, balizando seus comportamentos. No momento do julgamento, por sua vez, o juiz, para decidir a respeito da concessão da tutela pretendida, precisará, necessariamente, afirmar a existência ou a inexistência de determinada situação substancial⁹⁵.

O que se quer deixar claro, porém, ao descartar a situação substancial enquanto objeto do processo, é o fato de que nem o juiz nem as partes estão vinculados ao específico direito material afirmado inicialmente. No processo civil brasileiro, é a tutela jurisdicional requerida que se coloca no centro das atenções, de modo que, para concedê-la ou rejeitá-la, o juiz, desde que não extrapole os limites da demanda, pode valer-se de outras situações substanciais, distintas daquela afirmada.

Haverá, porém, um grupo de hipóteses em que a situação substancial exercerá papel decisivo na identificação do objeto do processo. Referimo-nos, aqui, às demandas declaratórias, em que a pretensão se volta ao reconhecimento da existência, inexistência ou

⁹³ Ver, *infra*, o item n. 1.9.

⁹⁴ Assim: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, p. 153.

⁹⁵ Nesse sentido, embora se utilize dessa constatação para posteriormente criticar a teoria da pretensão processual como objeto litigioso, é o que escreve Sergio Menchini: “A propósito, parece certo o seguinte dado: o juiz, para conceder ou então negar ao autor a tutela requerida, deve aplicar o direito objetivo aos fatos alegados, deve, isto é, declarar existente ou então inexistente uma ou mais situações subjetivas substanciais. [...] Sobre o ponto de que, ao menos no momento da decisão, a pretensão processual é especificada mediante a referência às figuras substanciais, subsiste consenso geral” (*I limiti oggettivi...*, p. 51 – *tradução livre*). De modo semelhante, em perspectiva crítica à teoria da substanciação: HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi...*, p. 158-159.

modo de ser de uma dada relação jurídica (CPC/15, art. 19, I). Nesses casos, não se pode negar que a atividade processual se voltará à análise de uma específica situação jurídica, e que o reconhecimento de seu modo de ser, de sua existência ou de sua inexistência será, efetivamente, a essência do julgamento de mérito.

Segundo nos parece, porém, isso não significa uma verdadeira exceção à ideia de que o objeto do processo é formado pela pretensão deduzida em juízo, e que sua identificação leva em consideração a tutela jurisdicional pleiteada. É que, nessas situações, a tutela jurisdicional requerida, o efeito que se pretende ver produzido, é, justamente, o reconhecimento oficial acerca de um específico direito material⁹⁶.

Já nas demandas condenatórias e constitutivas, a existência do específico direito à prestação ou direito potestativo afirmado não compõe o objeto do processo pelo fato de que, como dito, desde que se restrinja ao efeito pleiteado e aos fatos narrados, o julgador pode se basear em outra situação subjetiva, sem que, com isso, extrapole os limites da demanda. Em outras palavras: apesar de, nesses casos, ser ônus do autor afirmar a existência de uma situação substancial capaz de levar à tutela pretendida, o juiz pode concedê-la com base em outra.

É claro que, mesmo nesses casos, como se disse acima, o juiz, para acolher a pretensão condenatória ou constitutiva, precisará reconhecer a existência do direito à prestação ou do direito potestativo que autorize a produção do efeito requerido. Considerando, ainda, que as sentenças condenatórias e constitutivas contêm um *elemento declaratório*, ao qual se agrega o elemento condenatório (aplicação da sanção) ou constitutivo (modificação de uma situação jurídica)⁹⁷, não se pode negar que a situação

⁹⁶ Nesse mesmo sentido, Walter Habscheid escreve que “no caso da demanda declaratória de um direito de propriedade, de sucessão, ou de nulidade de um contrato, o autor faz valer um direito substancial juridicamente qualificado. Esta não é, porém, uma verdadeira exceção: se explica, na verdade, com a natureza mesma da ação declaratória de *uma dada relação jurídica*” (“L’oggetto del processo...”, p. 459 – *tradução livre*).

⁹⁷ Nesse sentido, sobre a estrutura das sentenças condenatórias e constitutivas, vale conferir o que, com apoio em Liebman, escreveu Dinamarco respectivamente em: “Sentença meramente declaratória, sentença condenatória e coisa julgada”, n. 538, p. 973-975; e “Momento de eficácia da sentença constitutiva”, n. 533, p. 957-962 (ambos os estudos estão recolhidos nos *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010). Também no mesmo sentido, afirmando a existência de um elemento declaratório nas duas categorias de sentença: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema”. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989. n. 4-5, p. 178-181; BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. n. 74, p. 139-141; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 3. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. n. 730-731, p. 32-34. Sobre a coisa julgada que, em ambas as categorias de sentenças, também se forma sobre o elemento declaratório: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 88-95.

substancial, conquanto não fosse o objeto do processo, passa, uma vez que seja reconhecida na sentença, a integrar o *objeto da decisão*, e, assim, estará sujeita também à coisa julgada material⁹⁸.

Isso não significa, pelas razões expostas, que essa situação substancial, que passa a integrar o objeto da decisão, seja efetivamente o objeto do processo. Não havendo vinculação ao direito material afirmado na inicial, haverá hipóteses em que, apenas no momento do julgamento do mérito – ou, mais exatamente, quando o juiz oportunizar às partes que se manifestem a respeito, nos termos do art. 10 do CPC/15⁹⁹ - é que se saberá, exatamente, qual é a situação substancial que passará a ser objeto da decisão. Nesse contexto, o máximo que se poderia dizer é que, ao deduzir um pedido condenatório ou constitutivo, o demandante também pretende a declaração de existência de alguma dentre as situações substanciais que, de acordo com os fatos narrados, poderiam embasar a concessão dos efeitos requeridos.

Com todas essas considerações, parece-nos estar suficientemente justificado o porquê de entendermos que, ao menos para o processo civil brasileiro, é adequado enxergar na pretensão processual (pedido de tutela jurisdicional) o objeto do processo. Passemos, então, na sequência, a analisar o tema a partir do princípio da demanda, e a forma como ele outorga às partes certa margem de liberdade na formação do objeto do processo, e de que maneira isso vincula a atuação do juiz no curso do procedimento.

1.7. Objeto do processo e princípio da demanda

É noção arraigada a de que a tutela jurisdicional, em regra, apenas pode ser prestada em decorrência de um ato de iniciativa do interessado, sendo vedado o exercício da jurisdição de ofício, sem que alguém venha a requerê-lo (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*). Fala-se, assim, na *inércia* como característica fundamental da jurisdição, que só atua quando provocada e na medida dessa provocação.

⁹⁸ Com base nessa ideia, parece-nos possível superar as críticas, feitas por Menchini, no sentido de que a doutrina que considera a pretensão processual o objeto do processo “provoca uma fratura entre sentenças declaratórias, de um lado, e decisões condenatórias e constitutivas, do outro lado: apenas as primeiras dariam certeza da existência ou não dos direitos e relações jurídicas, enquanto as segundas se limitariam a produzir uma modificação jurídica ou então a determinar que o réu deve adotar um certo comportamento, sem determinar qual direito é realizado pela sentença constitutiva ou à base de qual direito subjetivo a prestação é devida” (*I limiti oggettivi...*, p. 52-53 – tradução livre).

⁹⁹ Como veremos adiante (*infra*, n. 1.19), para que possa aplicar o *iura novit curia*, é dever do juiz oportunizar às partes que se manifestem a respeito do novo enquadramento jurídico.

Isso significa, inicialmente, que a *instauração* de um processo depende da manifestação do sujeito interessado, regra consagrada no art. 2º, primeira parte, do CPC/15. A norma, como se sabe, comporta exceções em algumas poucas situações nas quais o legislador permite a iniciativa *ex officio* do processo: no sistema do CPC/15 é o que ocorre, apenas, com os procedimentos de arrecadação da herança jacente (art. 738) e de arrecadação dos bens do ausente (art. 744)¹⁰⁰. Trata-se, de toda forma, de um número muito reduzido de exceções, que, em última análise, apenas confirmam a regra¹⁰¹.

O princípio se reflete, ainda, na *formação do objeto litigioso do processo*, que também está submetida ao monopólio das partes, cabendo a elas deduzir em juízo as pretensões (pedidos de tutela jurisdicional) que interessam ver julgadas (ou efetivadas). Também nesse campo são poucas as exceções, que não chegam a infirmar a regra.

Assim, o objeto da decisão de mérito – isto é, aquilo que é resolvido em caráter principal, e que se destina a produzir efeitos externos ao processo – é, em geral, definido pela parte, não podendo, o juiz, ir além das pretensões deduzidas, ou, ainda, deixar de apreciar uma delas (*ne iudex ultra vel extra petita partium iudicare debet*).

Para expressar essa ideia, é muito comum que se faça referência ao chamado *princípio dispositivo*, terminologia encontrada tanto entre autores brasileiros¹⁰² quanto na doutrina estrangeira¹⁰³. A expressão, todavia, por ser “altamente equívoca”¹⁰⁴, não é a mais adequada.

Isso porque, antes de tudo, parece associar o monopólio das partes na iniciativa do processo e na formação de seu objeto à disponibilidade do direito material em disputa, o

¹⁰⁰ Nesses casos, como lembra Dinamarco, a exceção se explica no fato de que, “justamente por inexistir sujeito algum interessado, ou por não se apresentar nenhum, sem a iniciativa judicial importantes providências deixariam de ser tomadas” (*Instituições...*, vol. II, p. 48). É interessante notar, ainda, que não se repetiu, no CPC/15, a possibilidade instauração de *inventário* de ofício (CPC/73, art. 989), sem dúvida a mais lembrada das exceções à inércia no sistema anterior.

¹⁰¹ É interessante, quanto ao ponto, referir ao que escreve Antonino Barletta, para quem, nos casos em que se permite a iniciativa do processo de ofício, o juiz exercita *função* verdadeiramente *distinta* daquela que geralmente lhe toca (*Extra e ultra petitione: studio sui limiti del dovere decisório del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 59-62).

¹⁰² Assim, por exemplo: MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 389-390.

¹⁰³ Apenas a título de exemplo, é o que se vê em autores que trataram do tema na doutrina alemã (JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad.: F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 1998. p. 131-134), espanhola (FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *El objeto del proceso...*, p. 10), italiana (MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, p. 280-281), e portuguesa (MENDES, João de Castro. *Limites objetivos...*, p. 110 e ss.).

¹⁰⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 88.

que, como veremos em breve, não se mostra acertado. Nessa linha, inclusive, há quem prefira utilizar a expressão para designar os reflexos que o caráter disponível do direito efetivamente produzem ao longo do processo, relativos, sobretudo, à ampla possibilidade da prática de atos de autocomposição (transação, reconhecimento jurídico e renúncia)¹⁰⁵.

Além disso, o princípio dispositivo também é frequentemente utilizado para se referir aos poderes das partes no âmbito interno do processo, ligados à direção do procedimento e, sobretudo, à iniciativa probatória. Fala-se, nessa linha, em processo de tipo dispositivo (ou adversarial) como aquele em que a direção do processo se concentra de forma mais acentuada nas mãos das partes, em contraposição ao processo inquisitorial, em que são mais exacerbados os poderes do juiz. Essas questões, porém, atinentes à *técnica processual*, não dizem respeito diretamente à formação da *res in iudicium deducta*¹⁰⁶. Por tal motivo, há autores que, para se referir ao monopólio das partes na instauração do processo e na definição de seu objeto, falam em princípio dispositivo *em sentido material* (ou *próprio*), em contraposição ao seu *sentido processual* (ou *impróprio*), ligado à estrutura interna do processo¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O problema da ‘divisão de trabalho’...”, n. 7, p. 42-43; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios...*, p. 91.

¹⁰⁶ A distinção entre as situações de modo claro deve-se, como se sabe, ao pioneiro estudo de Tito Carnacini (“Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”. In: *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. II. Milano: Giuffrè, 1951. *passim*), que, após analisar criticamente a doutrina alemã e italiana existente (n. 5-10, p. 716-740), buscou sustentar que a disponibilidade da tutela jurisdicional integraria a própria noção de direito subjetivo (n. 11-15, p. 740-757), e, com isso, teria natureza e fundamento diferentes das iniciativas atinentes à técnica processual (n. 16-19, p. 757-772). Também na mesma linha, embora com profunda diferença em relação à natureza da disponibilidade da tutela jurisdicional (p. 313-317), teve grande importância o que escreveu Mauro Cappelletti em monografia datada de 1962 (*La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, parte I. Milano: Giuffrè, 1974. Sez. Sec., Cap. V, esp. §§ 1º a 4º, p. 303-365), que aprofundou a distinção proposta por Carnacini, ao diferenciar a *alegação dos fatos*, atinente à formação do objeto do processo, da *prova dos fatos*, ligada à estrutura interna do processo (§§ 2-3, p. 318-353). Pode-se mencionar, ainda, o conhecido estudo de Liebman (“Fondamento del principio dispositivo”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. *passim*), que, após distinguir o monopólio da parte quanto à iniciativa do processo daquele relativo à instrução da causa (n. 1-2, p. 3-5), afirmou que, ainda que fosse uma regra técnica do processo, esse último teria uma “precisa razão de ser” (p. 6), que, então, procurou identificar (n. 4-10, esp. n. 7-9, p. 11-16). Ainda sobre distinção, na doutrina brasileira, vale conferir, com proveito: ARENHART, Sérgio Cruz. “Reflexões sobre o princípio da demanda”. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coord.: Luiz Fux [et al.]. São Paulo: RT, 2006. n. 3; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 202-212; *Teoria e prática...*, p. 116-118.

¹⁰⁷ É essa a terminologia proposta por Mauro Cappelletti (*La testimonianza...*, parte I, § 4º, III, p. 357-358), acolhida, por exemplo, por Nicolò Trocker (*Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 373-374). Interessante notar que, como anota aquele primeiro autor, também a doutrina alemã se utiliza de termos distintos – *Dispositionsprinzip* e *Verhandlungsmaxime* – para tratar, respectivamente, das duas situações acima indicadas.

Por tais razões, a fim de evitar equívocos, parece-nos mais adequado, para se referir ao fenômeno aqui retratado, falar em *princípio da demanda*, que expressa justamente a ideia de que a instauração do processo e formação de seu objeto dependem, em regra, de um ato de iniciativa, por meio do qual o interessado requer a prestação da tutela jurisdicional, fixando os seus limites.

O que nos interessa, porém, nesse momento, é tentar encontrar as razões pelas quais o princípio da demanda afirma-se de forma contundente nos sistemas processuais de um modo geral. Trata-se, como se verá, de análise capaz de fornecer importantes subsídios para, mais à frente, podermos analisar criticamente a relação entre a questão prejudicial sobre a qual pode fazer coisa julgada e o objeto do processo.

Não se trata, vale dizer, de enunciar uma única razão pela qual o monopólio da iniciativa do processo e formação de seu objeto concentra-se nas mãos do interessado, mas, na verdade, tratar, ainda que brevemente, das diversas razões pelas quais isso ocorre. Parece correta, aqui, a ideia de que o princípio da demanda se coloca como o “centro de confluência e atuação” de uma séria de aspirações que o sistema processual busca concretizar¹⁰⁸.

Nesse intuito, encontra-se, na doutrina, quem procure associar o princípio da demanda ao caráter *disponível* dos direitos que geralmente seriam levados à apreciação judicial, e de que se ocuparia o processo civil. Assim, uma vez que seja o direito disponível, caberia ao seu titular decidir por buscar a sua tutela em juízo se quiser, e na medida em que quiser¹⁰⁹. A ideia, porém, como indicado acima, é de todo equivocada, pelo simples fato de que mesmo no caso de direitos indisponíveis prevalece a regra do monopólio das partes na instauração do processo e na formação de seu objeto litigioso¹¹⁰.

¹⁰⁸ Assim, expressamente: CONSOLO, Claudio. “Domanda giudiziale”, p. 58.

¹⁰⁹ Embora com formulação divergente, era essa, em síntese, a explicação dada por Tito Carnacini (“Tutela giurisdizionale...”, n. 11-15, p. 740-757) e por Mauro Cappelletti (*La testimonianza...*, p. 316-317) ao princípio dispositivo. Na doutrina italiana mais recente, é o que se vê, de certo modo, em Cerino Canova, que se refere ao “poder de dispor das situações substanciais” (“La domanda giudiziale...” p. 127-128 – *tradução livre*) como fundamento do princípio da demanda. Na doutrina espanhola recente, é, ainda, o que escreve, de modo muito claro, Tapia Fernández, para quem “o Juiz não deve imiscuir-se nos direitos subjetivos patrimoniais dos particulares, de forma que esses os exercitam se querem e na medida em que querem” (*El objeto del proceso...*, p. 11 – *tradução livre*), e, ainda, Picò i Junoy, que associa o princípio ao “direito de propriedade [...] e à liberdade de empresa no âmbito da economia de mercado”, garantidos constitucionalmente (“I principi del nuovo proceso civile spagnolo”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2003. p. 66 – *tradução livre*).

¹¹⁰ Sobre o ponto, por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O problema da ‘divisão de trabalho’...”, n. 3, p. 36-38. Ainda que de modo menos decisivo, Giovanni Verde afirma, nessa linha, que o fato de se

É de se considerar, ainda, que, pelas características de nosso sistema de justiça, não se pode de forma alguma afirmar que o processo civil, no Brasil, trate predominantemente de direitos de natureza disponível. Na verdade, como se sabe, a jurisdição civil, entre nós, destina-se a cuidar de qualquer conflito que não tenha natureza criminal, o que inclui, por exemplo, demandas que envolvem o Estado, ou, ainda, que visam à tutela de direitos e garantias fundamentais, de direitos transindividuais, dentre diversos outros exemplos de situações que de modo algum poderiam ser catalogadas na ideia de disponibilidade. É “falsa”, assim, a noção de que a disponibilidade do direito material seria algo natural ao processo civil¹¹¹.

Mesmo no campo dos direitos que tradicionalmente são tidos por disponíveis, aliás, verifica-se a existência de uma margem cada vez maior de indisponibilidade, decorrente da incidência de normas que visam, dentre outros, à promoção de interesses públicos relevantes ou à proteção de grupos vulneráveis. Para tanto, basta que pensemos no fenômeno do dirigismo contratual, ou, ainda, no rol de cláusulas contratuais abusivas previstas no Código de Defesa do Consumidor (art. 51) e no sistema de nulidades absolutas do Código Civil (arts. 166 a 170)¹¹². Em todos esses casos, ainda que diante de uma situação indisponível, prevalece o princípio da demanda, não podendo, o juiz, prestar tutela jurisdicional sem um ato de iniciativa do interessado¹¹³.

Enfim, como fica claro, a natureza disponível do direito deduzido em juízo não se presta a justificar satisfatoriamente a existência do princípio da demanda, sendo necessário, portanto, buscar outras razões.

Outra explicação que se encontra, especificamente com relação à impossibilidade de que o juiz, em sua decisão, vá além da demanda formulada (regra da correlação, congruência ou adstrição), se refere à garantia do *contraditório*, que, segundo se afirma, seria violada caso permitida a prestação de tutela sem um ato de provocação das partes, na medida em que essas não teriam como prever os possíveis resultados a serem produzidos

aplicar também aos direitos indisponíveis “é o mais seguro indício” de que o princípio da demanda visa a preservar a imparcialidade do juiz, fundamento de que falaremos em seguida. (“Domanda (principio della)”. In: *Enciclopedia giuridica*, vol. XII. Roma: Treccani, 1989. p. 8).

¹¹¹ Assim, expressamente: ARENHART, Sérgio Cruz. “Reflexões...”, n. 6. Também ressaltando, por essa razão, a inadequação da explicação para o direito brasileiro: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia...*, p. 97-99.

¹¹² É essa a arguta observação de Cassio Scarpinella Bueno (*Curso...*, vol. 1, p. 481-482).

¹¹³ Exemplo do que se disse é o entendimento jurisprudencial consagrado na Súmula nº 381 do STJ, segundo a qual “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

num determinado processo. Trata-se, cabe salientar, de justificativa já utilizada com grande autoridade entre nós¹¹⁴.

Uma vez mais, porém, a explicação não é totalmente satisfatória: se o problema fosse a preservação do contraditório, bastaria, para que pudesse prestar tutela jurisdicional de ofício, que o julgador franqueasse às partes a possibilidade de se manifestarem antes da respectiva decisão, permitindo, se fosse o caso, a produção das provas necessárias à demonstração de suas razões¹¹⁵. Nessa linha de raciocínio, aliás, encontra-se na doutrina, quem entenda que, nos casos em que tenha sido preservado o contraditório, não haveria razões para a decretação de nulidade pelo descumprimento da regra da correlação¹¹⁶.

Em busca, assim, de uma explicação adequada, o que nos parece, antes de tudo, é que do ponto de vista dos *escopos da jurisdição* o princípio da demanda se justifica na ideia de que o objetivo de *pacificação (escopo social)* seria comprometido caso o Estado interviesse nos conflitos, com o fim de atuar o direito objetivo, sem que fosse para tanto convocado. Nesses casos, é previsível que, em vez de *eliminar controvérsias*, a atuação jurisdicional acabaria por *provoca-las*, na medida em que agiria em um contexto social no qual inexistente conflito relevante, ou, então, em que esse não houvesse atingido proporção suficiente para que um dos envolvidos optasse por buscar a tutela estatal¹¹⁷. Já se afirmou, nessa linha, que a intervenção judicial sem que houvesse divergência ou desordem seria não apenas inútil, mas *perigosa*¹¹⁸.

¹¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Correlação entre o pedido e a sentença”. In: *Revista de processo*, n. 83. São Paulo: RT, 1996. p. 208-209. No mesmo sentido, ainda: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda...”, p. 34-35; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação...*, p. 197-199.

¹¹⁵ Nessa linha, correta é a observação de Chiara Besso, no sentido de que “os dois princípios operam em planos diversos: a decisão *ultra e extra petita* viola a garantia do direito de defesa apenas se às partes não é dada a possibilidade de incidir sobre sua formação e não porque o juiz deva ater-se a quanto pedido pela parte. Pode na verdade haver uma decisão prolatada em violação ao princípio dispositivo, mas em pleno respeito à garantia de defesa” (*La sentenza civile inesistente*. Torino: Giappichelli, 1997. Cap. IV, n. 7, p. 194 – tradução livre). Em sentido semelhante, entre nós: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 353, nota n. 131.

¹¹⁶ Assim: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda...”, n. 1.5, p. 34-38. Para mais considerações sobre o assunto, e as razões pelas quais se rejeita a ideia, ver, *infra*, o item n. 3.3.

¹¹⁷ Cândido Dinamarco se utiliza de interessante exemplo para ilustrar a ideia: “Pensar em um parceiro comercial conformado diante das infrações cometidas pelo outro aos ajustes celebrados entre os dois. Embora essas condutas lhe pudessem dar o direito a obter a rescisão de tais ajustes, razões de conveniência empresarial ou econômica podem levar o parceiro inocente a preferir que as coisas fiquem como estão, sem tomar iniciativa alguma. Qual *pacificação* poderia oferecer, em casos como esses, o processo instaurado por iniciativa do juiz?” (*Instituições...*, vol. II, p. 47) p. 47). No mesmo sentido, também se referindo ao escopo de pacificação social: YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso...*, vol. I, p. 124.

¹¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, p. 93.

Outra explicação pertinente, comumente encontrada na doutrina, diz respeito à necessidade de se preservar a *imparcialidade* do órgão jurisdicional, componente essencial do devido processo legal¹¹⁹. Nessa linha, é previsível que, após tomar a iniciativa do processo, o juiz buscasse, ao longo de sua tramitação, confirmar a hipótese inicialmente imaginada, e, assim, que tendesse a favorecer uma das partes em detrimento da outra. Deixaria, com isso, de aguar como terceiro imparcial, concentrando em si as funções de pedir e julgar¹²⁰.

Não por outro motivo, em situações nas quais exista um acentuado interesse público ou em que estejam em jogo direitos de determinado grupo vulnerável, que o Estado não quer deixar de ver protegidos pela via jurisdicional, o sistema, em vez de possibilitar que o juiz tome a iniciativa do processo, outorga legitimidade *ad causam* a entidades públicas ou privadas, como é o caso do Ministério Público, da Defensoria Pública, associações civis, sindicatos, dentre outros.

Há, ainda, outra razão, igualmente relevante para entender o princípio da demanda, ainda que menos lembrada pela doutrina: o respeito à *autonomia da vontade*, corolário da liberdade individual, princípio inerente ao Estado Democrático de Direito¹²¹.

Deve-se preservar, assim, ao máximo possível, a autonomia dos indivíduos em buscar a tutela jurisdicional caso entendam conveniente e no momento que julgarem

¹¹⁹ Conforme esclarece Giovanni Verde, o princípio da demanda é, justamente, “produto de uma regra da sabedoria antiga (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*), por trás da qual repousa a intuição de que o juiz deve ser terceiro e neutro em relação à controvérsia a decidir”. Apenas posteriormente, então, é que a essa explicação se somou outra, ligada à natureza disponível do direito (“Domanda (principio della)”, p. 1 – *tradução livre*), que, como visto acima, não parece adequada.

¹²⁰ É essa, vale dizer, a explicação dada por Calamandrei (“La relatività del concetto di azione”. In: *Rivista di diritto processuale civile*, vol. XVI, parte I. Padova: CEDAM, 1939. n. 3, p. 26-29) e por Liebman (“Fondamento...”, p. 12) ao princípio ora analisado. No mesmo sentido, também se valendo da imparcialidade como fundamento do princípio da demanda: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, p. 46-47; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 78; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo...*, p. 197; PISANI, Andrea Proto. “Dell’esercizio...”, p. 1051-1052. Mais recentemente, Barletta também se referiu à garantia de imparcialidade do juiz para justificar o princípio da demanda, embora tenha restringido o princípio ao monopólio das partes na iniciativa do processo, dando explicação distinta para a regra da correlação (*Extra e ultra petitione...*, cap. II, n. 2, p. 53-62).

¹²¹ Nesse sentido, Alvaro de Oliveira anota que se trata de fundamento “hoje um tanto descuidado e pouco mencionado” (*Do formalismo...*, p. 197). De toda sorte, há mais de um século Chiovenda já havia escrito que a relação entre a demanda e a sentença é necessária porque “é a salvaguarda essencial do interesse dos colitigantes contra as fáceis usurpações do arbítrio” (“Identificación de las acciones...”, p. 274 – *tradução livre*). Na doutrina alemã, ideia semelhante se vê, ainda, em Othmar Jauernig, para quem no princípio da demanda “se revela a faceta processual da autonomia privada, do elemento estrutural dominante da nossa ordem jurídica” (*Direito processual civil*, p. 131). Na doutrina brasileira recente, verifica-se, ainda, quem mencione o “respeito à liberdade individual” como fundamento do princípio da demanda: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 78.

adequado, sem que lhes possa ser imposta, numa situação concreta, essa específica manifestação do poder estatal. Uma vez que tenha, por meio de sua função legislativa, criado normas gerais e abstratas de conduta, não cabe ao Estado, *sponte propria*, intervir nas relações sociais a fim de dar atuação concreta a essas mesmas normas. Não fosse assim, o processo, em vez de instrumento voltado à garantia dos direitos, tornar-se-ia manifestação do arbítrio¹²².

Não se pode desconsiderar, nessa linha, que, para os sujeitos que estejam nele envolvidos, o processo é, em geral, fonte de inquietações¹²³, custos e riscos, decorrentes dos ônus, deveres e sujeições emergentes da relação processual. Como notou o gênio de Carnelutti, a opção por propor uma demanda é resultado de uma *apreciação econômica*, uma análise de *risco*, em que o sujeito coloca, de um lado, as consequências de sua inércia, e, de outro, as consequências de uma ação infundada. Nessa medida, a partir de “um cálculo justo de seu interesse”, a parte se vale de seu poder de ação “apenas quando o *litígio mereça o gasto do processo*”¹²⁴.

Não se deve, por isso mesmo, retirar dos indivíduos a possibilidade de buscar proteger e administrar seus direitos por outros meios, ou, ainda, se for o caso, resignar-se

¹²² “Se o direito processual se preocupa com a limitação ao poder do Estado, e natural que este poder somente possa ser exercido nos confins determinados pela parte” (ARENHART, Sérgio Cruz. “Reflexões...”, n. 4).

¹²³ Em obra consagrada, Hazard Jr., James Jr. e Leubsdorf descreveram, à perfeição, os desgastes psicológicos que estar envolvido em um processo pode às vezes provocar: “Litigantes geralmente consideram que o processo não é uma mera distração ou ‘perda de tempo’, mas também algo intensamente perturbador. Eles sofrem com preocupações, perdas de sono, tensão e espasmos de raiva. Não há valor de mercado legítimo para esse tipo de sofrimento humano, e um cálculo de seus custos é, portanto, artificial (*Civil procedure*. 5ª ed. New York: Foundation Press, 2001. p. 365 – *tradução livre*).

¹²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, vol. II. Trad.: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944. n. 157-158, p. 80-82. Escreve, ainda, o autor: “Deste simples quadro, resulta que o risco processual funciona às vezes como estímulo e às vezes como contraestímulo da ação; ora exige da parte, ora a impede; primeiro, convida-a a refletir sobre o fundamento da demanda, depois, quando a reflexão a demonstre sua bondade, provoca-a a atuar, e, em certas ocasiões, a fazê-lo em seguida, enquanto em outras a esperar” (p. 80 – *tradução livre*). Mais recentemente, ao tratar especificamente da correlação entre demanda e sentença, Antonino Barletta, expôs ideia semelhante, ao afirmar que a regra “emerge como modalidade *técnica* através da qual *cada uma* das partes [...] se sujeita às consequências processuais das próprias escolhas (ou omissões) defensivas, colocando – em regra – o objetivo da autonomia e da responsabilização das partes acima dos próprios objetivos de justiça objetiva subjacentes à atuação do ordenamento. Em síntese, o fundamento último da regra [...] pode ser encontrado no mais amplo princípio da liberdade e da responsabilidade que permeia as relações entre particulares e órgãos do estado” (*Extra e ultra petitione...*, p. 80 – *tradução livre*).

frente a uma situação adversa¹²⁵. Como já se afirmou, “o cidadão livre deve ficar plenamente desimpedido para alçar o voo mais conveniente na defesa de seus direitos”¹²⁶.

Pelo que se disse anteriormente, essa é uma ideia que se mostra pertinente não apenas ao campo dos chamados direitos disponíveis, aplicando-se, igualmente, àqueles direitos tidos por indisponíveis: ainda que não possa renuncia-los, não se pode retirar, de seu titular, a prerrogativa de optar por buscar a sua proteção em juízo se quiser, e no momento em que entender adequado.

1.8. (Segue) A formação do objeto do processo e a opção pela cumulação de demandas

No tópico anterior, foi dito que do princípio da demanda decorre a regra de que as partes detêm monopólio referente não apenas ao início do processo, como também à constituição de seu objeto litigioso. Essa é uma ideia que merece algum aprofundamento, a fim de esclarecer a amplitude dessa faculdade no sistema processual brasileiro, noção que terá grande importância para o desenvolvimento do presente trabalho.

Pode-se dizer, assim, que, no que concerne à formação do objeto do processo, o princípio da demanda outorga ao interessado ampla liberdade de dimensionar os limites da tutela jurisdicional a ser prestada diante de uma situação litigiosa: cabe a ele determinar quais pretensões serão objeto de apreciação judicial, e quais os fundamentos que para tanto poderão ser utilizados. Essa possibilidade, no direito brasileiro, é praticamente irrestrita, na medida em que, ao contrário do que se verifica em outros sistemas, o fato de o sujeito deixar de trazer a juízo uma pretensão ou fundamento que poderia ter sido deduzido não impede que, posteriormente, seja dado início a um novo processo com esse objetivo.

Em uma análise mais geral, parece adequada a esse contexto a ideia de que o processo não tem o objetivo de cuidar de um conflito social em toda a sua complexidade, mas, na verdade, visa à prestação da tutela jurisdicional a partir daquilo que é levado a

¹²⁵ Como escreve Othmar Jauernig, “a ordem de não acionar pode ser muito insensata: a ordem jurídica respeita-a, porque reconhece a auto-determinação do indivíduo na formação das suas relações jurídicas” (*Direito processual civil*, p. 131).

¹²⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...*, p. 197.

juízo¹²⁷. A demanda, assim, acaba por isolar um determinado aspecto da realidade, transformando-o, por meio das pretensões nela contidas, no objeto de um processo¹²⁸.

Essa noção foi desenvolvida com grande profundidade por Cerino Canova, que buscou comparar a perspectiva pela qual um direito é tratado num processo com aquela vinda do plano substancial. Esclarece, nessa linha, que a visão substancial do fenômeno jurídico parte, inexoravelmente, de uma perspectiva mais ampla e compreensiva que a do direito processual, por tender a unificar, em uma só relação, uma diversidade de situações jurídicas. O processo, por sua vez, recebe, por meio da demanda, uma ou algumas das situações elementares que compõem uma relação mais complexa, assumindo, como objeto de sua função, uma entidade destacada das demais. Essa característica, na verdade, decorre justamente da função institucional do processo, que não é a de definir todas as relações existentes entre as partes, mas servir à atribuição de um determinado bem da vida por elas disputado, da forma como se afirma no momento da demanda¹²⁹.

Já se disse, nessa linha, que os direitos e situações jurídicas não nascem e vivem isolados uns dos outros, e que sempre que se toma em consideração uma única relação da vida real, procede-se a uma abstração, com a qual se isola essa relação de todas as outras a ela ligadas. Ao dar início a um processo, assim, o autor geralmente deixa de fora uma série

¹²⁷ É inevitável, neste ponto, lembrar-se das críticas que Calamandrei fez à noção de *lide* delineada por Carnelutti, e, consequentemente, aos conceitos de *processo total* e *processo parcial*: “Os termos do problema que o juiz deve resolver se encontram todos e apenas na demanda, sem necessidade de ir além: aquilo que há para além das demandas das partes, isto é [...] aquela porção da lide que permanece nas sombras porque não compreendida nas questões postas pelas partes ao juiz, não entra no processo e é assim irrelevante para o direito processual. Não consigo por isso compreender como se possa falar, *permanecendo no campo do direito processual*, de processo *integral* e de processo *parcial*: esta distinção pode ter um significado apenas se se põe o processo em relação à lide considerada no seu aspecto sociológico, econômico ou psicológico; mas se se permanece no campo jurídico, me parece que todos os processos se podem chamar *integrais*, no sentido que servem a resolver por inteiro a lide que é colocada ao juiz através da demanda [...], e se podem com igual legitimidade chama-los tanto quanto de *parciais*, no sentido que não servem a resolver todas as outras questões, de número indefinido – como é indefinido o número de fatos que poderiam ocorrer mas não ocorreram! – que as partes poderiam levantar e não levantaram” (“Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti”. In: *Opere Giuridiche*, vol. I. Napoli: Morano, 1965. n. 12, p. 222-223 – *tradução livre*). Essa ideia, como se sabe, foi, posteriormente, utilizada por Liebman para refutar que a lide, em sua formulação original, pudesse ser considerada o mérito da causa (“O despacho saneador...”, n. 7, p. 32-34).

¹²⁸ “[...] a demanda isola uma das situações que compõem a relação, a abstrai das outras para fazê-la objeto do processo e marca com isto os contornos da atual controvérsia. Aquilo com que se deve lidar e fundamentalmente se preocupar é que seja declarado existente ou inexistente o direito afirmado na demanda; e é esta a única preocupação atual e evidente do processo [...]. Foge, ao invés, à consideração do processo a inteira relação substancial entre as partes [...]” (CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale...”, p. 138-139 – *tradução livre*).

¹²⁹ Nesse sentido, desenvolvendo essa e outras ideias, são as riquíssimas considerações que constam em: CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale...”, n. 15, p. 138-146.

de direitos, *status* e situações jurídicas que se conectam com a pretensão deduzida, e que, por vezes, poderiam também ter sido levados a juízo¹³⁰.

Para ficar num exemplo corriqueiro, pode-se imaginar uma situação em que, como decorrência de acidente automobilístico, um sujeito sofre danos diversos, sejam eles de ordem material (dano emergente, lucros cessantes etc.), moral ou estética, todos passíveis de serem indenizados pelo causador. Ou, ainda, a hipótese em que, ante o descumprimento de cláusula contratual, um dos contratantes poderia buscar, em juízo, a rescisão da avença, perdas e danos ou o cumprimento específico daquela prestação.

Nesses casos, então, na forma do que se disse, caberá ao interessado buscar a tutela judicial de seus direitos se quiser, e na medida em que entender mais conveniente. Poderá, ao fazê-lo, deduzir em juízo todas as pretensões acima descritas, ou apenas uma ou algumas delas. Também não haverá empecilho a que, num primeiro momento, opte por apresentar em juízo um determinado pedido, e que, posteriormente, por meio de outro processo, venha a deduzir outro.

A situação não muda quando se pensa na existência de uma pluralidade de causas de pedir que possam embasar um mesmo pedido. Assim, por exemplo, pode-se imaginar situação em que motivos diversos poderiam, em tese, causar a anulação de um determinado contrato (dolo, coação, erro, estado de necessidade etc.) ou a sua rescisão (inadimplemento, rescisão unilateral etc.). Ou, então, pode-se cogitar de vários fundamentos que poderiam levar ao reconhecimento da inexistência de uma dívida tributária (ausência de fato gerador, irregularidade no lançamento, inconstitucionalidade da respectiva lei etc.). Nesses casos, nada impede que o sujeito lance mão de apenas um ou alguns desses fundamentos ao ajuizar sua demanda e, posteriormente, venha a novamente buscar a tutela jurisdicional com base em outros¹³¹.

Tratam-se, todas essas, de escolhas legítimas no sistema processual brasileiro, para as quais se pode cogitar dos mais diversos motivos: assim, por exemplo, tanto pode um sujeito entender, num primeiro momento, que não possui determinado direito, como, ainda,

¹³⁰ Foi o que escreveu Liebman, ao tratar, justamente, do fenômeno da prejudicialidade: “Sulla sospensione propria ed ‘impropria’ del processo civile”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. n. 2, p. 291-292.

¹³¹ Nessa linha, Consolo afirma que “a escolha de dar lugar à alegação em juízo de todos ou apenas de parte dos, eventualmente múltiplos, fundamentos da única demanda judicial proposta permanece fruto de um poder monopolístico do autor” (*Il cumulo condizionale di domande*, t. I. Padova: CEDAM, 1985. p. 467 – tradução livre).

que não é o caso de buscar a sua proteção em juízo, seja porque não reúne condições de demonstrar a sua existência, seja porque ainda busca resolver a questão extrajudicialmente. Não se pode desprezar, também, a influência de fatores de ordem econômica, ligados à análise do custo e do tempo de duração do processo, que, se são inexoráveis ao fenômeno processual, tendem, como falaremos em seguida, a aumentar na medida em que seja mais complexo o seu objeto e, assim, que haja um maior número de pretensões a serem julgadas ou fundamentos a serem considerados.

Enfim, como dito, há, no sistema brasileiro, grande liberdade na formação do objeto do processo, o que, em última análise, decorre da valorização da garantia do acesso à justiça e do princípio da demanda, e, de modo mais estrito, relaciona-se, como veremos na sequência, com a adoção da tríplice identidade como mecanismo de identificação de demandas e com o reduzido alcance que a coisa julgada, em sua eficácia preclusiva, tem entre nós.

Traduzindo essas ideias em termos mais precisos, pode-se dizer que, conquanto permitida quando presentes os requisitos legais (CPC/15, art. 327), a *cumulação de demandas* não tem, no sistema brasileiro, caráter obrigatório, e tampouco pode ser vista como ônus que pesa sobre as partes¹³², ao menos no sentido de que a omissão quanto a uma demanda não impedirá que, posteriormente, seja ela deduzida em novo processo. Assim, o autor não é obrigado a cumular, num mesmo processo, todos os *pedidos* que decorreriam de uma mesma situação fática, assim como não precisa deduzir todas as *causas de pedir* que pudessem sustentar suas pretensões. Na mesma linha, também não há, para o réu, necessidade de se utilizar da via reconvenção para deduzir pretensões que eventualmente tenha contra o autor, ou, ainda, de alguns dos mecanismos de intervenção

¹³² A afirmação não é totalmente verdadeira, uma vez que, em alguns casos de *litisconsórcio necessário*, haverá, também, cumulação de demandas, como ocorre, em geral, nas hipóteses de litisconsórcio necessário simples. É o que se passa, por exemplo, com os pedidos de condenação em perdas e danos formulados contra os réus em ação popular. Nesses casos, então, pode-se dizer que é ônus do autor a dedução de pretensões cumuladas, na medida em que, não o fazendo, o processo não poderá se desenvolver regularmente. Vale alertar, porém, que nem sempre o litisconsórcio levará a uma cumulação de demandas: em hipóteses de litisconsórcio unitário, em que for incindível o objeto do processo, a demanda será única, apesar da existência de uma pluralidade de autores e/ou réus. Sobre o assunto, vale conferir o capítulo dedicado por Dinamarco ao tema do “litisconsórcio, ação e demanda” (*Litisconsórcio*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Cap. III, n. 29-37, p. 81-93), e, mais recentemente, a minuciosa exposição de Elie Pierre Eid (*Litisconsórcio unitário: fundamentos, estrutura e regime*. São Paulo: RT, 2016. n. 4.1, p. 113-144).

de terceiros (denúnciação da lide¹³³ e chamamento ao processo, por exemplo) para que possa demandar sujeito estranho à relação processual.

Nada impede, assim, que, estando em curso um determinado processo, qualquer das partes ajuíze nova demanda a fim de deduzir pedido ou causa de pedir que pudesse ter sido naquele apresentado. Não há, quanto a isso, qualquer dúvida, tendo em vista que, nos termos do art. 337, §§ 1º a 3º, a litispendência apenas obsta o ajuizamento de demandas idênticas àquelas que já estejam em curso, o que, por sua vez, ocorre tão somente quando se repetem partes, pedido e causa de pedir.

Da mesma forma, o fato de haver coisa julgada em relação ao julgamento de um pedido não impede que, posteriormente, se venha a deduzir em juízo outro pedido que com aquele pudesse ter sido cumulado, ainda que decorram ambos de um mesmo contexto fático. De igual modo, tendo sido julgada uma pretensão com base em determinada causa de pedir, a coisa julgada não impede, por si só¹³⁴, que seja o pedido novamente deduzido em juízo com base em outro fundamento. À semelhança do que ocorre com a litispendência, os efeitos negativos da coisa julgada não impedem a propositura de demanda distinta daquela já analisada (CPC/15, art. 337, §§ 1º, 2º e 4º), e tampouco a eficácia preclusiva da coisa julgada material (CPC/15, art. 508) alcança pedidos ou causas de pedir que não tenham sido apreciados¹³⁵.

¹³³ O CPC/15, inclusive, ressalta essa ideia em relação à denúncia da lide, uma vez que, em seu art. 125, § 2º, deixa claro que o direito regressivo pode ser deduzido em ação autônoma se a denúncia “deixar de ser promovida”.

¹³⁴ Afirmamos que a coisa julgada não obsta *por si só* uma nova demanda com outra causa de pedir porque, como parece óbvio, uma vez que o pedido seja julgado procedente e seja satisfeita a pretensão do autor, não haverá razão para o ajuizamento de ação com base em outro fundamento. Como muito bem notou Liebman, todavia, o impedimento para o ajuizamento de nova demanda, nesses casos, não decorre da coisa julgada, mas, da falta de interesse de agir, na medida em que “a satisfação de um direito concorrente importa, assim, a simultânea dos outros” (“Ações concorrentes”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. n. 5, p. 215-216). No mesmo sentido, ainda: DINAMARCO, Cândido Rangel. “Electa una via non datur regressus ad alteram”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. n. 241-251, esp. n. 249-250, p. 510-514.

¹³⁵ Nesse sentido, apesar de se registrarem algumas poucas opiniões em contrário (especialmente: ASSIS, Araken. “Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada”. In: *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Org.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1989. p. 121-129; SILVA, Ovídio Baptista A. da. “Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro”. In: *Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 127-137), a doutrina brasileira amplamente majoritária tem sustentado que a eficácia preclusiva da coisa julgada não alcança causas de pedir que não tenham sido apreciadas. Era essa, vale dizer, a posição defendida por Barbosa Moreira no pioneiro estudo que escreveu sobre o tema à luz do CPC/39 (“A eficácia preclusiva da coisa julgada material”. In: *Revista Forense Comemorativa – 100 anos*, t. 5. Coord.: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 200-201, nota 11). Mais recentemente, ainda, é o que se vê, dentre muitos outros, em: CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada...*, p. 93; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. n. 1161, p. 391-393;

Não há dúvidas de que a *cumulação de demandas* é capaz de dar rendimento a uma série de valores muito caros ao sistema processual, podendo-se destacar, mesmo que sem pretensão de exaustão, sobretudo os ideais de *harmonia de julgamentos* e de *economia processual*¹³⁶, ainda que esses não se manifestem sempre, e com igual intensidade, em todas as hipóteses de cumulação.

Quanto à harmonia de julgamentos, é intuitivo que ao concentrar a resolução de diversas demandas num só processo, evita-se – ou, ao menos, reduz-se em muito¹³⁷ – a possibilidade de que os aspectos comuns que porventura existam entre elas sejam analisados de modo heterogêneo. As razões dessa preocupação, cabe salientar, não são de ordem meramente processual, mas, na verdade, decorrem do ideal de *justiça formal*, ligado à necessidade de *igualdade de tratamento* perante a ordem jurídica¹³⁸.

Tal objetivo torna-se especialmente relevante nos casos em que haja conexão entre as demandas, ou seja, em situações nas quais haja identidade ou outro tipo de relação lógica entre os elementos concretos de seus pedidos (bem da vida) ou causas de pedir (fatos jurídicos)¹³⁹. Não por outra razão, conquanto não trate como ônus a propositura das

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 50-62; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...*, p. 85-87; TUCCI, José Rogério Cruz e. “Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 516-520. Em reforço a essa posição, vale ressaltar que o CPC/15, em seu art. 1072, VI, expressamente revogou o § 4º do art. 98 da Lei nº 12.529/2011, que previa a extensão da eficácia preclusiva da coisa julgada para outras causas de pedir em ações que tivessem por objeto decisões do CADE. É curioso notar, por outro lado, que, no art. 508 do CPC/15, em sua versão final, não constou a cláusula que existia no art. 489 do anteprojeto do Código (PLS nº 166/2010), que, ao prever a eficácia preclusiva da coisa julgada, ressaltava, expressamente, “a hipótese de ação fundada em causa de pedir diversa”.

¹³⁶ Como se sabe, são essas as justificativas sistemáticas geralmente ressaltadas pela doutrina para as hipóteses de cumulação de demandas (assim, por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, n. 548, p. 190-192). Recentemente, Paulo Henrique dos Santos Lucon procurou destacar a ligação do tema com o princípio da *segurança jurídica* (*Relação entre demandas*, n. 4, p. 20-23), do qual “se espera não somente evitar provimentos conflitantes ou contraditórios, mas também previsibilidade na aplicação do direito” (p. 22). Ainda que seja correta tal ideia, o que nos parece, em última análise, é que, neste ponto, a segurança jurídica é obtida justamente por meio da harmonia de decisões.

¹³⁷ A ressalva se deve ao fato de que, ao prever a figura do julgamento antecipado parcial do mérito (CPC/15, art. 356), o sistema processual abre a possibilidade de que, ao julgar pedidos cumulados num mesmo processo em momentos distintos, o juiz dê soluções heterogêneas a um mesmo aspecto que se coloque como premissa ao julgamento de ambos. Essa possibilidade, entretanto, é muito reduzida, na medida em que, para que possa haver o julgamento de determinada parcela do mérito, é necessário que todas as questões a ela concernentes já estejam suficientemente esclarecidas. O que pode ocorrer, porém, é que, ao aprofundar a análise das pretensões restantes, o juiz, *por acidente*, verifique que um determinado aspecto, já apreciado, comporte solução distinta. Sobre o tema, remetemos ao que escrevemos em outra oportunidade: “A fragmentação do julgamento do mérito no novo Código de Processo Civil”. In: *Revista de processo*, n. 229. São Paulo: RT, 2014. n. 6, p. 156-163.

¹³⁸ Nesse sentido, por todos: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade...*, n. 2.2., p. 161-170.

¹³⁹ Para o conceito de conexão, conferir, por todos: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade...*, Cap. 1, p. 23-158.

demandas conexas de modo cumulado, o sistema processual impõe, uma vez presentes certos requisitos, que sejam elas reunidas para julgamento conjunto¹⁴⁰. De toda sorte, mesmo que as demandas se relacionem apenas por afinidade, parece claro que a sua concentração num mesmo processo também é capaz de atender ao mesmo ideal de igualdade de tratamento, ainda que a necessidade, nesses casos, seja menos premente.

Por sua vez, a economia processual é atendida na medida em que, com a cumulação, um só processo é utilizado para a análise de um maior número de pedidos e/ou causas de pedir. Nesse sentido, é importante notar, conforme a precisa análise de Bondioli¹⁴¹, que a instauração e o desenvolvimento de qualquer processo exigem a prática de certos atos que não variam conforme o número de demandas nele concentradas. Para ficar em alguns poucos exemplos, basta lembrar que, tenha ou não sido formulado mais de um pedido em face de um mesmo réu, a atividade necessária para a distribuição do processo, para sua autuação e para a citação será rigorosamente a mesma. Pode-se dizer, portanto, que, mesmo que cada uma das demandas cumuladas requeira um *julgamento próprio*, sua concentração em um único processo se presta a otimizar e a racionalizar a atividade judicial, evitando a multiplicação de atos que poderiam ser praticados uma única vez. Em outras palavras, a cumulação, sob esse ponto de vista, gera maior *eficiência* na administração da justiça.

O fato, porém, que não pode ser desconsiderado, é que, ao mesmo tempo em que atende a relevantes objetivos, a concentração de demandas, a depender da ótica com que se analisa, pode apresentar algumas *desvantagens*. A principal delas, e que agora nos interessa ressaltar, é que, ao tornar mais complexo o objeto de um determinado processo, a cumulação tende a aumentar o seu *custo* e o seu *tempo de duração*. Afinal, haverá, nesses casos, um maior número de pedidos e/ou fundamentos a serem julgados, o que poderá, por

¹⁴⁰ Ao que nos parece, na linha do que sustenta parte da doutrina (assim, por exemplo: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 354; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 781-782; OLIVEIRA, Bruno Silveira. *Conexidade...*, n. 2.3, p. 170-180), a reunião de demandas conexas, uma vez presentes os requisitos legais, é um dever do julgador, e não mera faculdade que estaria sujeita à sua avaliação discricionária, como normalmente se afirma na jurisprudência do STJ (p. ex.: STJ, AgInt no Ag no REsp 1632938/PB, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 28/03/2017). Essa ideia ganha ainda mais força diante do art. 55, § 1º, do CPC/15, que deixa claro que “os processos de ações conexas *serão reunidos* para decisão conjunta”, ao contrário do que constava no art. 105 do CPC/73, segundo o qual, nos casos de conexão ou continência, o juiz “*pode* ordenar a reunião de ações propostas em separado”.

¹⁴¹ BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2-3.

exemplo, tornar mais complexa a atividade probatória, ou, ainda, levar à interposição de um maior número de recursos¹⁴².

Assim, embora vantajosa em termos de economia processual, não se pode negar que a cumulação leva a uma maior complexidade da matéria a ser resolvida num dado processo, e, com isso, tende a fazer com que consuma mais tempo e mais recursos.

Nesse contexto, o processo civil brasileiro procura tornar livre a escolha da parte por cumular ou não demandas no momento em que busca a tutela jurisdicional, o que, embora em alguma medida possa sacrificar valores relevantes para o sistema processual – como o da harmonia de julgamentos e o da economia processual –, dá maior rendimento ao princípio da demanda, corolário da autonomia da vontade, e, de certo modo, à garantia do acesso à justiça. Na linha do que vem se dizendo ao longo deste tópico, diante das vantagens e desvantagens que isso possa representar aos seus interesses, cabe ao autor optar por trazer a juízo, se entender conveniente, uma pluralidade de pedidos e/ou causas de pedir.

Isso não significa, de modo algum, que o processo civil brasileiro não poderia ter optado por solução diferente. Na experiência estrangeira, por exemplo, encontram-se, sem dificuldades, sistemas que adotam regras distintas em relação a diversos dos aspectos acima mencionados.

Assim, por exemplo, no processo civil espanhol¹⁴³, a partir da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, o demandante tem o ônus de deduzir, num só processo, todos os fundamentos que poderiam levar ao acolhimento de seu pedido, não podendo reservar sua alegação para um processo posterior. Desse modo, uma vez que ajuíze demanda com base em uma causa de pedir, o autor não pode propor nova demanda com base em outro fundamento, seja no curso daquele processo, seja após o trânsito em julgado da respectiva decisão (art. 400)¹⁴⁴. A jurisprudência, aliás, apesar das críticas da doutrina, vem alargando essa regra e, em algumas situações, tem considerado que a coisa julgada

¹⁴² Nesse sentido, tratando especificamente da reconvenção, mas com considerações aplicáveis, de certo modo, às demais formas de cumulação de demandas, vale a leitura do que escrevem José Carlos Barbosa Moreira (*A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979. § 19, p. 142-148) e Luis Guilherme Bondioli (*Reconvenção no processo civil*, p. 11-12).

¹⁴³ Para uma análise mais detalhada da coisa julgada no processo civil espanhol, ver, *infra*, n. 4.6.

¹⁴⁴ Sobre a regra contida no art. 400 da LEC, vale conferir, com grande proveito: FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *El objeto del proceso...*, p. 27-31; 193-197; SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso...*, p. 59-66; 206-209.

impede, até mesmo, que se deduzam novos pedidos decorrentes do mesmo contexto fático¹⁴⁵.

Ainda maior é a limitação que se verifica no processo civil norte-americano, em que, como veremos¹⁴⁶, a *claim preclusion* impede que, após o julgamento da causa, se volte a deduzir novos pedidos ou causas de pedir que pudessem ter sido trazidos na primeira ocasião. Isso decorre do fato de que, se por um lado é vedado que uma mesma demanda (*claim*) seja decomposta em mais de um processo (*splitting the claim*), por outro o entendimento que atualmente prevalece é no sentido de que uma só *claim* abarca todos os direitos - e respectivos fundamentos - decorrentes de um mesmo contexto fático (*transaction*)¹⁴⁷. Essa visão torna obrigatório, até mesmo, que o réu deduza, no mesmo processo, eventuais pretensões que possua contra o autor (*compulsory counterclaim*), sob pena de, não o fazendo, não poder, posteriormente, exercer o respectivo direito em juízo.

Tratam-se, cada um a seu modo, de sistemas que, ao tornar a concentração de demandas um pesado ônus que se impõe às partes (na medida em que, não o fazendo, não poderão deduzi-las posteriormente), têm em mira justamente uma maior eficiência ou economia processual, e, ainda, buscam evitar decisões de algum modo conflitantes, objetivos que, como dito, a cumulação visa a concretizar.

Não se pode desconsiderar, porém, que, ao fazê-lo, ambos os sistemas tendem a reduzir a liberdade de escolha das partes no momento do ajuizamento da demanda, uma vez que, conquanto não obriguem, acabam, de certo modo, induzindo-as a cumular pedidos e/ou causas de pedir que poderiam preferir não trazer a juízo, ao menos naquela oportunidade. Não por outra razão, verificam-se, atualmente, em setores da doutrina, críticas à amplitude que vem sendo dada à regra da *claim preclusion* no direito norte-americano, justamente porque “força” as partes a deduzir direitos que, possivelmente, não

¹⁴⁵ Para uma análise crítica da jurisprudência já formada sobre o art. 400 da LEC, especialmente quanto ao ponto mencionado no texto, vale conferir a minuciosa exposição que consta em: FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *La cosa juzgada...*, p. 115-157.

¹⁴⁶ Para uma análise mais detalhada da coisa julgada no sistema norte-americano, ver, *infra*, n. 4.8.

¹⁴⁷ A doutrina vem falando em *transactional view* ou em *transactionalism*, para se referir a essa noção mais ampla de demanda (*claim*), e, conseqüentemente, à maior abrangência da *claim preclusion*. Nesse sentido, vale conferir, com grande proveito: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata...*, p. 61-85; SHAPIRO, David L. *Preclusion in civil actions*, p. 34-39.

chegariam a ser trazidos a juízo, aumentando, com isso, o grau de complexidade e de litigiosidade do processo iniciado¹⁴⁸.

Deixando de lado, de todo modo, as vantagens e desvantagens que a adoção de um modelo assemelhado a esses poderia trazer, o sistema brasileiro é configurado de maneira distinta, já que, como dito, não trata como ônus a afirmação de todas as pretensões que em uma situação poderiam ter sido formuladas, permitindo que as partes optem por conformar o objeto do processo da forma que lhes parecer mais conveniente num certo momento, sem prejuízo de, posteriormente, voltar a juízo para deduzir outros pedidos e causas de pedir.

Em suma, a cumulação de demandas, conquanto permitida, não é de modo algum “obrigatória” entre nós: por maiores que possam ser as suas vantagens para o sistema em termos de economia processual e uniformidade das decisões, cabe à parte optar por deduzir as pretensões e fundamentos que entender mais adequados.

Aproximemos essas considerações de nosso objeto de estudo: foi dito, anteriormente, que, ao propor uma demanda, o autor por vezes deixa de fora do processo uma série de situações jurídicas em maior ou menor medida relacionadas à pretensão deduzida, e que poderiam ter sido trazidas a título principal naquele momento.

Dentre essas situações – que poderiam ter sido levadas a juízo, mas não o foram -, pode existir alguma que seja *prejudicial* à pretensão efetivamente deduzida, pelo fato de sua existência ou inexistência de algum modo *condicionar* a possibilidade de que aquela seja julgada procedente. Isso pode ocorrer, como se verá¹⁴⁹, por se tratar de uma situação jurídica cuja existência ou inexistência integra os pressupostos fáticos da situação capaz de

¹⁴⁸ Para essas críticas, vale a leitura de interessante estudo de Yuval Sinai (“The downside of preclusion: some behavioural and economic effects of cause of action estoppel in civil actions”. In: *McGill law journal*, vol. 56, n. 3 (2011). p. 675-716, esp. 683-707), em que procura demonstrar que a proibição de “decompor” a demanda (*splitting a cause of action*) estimula uma litigância excessiva em um mesmo processo (p. 683-693), e, com isso, acaba por elevar os seus custos sob diversos pontos de vista (p. 693-700), e, ainda, reduz as chances de que se chegue a um acordo (p. 700-707). Para um resumo desses argumentos, vale conferir, ainda, do mesmo autor: “Reconsidering res judicata: a comparative perspective”. In: *Duke journal of comparative & international law*, vol. 21 (2011). p. 372-378. De modo semelhante, Alan M. Trammell (“Transactionalism costs”. In: *Virginia law review*, vol. 100, n. 6 (2014). p. 1211-1278, esp. p. 1225-1244), também procurou demonstrar como essa noção ampla da *claim (transactional view; transactionalism)*, e, por conseguinte, da *claim preclusion*, por ser muito flexível e imprevisível, acaba por se mostrar contrária à ideia de eficiência e de autonomia das partes, sobretudo diante da realidade atual daquele país, em que os litígios são cada vez mais complexos, e, ainda, em que muitas vezes não chegam à fase de julgamento (*trial*).

¹⁴⁹ No próximo capítulo (*infra*, itens n. 2.15 a 2.21), serão analisadas as diversas relações que, em decorrência de características do direito material em disputa, se pode estabelecer entre as situações jurídicas prejudicial e prejudicada.

produzir os efeitos pretendidos, ou, ainda, por se tratar de uma situação cuja existência ou inexistência seja com essa incompatível.

Recorrendo, uma vez mais, a situações corriqueiras, é de se imaginar, por exemplo, que, em ação de petição de herança, a filiação do autor em relação ao *de cujus* pode-se colocar como prejudicial à pretensão deduzida. De igual modo, em ação de alimentos, o reconhecimento da paternidade do réu pode ser decisivo para o acolhimento, ou não, do pedido condenatório. Pode-se pensar, ainda, na discussão quanto à existência ou validade do contrato, em demanda que visa ao adimplemento de uma das prestações periódicas dele decorrentes. Ou, finalmente, na propriedade do autor sobre um bem, em ação voltada ao reconhecimento de uma servidão, ou em que se pretende a indenização por danos causados à coisa ou por frutos indevidamente percebidos pelo réu¹⁵⁰.

Enfim, nessas e em outras hipóteses, o que se tem são situações jurídicas prejudiciais à pretensão deduzida, e que poderiam, efetivamente, ter sido com ela cumuladas. Não o tendo sido, porém, não farão parte do objeto do processo, e, assim, não serão analisadas a título principal, mas, eventualmente, como fundamento para o julgamento do pedido em um ou outro sentido.

É importante, nesse momento, insistir no ponto de que, nesses casos, a situação jurídica prejudicial efetivamente *poderia* ter sido objeto de demanda própria, cumulada com a pretensão dela dependente (prejudicada), que acabou por ser deduzida em juízo. Como veremos no capítulo seguinte, aliás, uma das características da prejudicial de que fala o art. 503, § 1º é a sua aptidão para ser objeto de demanda autônoma¹⁵¹. Caso isso venha a ocorrer, deverá ela ser analisada a título principal e, sendo assim, sua análise estará sujeita à coisa julgada na forma do *caput* do art. 503 do CPC/15.

Por tudo o que se disse no presente tópico, todavia, não há, no processo civil brasileiro, qualquer regra que efetivamente *obrigue* o autor a trazer, a título principal, a situação jurídica que seja prejudicial à pretensão deduzida em juízo, e tampouco haverá, por sua simples omissão, impedimento de que futuramente venha a fazê-lo. Como dissemos, é legítima, em nosso sistema, a opção de não cumular demandas que poderiam ter sido deduzidas conjuntamente.

¹⁵⁰ Embora com alguma adaptação, todos os exemplos foram retirados de: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. Trad.: J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969. n. 122, p. 385-392.

¹⁵¹ Ver, *infra*, o item n. 2.10.

Isso não significa, é claro, que a situação jurídica que se coloca como prejudicial ao julgamento da pretensão deduzida não será objeto de análise em juízo: ainda que, como veremos¹⁵², essa não seja uma consequência inevitável da prejudicialidade, não há dúvidas de que, justamente por condicionar, de algum modo, a existência do efeito jurídico pretendido, é grande a probabilidade de que, para que possa resolver o mérito da causa, o juiz precise apreciar, em caráter incidental, o elemento prejudicial. E, nesse caso, ainda que não tenha sido deduzida a título principal, a análise da questão prejudicial, uma vez presentes os requisitos do art. 503, § 1º, poderá vir a se tornar imutável e indiscutível por força da coisa julgada material. É de se lembrar, nesse ponto, que, como dito no início do capítulo, nada impede que a coisa julgada vá além do objeto do processo e do objeto da decisão.

Essa possibilidade, porém, de que a coisa julgada recaia sobre situações jurídicas prejudiciais na forma do art. 503, § 1º, que não integram o objeto do processo, não significa qualquer atenuação no princípio da demanda na forma como vem sendo exposto.

O objeto do processo – é importante dizer - continuará a ser composto pelas pretensões efetivamente deduzidas em juízo, e são elas que serão apreciadas a título principal e, com isso, estarão sujeitas à coisa julgada na forma do *caput* do art. 503. Como se disse, ao ajuizar uma demanda, o autor acaba por isolar a relação jurídica afirmada de outras que a ela estejam ligadas, raciocínio que pode incluir, até mesmo, situações jurídicas prejudiciais. Nesse contexto, o elemento prejudicial provavelmente será objeto de análise em juízo. Isso se faz, porém, como se verá, tão somente na medida em que for necessário para o julgamento dos pedidos formulados, sendo impossível, antes que ocorra esse julgamento, afirmar com certeza se, e em que medida, será a prejudicial analisada.

1.9. (Segue) A estrutura mínima do objeto do processo

No tópico anterior, procuramos esclarecer que o princípio da demanda outorga grande liberdade às partes na formação do mérito da causa, no sentido de que cabe a elas determinar quais as pretensões e/ou causas de pedir a serem analisadas num determinado processo. Nesses termos, como visto, por mais vantajosa que possa ser ao sistema processual, a cumulação de demandas não é, entre nós, um dever ou um ônus que pesa

¹⁵² Como se verá (*infra*, n. 2.3 e n. 3.4), o fato de uma questão ser prejudicial à pretensão deduzida em juízo não significa que, para o julgamento dessa se tenha de, necessariamente, analisar aquela.

sobre as partes, podendo elas, na medida de seu interesse, optar por um processo de objeto mais simples ou mais complexo.

No presente momento, todavia, importa esclarecer que essa liberdade na formação do objeto do processo não é, de modo algum, absoluta, encontrando *limites mínimos* nas restrições que o próprio sistema processual cria ao acesso à justiça, quando delimita que tipo de pretensão pode ser levado à apreciação jurisdicional. É relevante, assim, para os fins do presente trabalho, tecer algumas considerações a respeito do conteúdo mínimo do objeto do processo; como veremos adiante, uma das características da questão prejudicial capaz de fazer coisa julgada nos termos do art. 503, § 1º, do CPC/15 é a sua aptidão para ser objeto de demanda autônoma.

Para tanto, é importante esclarecer quais são, no sistema brasileiro, os limites à admissibilidade da *tutela meramente declaratória*: considerando, como visto, que as sentenças condenatórias e constitutivas também são dotadas de um elemento declaratório – ao qual se agrega um elemento ulterior, que as caracteriza –, basta, para nossos propósitos, investigar qual é a estrutura mínima sobre a qual pode recair aquela declaração de certeza.

O tema, como se sabe, é regulamentado expressamente pelo Código de Processo Civil: assim como faziam o CPC/39 (art. 2º, parágrafo único) e o CPC/73 (art. 4º), o Código atualmente vigente traça, em seu art. 19, os limites à admissibilidade da ação declaratória, deixando claro, nessa linha, que o interesse do autor pode se restringir à certificação “*da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica*” (inciso I) ou “*da autenticidade ou da falsidade de documento*” (inciso II). Ainda que se possa dizer que a viabilidade da tutela declaratória sequer dependeria de previsão legal – na medida em que decorreria da garantia do acesso à justiça (CF/88, art. 5º, XXXV)¹⁵³ –, o fato é que, existindo regra expressa nesse sentido, é ela ao menos uma importante baliza para a análise do tema.

A partir desse dispositivo, então, é comum se afirmar, na doutrina, que a ação declaratória, no direito brasileiro, deve ter como objeto, em geral, uma *relação jurídica concreta*, e não apenas *simples fatos*, ainda que juridicamente relevantes¹⁵⁴. A única

¹⁵³ Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1089, p. 264; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, p. 152-153.

¹⁵⁴ “A noção corrente de relação jurídica – relação entre pessoas, ou entre pessoa e coisa, regulada pelo direito – fornece ideia satisfatória para apreciação desse objeto da declaratória. Assim, não pode ser objeto da ação uma simples questão de direito [...]; nem sobre existência futura de uma relação [...]. Igualmente, não é

exceção a essa regra prevista em lei seria, justamente, a declaração de falsidade ou autenticidade de documento, na forma do art. 19, II¹⁵⁵.

Na mesma linha, também não poderia ser objeto de ação declaratória, em regra, a existência, validade, invalidade, interpretação etc., de uma *norma jurídica abstrata*, se essa não tiver, por referência, uma situação específica na qual tenha incidido e, com isso, tenha gerado uma concreta relação jurídica¹⁵⁶. Também quanto a isso são raras as exceções, que se referem, sobretudo, às demandas voltadas ao *controle abstrato de constitucionalidade* de leis ou atos normativos¹⁵⁷.

Antes de prosseguir, é importante esclarecer, apenas, que não se deve dar à expressão *relação jurídica*, contida no art. 19, I, do CPC/15, uma interpretação literal e restritiva. Na verdade, como alerta a doutrina, é admissível, no direito brasileiro¹⁵⁸, que a tutela declaratória recaia sobre *direitos, obrigações, deveres* ou *status jurídicos*, desde que,

admissível a ação para declarar sobre lei em abstrato, ou sobre a existência de fato, ainda que juridicamente relevante [...]” (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários...*, vol. I, n. 49, p. 39-39).

¹⁵⁵ Existem, na verdade, outras situações pontuais em que se admite a propositura de ação declaratória de mero fato. É o que acontece, por exemplo, como lembra Heitor Sica (“Tutela meramente declaratória, vista pela jurisprudência do STJ”. In: *O papel da jurisprudência no STJ*. Coord.: Isabel Gallotti [et al.]. São Paulo: RT, 2014. p. 450), com a “ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários”, admitida pela jurisprudência do STJ (Súmula nº 242). Outro exemplo, mencionado por Cândido Dinamarco, é o da *ação demarcatória*, em que se pretende estabelecer a certeza quanto às linhas divisórias da propriedade (“Eficácia e autoridade da sentença no juízo demarcatório-divisório”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. n. 889, p. 1565).

¹⁵⁶ Assim, por todos: BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória...*, n. 100, p. 176-177.

¹⁵⁷ Nesse sentido, a respeito das peculiaridades do objeto do processo nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, vale a leitura do que escreve Teori Zavascki: “Se considerarmos os três elementos básicos da atuação do fenômeno jurídico – ou seja, a norma abstrata, o suporte fático de sua incidência e a norma individualizada (relação jurídica) que daí surge -, poderemos identificar algumas notas distintivas entre (a) a função jurisdicional exercida comumente pelo Poder Judiciário na solução de conflitos concretizados e (b) a que se desenvolve nos processos de controle abstrato de constitucionalidade. No primeiro caso, a função jurisdicional é concebida como atividade destinada a atuar sobre o *suporte fático* e a *norma individualizada*, dirimindo controvérsias a respeito do surgimento ou não da relação jurídica, ou sobre a existência ou o modo de ser de direitos subjetivos, de deveres ou de prestações. No segundo, faz-se atuar a jurisdição com o objetivo de tutelar não direitos subjetivos, mas, sim, a própria ordem constitucional, o que se dá mediante solução de controvérsias a respeito da legitimidade da *norma jurídica abstratamente considerada*, independentemente da sua incidência em específicos suportes fáticos” (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2014. p. 54). No mesmo sentido, analisando especificamente o art. 503, § 1º do CPC/15: FONSECA, João Francisco Naves. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 128-129.

¹⁵⁸ Na doutrina italiana, por outro lado, há quem afirme que a tutela declaratória, em caráter geral, apenas seria cabível diante de verdadeiros *direitos subjetivos*, e que, em se tratando de outras situações jurídicas – como *status* ou o reconhecimento da *nulidade* de um contrato, por exemplo -, sua admissibilidade seria restrita às hipóteses tipificadas em lei. Nesse sentido: RICCI, Edoardo F. “Accertamento giudiziale”. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. I Torino: UTET, 1993. n. 5, p. 20-21. Em sentido parcialmente diverso, admitindo propositura de ação declaratória em relação aos *status* pessoais: ROMANO, Alberto A. *L’azione di accertamento negativo*. Napoli: Jovene, 2006. p. 82.

quanto a isso, exista legítimo *interesse de agir*¹⁵⁹. É perfeitamente possível, assim, que se demande, em juízo, declaração referente a apenas um ou alguns dos direitos que decorrem de uma relação jurídica complexa, ainda que essa não seja deduzida em juízo. Por tal razão, melhor seria que o Código se referisse à *situação jurídica* como objeto da tutela declaratória, expressão que, justamente por ser mais ampla e genérica, é capaz de abarcar todos os efeitos jurídicos decorrentes da incidência da norma aos fatos jurídicos, e que podem ser merecedores de apreciação jurisdicional¹⁶⁰.

De todo modo, tomando de empréstimo conhecida expressão utilizada na doutrina italiana, pode-se dizer que a relação ou situação jurídica é a *mínima unidade estrutural acionável* no processo civil brasileiro¹⁶¹. Assim, toda pretensão, em regra, deve ter por conteúdo mínimo uma situação jurídica – seja para declarar a sua existência, inexistência,

¹⁵⁹ Assim, por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1089, p. 264.

¹⁶⁰ Nesse sentido, Angelo Falzea ensina que situação jurídica é todo *efeito jurídico que se refere a um sujeito determinado* (“Efficacia giuridica”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV. Milano: Giuffrè, 1965. n. 36, p. 477), concepção que, entre nós, é semelhante à adotada por Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do fato jurídico: plano da eficácia - 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2003. § 16, p. 79). Ainda na linha do que se afirmou no texto, diferenciando as noções de situação e de relação jurídica, e mencionando o caráter mais amplo daquela, vale a leitura do que escreve Fernando Noronha: “A situação jurídica, sendo toda e qualquer situação da vida real em que as pessoas podem se encontrar, desde que seja regulada pelo direito, abrange todas as formas através das quais o direito se manifesta, seja especificamente em relação a pessoas (situação de casado, de filho, de assalariado, de proprietário etc.), seja quanto à posição de pessoas com relação a coisas (caracterização e regime jurídico de coisas móveis ou imóveis, de frutos, benfeitorias etc.). [...] As situações jurídicas podem ser unissubjetivas ou plurissubjetivas, conforme digam respeito a uma, ou a mais de uma pessoa [...]. São as situações jurídicas plurissubjetivas que se designam de *relações jurídicas*: estas, por isso, podem ser caracterizadas como sendo as situações jurídicas que têm por característica distintiva serem vínculos estabelecidos entre duas ou mais pessoas” (*Direito das obrigações*, vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 9-10). Essa ideia, porém, não é pacífica, encontrando-se, na doutrina quem afirme a superioridade da noção de relação jurídica para esses fins, justamente por ser mais ampla (assim, por exemplo: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. n. 22, p. 35-37), ou, ainda, menos equívoca que a de situação jurídica (assim, por exemplo: BARBI, Celso Agrícola. *A ação declaratória: principal e incidente*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 88-92).

¹⁶¹ A expressão foi cunhada em conhecido texto de Giovanni Verde (“Sulla ‘minima unità strutturale’ azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1989. p. 582). Naquela ocasião, entretanto, o autor tratava de questão um pouco diversa daquela de que cuida o presente tópico (ainda que a ela intimamente relacionada), referente à possibilidade de que um mesmo crédito pecuniário seja fracionado em mais de um processo. Sobre o tema, cuja análise aprofundada fugiria dos limites e dos propósitos do presente trabalho, vale conferir, além do texto de Verde: CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale...”, p. 144-145; CONSOLO, Claudio. “Domanda giudiziale”, n. 14, p. 68-70; FORNACIARI, Michele. “Oggetto del processo e diritto sostanziale”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2015. p. 829-854, esp. n. 4-5, p. 841-850; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, cap. V, n. 9, p. 276-284; MENCHINI, Sergio; PISANI, Andrea Proto. “Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuni”. In: *Il foro italiano*, v. 112, p. 1989. Na doutrina brasileira, o tema foi tratado de maneira pioneira por Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (*Limites objetivos...*, p. 64-65). Por fim, vale mencionar que, recentemente, também no Brasil, a noção de *mínima unidade estrutural* foi abordada, com o mesmo enquadramento por nós utilizado, por Marco Antonio Perez de Oliveira (*Coisa julgada sobre a sentença genérica coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2014. n. 3.1.2, p. 121-126).

ou modo de ser -, e, por conseguinte, o objeto do processo terá nela sua unidade fundamental.

Mostra-se correta, nessa linha, a ideia de que, embora as partes tenham liberdade na *formação* do objeto de um determinado processo, é o legislador quem delimita *o quê* pode integrar o objeto litigioso¹⁶². Mais do que uma limitação ao princípio da demanda, o que se tem, aí, é uma decorrência da função institucional entre nós atribuída à jurisdição, e da forma como é configurada a garantia do acesso à justiça (CF/88, art. 5, XXXV)¹⁶³.

Pode-se dizer, com isso, que, no direito brasileiro, a demanda deve ter como objeto, em regra, os *efeitos* que decorrem da incidência de determinada norma abstrata a um fato ou conjunto de fatos jurídicos, e não algum desses elementos vistos isoladamente¹⁶⁴. É claro que, para que possa efetivamente afirmar a ocorrência daquele efeito, e, com isso, reconhecer a existência, inexistência ou modo de ser da situação jurídica, o juiz precisará, em sua atividade cognitiva, verificar se estão presentes os pressupostos necessários à sua constituição: deverá, assim, a partir da interpretação dos enunciados normativos (textos) pertinentes, determinar a norma jurídica aplicável ao caso concreto (*fattispecie legal abstrata*), bem como verificar se ocorreram os fatos capazes de fazê-la incidir (*fattispecie concreta*), para, assim, poder afirmar a existência ou não da situação jurídica¹⁶⁵.

O que não se admite, em geral, é que a pretensão tenha por conteúdo apenas um ou alguns dos elementos necessários à constituição da situação jurídica, por mais relevantes que sejam. Não se admite, por isso mesmo, como indicado acima, que a tutela declaratória

¹⁶² A este respeito, vale conferir, com grande proveito: MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, cap. V, n. 9, esp. p. 280-284. Nessa linha, afirma o autor que o princípio dispositivo “concede sim ao titular a escolha se recorre ou não à autoridade judiciária para a tutela de um direito subjetivo próprio, mas isso no respeito das regras do jogo, predeterminadas pela lei”. E mais à frente, arremata: “Se deve, portanto, confirmar que o conceito e a extensão de objeto do processo são determinadas pelas normas positivas, as quais exigem, como entidade mínima, a afirmação de um direito subjetivo” (p. 280-283 – *tradução livre*). No mesmo sentido, na doutrina mais recente, vale conferir, ainda: FORNACIARI, Michele. “Oggetto del processo...”, p. 844-846.

¹⁶³ Embora voltadas ao sistema italiano, são precisas as palavras de Luiso: “Há um *conteúdo mínimo* da demanda, que responde a precisas exigências publicísticas, voltadas a evitar que o ‘serviço público de justiça’ seja chamado a intervir diversas vezes (e então a trabalhar em excesso), quando isso possa ser evitado” (LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processual civile*, vol. I. 9ª ed. Milano: Giuffrè, 2017. n. 9.1, p. 59 – *tradução livre*).

¹⁶⁴ Adequa-se ao direito brasileiro, assim, a lição de Vittorio Denti, para quem “as decisões vertentes apenas sobre a *fattispecie*, e não sobre o efeito jurídico, representam a exceção” (“Flashes’ su accertamento e condanna”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1985. p. 257 – *tradução livre*). Em texto anterior (“I giudicati sulla *fattispecie*”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1957), o autor analisou algumas dessas situações excepcionais em que a decisão recai apenas sobre um dos elementos da *fattispecie* (n. 1-7, p. p. 1327-1344), e as características da coisa julgada que sobre ela se forma (n. 8-9, p. 1345-1350).

¹⁶⁵ Para esse esquema: DALFINO, Domenico. *Questioni di diritto e giudicato...*, p. 32.

tenha como objeto: (i) *elementos meramente de fato*; (ii) *elementos meramente de direito*; ou (iii) *a subsunção de uma norma a um fato*, se dela não resulta qualquer relação ou situação jurídica¹⁶⁶.

Assim, recorrendo uma vez mais a um exemplo corriqueiro, imagine-se a situação em que um sujeito tenha sofrido danos em decorrência de um acidente automobilístico, que, em seu entender, teria sido culposamente causado pelo motorista de outro veículo, que dirigia acima do limite de velocidade. Nesse caso, então, o sujeito não poderia pleitear, em juízo, a simples declaração (i) de que o outro motorista dirigia em determinada velocidade, ou, ainda (ii) de qual seria a velocidade máxima permitida no local. Na mesma linha, também não seria possível obter a declaração de que (iii) por conduzir acima dos limites permitidos, o outro motorista seria o culpado pelo acidente. Todos esses são, no exemplo dado, meros pressupostos para que, em decorrência das regras de responsabilidade civil, surja o *direito à indenização*, esse sim capaz de ser deduzido, em juízo, por meio de pretensão declaratória ou condenatória.

Para mencionar outro exemplo, cogite-se, ainda, de hipótese em que, por trabalhar com certos produtos de limpeza, um servidor público municipal entenda que faz jus ao recebimento de adicional de insalubridade, que não lhe estaria sendo pago. Nessa situação, então, não poderia pretender que fosse declarado em juízo (i) que os produtos de que se utiliza possuem determinada concentração de agentes químicos, ou (ii) que a legislação municipal garante aos servidores que laboram com produtos com determinadas características o recebimento daquele benefício funcional. Da mesma forma, não seria admissível obter a certificação de que (iii) a sua situação pessoal se enquadra no conceito de insalubridade previsto pela legislação municipal. Na linha do que se disse acima, todos esses são meros pressupostos para que possa ser reconhecido o seu *direito ao recebimento do adicional de insalubridade*, que poderia dar azo à propositura de ação declaratória ou condenatória.

Imagine-se, por fim, de situação em que o doador de um bem entenda que, em virtude de ofensas contra ele supostamente perpetradas pelo donatário em rede social, se utilizando de perfil falso, tenha direito a revogar a doação, nos termos do art. 557, III do CC/02. Nesse caso, na linha do que se disse, não poderia buscar em juízo o

¹⁶⁶ Para essas restrições, de onde, inclusive, se retirou o exemplo mencionado no próximo parágrafo: SICA, Heitor Vitor. “Tutela meramente declaratória...”, p. 449-450.

reconhecimento (i) de que as ofensas efetivamente ocorreram, e que foram praticadas pelo donatário, ou (ii) de que, nos termos do Código Civil, ofensas realizadas em redes sociais de modo anônimo podem configurar a ingratidão de que fala o Código Civil. Igualmente, também não seria possível obter a declaração de que (iii) aqueles atos se enquadram no conceito de injúria grave, previsto no dispositivo mencionado. Como se vem sustentando, esses são simples elementos para que se possa configurar o *direito potestativo à revogação da doação*, capaz de ser deduzido em demanda declaratória ou constitutiva.

É claro que a distinção apregoada entre uma dada situação jurídica de um lado, e os elementos integrantes de sua *fattispecie* de outro, não é facilmente estabelecida em todas as situações concretas se pretende levar à apreciação do Poder Judiciário. Há, na verdade, diversas hipóteses em que se afigura difícil precisar se a tutela pretendida tem como objeto uma verdadeira situação jurídica, ou se é voltada a meras circunstâncias de fato, de direito ou relativas à subsunção de um fato à norma¹⁶⁷.

Essa dificuldade se mostra especialmente acentuada em hipóteses nas quais, diante de um especial relacionamento existente entre dois sujeitos, surgem, entre eles, sucessivas relações jurídicas homogêneas, decorrentes da reiteração de fatos jurídicos idênticos (*relações sucessivas*)¹⁶⁸. É o que se verifica, de maneira muito clara, no campo do direito tributário, em que a cada exercício financeiro ou prática do fato gerador do tributo surge, entre o contribuinte e o Estado, uma distinta relação jurídica obrigacional. Basta que se pense, por exemplo, em cada uma das operações de circulação de mercadoria ou de serviço praticada por uma determinada empresa, que gera o seu dever de pagar o ICMS em favor do respectivo estado. Ou, ainda, no dever de pagar o IPTU em favor do Município que surge, para o proprietário de um imóvel, a cada ano.

Nesses casos, então, surge questão relativa à possibilidade de que seja declarado judicialmente o *regime jurídico* a que se devem submeter essas relações que surgem sucessivamente entre as partes. Assim, por exemplo, seria possível à empresa obter a declaração de que as mercadorias por ela postas em circulação, pelo ramo de atividade em

¹⁶⁷ Também apontando essa dificuldade: CAPONI, Remo. “In tema di accertamento sulla norma astratta, sui diritti futuri e sui rapporti di durata”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1991. p. 1159; PISANI, Andrea Proto. “La tutela di mero accertamento”. In: *Le tutele giurisdizionale dei diritti (studi)*. Napoli: Jovene, 2003. n. 11, p. 53-56.

¹⁶⁸ Para a caracterização das *relações jurídicas sucessivas*, e sua distinção para as *relações jurídicas continuativas*, vale conferir, com grande proveito: ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças...*, n. 4.2, p. 99-105.

que está inserida, estão sujeitas a uma específica alíquota tributária? Ou, ainda, seria admissível ação declaratória visando ao reconhecimento do valor venal do imóvel para fins de IPTU? Nesses casos, as demandas acima cogitadas versariam sobre uma efetiva situação jurídica, ou se voltariam, respectivamente, à interpretação de norma abstrata e a questão meramente de fato?

Essas questões demonstram, na linha do que se disse, a dificuldade de se precisar, em algumas hipóteses, se é admissível a pretensão declaratória. De toda sorte, não nos parece que se possa ignorar a regra prevista no art. 19, I, do CPC/15, devendo-se afirmar que, no direito brasileiro, o objeto do processo tem, como estrutura mínima, em regra, uma situação jurídica.

Por tal razão, para que um dos elementos integrantes da *fattispecie* possa ser objeto de demanda autônoma, é necessário que o próprio elemento constitua, por si só, uma situação jurídica¹⁶⁹. É o que ocorre, por exemplo, com o direito de propriedade em relação à cobrança de frutos indevidamente percebidos, ou, ainda, com o vínculo de paternidade em relação ao direito a alimentos. Nesses casos, então, não há óbice a que o sujeito interessado deduza, em juízo, apenas a situação jurídica que integra aquela outra, mais complexa.

A rigor, o que teremos, nessas situações, é uma hipótese de *prejudicialidade*, em que, por integrar a *fattispecie* de uma situação mais complexa, uma determinada situação jurídica condiciona a sua existência ou inexistência. Nesses casos, como se disse, nada impede que o sujeito interessado deduza, em juízo, pedido voltado apenas à situação prejudicial ou à situação prejudicada, ou, ainda, pretensão direcionada a ambas.

De todo modo, é importante, para os fins desse estudo, que fique claro que, em regra, apesar de gozarem as partes de grande liberdade na formação do objeto do processo, esse terá, como conteúdo mínimo, uma situação jurídica concreta, noção que produz relevantes reflexos na estrutura da própria coisa julgada.

Partindo da ideia, afirmada no início do capítulo, de que há uma tendencial correlação entre o objeto do processo, o objeto da sentença, e o objeto da coisa julgada, pode-se dizer que, na medida em que o objeto litigioso tem por elemento mínimo uma situação jurídica, também a autoridade de coisa julgada recairá, *a priori*, sobre a declaração

¹⁶⁹ Nesse sentido: OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. *Coisa julgada sobre...*, p. 124.

de existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica (além, é claro, de algum elemento condenatório ou constitutivo que a ela se tenha agregado). É isso o que ocorre com a coisa julgada sobre questão principal, na forma do art. 503, *caput*, do CPC/15.

Essa não é, porém, uma regra absoluta, que não possa ser alterada pelo direito positivo: a restrição da tutela declaratória às situações jurídicas, e seu afastamento, em geral, de questões exclusivamente fáticas ou jurídicas não decorre de uma impossibilidade conceitual ou de exigências de ordem dogmática¹⁷⁰, mas, como nos parece, de razões de conveniência prática, ligadas à preservação do direito de defesa, e à reduzida utilidade que um provimento desse tipo teria se comparado com os ônus que pesariam sobre as partes e sobre o Estado.

Quanto à garantia do direito de defesa, a ideia, que nos parece correta, é a de que, considerando as inúmeras consequências jurídicas que de um mesmo fato ou norma abstrata podem derivar, o réu não teria condições de prever os possíveis resultados negativos que a procedência da demanda poderia produzir em sua esfera jurídica. Não teria, desse modo, condições de mensurar o efetivo prejuízo que decorreria de seu insucesso, na medida em que não saberia, exatamente, o quê está em jogo no processo, não tendo, destarte, condições de avaliar o esforço que deve dedicar à causa¹⁷¹.

Além disso, no que concerne especificamente à declaração de mero fato, não nos parece que a utilidade prática da tutela jurisdicional justifique o esforço que se exigiria das partes e do Estado. Isso porque, se, por um lado, para que possa haver o reconhecimento da existência ou inexistência de um determinado fato seria necessário não apenas a produção de provas, como também sua valoração e decisão a respeito – com a inevitável possibilidade de interposição de recursos contra o respectivo resultado –, é possível, por outro, que o fato declarado existente ou inexistente não esgote, por completo, a discussão necessária ao reconhecimento da existência ou inexistência dos direitos dele decorrentes. E, nesse caso, para que se possa obter em juízo, a proteção do direito, será necessário dar início a um novo processo, com nova atividade instrutória e decisória, possível interposição de recursos etc. Para ficar num exemplo já utilizado acima, basta pensar que,

¹⁷⁰ Nesse sentido: PISANI, Andrea Proto. “La tutela di mero accertamento”, p. 51; YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 265.

¹⁷¹ Para maior desenvolvimento dessa ideia, vale conferir: PISANI, Andrea Proto. “La tutela di mero accertamento”, n. 10, p. 51-53.

uma vez declarada a culpa de um sujeito por determinado acidente automobilístico, o reconhecimento do direito à indenização ainda dependeria da prova dos danos, afastamento de eventual prescrição, ausência de pagamento etc., circunstâncias que demandariam um novo esforço processual¹⁷².

De toda sorte, como se disse, a vedação à declaração de fato ou norma jurídica não é regra absoluta. Basta, para tanto, que nos lembremos das hipóteses, acima mencionadas, em que é admitida a propositura de demanda que vise à declaração de mero fato, ou, ainda, voltada a uma norma jurídica abstrata, como ocorre, respectivamente, nas ações de autenticidade ou falsidade de documento, e nas ações voltadas ao controle abstrato de constitucionalidade. Nesses casos, então, na medida em que o objeto do processo se refira apenas a um fato ou a uma norma jurídica, também a decisão e a coisa julgada terão o mesmo conteúdo.

Algo de semelhante ocorre, ainda, nas ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, em que a sentença genérica que se pretende obter na forma do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor não define por completo a existência de qualquer dos direitos singulares atingidos pela lesão em massa, mas, apenas, dos *elementos comuns* de suas *fattispecie*. Nessa situação, então, a coisa julgada coletiva que vier a se formar sobre a sentença de procedência não recairá sobre uma ou mais relações jurídicas, mas, apenas, sobre aquilo que existe de análogo (*núcleo de homogeneidade*) em seus suportes fáticos, cabendo às liquidações individuais subseqüentes definir os demais elementos (*margem de heterogeneidade*) necessários à configuração dos direitos individuais¹⁷³.

¹⁷² Neste sentido, ver, com grande proveito: YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova...*, n. 53. p. 264-270. Em sentido contrário, por outro lado, sustentando a conveniência de que se passe a admitir esse tipo de demanda: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 447-492.

¹⁷³ Nesse sentido, vale a leitura do que escreve Teori Zavascki a respeito da *ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos*: “Consiste num procedimento especial estruturado sob a fórmula da repartição da atividade jurisdicional cognitiva em duas fases: uma, que constitui o objeto da ação coletiva propriamente dita, na qual a cognição se limita às questões fáticas e jurídicas que são comuns à universalidade dos direitos demandados, ou seja, ao seu núcleo de homogeneidade; e outra, a ser promovida em uma ou mais ações posteriores, propostas em caso de procedência da ação coletiva, em que a atividade cognitiva é complementada mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= margem de heterogeneidade)”. E mais à frente explica que, nesses casos, a *sentença genérica* “faz juízo apenas parcial dos elementos da relação jurídica posta na demanda” (*Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 166-169). Como se sabe, porém, há grande divergência na doutrina a respeito da natureza da sentença genérica coletiva, e da coisa julgada que sobre ela se forma, questões cuja análise fugiriam aos limites e propósitos do presente trabalho, para o qual basta a lembrança de que, nesses casos, o objeto do processo não é formado por uma relação jurídica completa. Sobre essas questões, abordando as diversas posições existentes a respeito, vale conferir, com grande proveito: OLIVEIRA, Marco Antonio Perez. *Coisa julgada sobre...*, cap. 4, p. 221-290.

Aliás, mesmo no processo individual, situação semelhante ocorre, em menor medida, quando se deduz em juízo um *pedido genérico* (CPC/15, art. 324, § 1º), hipótese em que, pela ausência de determinação da quantia devida, falta ao direito afirmado um de seus elementos constitutivos. O mesmo raciocínio pode ser transposto para as *sentenças ilíquidas* ou *genéricas* (CPC/15, art. 491), que, ao estipular apenas o *an debeatur*, não definem por completo uma determinada relação obrigacional, o que apenas ocorrerá com a decisão do procedimento de liquidação¹⁷⁴.

Na mesma linha, embora sejam exceção¹⁷⁵, encontram-se, no direito comparado, sistemas processuais que expressamente admitem, em caráter geral, demandas visando à declaração de fatos. É o que se vê, por exemplo, no art. 10 do Código de Processo Civil de Portugal, segundo o qual as ações de *simples apreciação* têm por fim “obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito *ou de um facto*”.

¹⁷⁴ Nesse sentido, Dinamarco explica que “a declaração que a condenação genérica contém não vai além da afirmação da existência da obrigação (*an debeatur*), sem quantificar o objeto desta (*quantum debeatur*). [...] Por isso, quando na liquidação da sentença o juiz fixa o *quantum debeatur*, outra coisa não está a fazer senão a cumprir depois uma função que não realizara antes, ao condenar. Ou seja, ele realiza a *integração do momento declaratório da sentença de condenação* ao acrescentar à declaração o da existência do crédito a declaração do valor deste. A determinação do *quantum debeatur* ficara diferida no tempo e agora sobrevém. Conhece-se agora, por inteiro, a *vontade concreta do direito a atuar*” (“As três figuras da liquidação de sentença”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. n. 783, p. 1381-1382). Vale alertar que, como se sabe, há grande controvérsia a respeito da natureza da tutela jurisdicional prestada tanto na sentença genérica e quanto na decisão de liquidação, tema cuja análise fugiria aos propósitos deste trabalho, para o qual basta lembrar que, ao deixar de determinar o *quantum debeatur*, aquela, na verdade, deixa de definir um dos elementos constitutivos do direito de crédito, ideia que não se abala conforme a posição firmada a respeito da questão. Sobre o tema, vale conferir, além do trabalho de Dinamarco citado nesta nota (esp. n. 781-784, p. 1379-1383), o que escreveu Alfredo Buzaid (“Da liquidação por artigos em ação de ressarcimento de perdas e danos”. In: *Revista de processo*, n. 43. São Paulo: RT, 1986. n. 2-5, p. 9-11) e, mais recentemente, Heitor Sica (“A nova liquidação de sentença e suas velhas questões”. In: *Aspectos polêmicos da nova execução*, vol. 4. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008. n. 8).

¹⁷⁵ A esse respeito, vale dizer que, assim como no Brasil, também as legislações processuais da Alemanha (ZPO, § 256) e da Espanha (LEC, art. 5, n. 1) contêm norma expressa restringindo a ação declaratória, como regra, às relações ou situações jurídicas. Na Itália, por sua vez, apesar de inexistir norma explícita nesse sentido, também se entende que, em regra, a demanda deve versar sobre relação jurídica, situação jurídica ou direito subjetivo, e não sobre fatos ou normas jurídicas, mencionando-se, como exceção, em geral, a *querela di falso* e a *verificazione di scrittura*, análogas à nossa declaração de falsidade ou autenticidade de documentos. Era isso o que já se via em Chiovenda (“Acción de declaración de mera certeza”. In: *Ensayos de derecho procesal civil*, t. I. Buenos Aires: EJEJA, 1949. n. 8, p. 201-203) e Alfredo Rocco (*La sentencia civil*. Trad.: Mariano Overejo. Madrid: La España Moderna, S/A. n. 61, p. 187), e, posteriormente, em Liebman (*Manual...*, vol. I, n. 83, p. 232-236) e Pavanini (“Accertamento giudiziale”. In: *Novissimo digesto italiano*, vol. I. Torino: UTET, 1957. n. 5, p. 125). Na doutrina mais recente, ainda, é o que se pode ver, dentre muitos outros, em: MERLIN, Elena. “Mero accertamento di una questione preliminare?”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1985. p. 202; PISANI, Andrea Proto. *Lezioni...*, p. 138-142; ROMANO, Alberto A. *L'azione di accertamento negativo*, n. 2, p. 79-99, esp. p. 81-82. Para ampla referência bibliográfica e jurisprudencial, vale conferir, ainda: DALFINO, Domenico. *Questioni di diritto e giudicato...*, p. 31-32.

Mesmo, porém, em sistemas como o nosso, em que a demanda recai, em regra, sobre uma situação jurídica, nada impediria, na linha do que se disse no início do capítulo, que os objetos da decisão ou da coisa julgada fossem além desse esquema, resultando, assim, na formação de coisa julgada sobre elemento que não constitui, por si só, uma situação jurídica.

A rigor, é isso o que ocorre com a coisa julgada que, nos termos do art. 935 do Código Civil, se forma no juízo penal sobre a existência do fato criminoso e sobre sua autoria, e que podem ser utilizadas, no juízo cível, para fins de reparação civil. Ou, ainda, sobre a ocorrência de alguma excludente de ilicitude, na forma do art. 65 do Código de Processo Penal. Nesses casos, não há, propriamente, o reconhecimento da existência ou da inexistência do direito à indenização (situação jurídica), mas, apenas, de alguns dos pressupostos da responsabilidade civil¹⁷⁶.

Na experiência estrangeira, da mesma forma, encontram-se sistemas em que, malgrado apenas se admita a propositura de ação declaratória tendo por objeto um direito, a coisa julgada pode recair sobre questões meramente fáticas ou jurídicas apreciadas na decisão.

É o que ocorre, por exemplo, no direito norte-americano, em que, apesar de ações declaratórias não poderem ter por objeto senão um direito¹⁷⁷, a *issue preclusion* pode recair

¹⁷⁶ Embora em perspectiva crítica, também foi esse o enquadramento dado por Liebman, em conhecido estudo, aos arts. 25, 27 e 28 do Código de Processo Civil italiano de 1930: “[...] trata-se de uma eficácia, *vinculante para* o juiz civil, da decisão proferida pelo juiz penal sobre algumas *questões de fato e de direito* que são *comuns* ao processo penal e ao conexo processo civil de reparação, e é só isto. Mais precisamente, as questões comuns cuja decisão do juiz penal vincula o juiz civil são, conforme os casos, os da existência do fato, de sua ilicitude, de o imputado tê-lo cometido, de sua responsabilidade, de ele o ter praticado no cumprimento de um dever ou no exercício regular de um direito. Em outros termos, a autoridade do julgado penal prevista pelas normas mencionadas não respeita ao pronunciamento do juiz penal sobre a lide, ou – se assim se preferir – sobre o objeto do processo, mas sim à sua decisão sobre algumas das premissas lógicas do pronunciamento” (“A eficácia da sentença penal no processo civil”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 259). A questão, porém, é polêmica, podendo-se mencionar, por exemplo, a posição de Ada Pellegrini Grinover nas notas apostas ao texto de Liebman, para quem, no direito brasileiro, “a lei opera a ampliação do objeto do processo (penal), para nele incluir o julgamento implícito sobre o dever de indenizar” (“Notas relativas ao direito brasileiro vigente”. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 267), ideia que vai de encontro ao que afirmamos no texto. Mais recentemente, na doutrina portuguesa, o tema foi objeto de profunda análise crítica por parte de Maria José Capelo, que procurou não apenas desvincular o fenômeno da coisa julgada, como, ainda, questionar a própria prevalência do juízo criminal sobre o cível (*A sentença entre a autoridade e a prova: em buscas de traços distintivos do caso julgado civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016. Parte I, Cap. V, p. 151-227).

¹⁷⁷ Embora, inicialmente proibisse os chamados *declaratory judgments*, a Suprema Corte dos Estados Unidos, a partir da década de 1930 passou a admiti-los, o que levou o Congresso, em 1934, a promulgar o *Federal Declaratory Judgment Act*. Atualmente, as decisões declaratórias estão previstas no §§ 2201-2202

sobre a apreciação de questões de fato (*issues of fact*) ou de direito (*issues of law*). De modo semelhante, a doutrina italiana mais recente tem registrado a existência de orientação jurisprudencial que, em certos casos, admite a formação de coisa julgada sobre a análise de questões de fato¹⁷⁸.

Não foi essa, entretanto, a opção feita pelo direito brasileiro em relação à coisa julgada sobre questão prejudicial prevista no art. 503, § 1º do CPC/15. Na medida em que, como veremos, apenas permite a formação daquela autoridade sobre a análise de questão que poderia ter sido objeto de demanda autônoma, o legislador acabou por circunscrever a coisa julgada às situações jurídicas, nos mesmos limites que se colocam à admissibilidade da tutela declaratória, na forma do art. 19, I.

Pode-se concluir, assim, que, no sistema do Código de Processo Civil de 2015, a coisa julgada terá, em regra, a mesma estrutura mínima a que se submete o objeto do processo. Seja na forma do *caput* do art. 503, em que a coisa julgada se liga diretamente ao objeto litigioso, seja nos termos de seu § 1º, em que recai sobre questão prejudicial, aquela autoridade terá, como referencial mínimo, a análise de uma situação jurídica.

1.10. (Segue) Princípio da demanda, objeto do processo e objeto da decisão: a regra da correlação

No início do capítulo, procurou-se ressaltar a relação tendencial que existe entre o conteúdo de que é formado o objeto do processo e aquele que é analisado no objeto da decisão. Neste momento, cumpre-nos, a partir das noções desenvolvidas em torno do princípio da demanda, explicitar de que forma se estabelece essa relação.

Antes de tudo, é importante, para tanto, estabelecer que, por *objeto da decisão*, nos referimos àquilo que é analisado na parte *dispositiva* da sentença¹⁷⁹ (CPC/15, art. 489, III),

do *U.S. Code*, que admite a declaração de “*direitos e outras relações jurídicas*”. Vale dizer, ainda, que, a maior parte dos Estados adotou, em sua jurisdição, regras semelhantes às federais. Sobre o tema, vale conferir: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata*..., p. 189-192.

¹⁷⁸ Sobre o tema, vale conferir: DALFINO, Domenico. *Questioni di diritto e giudicato*..., p. 120-121; POLI, Roberto. “In tema di giudicato e accertamento dei fatti”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1999. p. 576-602, esp. p. 597-602; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*. Padova: CEDAM, 1999. p. 227-242, esp. p. 230-234 e p. 242.

¹⁷⁹ Cabe esclarecer que, por comodidade da exposição, não empregamos, neste momento, a expressão “sentença” no exato sentido dado pelo art. 203, § 1º, do CPC/15, mas, de modo mais amplo, para designar qualquer pronunciamento judicial (seja uma verdadeira *sentença*, uma *decisão interlocutória*, um *acórdão* ou uma *decisão monocrática*) que verse sobre o objeto do processo, nos termos acima delineados. A opção se dá

ou seja, o “*preceito concreto e imperativo ditado pelo juiz em relação à causa*”¹⁸⁰. É nele que se localiza o conteúdo verdadeiramente decisório do pronunciamento, e que se manifesta, em regra, sobre o pedido de tutela jurisdicional formulado pelo demandante, seja para acolhê-lo (sentença de procedência), rejeitá-lo (sentença de improcedência) ou decretar a impossibilidade de sobre ele prover (sentença terminativa). É, em suma, conforme orientação tradicional, o elemento da decisão que se destina a produzir *efeitos* sobre o processo e, se for o caso, sobre a vida das pessoas¹⁸¹.

Nos termos do art. 489, III, do CPC/15, na parte dispositiva da sentença caberia ao juiz resolver as *questões principais* que as partes lhe tenham submetido. Nota-se, aqui, primeiramente, que o legislador repetiu o equívoco, que se via no Código revogado (art. 458, III), de associar o dispositivo da decisão à resolução de questões: como se sabe, o termo *questão* tem significado preciso na dogmática processual, de *ponto controvertido de fato ou de direito*, ou seja, de elemento que é capaz de influir em uma decisão, e que tenha sido posto em dúvida no processo¹⁸². É na *motivação* da sentença, portanto, que o juiz se ocupa de resolver questões, cabendo, ao dispositivo, tratar do *mérito* da causa¹⁸³.

Verifica-se, de toda sorte, alguma evolução na redação do art. 489, III, se comparado ao que se tinha no Código de 1973, na medida em que o legislador adjetivou de *principais* as “questões” de que deve o juiz tratar na parte dispositiva da decisão. Da restrição, então, pode-se extrair a ideia de que, dentre todos os elementos que formam aquilo que denominamos de *objeto do conhecimento do juiz*, é apenas daqueles concernentes ao *objeto do processo* - ou seja, as pretensões deduzidas pelas partes - de que se deve cuidar no dispositivo da sentença.

pelo fato de que, todo pronunciamento judicial, qualquer que seja o seu conteúdo, é dotado de uma parte dispositiva, que contém seu conteúdo imperativo; nesse momento, porém, nos interessa, apenas, as decisões que se referam ao objeto litigioso, que, então, denominamos, ainda que imprecisamente, de sentença.

¹⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1444, p. 773.

¹⁸¹ Assim: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 16. Vale dizer, porém, que, mais à frente (*infra*, item n. 3.2), será analisada criticamente a ideia de que apenas os elementos constantes da parte dispositiva podem produzir efeitos externos ao processo.

¹⁸² Essa é, como se sabe, a célebre lição de Carnelutti, que define questão como “*ponto duvidoso, de fato ou de direito*”, e deixa claro, na linha do que dissemos acima, que “posto que a decisão do litígio ou, melhor, a decisão sobre a pretensão ou sobre a discussão se obtém resolvendo as questões, as questões resolvidas se convertem em razões da decisão” (*Sistema...*, vol. II, n. 127, p. 15 – *tradução livre*).

¹⁸³ Para essas críticas ao texto do art. 458, III, do CPC/73: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 117-118; DINAMARCO, Cândido Rangel. “O conceito de mérito...”, n. 155, esp. p. 308-309. Na mesma linha, criticando a redação do art. 489, III, do CPC/15: FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários...*, vol. IX, p. 59-60.

A alusão ao caráter *principal* dos elementos a serem enfrentados na parte dispositiva da sentença é importante, além disso, porque a mesma expressão é utilizada pelo art. 503, *caput*, do CPC/15, ao tratar dos limites objetivos da coisa julgada. Como veremos, há uma estreita ligação entre os textos normativos, na medida em que é justamente sobre aquilo que está contido no dispositivo da decisão – ou seja, análise do objeto do processo e dos impropriamente chamados “pedidos implícitos”, de que trataremos em seguida – que recai a coisa julgada de que fala o *caput* do art. 503, em contraposição àquela tratada no § 1º do mesmo artigo, destinada às questões prejudiciais analisadas na *fundamentação* da decisão.

De todo modo, retomando o tema de que cuida o presente tópico, pode-se dizer que a ligação existente entre o objeto do processo e o objeto da decisão decorre da regra da *correlação (adstrição; congruência)*, presente nos arts. 140, 141, 490 e 492 do CPC/15, segundo a qual a atividade decisória está vinculada aos pedidos e causas de pedir deduzidos em juízo. Isso quer dizer, inicialmente que, em regra, não se pode proferir decisão distinta da pretendida (*extra petita*) ou que vá além do que se pediu (*ultra petita*). Significa, ainda, que não pode deixar de analisar um dos pedidos ou causas de pedir deduzidos em juízo (*citra petita*). Têm-se, aí, respectivamente, os aspectos *negativo* e *positivo* em que se pode divisar a regra da correlação¹⁸⁴.

Trata-se, como parece claro, de decorrência direta do princípio da demanda e das razões que o inspiram, que, como se disse, outorga ao interessado monopólio referente não apenas à instauração do processo, como também à formação do objeto litigioso. Tem importância também aqui, no que se refere especificamente ao aspecto positivo da correlação, a garantia do acesso à justiça, que, *in casu*, impõe o dever de que sejam analisadas todas as pretensões levadas à apreciação judicial (vedação do *non liquet*)¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Nesse sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. “Reflexões...”, n. 4.

¹⁸⁵ “Deveras, o dever imposto ao magistrado de examinar integralmente o litígio a ele submetido decorre não apenas do princípio da demanda e de seu consectário princípio da correlação, mas também da proibição da autotutela privada. Ora, se o Estado proíbe ao particular a proteção de seus interesses, tomando para si o monopólio da atuação do Direito, não pode haver espaço para que, quando o interessado solicite a atuação jurisdicional, o magistrado desconsidere parte do pedido formulado, examinando apenas aquilo que lhe aprouver” (ARENHART, Sérgio Cruz. “Reflexões...”, n. 4). Em sentido semelhante, ainda: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, n. 534, p. 164-165.

É importante frisar, ainda, que, como se reconhece sem qualquer dificuldade em sede doutrinária¹⁸⁶ e jurisprudencial¹⁸⁷, a regra da correlação vincula o juiz não apenas aos pedidos formulados, mas também às causas de pedir que se coloquem como fundamentos das pretensões deduzidas, sobretudo em seus contornos *fáticos*, como se verá.

Como se disse, pelo princípio da demanda, cabe às partes estabelecer os contornos da tutela jurisdicional a ser prestada num determinado processo, o que se garante na medida em que o conteúdo da decisão fique limitado às pretensões deduzidas em juízo.

1.11. (Segue) Exceções à regra da correlação (“pedidos implícitos”) e objeto da decisão

Como também se procurou deixar claro, porém, no início do capítulo, a ligação entre o objeto do processo e o objeto da decisão não tem caráter absoluto, havendo situações em que o sistema processual determina ao juiz que decida, em caráter principal, alguns conteúdos que extrapolam os pedidos deduzidos pelas partes.

Trata-se, vale dizer, de fenômeno que ocorre em hipóteses muito variadas, sendo inviável estabelecer uma razão única pela qual, nesses casos, o legislador deixa de lado o princípio da demanda, e determina ao juiz que profira decisão capaz de gerar efeitos externos ao processo, independentemente de pedido do sujeito interessado. Também não parece possível enquadrá-las dogmaticamente em uma categoria única da teoria do processo, sendo distintas as situações processuais das quais decorrem e seus reflexos sobre outros institutos. Cabe-nos, neste momento, tão somente lembrar algumas das situações em que isso ocorre, a fim de buscar, na medida do possível, relacioná-las com o tema do objeto do processo e do objeto da decisão.

¹⁸⁶ Assim, dentre outros: BARBI, Celso Agrícola, *Comentários...*, vol. I, p. 403; BEDAQUE, José Roberto dos Santos, “Os elementos objetivos...”, p. 24-25; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1135, p. 335-338; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...*, p. 177; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 298-302.

¹⁸⁷ Assim, por exemplo, na recente jurisprudência do STJ: [...] “2. Consoante entendimento sedimentado neste STJ, considera-se extra petita a decisão que aprecia pedido *ou causa de pedir* distintos daqueles apresentados pela parte postulante, isto é, aquela que confere provimento judicial sobre algo que não foi pedido. [...]” (STJ, AgInt no AREsp 527.706/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 31/03/2017). No mesmo sentido, dentre outros: STJ, AgRg no REsp 1470591/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 17/11/2014; STJ, Rcl 13.200/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/10/2014, DJe 14/11/2014; STJ, AgRg no REsp 1456844/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 25/09/2014.

Há, por exemplo, pronunciamentos que decorrem de atos ou fatos ocorridos no curso do procedimento, e que, pela incidência de imperativos legais processuais, geram verdadeiras situações jurídicas, capazes de produzir efeitos externos ao processo. É o que ocorre, por exemplo, com: (i) a condenação do vencido a reembolsar as despesas antecipadas pela parte vencedora (CPC/15, art. 82, § 2º) e ao pagamento de honorários ao seu advogado (CPC/15, art. 85); (ii) a condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé (CPC/15, art. 81), por ato atentatório à dignidade da justiça (CPC/15, art. 77, § 2º; art. 334, § 8º; art. 774, parágrafo único; art. 903, § 6º), por recursos protelatórios (CPC/15, art. 1021, § 4º; art. 1026, §§ 2º e 3º), e por outros ilícitos processuais (CPC/15, art. 100, parágrafo único; art. 202; art. 234, §§ 2º a 4º; art. 258; art. 468, § 1º; art. 625; art. 702, §§ 10 e 11; art. 896, § 2º etc.); (iii) aplicação de multas coercitivas com finalidade executiva (CPC/15, art. 523; art. 537; art. 538, § 3º etc.); e (iv) a fixação de honorários do auxiliar da justiça (CPC/15, art. 515, V)¹⁸⁸.

Em outras situações, o legislador determina que certos conteúdos, diretamente ligados ao direito material, se devam considerar incluídos na demanda formulada, ainda que sem qualquer manifestação expressa das partes. É o caso (i) da incidência de juros legais e de correção monetária (CPC/15, art. 332, § 1º), e (ii) das prestações vencidas no curso do processo, nas obrigações de trato sucessivo (CPC/15, art. 323).

Há hipóteses, ainda, em que a lei simplesmente dispõe que, a depender do conteúdo da sentença prolatada, o juiz trate, de ofício, de situação jurídica ligada àquela reconhecida em juízo, como ocorre com (i) a determinação de que, julgada procedente a ação investigatória de paternidade, seja o pai condenado a pagar alimentos mesmo que inexistente pedido nesse sentido (Lei nº 8.560/92, art. 7º), e com (ii) a regra de que, julgada improcedente ação de busca e apreensão fundada em alienação fiduciária, seja o credor condenado em multa equivalente a cinquenta por cento do valor do bem caso esse já tenha sido vendido (DL nº 911/69, art. 2º, § 7º).

Pode-se mencionar, ademais, o que se verifica, como veremos à frente¹⁸⁹, em alguns procedimentos especiais de caráter dúplice, em que o juiz pode conceder, em favor do réu, tutela jurisdicional mais intensa que a simples rejeição do pedido em face dele

¹⁸⁸ Para uma análise do objeto litigioso do cumprimento de sentença ou processo de execução em relação a essas questões, comparado com o objeto do processo de conhecimento, vale conferir, de onde retiramos a maior parte dos exemplos: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz...*, p. 118-121.

¹⁸⁹ Para mais considerações sobre o tema, ver, *infra*, o item n. 1.24.

deduzido, independentemente da formulação de pretensão própria. É o que se vê, por exemplo: (i) na ação de consignação em pagamento, em que, uma vez acolhida a alegação de insuficiência do depósito inicial, o réu passa a ser dotado de título executivo em relação ao valor restante (CPC/15, art. 545, § 2º); (ii) na ação de exigir contas, em que, apurada a existência de saldo em favor do réu, a sentença é dotada de eficácia executiva para que obtenha, em juízo, o valor que lhe é devido (CPC/15, art. 552); (iii) na ação revisional de aluguel, em que pode o réu oferecer contraproposta em valor inferior ou superior ao que vem sendo pago, que, uma vez acolhida, leva à modificação do aluguel a seu favor e à condenação do autor ao pagamento das diferenças apuradas a partir da citação (Lei nº 8.245/91, art. 69); e (iv) na ação renovatória de locação, em que o juiz pode determinar a renovação do contrato com base na contraproposta do réu, e não pelo valor indicado pelo autor, condenando esse, ainda, a pagar as diferenças dos aluguéis vencidos (Lei nº 8.245/91, art. 73).

Como se disse, esse é um fenômeno que se manifesta por diversas razões. Assim, por exemplo, pode-se dizer que enquanto a condenação do vencido ao pagamento das verbas de sucumbência visa a uma distribuição equânime dos custos e riscos decorrentes do processo, com vistas a propiciar uma tutela jurisdicional integral e desestimular demandas temerárias¹⁹⁰, a aplicação de sanções por litigância de má-fé, por ato atentatório à dignidade da justiça etc., objetiva coibir a prática de ilícitos processuais¹⁹¹. Por sua vez, a inclusão das prestações vincendas no pedido se presta a evitar o ajuizamento de novas ações em relação aos períodos futuros, o que atende a valores muito caros ao sistema, como a harmonia de julgamento e a economia processual¹⁹². Já nas hipóteses de

¹⁹⁰ Nessa linha, é conhecida a ideia de Chiovenda de que a condenação do vencido nas despesas processuais visa a evitar que os custos do processo se revertam em prejuízo para parte que tem razão, o que acarretaria em diminuição de seu direito, de modo a propiciar tutela jurisdicional que se possa dizer integral. O seguinte trecho bem retrata a ideia: “o processo, como meio de obter o exercício do direito, não pode conduzir senão à declaração deste na maior integridade possível; [...] tudo o que foi necessário para este reconhecimento é diminuição do direito e deve ser ressarcido ao sujeito do próprio direito, a fim de que este não sofra detrimento por causa do pleito” (*La condena en costas*. Trad.: Juan A. de la Puente Quijano. Madrid: Rev. Derecho Privado, 1928. n. 172, p. 232 – *tradução livre*). Para um excelente desenvolvimento dessa ideia, ressaltando, ainda, a conveniência de se desestimular a propositura de demandas temerárias: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Honorários advocatícios no processo civil*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 30-37.

¹⁹¹ Tratando especificamente da litigância de má-fé, Calmon de Passos explica o porquê de sua imposição de ofício: “Quem primeiro é atingido é o Estado-juiz, induzido a exercitar mal o seu poder-dever constitucional de dar efetividade às prescrições da ordem jurídica. Só reflexamente há o interesse do litigante” (*Inovações no Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 92-93).

¹⁹² Assim, expressamente: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. I. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 94-95.

procedimentos especiais acima mencionadas, a possibilidade de que a decisão extrapole o pedido inicial decorre das especificidades do direito discutido em juízo, da conveniência de se regular de maneira mais isonômica a relação material, da oportunidade de se buscar uma solução mais abrangente para o litígio etc.¹⁹³

De toda sorte, o que nos importa, neste momento, é deixar claro que, em todos esses casos, o juiz tem o dever de analisar de ofício determinadas situações jurídicas, independentemente de que o interessado deduza, para tanto, pedido específico. Essa análise, vale dizer, deve ser feita na parte dispositiva da decisão, justamente porque contém um *preceito concreto e imperativo*; trata-se, portanto, de verdadeira *decisão*, assim como ocorre com o julgamento das pretensões deduzidas pelas partes.

Justamente por se tratar de conteúdos tratados na parte dispositiva da decisão, é tradicional, na doutrina, a afirmação de que haveria, em relação a alguns desses provimentos, *pedidos implícitos*¹⁹⁴. A expressão, todavia, não nos parece a mais correta: na verdade, o que há, nestes casos, é, na linha do que se vem afirmando, a autorização para que o objeto da decisão vá além das pretensões deduzidas em juízo. Tratam-se, portanto, de *exceções à regra da correlação*, não sendo oportuno ou necessário recorrer à ficção de que, nesses casos, haveria sido implicitamente deduzida uma pretensão¹⁹⁵.

De um ponto de vista analítico, a questão pode ser entendida a partir da ideia de que o poder-dever do juiz de tratar de determinados elementos de modo principal, proferindo *decisão* a seu respeito, tem como *fato constitutivo*, em regra, a existência de *demanda* do

¹⁹³ Sobre as justificativas para a existência dos procedimentos especiais, conferir, por todos: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 73-74.

¹⁹⁴ Varia, na doutrina, a relação do que se poderia considerar pedido implícito. Assim, por exemplo, enquanto Amaral Santos inclui, na categoria, os *juros de mora*, as *custas* e os *honorários advocatícios*, as *prestações vincendas* e a *correção monetária* (*Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 2. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 169), Milton Paulo de Carvalho exclui a *correção monetária*, já que não é “um *plus* que se acrescenta ao pedido, mas este mesmo na sua expressão atual” (*Do pedido...*, p. 103).

¹⁹⁵ “A rigor, conceitualmente não há lugar para a existência de *pedidos implícitos*. Simplesmente, a lei e o sistema *dispensam o pedido* em algumas hipóteses, investindo o juiz do poder de pronunciar-se sobre juros, correção monetária, sobre a responsabilidade do custo do processo *etc.* ainda quando não hajam sido pedidos pelo demandante. Mais que exceções às regras de interpretação, são ressalvas à proibição de conceder tutela extrapolante ao pedido feito (arts. 141 e 192). Todas elas contam com bom apoio legitimador na consciência da necessidade de promover a efetividade da tutela jurisdicional e do acesso à justiça com a maior amplitude possível [...]; mas falar em *pedido implícito* é valer-se arbitrariamente de uma desnecessária ficção legal, porque basta reconhecer que todos esses são casos em que o pedido é *dispensado*, não havendo por que fingir que ele haja sido deduzido” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, n. 533, p. 164). Também nesse sentido, criticando a ideia de que haveria, aí, pedidos implícitos: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso...*, vol. 2, t. I, p. 93-94; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação...*, p. 141-143.

sujeito interessado¹⁹⁶. Em outras palavras, pode-se dizer que a demanda *ativa* o poder judicial de decidir a respeito de um dado objeto. Excepcionalmente, porém, outros atos ou fatos jurídicos podem servir de *fattispecie* para que surja referido poder-dever¹⁹⁷, como, por exemplo, a sucumbência de uma das partes em relação à sua condenação em custas e honorários advocatícios, ou, ainda, a prática de uma das condutas tipificadas no art. 80 do CPC/15, no caso da aplicação de sanções por litigância de má-fé. Pode-se pensar, também nessa linha, que a apuração da insuficiência do depósito em ação de consignação em pagamento faz com que surja o dever judicial de condenar o autor a pagar o valor restante, o mesmo se podendo dizer, ainda, sobre o reconhecimento da paternidade em relação à obrigação de alimentos. Enfim, nesses casos, não é a demanda, mas outros atos ou fatos que levam o juiz à prolação de decisão.

Por tal razão é que, justamente por não decorrerem de pretensões apresentadas pelas partes, preferimos não incluir tais elementos no conceito de objeto do processo¹⁹⁸. O que se têm, nesses casos, são conteúdos que, a depender da ocorrência de determinados fatos (sucumbência, apuração da insuficiência do depósito, reconhecimento da paternidade etc.), devem integrar o objeto da decisão - e, assim, são “*questões principais*” para os fins dos arts. 489, III, e 503, *caput*, do CPC/15 -, mas não fazem parte do objeto litigioso.

As únicas exceções a esse raciocínio ficam por conta dos *juros legais*, da *correção monetária* e das *prestações sucessivas*, nos termos dos arts. 322, § 1º e 323 do CPC/15. Nesses casos, parece-nos possível dizer que a lei estabelece regra específica para a *interpretação do pedido*¹⁹⁹, de modo a considerar nele incluídos determinados elementos

¹⁹⁶ Assim: CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, n. 104, p. 169; CONSOLO, Claudio. “Domanda giudiziale”, p. 48.

¹⁹⁷ Nesse sentido: RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 366.

¹⁹⁸ A questão não é, de modo algum, pacífica. Cândido Dinamarco, por exemplo, tratando dos ônus de sucumbência, afirma que “embora não constante do pedido, a pretensão à condenação por essas verbas inclui-se no objeto do processo e será julgada em capítulo autônomo” (*Capítulos de sentença*, n. 25, p. 66). Essa posição, entretanto, foi devidamente rechaçada por Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes ao tratar dos honorários advocatícios, que, com base em diversos argumentos, demonstrou a inadequação de sua inclusão no objeto do processo (*Honorários advocatícios...*, n. 6, p. 11-20). Heitor Sica, por outro lado, propõe interessante distinção, ao entender que as prestações periódicas vencidas após o ajuizamento da ação, os juros, e a correção monetária, por serem questões atinentes ao direito material, integrariam o objeto do processo, ao contrário do que ocorreria com as condenações decorrentes de imperativos legais processuais, que, por decorrerem de fatos ocorridos no curso do processo, dele estariam excluídos (*Cognição do juiz...*, p. 118-121).

¹⁹⁹ Nesse sentido: YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso...*, vol. I, p. 132. Ainda sobre essas situações, diferenciando-as do que ocorre com os honorários advocatícios, e demonstrando a inadequação de se aplicar o mesmo raciocínio a esses últimos: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Honorários advocatícios...*, p. 13-14.

ainda que não se lhes tenha feito referência expressa. Aqui, ao contrário do que ocorre nas demais situações, é da própria demanda que surge, para o juiz, o poder-dever de decidir, sendo possível, portanto, falar que tais situações integram o objeto do processo.

De toda forma, ainda que, pelas razões expostas, não seja adequado falar na existência de “pedidos implícitos”, a expressão tem a serventia de chamar a atenção para o fato de que, conquanto não integrem o objeto do processo, aqueles elementos têm, quanto à decisão e à coisa julgada, o *mesmo tratamento* das pretensões deduzidas pelas partes. Tratam-se, assim, de conteúdos que o juiz *deve decidir* a título *principal* e que, com isso, farão parte do *objeto da decisão*, estando sujeito à coisa julgada material na forma do art. 503, *caput*, do CPC/15.

Por essa razão, aliás, não nos parece correto o enquadramento que parte da doutrina pretende dar a algumas dessas situações, alocando-as, ao lado da hipoteca judiciária (CPC/15, art. 495) e de outros fenômenos correlatos, na categoria dos chamados *efeitos anexos (ou secundários) da sentença*²⁰⁰. Isso porque, conforme tradicional orientação, são anexos/secundários os efeitos produzidos pela decisão *independentemente de manifestação expressa* do julgador. Nesses casos, na verdade, a sentença exerce o papel de *fato jurídico*, que, ao subsumir-se numa dada previsão normativa, produz os efeitos programados pela lei, ainda que não haja qualquer determinação judicial nesse sentido²⁰¹; em outras palavras, os efeitos anexos “*não fazem parte do objeto da sentença*”²⁰². A sentença condenatória que ostentar as condições previstas no art. 495 do CPC/15, por exemplo, é título constitutivo da hipoteca judiciária ainda que o juiz nada tenha dito a esse respeito. Já nas

²⁰⁰ Nesse sentido, tratando, conjuntamente, dos impropriamente chamados “pedidos implícitos” e da hipoteca judiciária como hipóteses de efeitos anexos: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso...*, vol. 2, t. I, p. 93-97 e 380-381. Heitor Sica, por outro lado, apesar de também falar em *efeitos legais* ou *efeitos anexos (Cognição do juiz...*, p. 118-121), não coloca as situações aqui tratadas ao lado da hipoteca judiciária. Além disso, o autor dá a entender que seria necessária a existência de decisão a esse respeito, de onde se extrai que sua divergência com o que dissemos no texto é meramente terminológica.

²⁰¹ Sobre o tema, além do conhecido estudo de Calamandrei sobre a sentença como fato jurídico (“Apuntes sobre la sentencia como hecho jurídico”. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1961. p. 539-547), vale conferir: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1077, p. 248-249; LIEBMAN, Enrico Tullio. “Eficácia e autoridade da sentença”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. § 4º, p. 71-78; SILVA, Ovídio Baptista A. da. “Eficácias da sentença e coisa julgada”. In: *Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. n. 3.7, p. 88-89. Mais recentemente, ainda, o tema foi objeto de profunda análise por Maria José Capelo (*A sentença entre...*, Parte II, Caps. I e II, p. 231-292). Cabe esclarecer que varia, na doutrina, a denominação do fenômeno, havendo quem fale em *efeitos anexos* (Ovídio Baptista), *efeitos secundários* (Liebman), e, ainda, *efeitos laterais* (Capelo).

²⁰² Assim, expressamente: LIEBMAN, Enrico Tullio. “Eficácia e autoridade da sentença”, p. 75 – *destaque nosso*.

hipóteses tratadas no presente momento, o que se tem, por outro lado, são determinados conteúdos que *devem* ser tratados expressamente na parte dispositiva da decisão, assim como ocorre com as pretensões deduzidas em juízo²⁰³. Destarte, se, por um lado, as situações de que tratamos aproximam-se dos efeitos anexos pelo fato de que, em ambos os casos, prescinde-se da formulação de pedido pelas partes, por outro, distanciam-se porque devem ser objeto de decisão.

É de se perceber, por exemplo, que a sentença que deixa de condenar o réu nas prestações periódicas vencidas no curso do processo, padece do mesmo vício de omissão que aquela que deixa de julgar um dos pedidos deduzidos em juízo. No mesmo contexto, também é omissa a decisão que, em ação de consignação em pagamento, ao entender pela insuficiência do depósito, deixa de condenar o devedor ao pagamento do valor restante. É de se notar, também nesta linha, que o CPC/15, corrigindo equívoco que vinha sendo cometido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (vide a Súmula nº 453²⁰⁴), esclareceu que o fato de a decisão transitada em julgado ser omissa quanto aos honorários não impede o ajuizamento de demanda autônoma para a sua definição e cobrança (art. 85, § 18).

Retomando, uma vez mais, a ideia de que há uma tendencial relação entre o *objeto do processo*, o *objeto da decisão*, e o *objeto da coisa julgada*, deve-se deixar claro que, nos casos tratados no presente tópico, o que se tem é uma ruptura no primeiro elo dessa cadeia, ou seja, trata-se de situações em que o objeto da decisão extrapola o objeto do processo. Tratam-se, em outras palavras, de conteúdos que, malgrado não tenham sido trazidos a juízo por meio de uma pretensão, *devem* ser tratados na sentença como se pretensões fossem.

Para os fins deste trabalho, é muito importante não confundir essas situações com os casos, mencionados no início do capítulo, em que se rompe o segundo dos

²⁰³ Em relação especificamente aos juros legais, o ponto foi tratado por Pontes de Miranda, que, com a argúcia habitual, buscou afastar a ideia de que, na ausência de manifestação expressa, haveria uma espécie de condenação virtual. Afirma, então, o autor: “A questão não tem sido tratada com rigor científico. Há três conceitos inconfundíveis, que aparecem na discussão, e a respeito de cada um há de ser levantada: a) o conceito de fluência de juros; b) o conceito de pedido de juros, que [...] se entendem incluídos no pedido principal; c) o conceito de condenação nos juros, que não se confunde, tampouco, com o conceito de condenabilidade, pois, se não houve condenação, houve desatendimento do pedido” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 76-77).

²⁰⁴ Súmula nº 453/STJ: Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria.

encadeamentos propostos, isto é, em que o *objeto da coisa julgada* vai além do *objeto da decisão*, para alcançar elementos analisados na motivação da decisão.

A distinção é importante porque, nos casos abordados no presente tópico - em que um conteúdo, nada obstante não integre o objeto do processo, deve fazer parte do objeto da decisão - aplica-se o mesmo regime jurídico, para fins de julgamento, a que se submetem as pretensões deduzidas em juízo. Assim, uma vez presente a situação que a lei coloca como suporte fático para tanto (a sucumbência de uma parte, a aferição da insuficiência do depósito, a prática de ilícito processual etc.), *deve* o juiz analisa-las como *questão principal*.

Diferentemente disso, as questões que não integram o objeto do processo, e que tampouco devem constar do objeto da decisão, serão analisadas, em juízo, como *fundamentos* para que o juiz possa julgar as pretensões (e os impropriamente chamados “pedidos implícitos”). E, nesses casos, como veremos mais à frente²⁰⁵, é de todo distinto o regime jurídico que orienta a sua apreciação em juízo, não havendo, verdadeiramente, um dever de analisa-los, senão enquanto razão de decidir.

É o que ocorre, como se disse, com a hipótese em que a prescrição ou a decadência são reconhecidas no procedimento cautelar (CPC/15, art. 310), ou, ainda, com as questões concernentes à responsabilidade civil do ofensor, analisadas na motivação da sentença penal (CPP, arts. 63 a 68). Essas questões, como afirmado, não devem integrar o objeto da sentença, sendo, na verdade, simples motivos para que se profira decisão num ou noutro sentido, apesar de estarem, por força de lei, sujeitas à coisa julgada.

Situação semelhante, e que pode fornecer interessante perspectiva de análise, é a que se passa com a coisa julgada formada sobre o reconhecimento da *usucapião*, quando alegada como matéria de defesa, em duas hipóteses específicas, previstas no art. 7º da Lei nº 6.969/81²⁰⁶ (usucapião especial de imóveis rurais) e no art. 13 da Lei nº 10.257/2001²⁰⁷ (usucapião especial de imóveis urbanos).

²⁰⁵ No Capítulo 3, serão abordadas, minuciosamente, as distintas formas pelas quais a sentença deve tratar os conteúdos que, constantes do objeto do processo ou não, devem fazer parte do que chamamos de objeto da decisão, se comparados aos elementos que podem ser utilizados como fundamento de decidir.

²⁰⁶ Art. 7º - A usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no Registro de Imóveis.

²⁰⁷ Art. 13. A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.

Em regra, como se sabe, conquanto a usucapião possa ser suscitada como matéria de defesa em ação reivindicatória (Súmula nº 237/STF), o seu reconhecimento leva, tão somente, à improcedência da demanda, não se prestando a efetivamente declarar a existência da propriedade em favor do réu. Afinal, o objeto do processo, formado pela pretensão condenatória, não é ampliado pela exceção de usucapião, que visa, tão somente, à rejeição do pedido inicial²⁰⁸.

Nas duas hipóteses acima mencionadas, todavia, a lei dispõe expressamente que, uma vez acolhida a defesa fundada na usucapião, a sentença valerá como título para transcrição do cartório de registro de imóveis. Nesses casos, então, poder-se-ia imaginar que a alegação de usucapião passaria a integrar o objeto do processo²⁰⁹, ou, ainda, que sua análise deveria ser feita de modo principal, como objeto da decisão.

O que nos parece, todavia, é que, também nessas situações, a usucapião continua a ser simples *fundamento* para que seja rejeitada a pretensão reivindicatória, com a particularidade de que, por força de lei, sua análise é alcançada pela coisa julgada²¹⁰. A questão, assim, não é analisada de modo principal pela sentença, e será enfrentada na medida em que isso se fizer necessário para o julgamento do pedido deduzido pelo autor²¹¹.

É exatamente o que ocorre, também, como veremos, com a questão prejudicial incidental que, por força do art. 503, § 1º, do CPC/15, tem a aptidão de ser imunizada pela autoridade de coisa julgada material.

²⁰⁸ Nesse sentido, vale conferir, com grande proveito: SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo civil de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. n. 10.3.3.1, p. 379-382.

²⁰⁹ Nesse sentido, embora com argumentações diversas: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 78; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação...*, p. 188-189; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa...*, p. 202-204.

²¹⁰ Como lembra Alfredo Buzaid, ao escrever sobre o art. 7º da Lei nº 6.969/81, nesses casos, justamente pela ausência de citação dos confinantes e pela ausência da publicação de editais, a sentença “não tem eficácia *erga omnes*; vale para as partes entre as quais é dada” (*A ação declaratória*, n. 140, p. 229). Heitor Sica, por outro lado, ao equiparar a defesa do réu, nesses casos, a uma verdadeira reconvenção, entende que devem ser citados os confinantes, terceiros por edital etc. (*O direito de defesa...*, p. 203-204).

²¹¹ Nesse sentido, vale a leitura do que escreve Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes: “Em ambos os casos a questão referente à usucapião ficará imunizada pela coisa julgada apesar de apreciada na motivação da sentença, entre os fundamentos apresentados pelo réu para a rejeição do pedido. Tal como ocorre no campo das repercussões civis da sentença penal, não interfere no argumento afirmar que a decisão sobre a usucapião integra *ex lege* o dispositivo da sentença. Em termos lógicos, a questão será apreciada como um motivo para a rejeição do pedido, com a profundidade de qualquer outra que fundamente um julgamento de improcedência” (*Limites objetivos...*, p. 73).

1.12. Objeto do processo e elementos da demanda

Até o presente momento, este capítulo procurou compreender o quê se deve entender por objeto do processo no direito brasileiro, verificando qual seria a concepção teórica que melhor se adequaria às características de nosso sistema processual civil. Buscou, além disso, estabelecer as ligações do tema com o da tutela jurisdicional e com o princípio da demanda, a fim de verificar a amplitude dos poderes das partes na formação do *meritum causae*, bem como os limites que com isso se colocam à atividade decisória do juiz.

A partir desse tópico, passaremos a analisar *quais são e como se caracterizam* os elementos de que é formado o objeto do processo, buscando definir o seu perfil no processo civil brasileiro.

Tomando de empréstimo o que afirmou Salvatore Satta ao tratar do tema da demanda, correlato àquele do qual nos ocupamos, pode-se dizer que a questão do objeto do processo pode ser encarada tanto do ponto de vista *substancial*, em que se busca a identificação de seu conteúdo, quanto de uma perspectiva *formal*, em que se analisam “os elementos e as enunciações que a demanda (o ato na qual se concretiza) deve conter ao fim de sua identificação”²¹². Acrescentaríamos, ainda, a relevância de uma análise *funcional*, em que se procura verificar qual é o papel desempenhado pelo objeto do processo no sistema processual civil, e de que maneira ele interage com outros institutos processuais.

Pode-se dizer, é claro, como lembra o autor, que as perspectivas são complementares e que o problema enfrentado é um só, já que os enunciados contidos no ato da demanda se dão em função daquele conteúdo, que, por sua vez, se identifica e se concretiza por meio desses enunciados. Esse conteúdo, a seu turno, é fortemente influenciado pelo escopo que se dá ao instituto no sistema processual, que decorre, ainda, da forma como são tratados cada um dos elementos que se prestam a identifica-lo. De toda sorte, é inegável que o estudo do tema a partir de cada uma dessas perspectivas é capaz de propiciar uma melhor compreensão a seu respeito.

Neste momento, então, após estudar o objeto do processo sob uma perspectiva que, na classificação de Satta, se poderia chamar de *substancial*, além de tecer algumas

²¹² “Domanda giudiziale (diritto processuale civile)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII. Milano: Giuffrè, 1964. p. 823-824 – tradução livre.

considerações sobre o seu perfil *funcional*, passaremos a enfrenta-lo de um ponto de vista *formal*, a fim de analisar a estrutura de cada um dos elementos de que é composto.

Para tanto, a referência de que se deve partir é a análise dos *elementos identificadores da demanda* (CPC/15, art. 337, § 2º), mais especificamente de seus elementos *objetivos*, ou seja, *pedido* e *causa de pedir*. Quanto às partes, além de não dizerem respeito diretamente ao objeto do processo, sua relevância, para fins de coisa julgada, manifesta-se sobretudo no estudo dos limites subjetivos, que fogem ao tema do presente trabalho.

Sobre esse ponto, registra-se, na doutrina brasileira e estrangeira, grande divergência na definição de quais seriam os elementos da demanda que dariam forma ao objeto do processo. Há, assim, autores que afirmam que apenas os *pedidos* integrariam o objeto do processo²¹³, e outros que entendem que a eles se somariam as *causas de pedir* para, em conjunto, formarem o mérito da causa²¹⁴. A disputa, todavia, não parece ter toda a relevância que por vezes lhe é dada, e acaba por se colocar em um plano sobretudo terminológico ou classificatório.

²¹³ Na doutrina brasileira, nesse sentido, por exemplo: ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2013. n. 131, p. 86; CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido...*, n. 5.2., p. 52-61; DINAMARCO, Cândido Rangel. “O conceito de mérito em processo civil”, n. 170, p. 344-348; LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido...*, p. 103-104; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso...*, vol. I, n. 217, p. 280-281. Na doutrina estrangeira, é essa, ainda, a conhecida posição de Schwab (*El objeto litigioso...*, § 16, n. I, p. 241-244).

²¹⁴ Assim, dentre outros, na doutrina brasileira: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda...” p. 30-31; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*, p. 51; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação...*, p. 81-82; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “A *causa petendi...*”, p. 140; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação...*, p. 61-64; SANCHES, Sidney. “Objeto do processo e objeto litigioso do processo”, p. 46; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...*, p. 79-81 (mais recentemente, e de modo mais decisivo, em: “Comentários aos arts. 354 a 357”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 181); TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...*, p. 95-135. Ressalte-se que esse último autor, na verdade, desenvolve, a partir das ideias de Fazzalari, teoria um pouco diferente a respeito do objeto litigioso, que se amoldaria à concepção que o enxerga na *situação substancial*, de que falamos anteriormente (*supra*, item n. 1.6). De toda sorte, fica claro, no trecho mencionado, o valor dado à causa de pedir enquanto parte integrante do objeto do processo. Na doutrina estrangeira, ao que parece, também é dominante a orientação que inclui a causa de pedir no objeto litigioso: na Itália, é o que se vê, em geral, nos autores que tratam do tema do ponto de vista da *situação substancial*, de que falamos anteriormente (assim, por exemplo: HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi...* n. 11-12, esp. p. 132-135); na Espanha, é o que afirmam, por exemplo, Oliva Santos (*Objeto del proceso...* n. 36, p. 46) e Picó i Junoy (*La modificación de la demanda en el proceso civil: reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli*. Valencia: Tirant lo Blanch: 2006. p. 25); em Portugal, é o que afirmou Mariana Gouveia (*A causa de pedir na ação declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004. n. 2.5, p. 56); na Alemanha, por fim, é o que escreveu Walter Habscheid (“L’oggetto del processo...”, n. 2, p. 458-462), tese que, segundo Tucci, “é dominante na doutrina processual e na jurisprudência dos tribunais alemães” (*A causa petendi...*, p. 109).

Entendemos, é certo, ser preferível enxergar no pedido o elemento que dá forma ao mérito da causa: se o objeto do processo é, como se viu, aquilo que se coloca diante do juiz em busca de uma atuação sua, pode-se dizer que é o pedido que será alvo do julgamento a ser proferido. É a partir da apreciação do pedido que poderá ser outorgado ao demandante o bem da vida pretendido, e, assim, prestada a tutela jurisdicional requerida, ainda que, para tanto, tenham de ser resolvidas questões a fim de que se verifique o acerto ou desacerto dessa solução²¹⁵.

Por outro lado, não se pode negar que a causa de pedir tem importância fundamental para fins de correta *identificação* do objeto de um determinado processo, e da diferenciação para aqueles deduzidos em outros processos, bem como na *delimitação do julgamento* que pode vir a ser nele proferido.

É pouco, por exemplo, dizer que um sujeito pretende a condenação de outro a lhe pagar certa quantia pecuniária, se não se faz qualquer referência aos fatos da vida que teriam dado origem à dívida. Nesse tipo de situação, ainda que a pretensão à condenação do réu seja, de fato, o objeto do processo – já que, como se disse, é ela que, ao final, será alvo do julgamento a ser proferido –, sem qualquer menção aos fundamentos que sustentam o pleito torna-se impossível diferencia-lo de outro pedido condenatório em idêntica quantia, deduzido pelo mesmo autor, em face do mesmo réu, em outra demanda. De igual modo, é a partir da causa de pedir que se pode diferenciar a pretensão de que o réu seja condenado a entregar um bem deduzida em ação reivindicatória daquela constante de ação de reintegração de posse, fundadas, respectivamente, no direito de propriedade e no direito de posse²¹⁶. Nesta linha de raciocínio, parece acertada a ideia de que a causa de pedir é

²¹⁵ “[...] o objeto do processo consiste exclusivamente *no pedido* formulado pelo demandante. É ali que reside a pretensão cujo reconhecimento e satisfação o demandante quer. A utilidade do processo reside precisamente nisso, na capacidade de absorver pedidos e dar-lhes afinal a *solução prática* conveniente segundo o direito. Prover o pedido é dar a tutela jurisdicional ao autor; desprovê-lo, ao réu. Os fundamentos de fato e de direito que o demandante inclui na demanda têm o objetivo de construir o raciocínio lógico-jurídico que, segundo ele, conduz ao direito afirmado – mas nenhuma vantagem prática recebe o autor ou o réu, em sua vida externa ao processo, só pelo acolhimento ou rejeição da causa de pedir” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, n. 559, p. 213-214).

²¹⁶ Sobre a relevância da causa de pedir para a identificação da pretensão, vale a leitura de metáfora de que se utilizou Talamini: “Permita-se aqui uma comparação: a causa de pedir está para a pretensão assim como a vida de uma pessoa está para essa pessoa. Não se pode dizer que a vida de alguém *seja* alguém. Um aspecto é o *ser*, sua *essência*, seu *espírito*; o outro, sua *experiência*. No entanto, não há como tentar compreender o que alguém é ou foi senão compreendendo sua vida, o que fez, disse, pensou, deixou de fazer... Qualquer tentativa de compreensão que prescindir disso, será, quando muito, um simples retrato, um resumo de dados burocráticos (nome, endereço, documento de identificação, telefone...) ou coisa que o valha. Do mesmo modo, a tentativa da compreensão e identificação da pretensão processual sem a consideração da causa de pedir incidiria no mesmo defeito. Negar que a causa de pedir seja relevante para a identificação da pretensão

responsável por estabelecer a conexão entre o provimento pretendido e a situação de direito material a ele subjacente²¹⁷.

Além disso, como afirmado, a causa de pedir delimita as possibilidades de julgamento dos pedidos que dão forma ao objeto do processo. Como dissemos anteriormente, é pacífica a noção de que a regra da adstrição vincula o juiz não apenas aos pedidos deduzidos, mas também aos fundamentos – sobretudo os de fato – de que o autor tenha se utilizado para sustentar sua pretensão. Assim, se, por um lado, como dito, o pedido é o elemento da demanda que será objeto do julgamento a ser proferido, não há como ignorar que esse julgamento se dá a partir da análise das causas de pedir que tenham sido afirmadas em juízo. Não há, portanto, como dissociar o julgamento do pedido da análise dos fundamentos a ele subjacentes.

Por tais razões é que, como dito, a divergência acima enunciada é muito mais aparente que real. Ainda que, como dito, se possa enxergar no pedido o elemento que dá forma ao objeto do processo, os autores que assim entendem não desconsideram a relevância que a causa de pedir possui nesse esquema²¹⁸.

Nesse contexto, então, parece muito oportuna a fórmula de consenso proposta por Ricardo de Barros Leonel, que afirma que o objeto do processo seria formado pelos pedidos *iluminados* pela causa de pedir²¹⁹. Trata-se de noção que, ao mesmo tempo em que coloca o pedido no centro das indagações sobre o objeto do processo, destaca o importante papel desempenhado por seus fundamentos.

Diante dessa constatação, a análise que se passa a desenvolver, recairá primeiramente sobre o pedido, e, na sequência, sobre a causa de pedir, a fim de verificar de que maneira devem ser eles enxergados no direito processual civil brasileiro.

e do objeto do processo implicaria, p. ex., afirmar que, quando um dos cônjuges formula reconvenção na ação de separação por um fundamento culposo imputável ao outro, não se teria uma nova pretensão nem a ampliação do objeto do processo – o que, obviamente, não é concebível” (*Coisa julgada...*, p. 80).

²¹⁷ Assim, expressamente: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...*, p. 130.

²¹⁸ Apenas a título ilustrativo, vale mencionar que até mesmo Schwab, conhecido por ter sustentado a restrição do objeto do processo ao pedido, afirma a relevância da causa de pedir para fins de individualizar as pretensões (*El objeto...*, § 16, n. III, p. 250-252). Nessa linha, Mariana Gouveia afirma que “quase todas, ou até mesmo todas as teses [...] defendem uma qualquer relevância dos factos na determinação do objecto do processo, ou seja, um a necessidade de um conceito que os integre, conceito que, no direito português, equivale à causa de pedir” (*A causa de pedir...*, p. 56).

²¹⁹ *Causa de pedir e pedido...*, p. 86. Referida fórmula foi adotada, expressamente, por: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz...*, p. 96. Também em sentido muito semelhante, Yarshell afirma que “o mérito corresponde ao *pedido*, identificado a partir da respectiva causa de pedir” (*Curso...*, vol. I, p. 280).

Posteriormente, ainda, analisaremos o papel que a defesa do réu eventualmente tem a desempenhar na formação do objeto do processo.

1.13. Pedido e objeto do processo

Como se procurou deixar assentado, o pedido é o elemento da demanda de que se constitui o mérito da causa. Trata-se, por isso mesmo, de elemento central no processo, por meio qual uma pretensão é deduzida em juízo. Não por outra razão, além de deixar claro que deve ele constar da petição inicial “com as suas especificações” (art. 319, IV), o Código de Processo Civil estabelece uma série de regras a respeito de sua formulação e interpretação (arts. 322 e ss.).

É universalmente aceita a ideia de que o pedido é dotado de dois elementos, tradicionalmente conhecidos por *pedido (ou objeto) imediato* e *pedido (ou objeto) mediato*: o primeiro corresponderia ao provimento jurisdicional requerido, e esse ao bem da vida pretendido, ao qual, por meio daquele, se quer ter acesso²²⁰. Essa estrutura, vale dizer, ressalta o caráter bifronte da pretensão processual, que, como dito anteriormente, ostenta uma dupla direção: volta-se, diretamente, à adoção de uma providência por parte do Estado-juiz para que, com isso, possa o demandante ter acesso à utilidade prática capaz de satisfazer o seu interesse.

Importa salientar, ainda, que, embora seja possível analisa-los separadamente, ambos os elementos estão indissociavelmente ligados. Assim, se, por um lado, a obtenção do bem da vida desejado apenas é possível mediante a atuação do ato de poder consubstanciado no provimento jurisdicional, não há dúvidas, por outro, de que a modalidade de provimento adequada dependerá do específico resultado prático que se quer ver produzido.

Ao buscar definir o que se entende por pedido mediato, é muito comum que a doutrina se refira, como se fez acima, ao *bem da vida* pretendido pelo demandante. A expressão, todavia, por ser altamente equívoca, carece de alguma explicação.

²²⁰ É o que se via já em Chiovenda (*Instituições...*, vol. I, n. 9, 32-33) e posteriormente, por exemplo, em Liebman (*Manual...*, vol. I, p. 251). Quanto à doutrina brasileira, é desnecessário se alongar em citações. Apenas a título ilustrativo, basta a referência ao que escreveram José Frederico Marques na vigência do CPC/39 (*Instituições...*, vol. II, n. 267, p. 35), José Carlos Barbosa Moreira na vigência do CPC/73 (*O novo processo civil brasileiro*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 12), e, mais recentemente, já à luz do CPC/15, Arruda Alvim (*Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016. p. 155).

Essa equivocidade, vale dizer, estava presente já na obra de Giuseppe Chiovenda, que se referia à noção de *bem jurídico* ao tratar do pedido mediato, o que, nas palavras de Cerino Canova, representa “o momento de menor precisão definitiva” de seu pensamento a respeito da identificação das ações. Como registra, ainda, esse último autor, a partir daquela ideia a literatura processual passaria a se dividir entre duas grandes tendências, acentuando “ou um ou outro aspecto da expressão, ou seja, o substantivo ‘bem’ ou então o adjetivo ‘jurídico’”. Em outras palavras, desde então, os autores passaram a oscilar entre duas concepções, ora definindo o pedido mediato como o *direito* em relação ao qual se requer a tutela, ora pela *coisa material* objeto do direito²²¹.

O fato, todavia, é que nenhuma das duas ideias é capaz de exprimir, satisfatoriamente, o que se deve entender por pedido mediato enquanto parte fundamental da estrutura do objeto do processo.

Antes de tudo, é de se descartar que o de bem da vida se possa restringir à noção de coisa ou bem material. Trata-se, como parece óbvio, de concepção insuficiente para explicar diversas das situações carentes de tutela levadas à apreciação judicial, e que não abrangeria, por exemplo, o reconhecimento de *status* familiares (paternidade, estado civil etc.) a proteção de direitos da personalidade (nome, honra etc.), de alguns direitos fundamentais (liberdade individual ou de associação etc.)²²², dentre muitas outras.

A restrição do pedido mediato aos bens materiais não explicaria satisfatoriamente, ainda, qual seria a utilidade pretendida nas demandas *declaratórias*, em que o bem da vida a que se aspira é a obtenção da certeza oficial a respeito de uma situação jurídica, e tampouco nas de caráter *constitutivo*, em que se quer obter a transformação de uma situação jurídica preexistente. Até mesmo para parte das demandas *condenatórias* a noção seria insuficiente, se consideradas as ações voltadas ao cumprimento de um dever de fazer ou de não fazer, em que o “bem” desejado é, na verdade, a realização de uma conduta.

De outro lado, também não parece adequado restringir o pedido mediato à noção de direito. Para se chegar a essa conclusão, é de se considerar, em primeiro lugar, que um mesmo direito existente no plano material pode dar azo, no campo do processo, ao ajuizamento de demandas com escopos distintos²²³. Basta, para tanto, que se lembre da

²²¹ Sobre o ponto, ver: CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale...”, p. 33-34.

²²² Nesse sentido: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação...*, p. 76-77.

²²³ Nesse sentido: FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *El objeto del proceso...*, p. 20.

possibilidade, decorrente do art. 20 do CPC/15, de que, ante a violação de um direito, se busque em juízo o seu cumprimento forçado ou o simples reconhecimento de sua existência²²⁴. Essa escolha, vale dizer, dependerá de *qual é o interesse* que o demandante aspira ver satisfeito por meio do processo, ou, em outras palavras, de qual é o resultado que deseja ver produzido pela atuação jurisdicional.

Essa última constatação nos permite, então, tecer considerações de maior amplitude: direitos nada mais são que meios para que os homens possam, ordenadamente, obter a satisfação de suas aspirações. De igual modo, o que busca o demandante, ao apresentar em juízo uma pretensão, é, em última instância, obter um determinado resultado prático que lhe seja favorável, e que, com isso, seja capaz de atender a um interesse, colocando fim ao estado de insatisfação em que até então se encontrava.

Parece pouco, assim, definir bem da vida pela ideia de direito subjetivo, quando, na verdade, o direito nada mais é que um meio, uma justificativa, para que, em juízo, o demandante possa obter um resultado capaz de atender a seus objetivos.

Diante disso, então, a noção de bem da vida deve ser definida da forma mais ampla possível, para alcançar “qualquer vantagem apta a satisfazer um ‘interesse’”²²⁵, ou, ainda, “todas as todas as coisas, situações ou mesmo pessoas que de algum modo possam ser objeto de aspirações e de direitos”²²⁶.

Por isso mesmo é que, evitando adotar uma ideia restritiva para o pedido mediato, que não responda adequadamente às diversas situações levadas à apreciação jurisdicional, é possível defini-lo como o *resultado* ou o *efeito* pleiteado pelo demandante, e que seja dotado de *relevância jurídica*²²⁷. Ou, conforme recente formulação, como a *mudança da realidade social* buscada pelo autor, que esteja amparada pelo direito²²⁸, e que possa satisfazer ao seu interesse, eliminando a crise jurídica subjacente ao processo.

Trata-se, como se pode notar, de noção aderente à ideia, anteriormente adotada, de que a *tutela jurisdicional* representaria os efeitos ou os resultados que o processo é capaz

²²⁴ Nessa linha, destacando a distinção entre os *pedidos mediatos* nessa precisa hipótese: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz...*, p. 98.

²²⁵ Assim: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz...*, p. 96, nota 25.

²²⁶ Assim: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. I, p. 97.

²²⁷ Em sentido muito semelhante, afirma Talamini que “o pedido consiste no resultado (econômico, social, moral etc., *mas revestido de relevância jurídica*) pleiteado pelo demandante” (*Coisa julgada...*, p. 69).

²²⁸ É essa a fórmula proposta por Marcelo Pacheco Machado (*A correlação...*, p. 77).

de produzir em favor da parte que esteja amparada pelo direito material²²⁹. A ligação entre os conceitos é evidente, na medida em que, ao apresentar uma demanda, que tem no pedido mediato seu aspecto fundamental, o que pretende o sujeito, em última análise, é obter aquela específica proteção estatal que chamamos de tutela jurisdicional.

No pedido imediato, por sua vez, o demandante indicará o *provimento jurisdicional* que pretende ver emitido, e que, no seu entender, é capaz de levar à deflagração dos efeitos desejados. É de se notar, nesse ponto, que um provimento é, acima de tudo, um *ato de poder*, que consiste na emissão de um *comando imperativo* por parte do juiz, com vistas a atingir determinado objetivo. No pedido imediato, assim, o que se requer é a adoção de uma providência por parte do Estado-juiz tendente à produção do resultado almejado, ou seja, à entrega da prestação jurisdicional²³⁰.

Desse modo, é no pedido imediato que o requerente indicará a *modalidade de tutela jurisdicional* requerida, dentre as diversas que o sistema processual prevê. É nele, assim, que apontará se o que pretende é a prestação de *tutela executiva*, *tutela cautelar*, ou *tutela cognitiva* e, nesse último caso, se almeja um provimento *meramente declaratório*, *condenatório* ou *constitutivo*. Ou, ainda, em certos casos, o pedido imediato indicará se o que se pretende é a prestação de alguma das modalidades de *tutela diferenciada*²³¹ previstas no sistema, como a tutela monitória ou a tutela provisória antecipada²³².

²²⁹ Ver, *supra*, o item n. 1.5.

²³⁰ Nesse sentido, vale conferir: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. I, n. 67, p. 241-243. Como ensina o autor, além do *provimento-fim*, portador da tutela jurisdicional, em todos os processos o juiz emite uma série de *providimentos-meio*, que se destinam a preparar o resultado final. Como parece claro, é apenas àquele primeiro que se volta o pedido imediato.

²³¹ Utilizamos, aqui, a expressão para nos referir às hipóteses em que a tutela jurisdicional é prestada mediante cognição sumária – seja por limitações no plano horizontal, seja no plano vertical -, na linha do que sustenta Ricardo de Barros Leonel (*Tutela jurisdicional diferenciada*, p. 18-27; “Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil”. In: *Revista de informação legislativa*, vol. 48, n. 190, t. 2. Brasília: Senado Federal, 2011. p. 181-182). Sabe-se, entretanto, que a terminologia não é livre de equívocos: o próprio Proto Pisani, responsável por introduzir a expressão na ciência processual, utiliza-a para se referir tanto aos diversos procedimentos de cognição exauriente que se diferenciam daquele tido como ordinário em atenção à natureza da relação de direito material a que se destinam, quanto às variadas técnicas que, com base em cognição sumária, são capazes de satisfazer o direito carente de tutela. Nessa linha, vale a leitura de texto de fôlego (“Sulla tutela giurisdizionale differenziata”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1979), em que, logo após ressaltar a distinção (p. 535-539), o autor trata, primeiramente, dos problemas técnicos que as tutelas diferenciadas de cognição exauriente apresentam (p. 539-567), e, depois, daqueles concernentes às tutelas sumárias (p. 567-591).

²³² Propositamente, utiliza-se, aqui, de relação mais ampla que o usual para as modalidades de tutela jurisdicional. Sabe-se que, tendo em vista a natureza do provimento, todas as formas de tutela acima descritas, poderiam ser reconduzidas à clássica divisão entre tutela *cognitiva* (podendo ser *meramente declaratória*, *constitutiva* ou *condenatória*), *executiva* e *cautelar*, que podem ser prestadas de forma isolada ou combinada (nesse sentido, ver, com proveito: YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso...*, vol. I, n. 166 (p. 229-

É interessante notar, nessa linha, que o pedido imediato deduzido repercutirá, diretamente, no conjunto de técnicas processuais adequadas para a situação concreta. Assim, por exemplo, em se optando pela prestação de tutela cognitiva, será adequada, na maior parte dos casos, a adoção do procedimento comum. Ou, ainda, em se requerendo a prestação de tutela executiva, deverá ser seguido um dos procedimentos descritos nos arts. 806 e ss. do CPC/15. No caso de tutela monitoria, por sua vez, o caso será de seguir o que dizem os arts. 700 e ss. do CPC/15. Na hipótese de se requerer apenas a prestação de tutela provisória, o procedimento adequado será aquele previsto nos arts. 303 e 304 ou nos arts. 305 a 309, conforme se trate de medida antecipatória ou cautelar, respectivamente. Enfim, a depender da natureza da tutela jurisdicional que se pretende, o caso será de adotar este ou aquele modelo de processo e de procedimento.

Isso não significa, porém, como recentemente se chegou a sustentar²³³, que a escolha da técnica processual efetivamente integre o pedido imediato: em termos conceituais, o *provimento* é apenas um dos aspectos integrantes do que poderíamos chamar de *técnica processual*, sendo perfeitamente possível distingui-lo, enquanto ato de poder, do *processo* e do *procedimento* necessários à sua emissão²³⁴. E, nessa linha, para que se mantenha a utilidade de uma ideia de pedido imediato enquanto parte integrante do mérito da causa, não nos parece que se deva nele incluir questões atinentes à relação processual e ao procedimento, embora seja inegável a interligação existente entre cada um desses elementos²³⁵.

231) e n. 190 (p. 255-256). Assim, por exemplo, a tutela provisória antecipada terá como conteúdo uma ou algumas das modalidades de tutela cognitiva e, eventualmente, executiva. A tutela monitoria, por sua vez, contém, a um só tempo, tutela declaratória (ainda que sumária) e executiva. O que nos parece importante ressaltar, porém, é que a maneira como aquelas clássicas formas de tutela se combinam nessas hipóteses, aliada aos diferentes graus de cognição exigidos para a sua concessão, dotam os respectivos provimentos de peculiaridades que permitem nelas enxergar modalidades autônomas de tutela jurisdicional. Nesse sentido, sobre a tutela monitoria, por exemplo: TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079*. São Paulo: RT, 1997. n. 13.3, p. 161-164. Essa situação, entretanto, não se verifica em todas as hipóteses enquadráveis na ideia de tutela diferenciada: no mandado de segurança e no processo dos juizados especiais, por exemplo, parece possível dizer que o provimento requerido é idêntico àquele que se poderia pretender por meio do procedimento comum, apesar das diferenças procedimentais e de cognição que se verificam.

²³³ Assim: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação...*, p. 72-74.

²³⁴ Sobre os *processos, procedimentos e provimentos* como técnicas processuais: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. I, n. 63, p. 231-234.

²³⁵ Em sentido semelhante, Flávio Yarshell afirma que “embora os conceitos estejam todos interligados, no momento oportuno é preciso considerar a distinção entre a *atividade* desenvolvida; o *modo* e os *meios* para realiza-la e o *resultado* a ser obtido” (*Curso...*, vol. I, p. 231).

É comum, na doutrina, ainda, que se associe diretamente o pedido *imediato* à espécie de *crise jurídica* que se manifesta na sociedade e que se quer ver resolvida no processo. Referimo-nos, aqui, à conhecida classificação que divide as crises que podem dar azo à atuação jurisdicional em crises de *certeza*, de *situação jurídica*, e de *adimplemento*, para as quais são adequadas, respectivamente, as tutelas meramente *declaratória*, *constitutiva* e *condenatória/executiva*²³⁶. Trata-se, é certo, de classificação correta e, acima de tudo, muito útil, na medida em que é capaz de associar as modalidades de provimento às variadas situações de insatisfação externas ao processo e que são trazidas a juízo em busca de uma solução.

O que nos afigura importante ressaltar, todavia, é que a crise se reflete, antes de tudo, no específico resultado prático pretendido pelo demandante, e que seja capaz de satisfazer ao seu interesse (*pedido mediato*); nesse contexto, a providência jurisdicional requerida (*pedido imediato*), na verdade, nada mais é que um meio para que se possa alcançar aquele objetivo. Se, como afirmamos anteriormente, os dois elementos do pedido estão indissociavelmente conectados, parece-nos que a crise jurídica repercute, diretamente, na formulação do pedido mediato, e, então, a partir desse, na escolha da modalidade de tutela jurisdicional adequada aos efeitos desejados.

Uma breve exposição a respeito das espécies de crise jurídica e das modalidades de tutela jurisdicional para elas adequadas ajudará a demonstrar o que se quer dizer²³⁷.

Assim, diante de uma *crise de certeza*, em que há a dúvida objetiva a respeito da existência, inexistência ou modo de ser de uma dada relação jurídica, o bem da vida pretendido pelo demandante é a obtenção da certificação oficial da situação que se mostre mais favorável a seus interesses. É esse, então, o resultado por ele aspirado, e que, na estrutura da demanda, ocupa o papel de pedido mediato. Nesse esquema, o pedido imediato, consistente na emissão de um provimento declaratório, é simples meio para a produção do efeito pretendido.

Basta que se pense, por exemplo, em situação na qual um contribuinte tenha sido objeto de autuação pelo fisco em virtude do não pagamento de um tributo que, em seu

²³⁶ Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. I, n. 68, p. 243-247. Para uma exposição minuciosa das diversas *crises de cooperação* manifestadas no direito substancial, e de suas repercussões no processo, vale conferir: PISANI, Andrea Proto. “I rapporti fra diritto sostanziale e processo”. In: *Le tutele giurisdizionale dei diritti (studi)*. Napoli: Jovene, 2003. n. 5-17, p. 8-26.

²³⁷ Mais à frente, voltaremos a tratar de forma mais minuciosa das várias formas de tutela jurisdicional nos itens n. 3.17 a 3.19, aos quais remetemos para mais indicações bibliográficas.

entender, não seria devido. Diante disso, então, poderá buscar a tutela jurisdicional para que obtenha, em juízo, situação de vantagem consistente no reconhecimento jurídico da inexistência da dívida. É este, então, o bem da vida pretendido, o que se alcança mediante a emissão de um provimento declaratório, ato de poder capaz de levar a esse resultado.

De modo semelhante, nas *crises de situação jurídica*, o sujeito, amparado por um direito potestativo, almeja obter em juízo a criação, a extinção ou a modificação de uma situação jurídica. Nesses casos, então, o resultado almejado, ou, em outras palavras, o bem da vida pretendido, é a nova situação jurídica que decorrerá dessa alteração, o que se obtém mediante a emissão de um provimento constitutivo.

Imagine-se, por exemplo, o que ocorre em demanda em que um sujeito pretenda a rescisão de um contrato ante o inadimplemento da parte contrária. Nesses casos, então, o resultado que o autor quer ver produzido em juízo é uma nova situação jurídica, em que esteja liberado do vínculo contratual. Para tanto, então, será necessária a emissão de um provimento constitutivo negativo, capaz de produzir aquele efeito.

Por fim, diante de uma *crise de adimplemento*, caracterizada pela ausência da realização de uma prestação a que tem direito, o sujeito buscará alcançar, em juízo, o cumprimento forçado da conduta devida, ou a entrega do bem a que faria jus. Nesses casos, então, pode-se dizer que o bem ou a conduta desejados ocupam, na demanda, o papel de pedido mediato, para cuja obtenção será necessária a adoção de providências executivas, precedidas, se for o caso, de um provimento condenatório ou monitório.

Assim, por exemplo, em situação na qual o credor de obrigação pecuniária não receba, extrajudicialmente, o pagamento que lhe é devido, poderá buscar obter, em juízo, a quantia. É esse, então, o resultado que pretende ver produzido, para o qual é necessária a adoção de providências executivas, precedidas, ou não, de um provimento condenatório ou monitório.

Essas observações têm, como quer nos parecer, o condão de demonstrar o acerto da ideia, recentemente ressaltada na doutrina, de que existiria, na estrutura do objeto do processo, a existência de certa *preponderância* ou *maior relevância* do pedido mediato em relação ao pedido imediato²³⁸: como se procurou destacar acima, a modalidade de tutela

²³⁸ Nesse sentido: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação...*, p. 70-75; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz...*, p. 96-99.

jurisdicional a ser requerida dependerá, diretamente, do específico resultado prático que o demandante pretende ver produzido em juízo.

As razões dessa preponderância ficam claras quando se considera que, ao se dirigir especificamente a uma determinada modalidade de provimento, a uma específica forma de manifestação da jurisdição, o pedido imediato reflete uma escolha que toca, sobretudo, ao plano do direito processual, diferentemente do que ocorre com o pedido mediato, que, ao repercutir o interesse que o demandante pretende ver satisfeito em juízo, e que, no seu entender, estaria amparado pelo ordenamento jurídico, liga-se ao direito material²³⁹. E isso, então, explica o caráter *instrumental* daquele em relação a esse²⁴⁰.

Essa constatação, todavia, não deve levar à conclusão de que o pedido imediato seja *irrelevante* para a estrutura do objeto do processo ou para a individualização da demanda²⁴¹, na medida em que, por refletir a atuação que se espera da jurisdição, é um elemento fundamental para que se possa chegar ao resultado almejado.

Em muitos casos, é certo, não haverá, para o demandante, liberdade alguma de escolha na formulação do pedido imediato. Isto é: haverá muitas situações em que, diante da crise jurídica narrada, apenas uma específica modalidade de tutela jurisdicional se mostrará apta à produção do resultado pretendido. É o que ocorre, de forma mais acentuada, com as crises de certeza e de situação jurídica, para as quais é adequada, respectivamente, a emissão de um provimento meramente declaratório e constitutivo.

Nesses casos, então, em que não se trata, verdadeiramente, de eleger entre duas ou mais modalidades de tutela jurisdicional igualmente possíveis, mas de requerer, ou não, a espécie adequada de provimento para a situação concreta, pode-se pensar na possibilidade de que o juiz deixe de lado a regra da correlação em relação ao pedido imediato e *corrija*

²³⁹ É oportuna, nesse ponto, a lembrança do que escreve Proto Pisani, que, ao invés de falar em pedido imediato e em pedido mediato, fala em *objeto processual* e *objeto material (ou de mérito)* da demanda (“Dell’esercizio...”, p. 1060).

²⁴⁰ Em sentido semelhante, é o que escreve Heitor Sica: “Essa ordem de importância entre pedido mediato e imediato explica-se em face da constatação de que a atividade jurisdicional é simples instrumento que se desenvolve em função do fim perseguido, qual seja, a satisfação em concreto de quem busca a tutela jurisdicional” (*Cognição do juiz...*, p. 97).

²⁴¹ Em sentido contrário, Marcelo Pacheco Machado escreve que “embora relevante para o processo civil, o pedido imediato não serve como parâmetro para a individualização da demanda” (*A correlação...*, p. 75). No sentido do texto, por outro lado, ressaltando a relevância do pedido imediato para o objeto do processo: ATTARDI, Aldo. “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1990. n. 5, p. 491; CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale...”, p. 223; MANDRIOLI, Crisanto. “Riflessioni in tema...”, p. 472; SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso...*, p. 42-43.

eventual escolha equivocada feita pelo demandante. Nada obsta, assim, nessas situações, que o juiz, desde que antes oportunize a manifestação as partes a respeito (CPC/15, art. 10), emita o provimento que se mostre correto para a hipótese, ainda que distinto daquele efetivamente requerido. Trata-se de dar aplicação à máxima *iura novit curia*, de que falaremos adiante²⁴², também em relação à escolha do provimento judicial a ser emitido²⁴³.

Exemplo claro disso ocorre em situação na qual, após narrar uma situação concreta que traduza a existência de vício de consentimento enquadrável em uma das hipóteses de anulabilidade do negócio jurídico (CC/02, art. 171), o demandante deduza pedido de que seja declarada a sua nulidade, quando o correto, para a espécie, seria a formulação de pedido constitutivo negativo. Nesses casos, então, nada obsta a que o juiz, verificando a ocorrência do vício, efetivamente julgue procedente a demanda, e, com isso, desconstitua os efeitos do negócio jurídico²⁴⁴.

Mesmo nesses casos, porém, a possibilidade de que seja relevada a específica escolha do demandante em relação à modalidade de tutela jurisdicional não significa que o provimento seja irrelevante na estrutura do objeto do processo, na medida em que, no ato de julgamento, o juiz haverá de decidir, inexoravelmente, entre adotar ou não uma providência, ato de poder sem o qual não faz sentido se pensar na prestação da tutela jurisdicional.

De toda sorte, é de se considerar que, em diversas hipóteses, o sistema processual efetivamente coloca, à disposição do demandante, a escolha entre modalidades diversas de tutela jurisdicional. É o que ocorre, de maneira muito clara, em algumas situações de crise de adimplemento: é de se pensar, por exemplo, na hipótese em que, munido de título executivo extrajudicial, o credor pode optar entre a prestação de tutela executiva, condenatória ou monitória. O mesmo se pode dizer, ainda, em casos nos quais, tendo em mãos prova escrita de dívida sem eficácia executiva, o autor pode escolher entre ajuizar demanda monitória ou condenatória.

Nesses casos, então, em que o requerente tem, ao lado da tutela ordinária, a culminar na emissão de provimento fundado em cognição exauriente, a possibilidade de

²⁴² Ver, *infra*, o item n. 1.19.

²⁴³ Nesse sentido, ressaltando a aplicabilidade do *iura novit curia* também nesses casos: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz...*, p. 97-98.

²⁴⁴ Para esse exemplo: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação...*, p. 71-72

optar por alguma modalidade de *tutela jurisdicional diferenciada*, mais aderente às suas necessidades, não se pode desconsiderar a importância do pedido imediato formulado, que irá se refletir na emissão, pelo juiz, de provimento de uma ou outra modalidade, e, ainda, na adoção de um ou outro conjunto de técnicas processuais.

Esse é, inclusive, um fenômeno que tende a se expandir, sendo cada vez mais frequente que o legislador preveja *vias distintas de acesso à justiça*, a partir da combinação dos mais variados procedimentos, modalidades de cognição, formas de distribuição de poderes entre os sujeitos do processo etc. Nesse quadro, ainda que seja acertada a lição doutrinária de que as tutelas diferenciadas submetem-se à regra da tipicidade – na medida em que apenas são adequadas quando preenchidos os requisitos previstos em lei²⁴⁵ –, parece-nos possível afirmar a existência de tendência à sua *generalização*, mediante a abertura da possibilidade de que sejam elas utilizadas nas mais variadas situações²⁴⁶.

Duas recentes inovações, trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, demonstram o que se quer dizer.

A primeira delas é a autorização de que, para se valer da ação monitória, o demandante se utilize não apenas de prova escrita da dívida que tenha sido produzida extrajudicialmente, como também de *prova oral documentada*, obtida por meio do procedimento de produção antecipada de provas (CPC/15, art. 700, § 1º). Essa possibilidade, então, somada à ampliação do cabimento da ação monitória, que passou a ser adequada para qualquer modalidade de obrigação, leva à conclusão de que, para

²⁴⁵ Sobre a tipicidade como característica das tutelas sumárias: CARRATTA, Antonio. “Funzione e struttura nella tutela giurisdizionale sommaria”. In: *I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil*. Coord.: Camilo Zufelato [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 320; LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*, p. 81-84; PISANI, Andrea Proto. “La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano”. In: *Revista de processo*, n. 90. São Paulo: RT, 1998. p. 23.

²⁴⁶ Essa não é, vale dizer, uma realidade exclusivamente brasileira. Nesse sentido, em texto amparado em ampla análise comparatística, Ada Pellegrini Grinover observa que a criação de remédios processuais de cognição sumária seria uma inequívoca tendência (“Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização”. In: *Revista de processo*, n. 121. São Paulo: RT, 2005. p. 30). Nesta mesma linha, ainda, é conhecida a afirmação de Proto Pisani de que o “século vinte passará à história como o período no qual a legislação e a doutrina processualística desenvolveram toda uma série de mecanismos (frequentemente de origem antiquíssima, que remontam ao direito comum do medievo) direcionados a tornar residual o processo de cognição plena no sistema de tutela jurisdicional dos direitos globalmente entendida” (“Verso la residualità del processo a cognizione piena?”. In: *Revista de processo*, n. 131. São Paulo: RT, 2006. p. 240 – tradução livre). Na doutrina italiana, também afirma a referida tendência: MENCHINI, Sergio. “Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell’accertamento con autorità di giudicato”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2006. p. 869-870.

*praticamente qualquer crise de adimplemento*²⁴⁷, o sujeito pode se valer da tutela monitória para obter, em juízo, o bem ou a prestação a que faz jus. Se a dívida estiver estampada em prova escrita, pode diretamente ajuizar a ação monitória; caso contrário, porém, basta que produza a prova em juízo para, então, poder valer-se do procedimento especial.

A segunda inovação a ser destacada, de abrangência ainda maior, é a possibilidade de que seja ajuizada demanda em que se pretende, apenas, a prestação de *tutela provisória antecipada*, capaz de se tornar estável caso, uma vez concedida, não seja a respectiva decisão objeto de recurso (CPC/15, arts. 303 e 304). Nesses casos, o que se tem é a prestação de tutela jurisdicional fundada em cognição sumária que, malgrado não se sujeite à coisa julgada material (CPC/15, art. 304, § 6), passa a ter, a partir da respectiva estabilização, autonomia em relação ao processo em que foi concedida. Considerando que, ainda, não há restrição à modalidade de provimento que se pretende ver emitido, a conclusão a que se chega é que, por esse meio, torna-se possível a prestação de tutela diferenciada para as mais variadas situações, qualquer que seja o tipo de crise jurídica subjacente ao processo²⁴⁸.

Nesses casos, então, em que, como dito, o demandante tem, à sua disposição, diversas vias de acesso à justiça, o pedido imediato formulado pode ter papel preponderante na determinação da modalidade de tutela jurisdicional a ser prestada e, em decorrência disso, do conjunto de técnicas processuais a serem adotadas.

1.14. Causa de pedir e objeto do processo

Como se procurou esclarecer, ainda que se entenda que o pedido seja o elemento que dá forma ao objeto do processo, não é possível desconsiderar a relevância de que, nesse esquema, é dotada a causa de pedir, que, além de ser essencial para que se possa

²⁴⁷ Excetuadas, é claro, as vedações específicas para a ação monitória, como a sua utilização em face de incapaz e para pagamento de quantia ilíquida (CPC/15, art. 700, *caput* e § 2º, I, respectivamente).

²⁴⁸ Tendo em vista a semelhança que, como vem ressaltando a doutrina (assim, por exemplo: LEONEL, Ricardo de Barros. “Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto...”, p. 186-188), existe entre a estabilização da tutela antecipada e a técnica monitória, é eloquente o que escreve Eduardo Talamini, segundo o qual o mecanismo da estabilização “seria apto a ‘monitorizar’ o processo brasileiro como um todo” (“Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”. In: *Revista de processo*, n. 209. São Paulo: RT, 2009. p. 25).

identificar a pretensão deduzida, diferenciando-a de outras aparentemente idênticas, pauta os limites em que deve ocorrer o julgamento do mérito.

Numa primeira aproximação, pode-se dizer que a causa de pedir corresponde aos *fundamentos* nos quais o autor apoia o seu pedido e que, no seu entender, poderiam levar à sua procedência. Trata-se, em outras palavras, da razão da demanda, por meio da qual aquele que deduz uma pretensão intenta convencer o juiz a conceder a tutela jurisdicional nos moldes requeridos.

Em geral, tal resultado é possível a partir do enquadramento de certos *atos* a uma *hipótese normativa*, do qual se pode extrair, como consequência, o efeito jurídico pretendido pelo autor (pedido)²⁴⁹. Nesse sentido, adotando fórmula já tradicional no direito brasileiro (CPC/39, art. 158, III; CPC/73, art. 282, III), o CPC/15, em seu art. 319, III, determina que da petição inicial constem “*o fato e os fundamentos jurídicos do pedido*”, regra a partir da qual é comum se afirmar que a causa de pedir seria formada por dois elementos distintos: a causa de pedir *remota* (atos) e a causa de pedir *próxima* (fundamentos jurídicos)²⁵⁰.

Essa aparente simplicidade, porém, que existiria na definição de causa de pedir, logo é deixada de lado quando se passa a confrontar as inúmeras questões que o tema suscita. Assim, por exemplo: em que medida o juiz está vinculado aos elementos fáticos e jurídicos afirmados pelo demandante como fundamento de sua pretensão? É possível se considerar, no momento da sentença, algum fato que tenha ocorrido após a propositura da ação? A alegação de novos fatos ou fundamentos jurídicos em sede recursal configura alteração da demanda proposta? É possível a repositura da demanda com base em

²⁴⁹ “Todo direito a um determinado bem da vida nasce necessariamente de dois elementos: um preceito que a lei preestabelece e um fato previsto na lei como antecedente lógico da imposição do preceito (*ex facto oritur jus*). Em toda norma jurídica existe uma previsão genérica e abstrata de fatos tipificados com maior ou menor precisão (*fattispecie*), seguida do preceito a aplicar cada vez que na vida concreta das pessoas ou grupos venha a acontecer um fato absorvido nessa previsão (*sanctio iuris*). Por isso, para coerência lógica com o sistema jurídico como um todo, o sujeito que postula em juízo deve obrigatoriamente explicitar os *atos* que lhe teriam dado direito a obter o bem e o *preceito* pelo qual esses fatos geram o direito afirmado” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, n. 528, p. 151).

²⁵⁰ Nesse sentido, por exemplo, é o que escreveram Frederico Marques (*Instituições...*, vol. II, n. 268, p. 35-36), Amaral Santos (*Primeiras linhas...*, vol. 2, n. 408, p. 145-147) e Cassio Scarpinella Bueno (*Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 71), à luz dos Códigos de 1939, 1973 e 2015, respectivamente. Registra-se, por outro lado, a existência de alguns autores que invertem os termos, falando em causa de pedir *próxima* para se referir aos *atos*, e em causa de pedir *remota* para os *fundamentos jurídicos*, como, por exemplo, Antonio Carlos Marcato (*Procedimentos especiais*, p. 25), Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 550) e Marcelo Abelha Rodrigues (*Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 464).

novos fatos constitutivos? Dentre os fatos narrados, quais são aqueles que efetivamente compõem a causa de pedir? Enfim, esses e outros problemas demonstram a grande complexidade do tema, o que já se levou a afirmar que a causa de pedir “tornou-se um dos pontos mais delicados do direito processual”²⁵¹.

Escaparia, evidentemente, aos propósitos do presente trabalho, analisar o tema de forma exaustiva e se posicionar, com a profundidade necessária, em relação a cada uma das questões que sobre ele podem ser suscitadas. É importante, de toda sorte, para uma adequada compreensão do objeto do processo e das repercussões que ele traz no julgamento a ser proferido, traçar uma noção de *causa petendi* que seja adequada ao sistema processual brasileiro.

1.15. (Segue) A causa de pedir entre as teorias da substanciação e da individualização

Para tanto, é importante, antes de tudo, enfrentar a tradicional contraposição entre as teorias da *substanciação* e da *individualização* (ou *individuação*), sem dúvida as duas principais concepções surgidas na tradição romano-germânica para explicar o que se deve entender por causa de pedir²⁵².

Embora se possa vislumbrar sua origem remota já na distinção que faziam os romanos entre a identificação das ações reais e das ações pessoais, de que falaremos em breve, pode-se dizer que a problemática, nos termos em que atualmente se coloca, teve início com a entrada em vigor da ZPO alemã, em 1879, momento a partir do qual passou, a processualística daquele país²⁵³, a contender a respeito de qual seria o “conteúdo necessário da controvérsia judicial”²⁵⁴. Se, na linha do que se disse acima, pode-se vislumbrar um elemento de fato e um elemento de direito no fundamento da demanda, a discussão passava por definir qual deles, e em que medida, se presta a identificar a *causa petendi*.

²⁵¹ Assim: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “A *causa petendi*...”, p. 141.

²⁵² Sobre as duas teorias, bem como para as diferenças práticas na adoção de uma ou outra, ver, com maior profundidade: HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi...*, n. 13-15, p. 143-165; LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido...*, p. 86-99; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade...*, p. 39-55; RICCI, Gian Franco. “Individuazione’ o ‘sostanziazione’ nella riforma del processo civile”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, ano XLIX, n. 4. Milano: Giuffrè, 1995. esp. n. 2-3, p. 1228-1238; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...*, p. 92-128.

²⁵³ Sobre a doutrina alemã em torno do tema, vale conferir: ALVIM, Arruda. *Direito processual civil...*, t. II, § 5º, p. 86-95; CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale...”, n. 4, esp. p. 45-50.

²⁵⁴ HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi...*, p. 146 – tradução livre.

Em apertada síntese, pode-se dizer que, enquanto para a teoria da substanciação, a causa de pedir se encontraria nos *atos constitutivos* do direito deduzido em juízo, para a teoria da individuação, a causa de pedir concentrar-se-ia na *relação jurídica* ou *direito* afirmado pelo autor, e que seria consequência daqueles fatos.

A discussão, na verdade, nos termos em que então se colocava, dizia respeito sobretudo a estabelecer se os fatos constitutivos do direito seriam elemento essencial na *identificação da demanda*, como propunha a teoria da substanciação, ou então, se, conforme a teoria da individualização, se prestariam apenas ao papel de *argumentos* a fim de demonstrar a existência da relação jurídica afirmada.

Longe de constituir mera discussão acadêmica, a adoção de uma ou outra teoria tem relevantes consequências práticas, sobretudo para a análise da *modificação da demanda* e do *alcance da coisa julgada*. Veja-se.

Adotada a teoria da substanciação, e, assim, pressuposto que é o elemento fático o determinante para a causa de pedir, é necessário entender que, sempre que se estiver diante de *novos atos constitutivos* do direito do autor, o que se terá é *outra causa de pedir*. Dessa forma, seria vedada a inserção de novos fatos constitutivos após o momento procedimental em que ocorre a estabilização da demanda. Além disso, a coisa julgada não impediria que, com base em *outros atos constitutivos* – outra causa de pedir, portanto -, se buscasse novamente a procedência de um mesmo pedido, já anteriormente rejeitado. Por outro lado, uma vez que se formasse a coisa julgada, o autor não poderia voltar a juízo e apresentar a mesma pretensão com base em *relação jurídica diversa* que decorresse dos *mesmos fatos já alegados* anteriormente²⁵⁵.

Já a partir da teoria da individuação, sendo irrelevantes, para a identificação da demanda, os fatos narrados pelo autor, a causa de pedir não seria alterada caso se estivesse diante de novos fatos constitutivos daquela mesma relação jurídica já deduzida. Sendo assim, seria possível, *a priori*, a introdução de fatos novos no curso do processo, capazes, por si só, de levar ao resultado pretendido. Por outro lado, uma vez que transitasse em julgado a sentença de improcedência do pedido do autor, seria inviável a renovação da

²⁵⁵ Para essa última consequência em relação à coisa julgada, que não é tão ressaltada na doutrina quanto a anterior, vale conferir: RICCI, Gian Franco. “Individuazione’ o ‘sostanziazione’...”, p. 1235.

demanda com base em outros fatos constitutivos, mas não a partir de outra relação jurídica²⁵⁶.

Para melhor ilustrar cada uma das hipóteses, pensemos em um exemplo: em ação reivindicatória, o autor, no intuito de demonstrar sua propriedade sobre o bem, alega que o teria adquirido de terceiro, e que tal fato foi devidamente levado ao registro imobiliário.

Para a teoria da substanciação, o fundamental, para a conformação da causa de pedir, seria a alegação do modo de aquisição do domínio, no caso, sua transcrição no registro imobiliário. Alegados novos fatos constitutivos do direito de propriedade – por exemplo, a usucapião do bem -, o que se teria é uma nova *causa petendi*. Assim, por exemplo, seria vedado ao autor, após a ocorrência da estabilização da demanda, pretender que também a usucapião fosse levada em consideração no momento de julgar a causa. Por outro lado, rejeitado o pedido, nada impediria que o autor voltasse a juízo, pretendendo o reconhecimento de seu direito com base na prescrição aquisitiva.

Já para a teoria da individualização, a causa de pedir, na situação proposta, seria tão somente a alegação de propriedade, sendo irrelevante, para tanto, o modo de sua aquisição. Não alteraria a demanda, portanto, a afirmação de novos fatos constitutivos do direito de propriedade, como a usucapião, que poderia ser deduzida mesmo após a ocorrência da estabilização do objeto do processo. Por outro lado, sendo julgado improcedente o pedido reivindicatório, não poderia, o autor, buscar novamente em juízo o reconhecimento de sua propriedade com base naquele outro fato constitutivo.

Logo se vê, de tais exemplos, que, do ponto de vista estrutural, a adoção da teoria da substanciação permite maior “aceleração” no procedimento, ao obstar, a partir de uma visão mais rígida do princípio da eventualidade²⁵⁷, a introdução de novos fatos constitutivos no processo em curso. Por outro lado, não viabiliza que, num mesmo processo, seja resolvida em definitivo a crise de direito material, pela possibilidade de que

²⁵⁶ Valem, aqui, as mesmas considerações que fizemos em relação à teoria que considera que o objeto do processo seria formado pela situação jurídica substancial, no sentido de que, adotada a teoria da individualização, passa a ter grande relevância saber quando entre as situações descritas em duas demandas existe *concurso de direitos*, e quando existe um mero *concurso de normas*. No primeiro caso, sendo distintas as relações jurídicas afirmadas em duas demandas, a coisa julgada sobre uma formada não impede que se deduza a outra posteriormente em juízo. No caso de mero conflito de normas, por outro lado, a mudança de enquadramento jurídico, por não levar à alteração do direito, não autoriza que se deduza novamente a mesma pretensão em juízo. Para indicações bibliográficas, ver, neste mesmo capítulo, a nota de n. 91, *supra*.

²⁵⁷ Sobre a relação entre a teoria da substanciação e o princípio da eventualidade, ver, *infra*, o item n. 1.17.

o autor volte a juízo buscando a proteção de um direito já deduzido com base em novos fatos.

Já pelo sistema da individualização, poderia haver maior retardamento na solução da causa, ante a viabilidade da introdução de novos fatos constitutivos no curso do processo, sem que a estabilização objetiva da demanda seja, por si só, óbice para isso. Uma vez julgada a pretensão, todavia, estaria resolvida, de uma vez por todas, a crise jurídica quanto àquele específico direito já deduzido, sendo impossível ao autor ajuizar nova demanda com fundamento em novas alegações fáticas.

1.16. (Segue) Demandas autodeterminadas e demandas heterodeterminadas: relatividade das teorias?

É importante destacar, porém, que, ao menos da forma como descrita acima, a contraposição entre as teorias não alcançava toda e qualquer demanda, sendo restrita a algumas situações específicas. Essa é uma conclusão que decorre da constatação de que, na verdade, há direitos para cuja identificação é necessário, sempre, que se faça alusão ao fato constitutivo. E, nesses casos, quer se adote o sistema da substanciação ou o da individualização, a causa de pedir carecerá, inexoravelmente, da referência aos fatos que tenham dado origem à situação afirmada.

Tomemos como exemplo a hipótese em que um sujeito tem a receber, de um mesmo devedor, dois créditos pecuniários de idêntico valor, embora de origens diversas. Nesse caso, então, parece claro que, sem a alusão às circunstâncias fáticas em que cada um tenha surgido, será impossível distinguir um direito creditício de outro, o que se reflete, no plano do processo, na necessidade de que, para fins de identificação da demanda, se faça referência ao fato constitutivo do direito, qualquer que seja a teoria adotada a respeito da causa de pedir.

Em outros casos, porém, é possível individualizar um determinado direito apenas com base em seu conteúdo, sem que, para tanto, seja estritamente necessário referir-se ao fato que lhe tenha dado origem. É o que ocorre na situação aventada no tópico anterior, em que o direito de propriedade que um sujeito ostenta em relação a um determinado bem é único, quer tenha tido origem com a transcrição no registro imobiliário, quer decorra da usucapião. Nessas situações, então, a relevância a ser dada ao fato constitutivo para fins de identificação da demanda decorrerá de uma escolha do sistema processual, que poderá

optar por adotar características típicas da teoria da substanciação ou da teoria da individualização.

Como indicado acima, essa é uma distinção que já se intuía desde o processo civil romano, mais especificamente do período formulário, em que se diferenciavam, para fins de identificação da demanda, as *ações reais (actio in rem)* das *ações pessoais (actio in personam)*, havendo a consciência de que a individualização dessas passava por um maior detalhamento que a daquelas, e que, no caso das primeiras, a eficácia preclusiva da *litis contestatio* e da coisa julgada teriam maior alcance²⁵⁸.

Essa noção, que foi posteriormente aprofundada a partir da diferenciação entre direitos absolutos e direitos relativos²⁵⁹, encontrou, recentemente, termos mais precisos, com a contraposição entre *direitos (e demandas) autodeterminadas* e *direitos (e demandas) heterodeterminadas*²⁶⁰.

Trata-se, vale dizer, de classificação que parte de critério essencialmente pragmático, concernente em definir quais são os direitos que, quanto ao seu conteúdo, podem subsistir uma única vez entre as mesmas partes, e quais são aqueles que entre elas podem se repetir simultaneamente²⁶¹. A partir disso, então, chega-se a uma ideia de quais são os direitos e demandas para cuja identificação basta a referência ao seu próprio conteúdo (*autodeterminados*), e quais são os direitos e demandas que carecem, para uma precisa individualização, da referência a seus fatos constitutivos (*heterodeterminados*).

²⁵⁸ Nesse sentido: PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (storia)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969. p. 739.

²⁵⁹ Para uma análise das repercussões da distinção entre direitos absolutos e relativos no tema da identificação das ações, vale conferir, com grande proveito: LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido...*, n. 2.1.8, p. 93-96.

²⁶⁰ Sobre o tema, é fundamental a consulta à obra de Cerino Canova: “La domanda giudiziale...”, p. 177-191. Na doutrina italiana, vale, ainda, conferir as sistematizações que constam em: CONSOLO, Claudio. “Domanda giudiziale”, n. 17-18, p. 72-75; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, Cap. IV, n. 2-3, p. 207-232; RICCI, Gian Franco. “L’allegazione dei fatti nel nuovo processo civile”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1992. n. 3-4, p. 846-856; Já na doutrina brasileira, vale conferir, com grande proveito: LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido...*, p. 93-99; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 52-54; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...*, p. 120-122. Importa salientar que varia, entre os autores, o enquadramento das diversas situações de direito material em uma ou outra categoria. Nos parágrafos seguintes, adotaremos a classificação que aparenta ser majoritária na doutrina, indicando os pontos onde existe divergência relevante.

²⁶¹ Cerino Canova chama a atenção para esse ponto, ao afirmar que “as modalidades de individuação seguem não a natureza do direito, mas uma ideia muito mais empírica: a repetibilidade da mesma situação entre as mesmas partes” (“La domanda giudiziale...”, p. 180 – *tradução livre*).

Assim, em resumo, pode-se dizer que os direitos autodeterminados são aqueles que podem ser identificados por seu próprio conteúdo, uma vez que, num mesmo momento, não podem se repetir entre as mesmas partes e com um mesmo objeto. Nesses casos, não seria essencial à identificação da demanda que se fizesse referência aos fatos constitutivos do direito, sendo essa uma questão cuja solução depende de opção do direito positivo.

Além da hipótese acima mencionada – na medida em que um mesmo sujeito não pode, num só momento, ser proprietário de um bem por repetidas vezes – é o que ocorre de modo geral, com demandas que tenham por objetivo a tutela de *direitos reais de gozo* (propriedade, uso, habitação, servidão etc.), *direitos da personalidade* (nome, honra, imagem etc.), *status civitatis* (cidadão, eleitor etc.) e *de família* (casado, companheiro, filho, pai etc.), *obrigações infungíveis*, e nas demandas *constitutivas*²⁶².

Assim, por exemplo, de modo semelhante ao que ocorre com a propriedade sobre um bem, o direito que um credor possui, em relação ao devedor, de que lhe seja entregue uma coisa infungível, ou realizada uma prestação específica, é único, não importando, para sua identificação, qual teria sido o fato constitutivo. De modo semelhante, é único o direito que um sujeito tem ver de cessados os atos de violação à sua imagem ou honra que estejam sendo levados a efeito por outro.

Os direitos heterodeterminados, a seu turno, são aqueles para cuja individualização não basta o próprio conteúdo, que pode se repetir entre as mesmas partes num dado

²⁶² Ao contrário do que ocorre com as outras situações mencionadas no texto, é controverso, na doutrina italiana, se as demandas constitutivas se enquadram dentre as demandas autodeterminadas ou heterodeterminadas, já se tendo afirmado que esse é um dos problemas que a classificação ora analisada não teria resolvido (RICCI, Gian Franco. “L'allegazione dei fatti...”, p. 846). Há, de um lado, autores que entendem que a demanda seria identificada apenas pelo *efeito jurídico* pretendido (p. ex.: anulação, rescisão ou resolução de um contrato; criação de uma servidão), que abarcaria todos os fatos constitutivos idôneos a produzi-lo, bem como as suas possíveis qualificações jurídicas, o que levaria à conclusão de que a demanda seria *autodeterminada* (assim, por todos: CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale...”, n. 18, esp. p. 166-172). Em outro extremo, porém, há quem entenda que a ação se identificaria pelo específico fato constitutivo narrado, de modo que a sua alteração levaria à modificação da demanda, perspectiva segundo a qual se poderia falar que a demanda é *heterodeterminada* (assim, por todos: HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi...*, p. 195-196). Todavia, como indica Consolo (“Domanda giudiziale”, n. 23, p. 85-86), a doutrina e a jurisprudência majoritárias adotam posição intermediária, segundo a qual a causa de pedir seria formada pelo específico motivo legal que poderia levar à modificação (p. ex.: erro, dolo, ou coação, em relação à anulação de um contrato; adultério, injúria grave, abandono do lar etc., em relação ao divórcio). É o que se vê, embora com variações, em: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...*, vol. I, n. 111, p. 362-363; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual...*, vol. I, p. 250; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*, vol. I. Torino: Giappichelli, 2000. § 29, p. 155-158. De todo modo, segundo essa posição, as demandas constitutivas também poderiam ser classificadas como *autodeterminadas*, na medida em que a alteração do fato constitutivo não representaria, por si só, modificação da demanda, desde que mantido o fundamento jurídico. Para uma sintética exposição dessas três possibilidades, ressaltando, com exemplos práticos, as consequências da adoção de cada uma delas: LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. I, n. 9.5, p. 64-66.

momento. Para a identificação da demanda, então, é necessário recorrer a um elemento externo ao conteúdo do direito, mais precisamente a seus fatos constitutivos, cuja referência, portanto, torna-se imprescindível qualquer que seja a concepção adotada para a causa de pedir.

É o que se passa não apenas com as obrigações pecuniárias, mas, na verdade, com qualquer direito relativo que tenha *bens fungíveis* por objeto, e também com os *direitos reais de garantia*²⁶³. Desse modo, por exemplo, para que se identifique o direito de hipoteca que um sujeito possui em relação a determinado bem, é necessário referir-se à sua origem, já que, sobre a mesma coisa, mais de uma garantia real pode ser estabelecida.

A partir dessa breve explicação, se poderia imaginar ser *relativa* a distinção entre individualização e substanciação, na medida em que tão somente em relação aos direitos autodeterminados é que haveria real diferença na adoção de um sistema ou outro. Afinal, nas demandas heterodeterminadas é necessária, *sempre*, a referência aos fatos constitutivos para que se possa corretamente identificar uma dada causa de pedir, vez que, sem esses, é impossível individualizar o próprio direito pretendido. Quanto aos direitos autodeterminados, porém, é de todo relevante saber se um dado sistema processual adota a substanciação ou a individuação, vez que, a depender dessa opção, os fatos constitutivos podem, ou não, ser determinantes para a delimitação da causa de pedir²⁶⁴.

²⁶³ Ao contrário do que ocorre com as obrigações genéricas, é controverso o enquadramento dos direitos reais de garantia na categoria dos direitos heterodeterminados. No sentido do texto, é o que escreve Cerino Canova, que destaca o papel fundamental do fato constitutivo para identificar o direito real de garantia, uma vez que podem subsistir diversas vezes entre as mesmas partes, sobre um mesmo bem, e decorrer de um mesmo crédito (“La domanda giudiziale...”, p. 178). Em sentido contrário, Menchini sustenta que os direitos reais de garantia seriam autodeterminados, porque, ainda que diversas hipotecas possam recair sobre um mesmo bem em favor de um só sujeito, não poderiam se voltar à garantia de um único crédito. Desse modo, conclui que o que as diferencia é o crédito a que visam assegurar, e não os fatos que lhes tenham dado origem (*I limiti oggettivi...*, p. 214-216). A posição de Menchini, por sua vez, foi refutada por Gian Franco Ricci, que, além de se valer de considerações mais amplas no sentido de que os direitos de garantia não seriam, propriamente, direitos reais, demonstrou a intensa dependência que eles apresentam em relação a seu fato constitutivo, no sentido de que, para cada título, haveria um distinto direito de garantia, ao contrário do que ocorre com os direitos reais de gozo (“L’allegazione dei fatti...”, p. 850-851).

²⁶⁴ De todo modo, ainda que as diferenças entre substanciação e individualização se restringissem à necessidade, ou não, da referência ao fato constitutivo para fins de identificação da demanda, não haveria como concordar com a parcela da doutrina que afirma estar superada a distinção (nesse sentido, com referência às doutrinas italiana e espanhola: TUCCI, José Rogerio. *A causa petendi...*, p. 125-128). Nesse ponto, parece-nos que tem razão José Ignácio Botelho de Mesquita quando afirma que, em relação aos direitos absolutos – na verdade, diríamos que para todas as demandas autodeterminadas –, as teorias “se tornam irreduzíveis” (“*A causa petendi...*”, p. 147). Também na mesma linha, Gian Franco Ricci ressalta que “as conclusões de uma e de outra são claramente opostas e não é possível conciliá-las” (“*Individuazione*’ o ‘sostanziazione’...”, p. 1235, nota 12 – *tradução livre*).

E, realmente, a distinção, da forma como surgida inicialmente na doutrina alemã, dizia respeito sobretudo à delimitação do conteúdo mínimo das demandas que tratassem de direitos reais ou absolutos – e que, na classificação ora adotada, se poderiam chamar de autodeterminadas -, em que se discutia, como dito, se bastava a alegação da relação jurídica ou se era necessária a referência ao fato constitutivo²⁶⁵.

Há, entretanto, uma outra distinção que precisa ser ressaltada: a teoria da individualização, ao partir do pressuposto de que a causa de pedir seria a *relação jurídica* afirmada na demanda inicial, acaba por dar uma importância decisiva ao *enquadramento jurídico* feito pelo requerente aos fatos narrados, de modo a reduzir o espaço para que o juiz, aplicando o princípio do *iura novit curia*, realize uma *nova qualificação jurídica* daqueles acontecimentos. Afinal, para que se possa falar na específica relação jurídica afirmada pelo demandante como *causa petendi*, é necessário se apegar à operação de subsunção por ele realizada entre os fatos narrados e uma precisa hipótese normativa.

Essa é uma constatação que já se via, de certo modo, em parte da doutrina alemã que cuidou de analisar a contraposição entre substanciação e individualização, podendo-se encontrar autores, como Othmar Jauernig²⁶⁶ e James Goldschmidt²⁶⁷, que afirmavam a incompatibilidade entre essa última teoria e as máximas *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*.

Foi com a doutrina italiana, entretanto, que o debate entre substanciação e individualização ganhou maior abrangência, e, extrapolando as fronteiras da discussão sobre o conteúdo das demandas concernentes a direitos absolutos, passou a dizer respeito à concepção de causa de pedir de um modo mais geral, e até mesmo ao conceito de objeto do processo. Com isso, a disputa assumiu uma dimensão que, embora com algumas variações,

²⁶⁵ Nessa linha, Cerino Canova, afirma que a análise da doutrina alemã “sugere entre ‘substanciação’ e ‘individualização’ consonância e diversidade, que formam o verdadeiro objeto da discussão. A consonância se manifesta nas demandas relativas às relações obrigacionais, para as quais é sempre necessária a indicação do fato constitutivo. A diversidade é centrada sobre as ações atinentes aos direitos reais, para as quais a ‘individualização’ requer apenas a especificação do direito e a ‘substanciação’ pretende também que seja deduzido o fato constitutivo” (“La domanda giudiziale...”, p. 48 – *tradução livre*). De modo ainda mais enfático, é o que, entre nós, escreve Otávio Domit: “A contraposição entre individualização e substanciação no direito alemão restringia-se a um campo muito limitado de questões. De fato, [...] não havia, em relação aos direitos obrigacionais, discordância: nesse tipo de demanda seria sempre necessária, tanto para uma quanto para outra teoria, a indicação do fato constitutivo. As diferenças entre individualização e substanciação centravam-se essencialmente no que tange às ações atinentes a direitos reais [...]” (*Iura novit curia...*, p. 113-114).

²⁶⁶ *Direito processual civil*, § 37, n. 2, IV, p. 206.

²⁶⁷ *Derecho procesal civil*. Trad.: Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. § 54, n. I, p. 324.

também se refletia nas demandas heterodeterminadas, perspectiva essa que acabou por pautar o tratamento do tema na doutrina brasileira²⁶⁸.

Como registra Heinitz²⁶⁹, o debate, na Itália, a respeito do conteúdo da causa de pedir girava, de início, em torno do que se deveria entender por *fato jurídico*, conceito do qual Chiovenda se utilizou, de modo ambíguo, no seminal estudo escrito sobre o tema da identificação das ações²⁷⁰. Havia, assim, autores que construía a noção de *causa petendi* apenas a partir dos *atos* alegados para justificar a pretensão²⁷¹, e outros que partiam da *relação jurídica* na qual aquela se baseia²⁷², noções que poderiam ser reconduzidas às teorias da substanciação e da individualização, ainda que nem sempre fosse utilizada tal terminologia.

²⁶⁸ Sobre a mudança de perspectiva que ocorreu no embate entre individualização e substanciação na doutrina italiana, e seus reflexos na doutrina brasileira, vale a leitura do que escreve Otávio Domit: “[...] se na Alemanha do final do século XIX e início do século XX a contraposição entre substanciação e individualização restringiu-se à discussão sobre os elementos que formam a causa de pedir nas ações envolvendo direitos absolutos, a extensão desse debate a uma perspectiva geral sobre o conceito de causa de pedir – de modo a torna-lo aplicável, embora com algumas variações, igualmente aos chamados direitos relativos – é obra sobretudo da doutrina italiana sucessiva a Chiovenda, revelando o intenso fascínio existente entre os processualistas peninsulares por essa contraposição. E foi com essa compreensão, mais próxima ao modo de percepção da doutrina italiana sobre o problema, que o debate entre individualização e substanciação repercutiu no Brasil” (*Iura novit curia...*, p. 144).

²⁶⁹ *I limiti oggettivi...*, p. 147-149.

²⁷⁰ Nesse sentido, Chiovenda anotava que a causa de pedir “não é um fato natural puro e simples, senão um fato, ou um conjunto de fatos, apto para colocar em movimento uma norma de lei: um fato ou um conjunto de fatos em sua idoneidade para produzir efeitos jurídicos” (“Identificación de las acciones...”, n. 5, p. 280 – tradução livre). O fato, porém, é que, como registra a doutrina (por todos: CANOVA, Cerino. “La domanda giudiziale...”, n. 1, esp. p. 16-21), a ideia era utilizada de modo confuso pelo processualista, que, por fato jurídico, ora se referia aos acontecimentos históricos afirmados pelo autor, e que poderiam ser valorados juridicamente pelo juiz a fim de prestar a tutela demandada, e ora dizia respeito à própria *fattispecie* da relação jurídica afirmada. A distinção, em última análise, tocava em qual seria o parâmetro para se qualificar de *jurídicos* os fatos que compõem a *causa petendi*: seria a tutela pretendida pelo demandante, de modo que o juiz seria livre para requalificar juridicamente os fatos narrados com vistas à sua concessão, ou seria a precisa relação jurídica afirmada, conforme o específico enquadramento jurídico realizado pelo autor?

²⁷¹ Nesse sentido, embora com alguma variação: GIANOZZI, Giancarlo. *La modificazione della domanda nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1958. Cap. I, esp. n. 8-12, p. 26-44; ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in apelo*. Milano: Società Editrice Libreria, 1916. n. 147, esp. p. 335-341.

²⁷² Nesse sentido, é o que se vê da maior parte da dos autores italianos, que, ainda que nem sempre afirmem aderir à teoria da individualização, distinguem as demandas para cuja identificação haveria necessidade de referir-se ao fato constitutivo (se referindo a direitos obrigacionais, relativos ou heterodeterminados), daquelas em que bastaria a alusão ao direito ou relação jurídica (se referindo a direitos reais, absolutos ou autodeterminados). Na doutrina mais recente, por exemplo, é o que se vê dos autores que, seguindo ideia da qual tratamos anteriormente (*supra*, n. 1.6), enxergam na situação substancial o objeto do processo. Na doutrina anterior, porém, é o que já se via, com variações, por exemplo em: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...*, vol. I, n. 11, p. 358-363; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual...*, vol. I, n. 87, p. 247-281; PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (dir. vig.)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969. p. 863-864; SATTÀ, Salvatore. “Domanda giudiziale...”, p. 824.

Foi, assim, a partir dessa perspectiva que se desenvolveu, naquele país, a distinção entre substanciação e individualização, no sentido de que, enquanto para aquela concepção a causa de pedir seria formada apenas pelos fatos narrados pelo demandante, para essa consistiria na relação jurídica afirmada. E, nesses termos, a contraposição, como se disse, ganha uma abrangência maior, na medida em que, quando se passa a falar na relação jurídica enquanto parte necessária da identificação da demanda, os defensores da teoria da individualização acabam por dar grande relevância ao enquadramento jurídico proposto pelo requerente, ao contrário do que ocorre com os defensores da teoria da substanciação.

Disso, então, se podem extrair duas consequências: a primeira delas foi o desenvolvimento da ideia, de que tratamos anteriormente²⁷³, de que o objeto do processo seria formado pela *situação jurídica* afirmada na demanda, noção essa que, como visto, é hoje majoritária na doutrina italiana. Ainda que diversos dos autores que assim entendam afirmem a superação da contraposição entre individualização e substanciação²⁷⁴, não parece haver dúvidas de que há, nessa concepção, um forte repúdio a essa última teoria²⁷⁵.

A segunda consequência, e que agora nos importa ressaltar, é que, ao valorizar o enquadramento jurídico levado a efeito na demanda, a teoria da individualização, nos termos em que coloca a doutrina italiana, reduz drasticamente o espaço para que se julgue a pretensão com base em *qualificação jurídica distinta* daquela realizada pelo autor. Afinal se, para essa concepção, a causa de pedir é representada pela relação jurídica afirmada, os fatos narrados apenas têm relevância - e, assim, podem ser qualificados como *fatos jurídicos* - na medida em que sejam capazes de levar ao surgimento daquela relação. Por outro lado, a teoria da substanciação, ao focar suas atenções sobretudo nos fatos narrados na inicial, abre maior espaço para a aplicação do princípio do *iura novit curia*.

Emblemático, nesse sentido, era o pensamento de Ernesto Heinitz, autor que criticou duramente a teoria da substanciação justamente porque levaria a um exagerado distanciamento entre a pretensão deduzida e o direito material, e, ainda, pela excessiva abrangência que dava à máxima *iura novit curia*²⁷⁶. Defendia, desse modo, o sistema da

²⁷³ Ver, *supra*, o item n. 1.6.

²⁷⁴ Assim, especialmente: FAZZALARI, Elio. *Note in tema...*, p. 118-120

²⁷⁵ Nessa linha, por exemplo, vale conferir as críticas de Menchini à teoria da substanciação: *I limiti oggettivi...*, Cap. IV, n. 1, p. 197-207,

²⁷⁶ É o que fica claro, dentre diversos outros trechos, da seguinte crítica feita por Heinitz: “A teoria da substanciação leva a máxima *iura novit curia* até as últimas consequências; essa considera relevante

individualização, ainda que fosse possível enxergar, em seu pensamento, grande independência em relação ao que, de início, afirmavam os autores alemães a respeito dessa última teoria²⁷⁷.

No sentido oposto, também significativo foi o que escreveu Marco Tullio Zanzucchi, que teria sido o primeiro autor a sustentar, na Itália, ideias ligadas ao sistema da substanciação²⁷⁸. Após afirmar que a causa de pedir seria composta pelo fato ou complexo de fatos necessários a dar razão à pretensão, o autor deixava claro que não haveria diferença entre a causa de pedir nas ações que versassem direitos reais ou pessoais. Sustentava, então, que nem as partes nem o juiz ficavam vinculados à qualificação jurídica realizada pelo requerente, e que, por isso mesmo, para fins de modificação da demanda, seria de nenhuma importância que “mude o meio jurídico feito valer, se o fato permanecer o mesmo”²⁷⁹. A fim de ilustrar suas ideias, trazia, ainda, diversos exemplos de situações nas quais, para ele, não haveria que se falar em modificação da demanda, malgrado claramente houvesse alteração da relação jurídica inicialmente deduzida²⁸⁰.

Por tais razões, então, é que, se, nos termos em que se colocava de início na processualística alemã, a distinção entre individualização e substanciação era, de fato, relativa - na medida em que se restringia à discussão quanto à relevância dos fatos constitutivos nos direitos absolutos ou autodeterminados -, na doutrina italiana a discussão ganha maior abrangência, e passa a dizer respeito ao caráter determinante, ou não, que se deve dar à específica relação jurídica afirmada na demanda – o que depende da qualificação jurídica dos fatos realizada pelo autor - e, assim, ao alcance que se outorga ao princípio do *iura novit curia*.

juridicamente apenas as alegações de fato das partes, e a consequência formal, abstrata, que vem formulada no pedido” (*I limiti oggettivi...*, p. 161 – tradução livre).

²⁷⁷ Nesse sentido, Botelho de Mesquita destaca a “absoluta independência intelectual” com que trabalhou Heinitz (“*A causa petendi...*”, p. 143). Ricardo Leonel, também nessa linha, afirma que, embora demonstrasse propensão pela teoria da individualização, o autor sustentou “uma visão conciliatória (intermediária) entre os extremos das duas teorias” (*Causa de pedir e pedido...*, p. 71). Exatamente em decorrência dessa independência, então, é que, anteriormente, enquadrámos o pensamento de Heinitz dentre aqueles que afirmam que o objeto do processo consistiria na *situação jurídica substancial*.

²⁷⁸ Assim: GIANOZZI, Giancarlo. *La modificazione...*, p. 36.

²⁷⁹ *Nuove domande...*, p. 336-337 – tradução livre.

²⁸⁰ Assim, por exemplo, quando, aquele que pretende a entrega de coisa com base na propriedade, passa, no curso do processo, a sustentar ter direito ao bem por enfiteuse, ou, então, quando se altera o vício por meio do qual se pretende demonstrar a nulidade de negócio jurídico (*Nuove domande...*, p. 337-338).

É claro que, de um ponto de vista mais analítico, se poderiam divisar, aí, dois problemas distintos: o primeiro diz respeito à relevância ou não do fato constitutivo para identificação das demandas autodeterminadas; o segundo, por sua vez, à abrangência que se deve dar ao poder judicial de requalificar juridicamente os fatos narrados pelo autor, com vistas ao julgamento da pretensão deduzida. De toda sorte, ao que parece, a doutrina italiana acabou por tratar das questões de forma conjunta, o que acabou por influenciar fortemente a processualística brasileira.

Portanto, pode-se dizer que, de fato, é relativa a distinção entre individualização e substanciação no que diz respeito à relevância do fato constitutivo para a identificação da demanda, na medida em que apenas para os direitos autodeterminados é que faz alguma diferença a teoria adotada. Por outro lado, porém, parece claro que, da forma como se desenvolveram as concepções, muda drasticamente de uma para a outra, qualquer que seja a categoria de direito, o alcance que se deve dar à aplicação do *iura novit curia*²⁸¹.

1.17. (Segue) A adoção da teoria da substanciação no direito brasileiro

Após breve exposição das duas teorias e das consequências de sua adoção, e entendida a real dimensão da diferença entre elas existente, resta verificar qual das perspectivas teria sido adotada no sistema processual brasileiro.

Apesar de o Código de Processo Civil atualmente vigente, assim como faziam o CPC/39 e o CPC/73, não explicitar qual teria sido o sistema aqui adotado, a doutrina brasileira vem afirmando, de forma maciça, que se aplica, entre nós, a teoria da *substanciação*²⁸². Apega-se, para tanto, com frequência, à ideia de que, entre os requisitos

²⁸¹ Nesse sentido, é o que escreve Bruno Lopes: “Na individuação, o julgador está vinculado ao *fundamento jurídico* invocado pelo demandante, ao específico direito subjetivo a que se refere o pedido de tutela, mas tem ampla liberdade na aplicação das normas integrantes do ordenamento jurídico para avaliar a efetiva existência do direito subjetivo. No sistema da substanciação não há nenhuma vinculação aos fundamentos jurídicos, integrando o objeto do processo todos os direitos subjetivos que eventualmente decorram dos fatos alegados e proporcionem o acolhimento do pedido” (*Limites objetivos...*, p. 52). Ainda nessa linha, na doutrina portuguesa, Miguel Teixeira de Sousa também afirma a incompatibilidade entre a teoria da individualização e a máxima *iura novit curia* (“O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual)”. In: *Revista Forense*, v. 292. Rio de Janeiro: Forense 1985. p. 140).

²⁸² Quanto à adoção da teoria da substanciação no sistema processual brasileiro, é o que defendem, dentre outros: ALVIM, Arruda. *Direito processual civil...*, t. II, p. 76-95; *Manual...*, n. 141, p. 461-462; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, p. 17; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso...*, vol. 2, t. I, p. 72-73; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 192-193; COSTA, Susana Henriques da. “Comentários aos arts. 318 a 333”. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 507-508; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II,

da petição inicial, está a necessidade de que sejam narrados os *atos constitutivos* do direito do autor (CPC/15, art. 319, III; CPC/73, art. 282, III; CPC/39, art. 158, III), o que daria a entender que esses são um elemento essencial à causa de pedir qualquer que seja o direito deduzido²⁸³.

Não nos parece, porém, que a simples necessidade de que, na petição inicial, sejam expostos os fatos constitutivos do direito do autor seja suficiente para afiançar que o Brasil teria adotado a teoria da substanciação²⁸⁴. Como lembra a doutrina, as codificações processuais da Itália e da Alemanha se utilizam de fórmulas semelhantes, sem que se possa afirmar a filiação daqueles sistemas à substanciação²⁸⁵. Além disso, considerando que, ao lado dos fatos, exige-se, do autor, que deduza os fundamentos jurídicos de seu pedido, uma interpretação literal do art. 319, III, do CPC/15 deveria levar à conclusão de que ambos os elementos se prestariam a identificar a causa de pedir²⁸⁶, e que, assim, o processo civil brasileiro teria seguido um caminho intermediário entre as duas teorias, ideia que, como veremos em breve, não é a mais acertada.

De toda sorte, a partir de uma análise sistemática de algumas opções adotadas no processo civil brasileiro, é possível chegar-se à conclusão de que, de fato, adota-se, entre nós, a teoria da substanciação.

Antes de tudo, é importante ressaltar que é da tradição de nosso direito a adoção do *princípio da eventualidade*, com o estabelecimento de um *sistema rígido de preclusões* no que concerne à modificação da demanda ao longo do procedimento (CPC/15, arts. 329,

n. 528, esp. p. 153; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 82-84; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação...*, p. 97; MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*, p. 26; MARQUES, José Frederico. *Instituições...*, vol. II, n. 268, p. 35-36; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade...*, p. 55-60; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários...*, t. IV, p. 17; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 1. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 172-173; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz...*, p. 99-100; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 71-77; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso...*, vol. I, n. 213, p. 278-279.

²⁸³ Interessante notar que essa era uma noção exposta de maneira muito clara já pelo primeiro grande processualista brasileiro: “Não vale a identidade do objecto, se com ella não concorre simultaneamente a identidade de causa, e isso se dá tanto nas *acções pessoas*, onde se póde pedir sucessivamente a mesma cousa por diferentes causas de obrigações, como nas *reaes*, onde se póde reclamar sucessivamente a mesma propriedade por diferentes titulos, bem como de *compra*, *sucessão ab intestato*, sem que a rejeição de uma dessas demandas seja de natureza a prejudicar a sorte das outras” (PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermeneutica jurídica*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1935. § 178, p. 142-143).

²⁸⁴ Assim: LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido...*, p. 90.

²⁸⁵ Nesse sentido: TUCCI, José Rogerio Cruz e. *A causa petendi...*, p. 157.

²⁸⁶ É o que se ressaltam: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia...*, p. 249-250; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 57.

493, 1.014; CPC/73, arts. 264, 294, 462, 517; CPC/39, arts. 157, 181, 824, § 1º)²⁸⁷. Nessa linha, é comumente aceito que a vedação à alteração da demanda decorrente de sua estabilização objetiva alcançaria, quanto à causa de pedir, justamente o seu aspecto fático²⁸⁸.

Como indicado anteriormente, é possível estabelecer uma clara ligação entre a *teoria da substanciação* e a adoção, por um sistema processual, do *princípio da eventualidade*²⁸⁹, relação essa que se estabelece em dois sentidos distintos.

Primeiramente, pode-se dizer que, num ordenamento caracterizado por um rígido sistema de preclusões quanto à modificação da demanda, mais especificamente quanto à introdução de matéria fática no processo, é mais adequado considerar que apenas aqueles fatos constitutivos deduzidos oportunamente integram a causa de pedir. Isto é: na medida em que o sistema processual veda a alegação de fatos constitutivos a partir de determinado momento do procedimento, não se deve considerar contidos na demanda fatos que não pudessem ter sido levados em conta no julgamento. Desse modo, em caso de improcedência da pretensão, o autor não estaria impedido de, posteriormente, ajuizar nova demanda com base em outros fatos constitutivos.

Caso contrário, se entendido que todos os fatos constitutivos de um direito já analisado integrariam a demanda, a eficácia preclusiva da coisa julgada impediria, na hipótese de improcedência, que voltasse o autor a juízo com base em outros fatos que, anteriormente, não pode ver apreciados²⁹⁰.

²⁸⁷ Nesse sentido: LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido...*, p. 223-227; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...*, p. 158-161. Como ressalta Júnior Alexandre Moreira Pinto, aliás, “já anteriormente à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939, os códigos estaduais, em sua unanimidade, acolheram um modelo rígido de procedimento” (“Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda”. In: *Causa de pedir e pedido (questões polêmicas)*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: RT, 2002. n. 2.4.5., p. 77-78).

²⁸⁸ Assim, por exemplo: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, p. 18; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, n. 484, esp. p. 84-85.

²⁸⁹ Sobre a relação entre o princípio da eventualidade e a teoria da substanciação, vale conferir: CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale...”, p. 135-136; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...*, p. 74-77. Para uma visão crítica dessa ideia, por outro lado: MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, Cap. IV, n. 1, p. 197-207; RICCI, Gian Franco. “Individuazione’ o ‘sostanziazione’...”, n. 6, p. 1245-1251.

²⁹⁰ Nesse sentido, vale a leitura do que escreve Cerino Canova, que demonstra o contraste que haveria entre um sistema rígido de preclusões e uma visão ampla da coisa julgada, à semelhança do que decorreria da teoria da individualização: “O processo nasce e vive sob o signo da incerteza objetiva e subjetiva que envolve seja o modo de ser dos acontecimentos históricos seja o significado das disposições normativas. A trama da controvérsia se desvenda no processo apenas através da dialética das partes [...]. O processo não recebe, assim, uma controvérsia inteiramente pré-formada, mas tem a função de delinear-la progressivamente através das sucessivas contribuições das partes contrapostas e através da ativa participação do órgão julgante, para

No outro sentido, também parece relevante destacar que, uma vez adotada a teoria da substanciação, razões de racionalidade impõem que se impeça a introdução de novos fatos constitutivos no processo a partir de determinado momento procedimental, com a adoção, portanto, do princípio da eventualidade. Caso contrário, a demanda estaria sujeita a modificações a todo o tempo, o que levaria à impossibilidade de se delimitar a causa de pedir de modo seguro²⁹¹.

É claro que, como vem ressaltando a doutrina, essa *não é uma relação necessária*²⁹², podendo-se cogitar de ordenamentos que, malgrado estabeleçam um rígido sistema de preclusões quanto à introdução de novos fatos constitutivos ao longo do processo, adotam, no que tange à identificação da causa de pedir, características típicas da teoria da individualização, de modo a impedir a repositura da demanda com base fatos não alegados anteriormente, dando, assim, grande alcance à eficácia preclusiva da coisa julgada²⁹³.

De toda sorte, tem razão a doutrina quando estabelece que adoção, entre nós, de um sistema rígido quanto à estabilização da demanda, é um forte indício da filiação do processo civil brasileiro à teoria da substanciação.

Além disso, como veremos em seguida, tem grande aceitação, na doutrina brasileira, a ideia de que, ao julgar a causa, o juiz não está preso à tipificação jurídica

transformar em medida também ampla a originária e unilateral impositão. [...] As considerações ora expostas desenhavam uma alternativa demasiadamente rígida: ou a preclusão se refletia com função limitativa da coisa julgada ou então cria um contraste íntimo e profundo no sistema processual. Uma regra de consunção que excede o deduzido consistiria, na verdade, em uma presunção de dedutibilidade do quanto as partes poderiam não estar em condições de alegar efetivamente no tempo a elas concedido. Seria, em outros termos, pretender algo que pode exceder a capacidade e a diligência das partes [...]. Se compreende, então, a razão profunda pela qual os sistemas caracterizados por rígidas preclusões têm sempre assumido historicamente o modelo de juízo polarizado mais sobre os fatos que sobre o direito, atuando as mais drásticas ideias da 'substanciação'. E sempre os mesmos sistemas limitaram sensivelmente o efeito preclusivo da coisa julgada em correspondência apenas aos fatos deduzidos" ("La domanda giudiziale...", p. 136 – tradução livre).

²⁹¹ “[...] a regra da eventualidade é um pressuposto para a adoção da substanciação, pois a viabilidade de modificação das alegações de fato apresentadas com a petição inicial impossibilitaria a delimitação da causa de pedir” (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 56).

²⁹² Afinal, como lembra Gian Franco Ricci, o princípio da eventualidade e a teoria da substanciação representam opções que dizem respeito a “dois distintos aspectos do fenômeno processual. O princípio de preclusão é atinente à técnica de desenvolvimento do processo: enquanto a substanciação é ao invés um particular modo de entender a demanda judicial e se refere ao seu principal elemento constitutivo, isso é, à *causa petendi*” (“Individuazione’ o ‘sostanziazione’...”, p. 1246 – tradução livre).

²⁹³ Nesse sentido, é o que defende Sergio Menchini, pra quem, mesmo diante de um procedimento rígido, não haveria sentido em limitar a coisa julgada aos fatos constitutivos alegados, sob pena de incentivar a proliferação dos processos, e, ainda, de tratar de modo desigual o autor e o réu (*I limiti oggettivi...*, p. 204-205).

realizada pelo autor em sua inicial, podendo, a partir do aforismo *iura novit curia*, adotar novos fundamentos jurídicos, desde que com base nos mesmos fatos, e referentes ao mesmo pedido. Em geral, ainda, como veremos, não se exige que, ao realizar esse reenquadramento jurídico, o juiz fique preso à específica relação jurídica afirmada na petição inicial, podendo-se afirmar, diante disso, que o fundamental, entre nós, para a identificação da *causa petendi*, são os *fatos* deduzidos na inicial.

Tais características, portanto, parecem corroborar a orientação doutrinária majoritária de que o sistema processual civil brasileiro teria se filiado, no que tange à identificação da causa de pedir, à teoria da substanciação²⁹⁴. Também é essa, vale dizer, a forma pela qual a jurisprudência costuma enxergar a questão²⁹⁵.

Há, é certo, autorizada opinião no sentido de que teria sido adotada uma espécie de teoria intermediária, de modo que seriam relevantes, para a definição da causa de pedir, tanto os fatos quanto os fundamentos jurídicos declinados na inicial, interpretação que, como dito, poderia ser sugerida pela literalidade do art. 319, III, do CPC/15²⁹⁶.

A essa forma de pensar, porém, já nos contrapusemos quando rechaçada a ideia de que o objeto do processo seria formado pela específica situação jurídica substancial afirmada pelo demandante²⁹⁷. Na linha do que dissemos anteriormente, vincular o juiz tanto aos fatos constitutivos alegados quanto à específica relação jurídica deduzida tornaria demasiadamente rígidos os limites em que se poderia dar o julgamento da causa, e, por conseguinte, permitira que o demandante derrotado ajuizasse nova demanda não apenas

²⁹⁴ Heitor Sica se vale dos mesmos argumentos por nós utilizados para sustentar que no Brasil se adotou a teoria da substanciação: “A razão para a preponderância da causa de pedir remota sobre a próxima decorre do entendimento majoritário de que o sistema processual brasileiro há muito acolheu as máximas *iura novit curia* e *da mihi factum dabu tibi ius*, de modo a não haver adstrição necessária do juiz à matéria jurídica invocada pelo demandante, que constitui mera ‘proposta’ do autor de categorização jurídica dos fatos principais por ele narrados. Haverá, pois, preponderância dos fatos sobre o direito, por projeção da chamada ‘teoria da substanciação’, que, por sua vez, é ínsita a um sistema rígido de estabilização do objeto litigioso que continua presente no ordenamento processual brasileiro” (*Cognição do juiz...*, p. 99-100).

²⁹⁵ Assim, por exemplo, de modo enfático, é o que se vê do seguinte julgado do STJ: “[...] No Direito brasileiro, aplica-se a teoria da substanciação, segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhes a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à rejeição do pedido, como fruto dos brocardos *iura novit curia*, *da mihi factum dabu tibi ius* [...]” (STJ, AgRg no REsp 1565055/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 18/12/2015).

²⁹⁶ É o que sustentou Botelho de Mesquita, em conhecido estudo: “A *causa petendi* nas ações...”, p. 154-155. Também nessa linha, ver, ainda: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia...*, p. 224-285; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, vol. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 189-192; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação...*, p. 51.

²⁹⁷ Ver, *supra*, o item n. 1.6.

com base em novos fatos, mas, ainda, simplesmente alterando a fundamentação jurídica anteriormente utilizada²⁹⁸.

1.18. (Segue) Causa de pedir remota

Entendido de que forma se deve enxergar a *causa petendi* no direito processual civil brasileiro, passamos, neste momento, a analisar cada um dos elementos de que é composta. Como dito, na medida em que se presta a exprimir os fundamentos nos quais o demandante apoia a sua pretensão, a causa de pedir é estruturada a partir do enquadramento de determinados *fatos* a uma *hipótese normativa*, que, no entender do requerente, seria capaz de levar à produção dos efeitos desejados. Começemos, então, pelo elemento fático (causa de pedir remota).

Considerando que, pelas razões vistas acima, o sistema processual brasileiro é filiado à teoria da substanciação, é relevante lembrar, antes de tudo, que os *fatos constitutivos* do direito que se busca assegurar são relevantes para a identificação de qualquer demanda judicial. Não há, assim, entre nós, razão para diferenciar, quanto a esse aspecto, os direitos autodeterminados dos direitos heterodeterminados.

É importante notar, porém, que, ao propor uma demanda, o autor deve narrar, em geral, não apenas os *fatos constitutivos* de seu direito, como também deve afirmar *fatos que denotem violação ou ameaça a esse direito*, sem os quais não se justifica a prestação da tutela jurisdicional no caso concreto. A doutrina, então, subdivide o elemento fático da demanda em *causa de pedir (remota) ativa* e *causa de pedir (remota) passiva*, respectivamente²⁹⁹.

Nessa linha, é de se notar que a causa de pedir passiva tem relevância não apenas para justificar a pretensão do autor, como também para fazer com que fique configurado o *interesse de agir*, na medida em que, sem uma situação de crise na realidade substancial, não se justifica a prestação da tutela jurisdicional ao caso concreto.

²⁹⁸ Para esse argumento, conferir, ainda: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 84.

²⁹⁹ A classificação é atribuída, em geral, a Marco Tullio Zanzucchi (*Nuove domande...*, p. 335). Na doutrina brasileira, vale conferir, dentre outros: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, p. 17; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, n. 528, p. 151-152; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...*, p. 165-166.

Assim, o conteúdo da *causa petendi* passiva varia, justamente, conforme a espécie da crise que leva à propositura da demanda, e, portanto, com a modalidade de tutela jurisdicional buscada. Desse modo, na tutela declaratória, a causa de pedir passiva consistirá na situação de contestação a respeito da existência, inexistência ou modo de ser de uma relação ou situação jurídica (crise de certeza). Na tutela constitutiva, por sua vez, a causa de pedir passiva consistirá na ausência de produção dos efeitos jurídicos a que o autor afirma ter direito (crise de situação jurídica)³⁰⁰. Por fim, na tutela condenatória, monitória ou executiva, a causa de pedir passiva consistirá no descumprimento de uma prestação a que o autor afirma ter direito (crise de adimplemento)³⁰¹.

É importante, porém, destacar, que nem todos os fatos narrados no ato postulatório efetivamente integram a causa de pedir. A experiência prática demonstra que, ao apresentar determinada pretensão em juízo, o demandante narra uma série de fatos que, por vezes, não têm relação direta com o que está sendo postulado. Alguns deles, é certo, são essenciais para embasar o pedido deduzido. Outros, entretanto, têm papel meramente retórico ou argumentativo, ou, ainda, exercem a função de simples indícios voltados à prova de outros fatos. Há, também, fatos que se ligam a questões referentes à técnica processual, não dizendo respeito ao *meritum causae*. Não se pode desconsiderar, por fim, a existência de afirmações fáticas que não tenham nenhuma pertinência ao que está sendo pretendido.

Assim, para ficar num exemplo simples, imaginemos a propositura de ação em que o autor pretende a condenação do réu ao pagamento de dívida contratual que, segundo afirma, não teria sido adimplida no prazo pactuado. Para fundamentar seu pedido, precisará alegar não apenas de que forma teria tido origem a relação contratual e qual seria a obrigação dela decorrente (*causa petendi* ativa), mas, também, a ausência de cumprimento da prestação a que o réu estaria jungido (*causa petendi* passiva). São esses, assim, os fatos que efetivamente compõem a causa de pedir da demanda cogitada.

Não é raro, porém, que, em uma demanda desse tipo, a postulação traga diversas outras circunstâncias de fato além daquelas acima referidas. Imagine-se, por exemplo, que

³⁰⁰ A ressalva fica por conta das *ações constitutivas necessárias*, em que, justamente por ser impossível a produção do resultado pretendido sem a atuação judicial, o interesse de agir é *in re ipsa*, e, assim, não há que se falar na existência de *causa petendi passiva* na estrutura da demanda. Nesse sentido, dentre outros: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade...*, p. 63-66.

³⁰¹ Para um estudo aprofundado do conteúdo da causa de pedir passiva em cada uma das modalidades de tutela jurisdicional, vale conferir, com grande proveito: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação...*, p. 103-113; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade...*, p. 60-72.

haja, no caso, discordância a respeito do efetivo inadimplemento da prestação pactuada. Para demonstrar, então, a ausência de pagamento, o autor dá conta, em sua inicial, de que, após o vencimento da dívida, se comunicou por *e-mail* com o réu a fim de cobrar a prestação devida, e que esse teria respondido que o pagamento seria efetuado, acrescido de juros e correção monetária, em determinada data, por meio de depósito em conta corrente, o que é comprovado pela juntada de cópia das mensagens. Entretanto, como alega o requerente, o depósito não foi realizado na data prometida, o que se demonstra pela juntada aos autos de cópia de seu extrato bancário. Por fim, o demandante narra que o requerido seria um devedor contumaz, trazendo aos autos informações a respeito de outros processos em que ele estaria envolvido e de títulos protestados em seu desfavor.

Note-se, nesse caso, que tanto a ocorrência da comunicação eletrônica quanto a ausência do depósito na data afirmada são fatos narrados na petição inicial que não têm o papel de identificar a causa de pedir, sendo, na verdade, circunstâncias por meio das quais o autor pretende demonstrar o inadimplemento da prestação por parte do réu. Por sua vez, as alegações de que o requerido seria um devedor contumaz, e que teria deixado de cumprir com diversas outras obrigações, não têm, *a priori*, relação direta com o objeto litigioso do processo, exercendo, na verdade, papel retórico a fim de corroborar a ausência de pagamento.

Num outro exemplo, cogite-se de demanda em que o autor pretende a reparação de danos decorrentes de acidente automobilístico, que, segundo alega, teria sido culposamente causado pelo réu. Nesse caso, então, a ocorrência do evento, os danos sofridos, e a culpa do outro condutor são fatos constitutivos do direito à reparação (causa de pedir ativa), aos quais se soma, ainda, a ausência de pagamento da indenização (causa de pedir passiva).

Na inicial, no intuito de demonstrar que o requerido teria agido culposamente, o demandante alega que estaria ele embriagado, já que teria sido visto em determinado bar logo antes da ocorrência do acidente. Afirma, ainda, que o réu costumeiramente dirige sob o efeito de álcool e que, inclusive, já havia sido autuado pelos órgãos de trânsito em situação desse tipo. Nesse caso, então, a circunstância de o demandado estar dirigindo embriagado não é por si só o fato constitutivo da demanda, mas fato do qual se procura inferir a existência da culpa. De igual modo, a alegação de que o réu teria estado em um bar antes do evento danoso também não se presta a individualizar a demanda, mas, apenas, pode servir de prova indireta ou indiciária de seu estado de embriaguez naquele momento.

Por sua vez, a circunstância de que já teria sido flagrado conduzindo seu veículo sob o efeito de álcool tem, na situação, função meramente retórica, sem qualquer relação direta com o objeto do processo. Por fim, não haveria alteração da causa de pedir caso, no curso do processo, alegasse o autor que o réu estaria dirigindo acima do limite de velocidade, circunstância que, assim como a afirmada embriaguez, é um fato secundário³⁰².

Além disso, como dito, a petição inicial contém, geralmente, diversas outras informações que dizem respeito não ao mérito da causa, mas à aplicação de regras processuais. Assim, por exemplo, a alegação do autor de que não dispõe de recursos para arcar com o pagamento das custas e despesas processuais tem como objetivo a concessão do benefício da justiça gratuita (CPC/15, art. 98). De igual modo, a afirmação de que o contrato possui cláusula de eleição de foro visa a justificar a modificação da competência (CPC/15, art. 63). Ou, ainda, ao informar que possui mais de sessenta anos de idade, o autor pretende se valer da prioridade na tramitação do processo (Lei nº 10.741/2003, art. 71) etc.³⁰³.

Enfim, como dito, não são todas as alegações de fato deduzidas no ato postulatório que, efetivamente, compõem a causa de pedir e que, assim, têm o papel de identificar a demanda proposta.

Nessa linha, então, a doutrina costuma falar em *atos principais* ou *essenciais* a fim de se referir àqueles que integram a causa de pedir, e *atos secundários* ou *simples* para as demais alegações fáticas³⁰⁴. A distinção, longe de ter finalidade meramente classificatória, é dotada de grande importância, na medida em que os fatos secundários, ainda que possam ser relevantes para o desenvolvimento do processo e para o julgamento da causa, não se submetem ao regime jurídico destinado à demanda e à causa de pedir.

Assim, por exemplo, na medida em que não integram a causa de pedir, a afirmação de fatos secundários não é ônus de que precise se desincumbir o demandante para que sua petição inicial seja apta (CPC/15, art. 319, III)³⁰⁵. Além disso, a alegação de fatos

³⁰² Para esse específico exemplo: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...*, p. 78.

³⁰³ Sobre as alegações referentes à técnica processual, especificamente: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação...*, p. 89.

³⁰⁴ Assim, dentre outros: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1190, p. 435-437; RICCI, Gian Franco. “L'allegazione dei fatti...”, n. 6, p. 860-871; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...*, p. 77-79; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...*, p. 162-165.

³⁰⁵ Nesse sentido, vale a leitura do que escreve Dinamarco: “Quando se procura dimensionar a exigência de inteireza da causa de pedir é portanto indispensável ter presente a *eficácia jurídico-substancial* dos atos e

secundários não se submetem ao princípio da eventualidade, podendo ser realizada após o momento em que ocorre a estabilização da demanda (CPC/15, art. 329).

Os fatos secundários, aliás, não se submetem sequer ao princípio da demanda, podendo ser considerados de ofício pelo juiz caso deles tome conhecimento por meio de outros elementos trazidos aos autos, ainda que não tenham sido expressamente afirmados pelas partes, sendo vedado, apenas, que para tanto se utilize de sua ciência privada. Aplica-se, aqui, ideia semelhante à que subjaz ao *princípio da aquisição* da prova (CPC/15, art. 371), no sentido de que, uma vez que passem a integrar o processo, os fatos secundários podem ser considerados pelo juiz independentemente de quem os tenha afirmado, ou de como isso tenha ocorrido³⁰⁶.

Da mesma forma, a simples alteração ou inclusão de fatos secundários não permite que se deduza novamente uma pretensão que já tenha sido julgada improcedente, justamente porque, no caso, o que se teria é a mesma demanda, sujeita, portanto, aos efeitos negativos da coisa julgada (CPC/15, art. 373, §§ 1º, 2º e 4º e art. 485, V).

O grande problema, porém, quanto ao ponto, se refere à delimitação de quais são os fatos descritos num determinado ato postulatório que podem ser classificados como primários, e, assim, que efetivamente compõem a causa de pedir, e quando se está diante de um fato secundário.

Isso porque, como nota autorizada doutrina, os fatos narrados pelo demandante em um determinado ato processual não têm, em si próprios, nenhuma característica intrínseca,

fatos concretamente alegados, de modo a aferir a suficiência de sua alegação em face da conclusão proposta (suficiência perante o direito substancial). Nem sempre se exige, senão para melhor esclarecer e convencer, que a petição inicial se reporte a *toda* a história do conflito existente entre as partes, desde as origens e, passando pelos fatos relevantes, chegue afinal à afirmação do direito insatisfeito ou violado. Quando de entremeio existe um fato suficiente, perante o direito material, para gerar o direito afirmado, a afirmação desse fato é bastante para a inteireza da causa de pedir” (“Causa de pedir e ônus de afirmar”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. n. 291, p. 577-578). Em sentido contrário, é a posição de Calmon de Passos, para quem “admitir-se a prova de fato simples não articulado na inicial seria legitimar-se a cilada processual e fazer-se tábula rasa do princípio indeclinável da contraprova, decorrência necessária da bilateralidade do processo” (*Comentários...*, vol. III, p. 193). Essa última objeção, porém, ligada à garantia do contraditório, pode ser contornada na medida em que se garanta a manifestação das partes a respeito do fato simples alegado posteriormente, e, se for o caso, a produção de provas a respeito.

³⁰⁶ É o que propõe Sergio Menchini (“Osservazioni critiche sul...”, p. 32-43), embora com abrangência maior do que a exposta no texto, na medida em que aceita essa possibilidade inclusive em relação aos fatos constitutivos nos direitos autodeterminados. Sobre o pensamento do autor italiano, nesse ponto, ver, *supra*, o item 1.6, nota n. 84. Em sentido semelhante na doutrina brasileira, também considerando a possibilidade de o juiz se valer de fatos secundários de ofício, vale conferir, com grande proveito: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa...*, n. 8.4, p. 143-154.

que permita agrupá-los nesta ou naquela categoria. A divisão das alegações fáticas em principais e secundárias nada mais é que uma classificação, para a qual é necessário estabelecer um critério a partir do *objetivo* que se busca alcançar³⁰⁷.

No caso, o objetivo, ao separar os fatos essenciais ou primários daqueles que não o são, é verificar, dentre os acontecimentos narrados, quais têm, por si só, a capacidade de *produzir as consequências jurídicas pleiteadas na demanda*. Trata-se, em outras palavras, de distinguir quais, dentre aqueles fatos, se enquadram no suporte fático da hipótese normativa que garante ao demandante o resultado pretendido.

Nessa linha, pode-se dizer, em síntese, que são primários os *fatos jurídicos*, isto é, aqueles que, por se subsumir a uma determinada hipótese normativa, são aptos a produzir o resultado pretendido pelo autor. Como se disse, são apenas esses os fatos que integram a causa de pedir remota e que, assim, estão sujeitos às regras concernentes à identificação, estabilização e modificação da demanda³⁰⁸.

A dificuldade maior que se coloca, porém, é precisar *qual é a hipótese normativa* a ser considerada para se afirmar quais são os fatos essenciais numa dada situação. Isso porque, como se verá na sequência, tendo em vista a amplitude com que se aplica, entre nós, o aforismo *iura novit curia*, o juiz não está vinculado ao enquadramento jurídico realizado pelo autor em sua demanda. Passemos, então, a analisar de que maneira a qualificação jurídica proposta pelo autor pode ser alterada pelo juiz, para, em seguida, retornar ao tema da identificação dos fatos principais.

1.19. (Segue) Causa de pedir próxima e o “iura novit curia”

Nos termos do art. 319, III, do CPC/15, deve o demandante afirmar, em sua inicial, não apenas os fatos constitutivos de seu direito, como, ainda, os respectivos *fundamentos*

³⁰⁷ “[...] não existe uma medida interna aos fatos capaz de lhe impor a agregação ou a separação. A vida, já foi dito autorizadamente, se desenvolve sem solução de continuidade, em uma série infinita de passagens rigidamente concatenadas, com uma progressão da qual não é possível individualizar o início e o fim. [...] A realidade se concretiza em fatos delimitados não por força própria, mas em virtude da medida com a qual se a considera e em particular pelo interesse pelo qual se a estuda. Assim, se o escopo é de formular consequências jurídicas, o direito é a medida da consistência e da distinção de cada específico evento” (CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale...”, p. 187-188 – *tradução livre*). Em sentido semelhante, ainda: GOUVEIA, Maria França. *A causa de pedir...*, p. 384; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 59; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, p. 147-148.

³⁰⁸ Sobre a forma pela qual o *relato* da parte a respeito dos fatos da vida transforma-se, a partir da tipificação jurídica constante da inicial, em *enunciado*, vale conferir, com grande proveito: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários...*, vol. III, n. 19.3, p. 182-187,

jurídicos. Passemos, então, neste momento, a analisar o elemento jurídico da causa de pedir.

Antes de tudo, cabe esclarecer que, conforme lição assente na doutrina brasileira, ao exigir a indicação dos fundamentos jurídicos de seu pedido, a lei processual não estabelece, para o requerente, o ônus de indicar o *dispositivo normativo* (fundamento legal)³⁰⁹ aplicável à situação concreta, ou o específico *nomen juris* utilizado na lei³¹⁰. Para que sua petição inicial preencha o requisito estabelecido pelo art. 319, III, do CPC/15, basta que descreva, ainda que sem muita precisão, o *conteúdo da norma jurídica*³¹¹ aplicável à espécie, e que seria capaz de levar aos efeitos pretendidos.

Em outras palavras, é necessário, sob pena de inépcia da petição inicial, que o requerente enquadre os fatos narrados em determinada *categoria jurídica* que seria capaz de levar aos resultados pretendidos, ou seja, que estabeleça a *correlação lógico-jurídica*³¹² entre a situação fática trazida aos autos e o pedido deduzido.

Assim, para voltar a um exemplo utilizado no tópico anterior, em situação na qual o autor pretenda a condenação do réu à reparação de prejuízos decorrentes de acidente automobilístico, não há necessidade de que indique que o caso é de responsabilidade civil subjetiva, ou, ainda, que a situação se enquadra no disposto nos arts. 186 e 927 do Código Civil. Basta, na verdade, afirmar que, tendo causado danos por ato ilícito ou por conduta culposa, o réu tem o dever de indenizá-lo.

Ou, ainda, em hipótese na qual o comprador pretenda em juízo a desconstituição de um contrato de compra e venda porque teria se equivocado quanto às características do bem adquirido, é suficiente que afirme que, por ter se enganado quanto a um de seus

³⁰⁹ Apesar de não se poder desconsiderar a dificuldade de diferenciar, em alguns casos, *fundamento jurídico* e *fundamento legal*, não parece correta a lição de Bedaque quando afirma que a distinção seria *inócua* (“Os elementos objetivos da demanda...”, p. 31-34). Ainda que, em seu julgamento, o juiz não esteja vinculado a nenhuma das duas, a distinção tem relevância no que se refere aos ônus que se impõem ao autor na formulação de sua demanda: como indicado no texto, para que sua postulação seja apta, deve o autor se desincumbir do ônus de descrever o conteúdo da norma jurídica que entende aplicável à espécie (*fundamento jurídico*); o mesmo, porém, não se pode dizer da indicação do específico dispositivo de lei do qual a norma pode ser extraída (*fundamento legal*).

³¹⁰ Assim, por exemplo: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários...*, vol. III, p. 191; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, n. 528, p. 154; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...*, p. 166-167.

³¹¹ É a oportuna expressão utilizada por Marcelo Pacheco Machado (*A correlação...*, p. 86).

³¹² Assim: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...*, p. 72.

elementos essenciais, o negócio jurídico é anulável, não sendo necessário que sustente a incidência dos arts. 138 e ss. do CC/02, ou que a situação configure erro.

Como se disse, portanto, para que se desincumba de seu ônus quanto à dedução da causa de pedir próxima, basta que o autor enquadre os fatos narrados em uma determinada categoria jurídica, não sendo exigido que indique o exato dispositivo legal a ser aplicado, ou o *nomen juris* da situação jurídica afirmada.

De toda sorte, ainda que a indicação dos fundamentos jurídicos do pedido seja, nos termos acima delineados, um ônus que recai sobre o demandante, é arraigada na cultura jurídica brasileira a ideia de que tal enquadramento jurídico *não vincula o julgador*, que, com base no *iura novit curia*, pode julgar a pretensão deduzida com base em *outra norma*, distinta daquela afirmada na inicial. Pode-se dizer, portanto, que a qualificação jurídica que o autor realiza em sua postulação não passa de “mera proposta ou sugestão”³¹³, que, embora possa influenciar o raciocínio do juiz, não vincula a sua atividade.

Nessa linha, a doutrina majoritária no Brasil entende que se deve dar ampla aplicação aos aforismos *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*³¹⁴, no sentido de que, para julgar a causa, o juiz está limitado apenas pelos *fatos narrados* pelo autor e pelo *pedido* deduzido, sendo livre para dar àqueles a qualificação jurídica que se mostrar mais adequada de acordo com o direito objetivo³¹⁵.

Para retornar a exemplo acima utilizado, imagine-se, agora, que o comprador de determinado bem afirme, em sua inicial, que teria se equivocado quanto a suas

³¹³ Assim: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, p. 153. Também nesse sentido, na doutrina francesa, Jacques Normand afirma que as construções jurídicas propostas pelas partes têm, para o juiz, “simples valor de sugestão” (“I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1988. p. 729 – tradução livre).

³¹⁴ “Aforismos são expressões que representam, de forma sintética, uma ideia mais ampla e mais complexa. Nem sempre possuem força normativa própria, mas refletem o conteúdo de outras normas (regras e princípios) de um dado ordenamento jurídico. O *iura novit curia* é um autêntico aforismo. Desenvolvido a partir do brocardo latino ‘*da mihi factum dabu tibi ius*’ (‘dá-me os fatos que eu te darei o direito’), em três palavras traduz o dever-poder judicial de aplicar o Direito de ofício aos fatos narrados pelas partes” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. “*Iura novit curia* nas arbitragens”. In: *Revista brasileira de arbitragem*, n. 13, vol. 56 (2016). p. 57).

³¹⁵ “Se o fato narrado na inicial e o que foi pedido são compatíveis com a categorização jurídica nova, ou com o novo dispositivo de lei invocado, não há por que se falar em modificação da causa de pedir, ou em inviabilidade do pedido. Essa inviabilidade só ocorre quando as consequências derivadas da nova categoria jurídica não podem ser imputadas ao fato narrado na inicial, nem estão contidas no pedido, ou são incompatíveis com ele” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários...*, vol. III, p. 191). No mesmo sentido, ainda, ressaltando que o juiz vincula-se apenas aos fatos e aos pedidos deduzidos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, n 528, p. 151-154; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação...*, p. 87; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...*, p. 72; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...*, p. 207-212; *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 61-67.

características essenciais, o que teria sido provocado pelo silêncio do vendedor quando perguntado a respeito. Entendendo, então, que esse fato configuraria omissão dolosa (CC/02, art. 147), pretende a anulação do negócio em juízo. Imagine-se, porém, que, durante a instrução, o autor não consiga demonstrar que, efetivamente, tenha questionado o requerido a respeito das características da coisa, de modo que não fica comprovada a existência do silêncio intencional. Nesse caso, apesar de não estar comprovado o dolo, nada obsta a que o contrato seja anulado em virtude do erro essencial (CC/02, arts. 138 e ss.), caso esteja claro que o requerente, de fato, se equivocou quanto aos atributos do bem, tendo em vista que *a nova qualificação jurídica é possível a partir dos mesmos fatos já afirmados na inicial*.

A situação seria distinta, porém, na hipótese contrária: caso, na petição inicial, o autor houvesse pretendido o desfazimento do contrato com base no erro essencial, não havendo deduzido qualquer alegação fática a respeito da contribuição do réu para tanto, não poderia, o juiz, anular a avença com base no dolo caso a circunstância que o caracterize viesse à tona no curso do processo, já que, caso assim procedesse, levaria em consideração fato essencial não afirmado oportunamente.

Outro grupo de situações capazes de ilustrar adequadamente a forma pela qual o *iura novit curia* permite a requalificação jurídica dos fatos narrados se dá nas relações entre responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Imagine-se, por exemplo, que familiares de detento falecido em rebelião ocorrida em um presídio federal ajuízem demanda condenatória em face da União em que pretendem ser reparados por danos morais e materiais. Como causa de pedir, afirmam, dentre outras circunstâncias, que a negligência dos agentes penitenciários ao permitirem a entrada de armas no local teria sido determinante para a ocorrência da rebelião. Imagine-se, por outro lado, que a instrução probatória não consiga demonstrar esse último fato. Ainda assim, porém, não estaria o juiz impedido de julgar procedente a demanda se entendesse que se aplicam, à hipótese - como recentemente decidiu o Supremo Tribunal Federal³¹⁶ -, as regras concernentes à responsabilidade objetiva da administração pública,

³¹⁶ Foi o que ficou decidido no julgamento do RE 841526, que, em repercussão geral, fixou a tese de que “em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento” (Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016).

em decorrência da omissão específica, uma vez que, para tanto, não precisaria ir além dos fatos já trazidos na petição inicial.

A recíproca, porém, não seria verdadeira: em hipótese na qual o autor fundamente sua pretensão na responsabilidade objetiva do réu, e *deixe de alegar* na petição qualquer circunstância relativa à culpa, não poderia o juiz, se entender que o caso é de responsabilidade subjetiva, julgar procedente a demanda, vez que, para tanto, precisaria se valer de fato essencial não afirmado no momento adequado³¹⁷.

Também em sede jurisprudencial, o *iura novit curia* vem sendo aplicado de forma ampla no Brasil. Emblemático, nesse sentido, foi o que recentemente decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1537996: tratava-se, na origem, de *ação de usucapião extraordinária*, em que se pretendia o reconhecimento do domínio sobre bem imóvel com base nos requisitos previstos no art. 1238 do CC/02. No caso, não tendo sido comprovada a posse do autor pelo prazo de quinze anos, o juízo de primeiro grau julgou procedente a demanda por entender terem sido preenchidos os pressupostos da *usucapião especial urbana* (CF/88, art. 183), todos eles já afirmados na petição inicial. Tendo o TJ-DF anulado a sentença, por entender que seria ela *extra petita*, o STJ reformou referido acórdão, justamente por aplicação do *iura novit curia*³¹⁸.

Nesse contexto, pode-se dizer que, malgrado não esteja, ao menos no sentido agora analisado, expressamente previsto no Código de Processo Civil³¹⁹, o *iura novit curia* é um

³¹⁷ Para um estudo detalhado das possibilidades de requalificação jurídica dos fatos em demandas que versem sobre responsabilidade civil, com rica análise jurisprudencial, vale conferir: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...*, n. 4.16.1, p. 212-221.

³¹⁸ É o que fica claro da leitura do seguinte trecho da ementa do acórdão: “[...] O juiz não está adstrito a nomes jurídicos nem a artigos de lei indicados pelas partes, devendo atribuir aos fatos apresentados o enquadramento jurídico adequado. Aplicação do brocardo da *mihi factum, dabo tibi ius*. [...] (STJ, REsp 1537996/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016

³¹⁹ Conforme clássica lição de Fritz Baur, à expressão podem ser atribuídos ao menos três significados distintos: (i) “as normas jurídicas não precisam de prova, dado que o juiz deve conhece-la”; (ii) a aplicação do direito é, exclusivamente, assunto atinente ao juiz, no sentido de que as partes não estão obrigadas a subsumir os fatos, por elas invocados, às normas jurídicas”; e (iii) “o juiz não se deve inquietar por causa das opiniões jurídicas das partes, e isto mesmo que uma parte deseje que os fatos invocados sejam apreciados num só aspecto jurídico” (“Da importância da dicção ‘iura novit curia’. Trad.: Arruda Alvim. In: *Revista de processo*, vol. 3. São Paulo: RT, 1976. p. 168). O fato é que, diferentemente do primeiro sentido, que pode ser extraído do art. 376 do CPC/15, os dois outros, de que tratamos agora, não estão previstos expressamente em nossa lei processual. No sistema do CPC/73, havia, é certo, quem afirmasse que o *iura novit curia* estivesse previsto no art. 126, que, após estatuir a vedação do *non liquet*, dispunha que, ao julgar o mérito, caberia ao juiz “*aplicar as normas legais*” (assim, por exemplo: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A*

dado que decorre da *tradição* do direito processual civil brasileiro³²⁰⁻³²¹. Trata-se, vale dizer, de uma consequência da adoção, entre nós, do sistema da substanciação - que, como visto, coloca nos fatos deduzidos pelo autor, e não na relação ou situação jurídica afirmada, o elemento central da causa de pedir -, e que reflete, de modo mais profundo, a forma como se repartem as funções exercidas pelas partes e pelo juiz no processo³²².

Isso não significa, é claro, que essa visão ampla dos poderes judiciais quanto à qualificação jurídica dos fatos trazidos a juízo seja imune a críticas. Em recente trabalho, por exemplo, apontou-se, dentre outros problemas, que a forma como majoritariamente se enxerga e se aplica o *iura novit curia* no Brasil, além de permitir que o juiz vá além da situação jurídica substancial que o demandante efetivamente quis trazer a juízo, o que iria de encontro ao princípio da demanda, partiria de uma artificial separação entre fato e direito no fenômeno jurídico, e, além disso, refletiria uma visão assimétrica da relação entre as partes e o órgão jurisdicional³²³.

Nessa linha, encontram-se, no direito comparado, sistemas processuais em que são muito mais limitados os poderes do juiz de qualificar juridicamente os fatos trazidos a juízo³²⁴. Emblemático nesse sentido, por exemplo, é o que ocorre no processo civil espanhol: ao prever a possibilidade de que o caso seja resolvido com base em normas que não tenham sido corretamente citadas ou alegadas pelos litigantes, o art. 218.1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 é expresso no sentido de que o julgador não pode “apartar-se da causa de pedir acudindo a fundamentos de fato *ou de Direito* distintos daqueles que as

correlação..., p. 126). De toda sorte, no sistema do CPC/15, não há mais semelhante previsão no art. 140, dispositivo que tem função equivalente à do antigo art. 126.

³²⁰ Assim, por exemplo, ainda nos primeiros anos de vigência do CPC/39, Gabriel de Rezende Filho escrevia que “ao autor, como se sabe, cabe apenas expor os fatos. Ao juiz cumpre dizer o direito aplicável aos fatos: *narra mihi factum, dabo tibi ius*” (*Curso de direito processual civil*, vol. II. São Paulo: Saraiva, 1945. n. 427, p.77). Antes dele, aliás, Paula Baptista, ao tratar do conteúdo do *libello*, dissera que “quanto à lei, ou ao direito objectivo, este não precisa ser articulado” (*Compendio...*, § 103, p. 77).

³²¹ Sobre a origem histórica da máxima *iura novit curia*, vale conferir, com grande proveito: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia...*, parte I, p. 23-90.

³²² Nesse sentido, Tucci ressalta que “essa orientação, sintetizada pelo velho brocardo *da mihi factum dabo tibi ius*, está a revelar que, no drama do processo, a delimitação do *factum* e a individuação do *ius* correspondem, em princípio, a atividades subordinadas à iniciativa de diferentes protagonistas. Enquanto a alegação e comprovação do fato são incumbências dos litigantes, a aplicação do direito é apanágio do juiz!” (*Comentários...*, vol. VII, p. 62).

³²³ Assim: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia...*, *passim*, esp. p. 181-306.

³²⁴ Para um bom resumo do tratamento da questão no direito comparado, vale conferir: SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid: Marcial Pons, 2007. Cap. III, p. 25-45.

partes tenham querido fazer valer”, regra com base na qual a doutrina vem construindo uma noção muito mais restrita para o *iura novit curia* do que a geralmente aceita no Brasil³²⁵.

No Brasil, porém, como se disse, é muito mais ampla a forma como se aplica o *iura novit curia*, em que o juiz vincula-se, no julgamento da causa, tão somente aos *factos* e ao *pedido* deduzido em juízo, noção essa que basta para os fins do presente capítulo, em que a intenção, como anunciado, é descrever de maneira detalhada a forma como se configura o objeto do processo entre nós, e não analisa-la criticamente.

De todo modo, também é assente, na doutrina brasileira, a noção de que, para que possa adotar qualificação jurídica para os fatos ainda não discutida no processo, o juiz tem o dever de franquear a manifestação das partes a respeito, exigência essa que decorre da garantia constitucional do contraditório (CF/88, art. 5º, LIV), e que, atualmente, encontra contornos mais precisos na norma constante do art. 10 do CPC/15³²⁶.

Além disso, apesar dos problemas acima apontados, não se pode negar que, ao outorgar ao juiz maiores possibilidades de julgamento da causa, o *iura novit curia*, da

³²⁵ Nessa linha, Oliva Santos é claro no sentido de que, ao aplicar o *iura novit curia*, o tribunal não poderia substituir “a norma ou o conjunto de normas” em que se tenha baseado a pretensão, “o princípio ou os princípios jurídicos efetivamente aduzidos [...] como fundamento da pretensão”, e “o negócio jurídico ou a relação jurídica efetivamente abordada” (*Objeto del proceso...*, p. 72 – tradução livre). Em sentido semelhante, vale conferir, ainda: FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *El objeto del proceso...*, p. 22-25 e 116-121; PICÒ I JUNOY, Joan. *La modificación de la demanda...*, n. 13, p. 29-34. Ainda nessa mesma linha, Guillermo Ormazabal Sánchez, ao interpretar o art. 218.1, entende que, ao aplicar o *iura novit curia*, o juiz não poderia adotar novo fundamento jurídico caso, para isso, precisasse levar em consideração fatos que não compunham a base fática do fundamento jurídico prospectado pelo autor, *ainda que esses fatos tivessem sido trazidos na petição inicial*. Conclui, desse modo, que, nos termos em que previsto na LEC/2000, o *iura novit curia* apenas permite a variação de qualificação jurídica quando se trate de mero *concurso de normas*, e não de *concurso de direitos* (*Iura novit curia...*, p. 97-105 e 115-118). *De lege ferenda*, entretanto, o autor sugere que sejam ampliadas as faculdades judiciais de requalificação jurídica da demanda, de modo que, desde que respeitado o contraditório, a vinculação do juiz existia, apenas, quanto aos fatos narrados e às consequências jurídicas pretendidas (Cap. VI, p. 119-127).

³²⁶ Era o que sustentavam, ainda na vigência do CPC/73, dentre outros: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O juiz e o contraditório”. In: *Revista de processo*, n. 71. São Paulo: RT, 1993. p. 34-35; PINTO, Júnior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007. p. 76-89; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...*, p. 211-212. Sobre o contraditório prévio e a vedação de decisão surpresa como condições para a aplicação do *iura novit curia* no sistema do CPC/15, vale conferir, com proveito: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia...*, p. 300-306. Trata-se, vale dizer, de ideia também presente de forma clara na doutrina estrangeira. Na doutrina italiana é o que se vê, por exemplo, em: COMOGLIO, Luigi Paolo. “Contraddittorio”. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. IV. Torino: UTET, 1989. p. 26-27; GRASSO, Eduardo. “La collaborazione nel processo civile”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1966. p. 608-609. Tratando, por sua vez, de semelhante orientação na jurisprudência dos tribunais alemães, vale conferir: TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione...*, p. 642-647. Na doutrina francesa, a seu turno, é o que consta em: NORMAND, Jacques. “I poteri del giudice e delle parti...”, p. 735-741. Por fim, a mesma orientação, na doutrina espanhola, pode ser encontrada em: SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Iura novit curia...*, p. 105-112.

forma como enxergado no Brasil, acaba por dar maior rendimento à atividade processual, uma vez que evita o julgamento de improcedência e a necessidade de se propor nova demanda em casos nos quais, conquanto a norma jurídica afirmada na inicial não se aplique aos fatos narrados, os efeitos jurídicos pretendidos seriam possíveis mediante uma qualificação diversa daquela prospectada pelo autor.

Ademais, ao se considerar que o julgamento pode se dar com base em qualquer norma jurídica aplicável aos fatos narrados, o *iura novit curia* acaba por dar maior amplitude à eficácia preclusiva da coisa julgada material (CPC/15, art. 508), uma vez que impede, em caso de improcedência da demanda, que o autor volte a deduzir, em juízo, a mesma pretensão, com base em nova qualificação jurídica³²⁷.

Assim, em todos os exemplos acima mencionados, caso não fosse possível a aplicação do *iura novit curia* nos moldes descritos, a solução a ser adotada seria a improcedência dos pedidos iniciais, malgrado a pretensão pudesse ser julgada procedente com base nos mesmos fatos já narrados. Nessa hipótese, ainda, não haveria óbice para que o autor ajuizasse nova demanda em que alegasse os mesmos fatos e deduzisse o mesmo pedido com base em novo enquadramento jurídico.

Aos argumentos acima mencionados, ligados à busca por uma atuação processual mais eficiente, soma-se, ainda, a ideia de que, ao permitir que o juiz avalie a pretensão deduzida com base em qualquer norma integrante do ordenamento jurídico, o *iura novit curia* propicia à jurisdição que cumpra, de maneira mais efetiva, seu *escopo jurídico*, de dar atuação ao direito objetivo³²⁸. Além disso, garante um tratamento mais *isonômico* no julgamento das demandas, ao evitar que situações fáticas assemelhadas sejam analisadas

³²⁷ As consequências ressaltadas nos dois últimos parágrafos foram muito bem sintetizadas por Pontes de Miranda: “Tanto ao juiz quanto à parte é permitido referir-se a outro texto de lei, a categoria ou figura jurídica diferente daquela a que a petição inicial se referira. Duas consequências desse princípio de fungibilidade da *forma* do fundamento: *a*) pode ser condenado o réu mesmo se não é exato, em boa técnica e adequada terminologia, o nome que se deu à situação jurídica ou a ele; *b*) mudando-se o nome da relação de direito material, ou o texto de lei, não se evita, somente por isso, a exceção de coisa julgada” (*Comentários...*, t. IV, p. 15). Também ressaltando esses argumentos, em prol de uma visão mais ampla do *iura novit curia*: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 60-62.

³²⁸ Em sentido semelhante, Rodrigo Ramina de Lucca anota que “a função precípua do *iura novit curia* é garantir o respeito e a aplicação do Direito vigente. O *iura novit curia* procura eliminar a existência de decisões antijurídicas em razão de falhas argumentativas das partes. [...] Mais especificamente, pode-se dizer que o *iura novit curia* está vinculado ao imperativo de juridicidade das decisões judiciais inerentes ao Estado de Direito – ideal de Estado fundado na razão que, mediante uma ordem jurídica preestabelecida e dotada de certas garantias, busca conter o arbítrio e a irracionalidade no exercício do poder” (“*Iura novit curia* nas...”, p. 59). Também nessa linha, Guillermo Ormazabal Sánchez afirma que “quem recobra a proteção de seus direitos ante os tribunais deve receber destes uma resposta fundada no Direito aplicável, por mais que este não tenha sido corretamente invocado em sua demanda” (*Iura novit curia...*, p. 84 – *tradução livre*).

por meio de normas distintas, pelo simples fato de ter o sujeito, em sua postulação, enquadrado o caso nesta ou naquela categoria jurídica³²⁹.

Excepcionalmente, inclusive, como já se adiantou anteriormente, a aplicação do *iura novit curia* pode levar à alteração do *pedido imediato* deduzido, caso a modalidade de tutela jurisdicional requerida se mostre *inadequada* para a produção dos resultados pretendidos³³⁰. Considerando, como se disse, que a formulação do pedido imediato é uma escolha que toca à técnica processual, e que, por isso, o pedido mediato exerce certa preponderância sobre ele, deve o juiz emitir o provimento correto para a situação concreta, caso aquele postulado se mostra equivocado.

Assim, para retomar um exemplo já utilizado, imagine-se que, após narrar fatos que traduzam a existência de erro ou de outro vício do consentimento na concretização de um contrato, o autor pretenda a *declaração de nulidade* do negócio, quando o correto, para o caso, seria a prolação de sentença *constitutiva negativa* com base em sua anulabilidade. Nesse caso, então, o juiz está autorizado a adotar a modalidade correta de provimento jurisdicional, não estando limitado à escolha equivocada levada a efeito pelo demandante.

Para que essas possibilidades se façam legítimas, porém, é necessário, como se disse, que o juiz, em obediência ao contraditório, garanta às partes o direito de se manifestarem antes de proferir decisão com base em novo enquadramento jurídico.

1.20. (Segue) O problema da determinação do fato essencial

Tendo procurado esclarecer que, da forma como adotado no direito brasileiro, o aforismo *iura novit curia* permite que, no julgamento da causa, o juiz se valha de qualquer norma jurídica que possa levar aos resultados pretendidos, desde que não extrapole os fatos narrados, passamos, agora, a tratar de problema, antes anunciado, relativo à identificação de quais seriam os *fatos essenciais* dentre todos aqueles constantes da petição inicial.

³²⁹ Nesse sentido, é o que ressalta Salvatore Satta: “[...] é necessário, como suprema garantia de igualdade de tratamento entre os sujeitos, que não apenas o caso particular, mas todos os possíveis casos particulares idênticos, sejam decididos do mesmo modo, portanto com idêntica aplicação do direito” (“*Iura novit curia*”). In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 381-382 – tradução livre). A posição do autor foi, recentemente, endossada por Guillermo Ormazabal Sánchez (*Iura novit curia...*, p. 84-85).

³³⁰ Nesse sentido, também ressaltando a aplicação do *iura novit curia* quanto ao pedido deduzido: MENDES, João de Castro. *Limites objetivos...*, p. 311-313.

Como se disse, fatos essenciais ou principais são aqueles que efetivamente compõem a causa de pedir, e, assim, estão sujeitos ao princípio da demanda, bem como às regras relativas à estabilização e à modificação do objeto litigioso. Os fatos secundários, por outro lado, conquanto possam ser relevantes para o julgamento da causa, por não integrarem a *causa petendi*, podem ser considerados de ofício pelo juiz, e, ainda, não precisam ser deduzidos no momento procedimental destinado à formação do *meritum causae*. Além disso, por não alterar a configuração da causa de pedir, a mera modificação de fatos secundários não permite que se ajuíze nova demanda após o trânsito em julgado da sentença de improcedência.

Procurou-se deixar claro anteriormente, ainda, que apenas a referência a um *parâmetro jurídico* é apta a discriminar quando um fato é principal ou secundário³³¹, e que, nessa linha, devem ser tidos por essenciais os fatos que *integram o suporte fático* da norma capaz de levar aos resultados pretendidos (fatos jurígenos).

O grande problema, porém, como afirmado, é saber *qual é a hipótese normativa* a ser levada em conta para afirmar quando um fato, dentre todos os narrados na petição inicial, deve ser considerado principal. A questão se coloca porque, como acabamos de ver, *o fundamento jurídico afirmado pelo autor não vincula a atividade decisória*, podendo, o juiz, se valer de outras normas no momento do julgamento.

O problema, então, que passamos a enfrentar, diz respeito a estabelecer qual é o parâmetro jurídico a ser considerado a fim de aferir se um fato integra, ou não, a causa de pedir. A questão que se coloca pode ser resumida na seguinte pergunta: a norma jurídica invocada pelo autor é essencial na delimitação de quais fatos podem ser considerados principais? Ou, em outras palavras: podem ser considerados essenciais fatos que, de acordo com a *fattispecie* apontada pelo autor, eram secundários? A depender da resposta que se dê, alteram-se a abrangência a ser dada ao aforismo *iura novit curia* e, ainda, a amplitude do impedimento que a coisa julgada provoca à propositura de nova demanda com base em fatos não analisados em processo anterior.

A questão, então, pode ser resolvida de duas formas distintas³³².

³³¹ “Os fatos narrados perante o juízo ou tribunal são selecionados, qualificados, instrumentalizados para o processo. E tal seleção, qualificação ou instrumentalização é sempre jurídica” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade...*, p. 38-39).

³³² Para essas duas formas de enfrentamento da questão: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 58-62. O autor, na verdade, trata de uma terceira possibilidade, em que o juiz estaria vinculado

Na primeira delas, o fundamento jurídico invocado pelo autor em sua inicial, conquanto não vincule o julgamento, teria o papel de *demarcar quais fatos podem ser considerados principais*. Nessa concepção, apenas podem ser tidos como essenciais os fatos que se enquadrem na moldura abstrata da norma jurídica indicada pelo demandante; todos os demais, ainda que deduzidos no momento oportuno, deveriam ser considerados secundários.

De acordo com essa visão, o juiz, ao aplicar o *iura novit curia*, apenas poderia levar em consideração normas jurídicas que tenham, como hipótese de incidência, fatos que já eram tidos como principais conforme o enquadramento proposto pelo demandante. O julgamento, assim, não poderia se valer de norma que, em seu suporte fático, contenha algum elemento que não exista na *fattispecie* indicada pelo autor, ainda que já estivesse ele afirmado na petição inicial.

Trata-se, vale dizer, de visão que se apoia na ideia de que, considerar como principais fatos que, malgrado estivessem narrados na inicial, não fizessem parte da hipótese de incidência da norma invocada pelo autor, vulneraria o direito de defesa. Afinal, ao réu não deveria ser imposto o ônus de, em sua contestação, opor-se a todo e qualquer fato deduzido pelo requerente, mas, apenas, àqueles que fossem relevantes conforme o enquadramento jurídico proposto. O réu, assim, não se defenderia simplesmente de fatos, mas de fatos juridicamente relevantes³³³.

também ao *fundamento jurídico* afirmado pelo demandante, opção que, entretanto, já pode ser descartada a esta altura, considerando tudo o quanto dissemos a respeito da aplicabilidade do *iura novit curia*.

³³³ Como dissemos no item anterior (ver, *supra*, a nota n. 325), é essa a forma como Guillermo Ormazabal Sánchez interpreta a regra relativa ao *iura novit curia* atualmente existente na legislação processual espanhola (LEC/2000, art. 218.1), ao afirmar que o juiz está vinculado à fundamentação jurídica deduzida pelo autor, mas não à norma jurídica por ele indicada. O seguinte trecho bem retrata o que quer dizer o autor: “[...] no processo não se discute sobre fatos, por assim dizer, brutos, senão enquanto enquadráveis ou subsumíveis em um certo fundamento jurídico contido por sua vez em uma determinada norma jurídica. Neste sentido a qualificação jurídica focaliza ou seleciona os fatos processualmente relevantes. Os que não servem de base à fundamentação da demanda deixam de ser relevantes para o processo, nem pesa sobre o demandado o ônus de rebatê-los bem de aportar ou realizar prova sobre os mesmos. Apartar-se do fundamento jurídico significa, então, analisar a ação com base em fatos que foram narrados na demanda, porém cuja eficácia jurídica não foi invocada pelo autor. Ou, com outras palavras, apartar-se do fundamento jurídico aduzido pelo autor significa dar-lhe razão extraindo as consequências jurídicas derivadas de fatos que foram narrados na demanda, porém cuja eficácia jurídica não foi feita valer pelo autor” (*Iura novit curia...*, p. 103-104 – *tradução livre*). Na doutrina brasileira, semelhante posição foi defendida, recentemente, em interessante estudo tratando especificamente da requalificação jurídica dos fatos em ação de usucapião, também com base na garantia do contraditório: SANTOS, Silas Silva. “*Iura novit curia* e a sentença na ação de usucapião”. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coord.: José Roberto dos Santos Bedaque [et al.]. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. *passim*, esp. n. 4, p. 312-317. Na doutrina portuguesa, a seu turno, parece ser essa a posição adotada por Mariana França Gouveia, para quem, no momento da decisão, “podem aplicar-se regras diferentes desde que os factos principais sejam idênticos,

Para essa concepção, ainda, a coisa julgada teria sua eficácia preclusiva limitada às normas jurídicas que já pudessem ser subsumidas aos fatos que, desde o início, eram tidos como principais. Não haveria óbice, portanto, que, após o trânsito em julgado da sentença de improcedência, o autor deduzisse a mesma pretensão em juízo com base em fatos já narrados na inicial da demanda anterior, caso, na primeira ocasião, esses não pudessem ser considerados fatos essenciais³³⁴.

Para a segunda concepção, a seu turno, são considerados principais todos os fatos narrados na inicial que possam integrar alguma das *fattispecie* capazes de levar ao resultado pretendido, independente de ter ela sido afirmada pelo autor ou não. Desse modo, além de não vincular o julgamento da causa, a norma jurídica indicada pelo demandante também não atua como parâmetro para delimitar quais fatos são essenciais e quais são secundários. Em outras palavras, para definir quais são os fatos principais, devem ser consideradas *todas as hipóteses normativas* que, de acordo com os fatos descritos na inicial, poderiam levar à consequência pleiteada³³⁵.

não podem aplicar-se regras que utilizam como principais factos que o autor alegou como instrumentais” (A *causa de pedir...*, p. 387).

³³⁴ É importante deixar claro que essa não é uma consequência necessária da concepção retratada no texto, já que depende não apenas da forma como configurada a causa de pedir, mas, também, das opções do direito positivo específicas sobre a coisa julgada. Assim, por exemplo, na Espanha, conquanto sejam muito mais reduzidos, como se disse, os poderes judiciais de requalificar juridicamente os fatos narrados, a eficácia preclusiva da coisa julgada alcança não apenas a causa de pedir efetivamente deduzida, mas todas aquelas que pudessem sustentar a pretensão autoral (para mais detalhes sobre a coisa julgada no processo civil espanhol, ver, *infra*, o item 4.6). De toda sorte, não havendo, no processo civil brasileiro, semelhante regra a respeito da coisa julgada, e estando assentado, como visto (ver, *supra*, no item n. 1.8, a nota de n. 135), que sua eficácia preclusiva restringe-se à causa de pedir feita valer em juízo, é relevante estabelecer os contornos da *causa petendi* para que se compreenda o alcance da coisa julgada.

³³⁵ Ainda que com amplitude diversa, por estar o autor dentre aqueles para os quais o objeto do processo é a específica situação jurídica substancial afirmada, é essa, ao que parece, a posição de Cerino Canova, como se vê no seguinte trecho: “[...] a tarefa do autor é a de indicar o direito feito valer e os fatos históricos que servem à individualização; não consiste, ao invés, em determinar o paradigma normativo que deve ser aplicado e não pode vincular o juiz, porque vale o princípio *jura novit curia*. A relação entre o poder monopolístico do autor e a iniciativa do juiz não consente outra explicação, se se quer ser fiel a uma visão do processo como juízo sobre a existência ou a inexistência de um concreto direito. Caso a parte devesse fixar também a *fattispecie* legal, essa circunscreveria o processo não a um direito, mas a uma de suas potencialmente múltiplas qualificações. [...] As objeções formuladas permitem de ilustrar, com maior convicção, um diverso critério que parece ser o único concebível: a medida da juridicidade dos fatos narrados na demanda, a sua agregação e separação são determinadas pelo direito feito valer pelo autor. Consequentemente, os fatos e coagulam e se organizam pela sua capacidade de fundar o direito feito valer, e a tal fim, se reúnem nas *fattispecie* confluentes para o mesmo efeito. O raciocínio pode ser expresso na seguinte ordem; o efeito jurídico invocado pelo autor introduz todas as *fattispecie* idôneas a sustenta-lo; a partir destas *fattispecie* devem ser apreciados os fatos para ser enquadrados naquela mais adequada” (“La domanda giudiziale...”, p. 188-189 – *tradução livre*). Também nesse sentido, na doutrina brasileira: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 82-84. Na doutrina espanhola, também é essa a posição defendida, como visto (*supra*, nota n. 325), *de lege ferenda* por Guillermo Ormazabal Sánchez, embora, para tanto, entenda que seria necessário oportunizar ao réu a manifestação sobre os fatos que anteriormente era

Nessa concepção, então, seria muito mais ampla a possibilidade de aplicação do *iura novit curia*, já que o julgamento poderia levar em consideração qualquer norma para cuja incidência sejam suficientes os fatos narrados na petição inicial, ainda que esses não compusessem a *fattispecie* do fundamento jurídico inicialmente invocado.

Seria maior, ainda, a amplitude da eficácia preclusiva da coisa julgada, que impediria que o autor deduzisse novamente a mesma pretensão sempre que, para tanto, se valesse dos mesmos fatos anteriormente já afirmados na inicial³³⁶.

O retorno a alguns exemplos utilizados no tópico anterior pode ajudar a ilustrar as duas possibilidades e as consequências da adoção de cada uma delas. Começemos pelas relações entre a responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Antes de tudo, parece claro que, para ambas as visões, tendo sido a demanda proposta com base na *responsabilidade subjetiva*, poderia o juiz analisar a pretensão com base nas regras referentes à *responsabilidade objetiva*. Afinal, partindo do pressuposto de que o autor tenha apresentado petição inicial apta, todos os fatos jurídicos necessários à configuração da responsabilidade objetiva já terão sido, desde o início, fatos principais da demanda, seja porque, nos termos da primeira concepção, já integrariam a *fattispecie* da responsabilidade aquiliana, seja porque, independentemente disso, teriam sido afirmados na postulação, como quer a segunda das posições.

secundários, mas se tornam principais em virtude da nova qualificação jurídica (*Iura novit curia...*, Cap. VI, p. 119-127).

³³⁶ Vale dizer, uma vez mais, que essa também não é uma consequência absolutamente necessária da concepção exposta, havendo autores que, apesar de entenderem que o juiz, em seu julgamento, pode levar em consideração, como fatos principais, elementos que não o eram conforme a qualificação jurídica proposta na inicial, afirmam que, para efeito de coisa julgada, é relevante o específico enquadramento jurídico utilizado na sentença. Desse modo, tendo o juiz rejeitado a demanda com base em determinada qualificação jurídica, pode a pretensão ser recolocada em juízo com a partir de outra, ainda que com base em fatos já narrados na inicial da ação anterior, se esses não foram apreciados na sentença. Nesse sentido, é o que defende, de forma eloquente, Marcelo Pacheco Machado (*A correlação...*, p. 101-104), que fala, então, em *relatividade do fato essencial*. A esse respeito, vale a leitura do seguinte trecho: “[...] o juiz pode partir de fatos inicialmente tidos como ‘não essenciais’ – que assim foram alegados pelo demandante – para permitir a incidência de uma norma não invocada, desde que não decida ir além, aquém ou diferentemente do que foi pleiteado. Esta circunstância mostra a relatividade da teoria do fato essencial. Efetivamente, podemos dizer que o juiz não está limitado pelo que o demandante considera causa de pedir, mas pelas alegações de fato do demandante que, a depender da concepção do juiz da causa a respeito das normas aplicáveis, podem ou não integrar a causa de pedir. Isto porque, as alegações de fato somente serão essenciais se se adequarem à *fattispecie* da norma usada pelo juiz ao decidir, não importando a causa de pedir jurídica ou o fundamento legal apontado na demanda. [...] Quando da verificação da coisa julgada, no entanto, valerá a identificação do objeto litigioso do processo, não existente quando da propositura da demanda, mas quando da prolação da sentença transitada em julgado. Em princípio, os fatos essenciais para fins de coisa julgada deverão ser aqueles contidos na sentença [...]” (p. 102-103).

Desse modo, qualquer que seja a concepção adotada, julgada improcedente a demanda proposta com base na responsabilidade subjetiva, não poderá, o autor, voltar a juízo e deduzir a mesma pretensão com base em responsabilidade objetiva, tendo em vista que o julgamento com base nesse novo enquadramento já poderia ter ocorrido no processo anterior, e, assim, estará obstaculizado por força da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Para ambas as concepções, ainda, tendo sido proposta demanda com base na responsabilidade objetiva, e *não tendo sido afirmado que o causador do dano agiu com dolo ou culpa*, não será possível julgar a pretensão reparatória a partir das regras da responsabilidade subjetiva. Isso porque, tenha sido adotada a primeira ou a segunda visão, o elemento subjetivo, inerente à hipótese de incidência da responsabilidade aquiliana, não tendo sido afirmado no momento oportuno, não pode ser considerado fato essencial, seja porque não integrava a *fattispecie* da responsabilidade objetiva, seja porque não foi deduzido na inicial.

Nesse caso, então, tendo sido julgado improcedente o pedido indenizatório deduzido com base na responsabilidade objetiva, não haverá óbice a que o autor volte a juízo apoiado nas regras de responsabilidade subjetiva, uma vez que tal enquadramento não poderia ter ocorrido no processo anterior.

A questão, entretanto, se coloca em hipótese na qual, malgrado tenha o autor sustentado sua pretensão reparatória nas regras de responsabilidade objetiva, tenha afirmado, em sua inicial, a existência de dolo ou culpa por parte do réu.

Afinal, considerando que tais elementos não integram a *fattispecie* da responsabilidade objetiva, indicada na petição inicial, não podem, para a primeira das concepções aventadas, serem considerados fatos principais, e, assim, não podem ser levados em consideração no momento do julgamento. Sendo assim, uma vez julgada improcedente a demanda, poderia o autor voltar a juízo e deduzir sua pretensão com base na responsabilidade aquiliana.

Já para a segunda das concepções propostas, os fatos relativos ao dolo ou à culpa, malgrado não compusessem o suporte fático da norma indicada na petição inicial, foram alegados em momento oportuno e, assim, poderiam ser considerados fatos principais, vez que, com base na responsabilidade subjetiva, poderiam levar ao resultado pretendido³³⁷.

³³⁷ Essa possibilidade, ao que parece, foi defendida por José Rogério Cruz e Tucci: “Não há se falar, pois, em modificação da demanda quando, da narrativa fática levada a efeito pelo autor, for possível ao julgador

Como consequência, ainda, a coisa julgada resultante do primeiro processo impediria que, posteriormente, o autor voltasse a juízo e deduzisse a mesma pretensão com base na responsabilidade aquiliana.

Ainda no intuito de ilustrar a questão, voltemos, agora, ao caso, analisado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1537996, em que, como dito, considerou-se acertada a sentença que, em ação de *usucapião extraordinária* (CC/02, art. 1238), reconheceu o domínio do autor com base nas regras relativas à *usucapião especial urbana* (CF/88, art. 183).

Nesse caso, então, apenas para a segunda das concepções aventadas é que a decisão do STJ se mostraria correta: para a primeira, as circunstâncias fáticas relativas à destinação do imóvel para moradia do autor ou de sua família, bem como à inexistência de domínio sobre outros imóveis, elementos indispensáveis para que, nos termos do art. 183 da Constituição Federal, se possa falar em usucapião especial urbana, *não poderiam ser considerados fatos principais*, ainda que houvessem sido afirmados na petição inicial, uma vez que não integram o suporte fático da usucapião extraordinária³³⁸. Por tal razão, em caso de improcedência, a coisa julgada não representaria nenhum óbice para que o autor voltasse a juízo e, uma vez mais, pretendesse o reconhecimento de seu domínio com base naquela outra modalidade de usucapião.

Por outro lado, *desde que afirmadas na petição inicial*, tais circunstâncias fáticas poderiam, na segunda das concepções, ser consideradas para que o domínio do autor fosse reconhecido com base na usucapião especial urbana, caso não fossem comprovados os pressupostos da modalidade extraordinária. Além disso, uma vez julgada improcedente a

produzir qualificação diversa daquela inicialmente declinada pelo demandante. É claro que se o autor expõe os fatos que indicam a existência de culpa decorrente de ato ilícito, mas afirma que se trata de responsabilidade advinda de contrato entre as partes, o juiz deve conferir a adequada qualificação jurídica ao conjunto fático deduzido na petição inicial” (A causa petendi..., p. 218).

³³⁸ Nessa linha, coerentemente com a posição que adota em relação à identificação dos fatos essenciais, Silas Silva Santos refuta a possibilidade de aplicação do *iura novit curia* nessa hipótese: “[...] a fundamentação jurídica em torno da usucapião extraordinária demonstra que os fatos essenciais, e que por isso mesmo integram a causa de pedir, são aqueles compatíveis com a descrição abstrata do art. 1.238, *caput*, do Código Civil. E nada mais! Disso decorre a constatação de que a moradia e a metragem do imóvel, para fins de usucapião extraordinária, configuram fatos secundários, destinados, talvez, a comprovar o efetivo exercício da posse com *animus domini*, haja vista que no terreno o autor construiu sua pequena moradia. Mas não serão, jamais, fatos essenciais de usucapião extraordinária. Da confluência desses fatores desponta a ideia segundo a qual os fatos relativos à moradia e à metragem do imóvel, não apresentados em destaque porque a qualificação jurídica informada pelo autor os tornava irrelevantes, não podem ser considerados como integrantes da causa de pedir e tampouco autorizar uma pretensa requalificação de fatos calcada no *iura novit curia*” (“*Iura novit curia* e a sentença...”, p. 315).

demanda proposta nos moldes narrados, não poderia, o autor, voltar a juízo e pretender o reconhecimento da usucapião com base no art. 183 da Constituição Federal, uma vez que, mesmo que não tenha sido indicada na inicial, a norma decorrente do dispositivo poderia ter sido considerada a partir dos fatos deduzidos em juízo.

A partir desses exemplos, chega-se, então, à conclusão de que a segunda das concepções aventadas, que considera como fatos essenciais todos aqueles narrados na petição inicial e que possam atrair a incidência de alguma das normas aptas a levar ao resultado pretendido, é a mais adequada, na medida em que propicia uma aplicação mais abrangente do *iura novit curia* e dá maior amplitude à eficácia preclusiva da coisa julgada, fatores que imprimem inegavelmente maior *eficiência* ao mecanismo processual³³⁹.

Não nos parece, ainda, ao contrário do que sustentam alguns dos defensores da outra concepção, que esse método imponha qualquer prejuízo à garantia do contraditório, na medida em que todos os fatos principais aptos a serem considerados no momento do julgamento já devem ter sido deduzidos desde a propositura da demanda, podendo o réu, assim, em sua contestação, refutá-los oportunamente. Nessa linha, parece razoável, sim, impor ao réu o ônus de controverter, em sua defesa, todos os fatos deduzidos na inicial, e não apenas aqueles que, desde aquele momento, pudessem ser enxergados como principais conforme a fundamentação jurídica indicada pelo autor, tendo em vista, como dito, ser um dado do processo civil brasileiro a ampla possibilidade de aplicação do *iura novit curia*³⁴⁰.

De igual modo, também não há que se falar em qualquer sacrifício para a garantia do acesso à justiça, uma vez que, conforme essa concepção, a coisa julgada apenas impedirá a propositura de nova demanda caso os fundamentos nela deduzidos já pudessem ter sido levados em consideração no processo anterior.

Por fim, em uma perspectiva mais geral, essa é, a nosso ver, a concepção que melhor preserva os contornos da teoria da substanciação³⁴¹, que tradicionalmente marca o processo civil brasileiro, na medida em que concentra *apenas* sobre os fatos narrados o

³³⁹ São esses os argumentos utilizados por Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (*Limites objetivos...*, p. 82-83).

³⁴⁰ Em sentido semelhante, é o que escreve Marcelo Pacheco Machado, embora parta do pressuposto de que o *iura novit curia* está previsto na lei, ao contrário do que afirmamos: “[...] este entendimento se pauta no contraditório e na ideia de que o demandado tem o ônus de se manifestar sobre os fatos efetivamente alegados, e não somente sobre aqueles que entende pertinentes ao julgamento, especialmente porque tem a ciência prévia (porque está na lei) da possibilidade de o juiz se valer do *iura novit curia* para julgar a causa” (*A correlação...*, p. 103).

³⁴¹ Assim: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 61.

papel de delimitar a causa de pedir da demanda, não dando relevância aos fundamentos jurídicos indicados pelo autor.

1.21. Direito de defesa e objeto do processo

Ultrapassada a análise da forma pela qual são estruturados os elementos da demanda relevantes para a configuração do objeto do processo, passamos, neste momento, como etapa final do presente capítulo, a verificar se, e em que medida, o exercício direito de defesa por parte do réu tem o condão de alterar o objeto do processo.

É importante, antes de prosseguir, esclarecer que a análise não passará pelas hipóteses em que o réu, autorizado por lei, exerce o ato de *demandar*, como ocorre, por exemplo, com a apresentação de *reconvenção* (CPC/15, CPC/15, art. 343) ou de *pedido contraposto* (Lei nº 9.099/95, art. 31, *caput*; CPC/15, art. 556)³⁴². Nesses casos, não há dúvidas de que, ao exercer o direito de ação, o réu efetivamente amplia o objeto do processo, acrescentando-lhe pretensão que até então não existia.

Nossas preocupações, então, concentrar-se-ão nas situações em que o réu oferece simples defesa, por meio de contestação, à pretensão em face dele deduzida, casos em que se torna relevante saber se há, ou não, alteração no mérito da causa. A importância dessa definição para o presente trabalho reside no fato de que, a partir do momento em que se entenda que não integram o objeto do processo, determinados elementos trazidos pelo réu em sua contestação poderão, a depender de suas características e da forma pela qual se relacionam lógica e juridicamente com os pedidos deduzidos em juízo, se enquadrar no conceito de questão prejudicial apta à coisa julgada nos termos do art. 503, § 1º, do CPC/15. Caso contrário, entendido que referidos conteúdos integram o *meritum causae*, não haverá espaço para que se fale em questão prejudicial para os fins do dispositivo.

³⁴² Por meio da expressão *pedido contraposto*, nos referimos, com Bondioli, aos “inéditos pedidos de tutela jurisdicional que o réu formula na mesma peça que utiliza para contestar a demanda ajuizada pelo autor” (*Reconvenção no processo civil*, p. 37). Tem razão, ainda, o autor, quando afirma que, com exceção de seus requisitos, não haveria distinção entre reconvenção e pedido contraposto, tendo em vista que ambos visam à “inserção em processo já instaurado de um novo pedido de tutela jurisdicional formulado pelo réu” (p. 37-38), ideia que fica ainda mais clara diante do CPC/15, em que a reconvenção e contestação podem ser apresentadas numa só peça (art. 343, *caput*). Para considerações semelhantes, conferir, ainda: SICA, Heitor Vitor. *O direito de defesa no processo civil...*, n. 9.2., p. 172-175.

1.22. (Segue) A irrelevância da defesa do réu para o objeto do processo

Tradicionalmente, se diz, na doutrina, que, sendo o *meritum causae* formado pelas pretensões deduzidas em juízo, a defesa do réu, enquanto busca apenas a rejeição dos pedidos iniciais, não seria capaz de ampliar o objeto do processo. Poderia, é certo, tornar mais extenso o universo das questões a serem analisadas enquanto pressupostos necessários ao julgamento do mérito (objeto do conhecimento do juiz), mas aquele, em si mesmo, não seria alterado³⁴³.

Essa é uma noção que se aplica a qualquer das modalidades de defesa apresentadas pelo réu, sejam elas (i) *processuais*, ou, ao que nos interessa, (ii) de *mérito*, em suas mais diversas formas. Assim, tanto as (ii.1) *defesas de mérito diretas*, em que o demandado se limita a negar os fatos narrados pelo autor ou as consequências jurídicas que se procura extrair daqueles, quanto as (ii.2) *defesas de mérito indiretas*, em que o réu acrescenta novos fatos com eficácia extintiva, impeditiva ou modificativa do direito do autor teriam, se acolhidas, o condão de, no máximo, levar à rejeição das pretensões iniciais, não sendo capazes de outorgar ao réu tutela jurisdicional de maior intensidade³⁴⁴. Essa ideia, no que se refere às defesas de mérito indiretas, será analisada de modo mais detalhado no próximo tópico.

Recentemente, todavia, em vitoriosa tese de doutoramento, Heitor Sica sustentou a ideia de que, ao se defender, o réu deduz demanda própria, antitética àquela formulada pelo autor, visando à declaração de inexistência do direito por este deduzido, ou, no caso de ações declaratórias negativas, visando ao reconhecimento da existência da respectiva relação jurídica. A contestação do réu, com isso, teria o condão de alargar o objeto do

³⁴³ Nesse sentido, na doutrina brasileira, dentre muitos outros: ALVIM, Arruda. *Manual...*, p. 820; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: s/ed, 1967. p. 89-90; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1267, esp. p. 548; MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*, n. 9, p. 30-31; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. n. 617, p. 114-115; SANTOS, Moacyr Amaral. *Da reconvenção no direito brasileiro*. 2ª tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1958. p. 61-62; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 248; SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 140 e 277-278; WATANABE, Kazuo. “Ação dúplice”. In: *Revista de processo*. n. 31. São Paulo: RT, 1983. p. 140. Também na doutrina italiana parece ser essa a orientação dominante, como se vê, de modo claro, em: CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*, t. I, p. 526-528; GARBAGNATI, Edoardo. “Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1976. p. 265; HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi...*, p. 144-145; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, p. 11; PISANI, Andrea Proto. *Lezioni...*, p. 55-59; VERDE, Giovanni. “Domanda (principio della)”, n. 8, p. 7.

³⁴⁴ Para a classificação das defesas de mérito em *diretas* e *indiretas*, vale conferir, por todos: SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 273-278 e p. 286-288.

processo, representando um verdadeiro contra-ataque direcionado ao primitivo demandante, possibilitando uma declaração em favor do réu de espectro mais largo que a simples rejeição dos pedidos iniciais³⁴⁵.

Para tanto, fundamenta seu entendimento, inicialmente, na ideia de que, sob o ponto de vista constitucional, a garantia do direito de ação não poderia conceder vantagens ao autor pelo simples fato de este ter tomado a iniciativa de demandar, o que feriria o princípio da isonomia. Ademais, a simples rejeição dos pedidos iniciais, com a declaração da inexistência do direito alegado pelo autor, não dependeria sequer da apresentação de defesa pelo réu, que, portanto, deveria produzir resultados diferentes daquele.

A discussão é das mais relevantes, e, a depender da posição adotada, pode influenciar diretamente no sentido que deve ser dado à sentença de improcedência dos pedidos iniciais, e aos efeitos dela decorrentes.

Pensamos, porém, justamente pelas consequências práticas que uma pretensão do réu traria nestas hipóteses, que o melhor caminho é descartar que, sem uma inequívoca manifestação de vontade neste sentido, se possa interpretar a defesa como verdadeira demanda. Caso contrário, corre-se o risco de que o autor subestime as consequências decorrentes do acolhimento da resistência apresentada na contestação, em clara violação à garantia do contraditório³⁴⁶.

É bem verdade que, uma vez apresentada a contestação, o autor tem, geralmente, a oportunidade de sobre ela se manifestar em sede de réplica (CPC/15, art. 350)³⁴⁷. O fato, porém, é que, na linha do que se disse, é necessário que estejam claras, para o demandante, as consequências que podem advir do acolhimento das razões do réu, justamente para que

³⁴⁵ *O direito de defesa no processo civil...*, *passim*, esp. p. 205-280. O seguinte trecho deixa claro o que quer dizer o autor: “Essas constatações nos parecem suficientes para concluir que a resposta de mérito do réu, mesmo que limitada ao pedido de improcedência da demanda do autor, pode (e deve) ser interpretada como uma demanda declaratória, que invoca seus próprios fundamentos e que, se acolhida, resultará em uma declaração mais ampla do que a simples negativa do direito invocado pelo autor com base na sua causa de pedir (o que pode ser produzido mesmo sem qualquer intervenção do réu)” (p. 229).

³⁴⁶ Para maior desenvolvimento deste argumento, ver: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil...*, p. 178-179.

³⁴⁷ Um argumento que poderia ser utilizado para demonstrar, no sistema do CPC/73, a diferença de tratamento da simples defesa do réu para aquele dado a seu contra-ataque, é o fato de que, enquanto para se manifestar em sede de réplica o autor tinha o prazo de 10 dias (art. 326), para a contestação à reconvenção eram previstos 15 dias (art. 316). No CPC/15, todavia, o argumento perde sentido, já que, também para a réplica, passa a ser previsto o prazo de 15 dias (art. 350).

ele possa adequadamente dimensionar a sua reação a essas, conforme as legítimas expectativas depositadas neste resultado.

Em outras palavras, justamente pelas consequências que a formulação de pretensão tem para o resultado do processo, é forçoso entender, com Marcelo Pacheco Machado, que “uma demanda, para ser uma demanda, deve ser inexoravelmente uma demanda, sob pena de prejudicar o contraditório”³⁴⁸.

No sistema do CPC/73, um bom indicativo para que se soubesse quando o réu havia formulado, ou não, demanda própria, ao menos no procedimento comum ordinário, era o fato de que a reconvenção, nos termos do art. 299, deveria ser oferecida em *peça autônoma* à da contestação, formalidade que permitia ter maior certeza sobre quando foi utilizada tal forma de contra-ataque³⁴⁹. Ainda, porém, que se entendesse ser despidianda a observância deste requisito – e que, assim, era admissível a reconvenção deduzida na própria contestação -, era necessário que ficasse claro qual o sentido da resposta do réu³⁵⁰. Deve-se lembrar, aliás, que, nos termos do que dispunha o art. 293 do Código revogado, os pedidos deveriam ser interpretados restritivamente, não se permitindo, portanto, que se enxergasse a formulação de pretensão onde isso não tenha ficado claro.

Já no CPC/15, a questão torna-se, segundo nos parece, um pouco mais complicada. Nos termos de seu art. 343, a reconvenção, no procedimento comum, será proposta *na*

³⁴⁸ A correlação no processo civil..., p. 178.

³⁴⁹ Marcelo Pacheco Machado explica as razões pelas quais a separação formal entre a contestação e a reconvenção apresentaria alguma vantagem: “Aqui parece haver um argumento forte, favorável à separação. Reconvenção e defesa podem ser técnicas muito parecidas, especialmente se compararmos o seu conteúdo, e.g. a alegação da invalidade do contrato que pauta a demanda de cobrança, a alegação da inexistência de vício redibitório, a alegação de culpa exclusiva da vítima em demanda de reparação de danos, a alegação de pagamento em demanda de cobrança etc. O problema é que, a despeito disso, as consequências destas técnicas são drasticamente distintas, mesmo partindo-se das mesmas alegações de direito material. A alegação de nulidade do contrato em contestação significa apenas a possibilidade de o pedido de cobrança daquela dívida específica ser julgado improcedente, ao passo que esta mesma alegação presente em reconvenção deverá significar, se acolhida, o reconhecimento da invalidade de todo o negócio jurídico. De um lado, separando as petições, cada uma com um documento separado, não haveria dúvidas para o autor, no sentido de que houve ou não, ampliação no objeto do processo e, por sua vez, a certeza quanto a essa informação passa a ser muito relevante para o contraditório. Por outro lado, havendo contestação e demanda (contra ataque) num mesmo documento, passamos a tratar de situação de maior incerteza” (“Resposta do réu no Novo CPC: uma boa ideia inspirada nos Juizados Especiais Cíveis”. In: *Revista do advogado*, n. 127. São Paulo: AASP, 2015. p. 75-76).

³⁵⁰ São pertinentes, no ponto, as colocações de Cassio Scarpinella Bueno: “Se, não obstante a regra do art. 299, contestação e reconvenção forem apresentadas na mesma ‘peça’ ou, como é mais comum se referir, na mesma ‘petição’, disto não se deve seguir o seu indeferimento desde que o intento de reconvir do réu seja suficientemente claro e que ele seja tratado como tal em todos os sentidos. Importa na avaliação de cada caso concreto, portanto, verificar se a não-observância da forma pode comprometer a defesa a ser exercitada pelo autor” (*Curso...*, vol. 2, t. I, p. 175 – destaques nossos). Em sentido semelhante, ainda: BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 39.

própria contestação. Ademais, de acordo com o art. 322, § 2º, a interpretação dos pedidos não será mais realizada de modo restritivo, mas “considerará o *conjunto da postulação* e observará o princípio da boa-fé”.

Somadas, assim, estas duas circunstâncias, torna-se consideravelmente mais complexo aferir quando uma determinada afirmação constante da contestação configura, ou não, demanda do réu. Para ficarmos num exemplo simples, imaginemos que, proposta demanda visando à declaração de inexistência de dívida, o réu, em sua contestação, nega os fatos nos quais o autor apoia sua pretensão e, ao final, afirma a existência da relação jurídica. Como identificar se se trata de mera resistência ao pedido inicial, ou se, efetivamente, foi deduzida pretensão declaratória positiva? São, como nos parece, bem distintas as consequências conforme a resposta que se dê a essa pergunta.

Por tal razão é que, mesmo no sistema do CPC/15, para que uma dada reação do réu possa ser entendida como demanda, deve haver clara manifestação de vontade sua no sentido de deduzir pretensão própria. E isso, pode-se identificar a partir do uso de expressões capazes de transmitir, para os demais interlocutores, que, efetivamente, foi formulado um pedido. É diferente, por exemplo, que o demandado afirme que “uma dívida é existente”, de um requerimento no sentido de que seja “declarada” esta situação. O que muda, a nosso ver, com os mencionados arts. 343 e 322, § 2º, é que não será mais necessário que tal pedido seja deduzido em peça autônoma, ou, ainda, em um tópico específico da contestação a este respeito.

Deve-se perceber, aliás, nos termos do mencionado art. 322, § 2º, que um dos vetores a serem levados em consideração na interpretação dos pedidos é o *princípio da boa-fé*, que tem como um de seus corolários a necessidade de *preservação das legítimas expectativas* que o comportamento de um dos sujeitos processuais cria nos outros³⁵¹. Dessa forma, é importante que fique claro se o réu deduziu, ou não, pedido próprio, justamente em virtude dos reflexos práticos que daí decorrem.

Por tal razão é que, segundo entendemos, a atitude do réu de se defender dos pedidos do autor não é capaz de, por si só, ampliar o objeto do processo, que continua a ser

³⁵¹ De acordo com Antonio do Passo Cabral, “a chamada boa-fé objetiva é baseada em padrões de conduta social, voltada para a proteção das expectativas que os demais membros do conjunto social nutrem de todos nós. Vale dizer, protegem-se os interesses do *alter*, a confiança de que todos pautem suas condutas de acordo com as convenções sociais, aquilo que legitimamente é esperado de cada parte” (“O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. In: *Revista de processo*, n. 126. São Paulo: RT, 2005. n. 7).

formado pelas pretensões processuais deduzidas através do ato de demandar, identificadas pelas respectivas causas de pedir.

1.23. (Segue) Especificamente: as exceções substanciais (“contradireitos”)

No tópico anterior, foi dito que, qualquer que seja a técnica escolhida, o comportamento meramente defensivo do réu não tem o condão de alterar a configuração do objeto do processo. Neste momento, então, passamos a aprofundar referida noção quanto às chamadas defesas de mérito indiretas, em relação às quais se registra certa polêmica em sede doutrinária.

Como indicado no tópico anterior, ao apresentar defesa de mérito indireta, o réu não se limita à negativa dos fatos ou consequências jurídicas indicadas pelo autor, mas acrescenta *outros fatos*, dotados de *eficácia jurídica própria*, no intuito de evitar a procedência do pedido. Esses fatos, como se sabe, são classificados conforme os efeitos jurídicos que são capazes de projetar sobre o direito afirmado pelo autor. Fala-se, então, em *fatos extintivos*, que têm o condão de pôr fim ao direito perseguido em juízo (p. ex.: prescrição; decadência; pagamento; culpa exclusiva da vítima; compensação, se o crédito é igual ou maior que o alegado pelo autor etc.), *fatos modificativos*, capazes de alterar os efeitos jurídicos buscados pelo autor (p. ex.: culpa concorrente da vítima; compensação, se o crédito for menor que o alegado pelo autor etc.), e, por fim, *fatos impeditivos*, aptos a obstaculizar temporariamente a produção dos efeitos pretendidos pelo autor (p. ex.: exceção de contrato não cumprido; direito de retenção por benfeitorias etc.)³⁵².

É importante perceber, ainda, que esses fatos têm, em certos casos, a capacidade de gerar verdadeiros direitos subjetivos em favor do demandado, razão pela qual é comum se falar, nessas situações, em *exceções substanciais*³⁵³ (ou, excepcionalmente em *objeções substanciais* caso se trate de matéria cognoscível de ofício³⁵⁴), ou, ainda, em

³⁵² Importa deixar claro que não é pacífico o enquadramento das situações descritas em cada uma das categorias de fatos. Para a classificação adotada, ver, por todos: SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 275-276.

³⁵³ Para o conceito de *exceção substancial*, conferir, por todos: SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...* p. 275-278 e p. 286-288. Para uma minuciosa e profunda análise de diversas das exceções substanciais previstas no Código Civil, vale, ainda, a leitura dos Capítulos 8 a 12 (p. 289-434) da mesma obra.

³⁵⁴ Para a contraposição entre objeções substanciais e exceções substanciais, com profunda análise crítica desse último conceito, vale conferir: SICA, Heitor Vitor. *O direito de defesa no processo civil...*, Cap. 7, p. 94-133.

*contradireitos*³⁵⁵. Muitos desses direitos, inclusive, poderiam ser objeto de demanda própria, seja em processo autônomo ou pela via reconvenção, em que o réu deduziria pretensão à obtenção do bem da vida correspondente³⁵⁶⁻³⁵⁷. Basta, para tanto, que se pense no crédito que dá suporte à exceção de compensação, ou, ainda, no direito à indenização por benfeitorias em que se baseia a exceção de retenção.

Diante disso, então, há, autores que entendem, embora com alguma variação, que, ao deduzir uma exceção substancial ou um contradireito, o réu *ampliaria o objeto do processo*, justamente por trazer a juízo um direito subjetivo de que até então não se cogitava³⁵⁸.

Essa ideia, porém, deve ser rechaçada a partir do momento em que se entenda que, ainda que assim se comporte o demandado, o acolhimento da exceção substancial levará, no máximo, à *improcedência* do pedido já deduzido em juízo, não sendo capaz de lhe outorgar tutela jurisdicional de maior amplitude, o que dependeria do ajuizamento de demanda própria³⁵⁹. Valem, aqui, as mesmas considerações feitas no tópico anterior,

³⁵⁵ Já em Chiovenda encontra-se a expressão *contradireito*, “no sentido de que é um poder de anulação dirigido *contra* outro direito” (*Instituições...*, vol. I, n. 100, p. 338). Na doutrina brasileira recente, sobre o conceito de contradireito: DIDIER Jr, Fredie. “Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015”. In: *Improcedência*. Coord.: Rinaldo Mouzalas [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2015. *passim*, esp. n. 3, p. 63-65.

³⁵⁶ “[...] na maioria das vezes, o substrato fático e jurídico da defesa de mérito indireta comportaria, por si só, a propositura pelo réu de uma ação em face do autor” (SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 277).

³⁵⁷ Vale dizer, porém, que há autores que utilizam o conceito de *contradireito* para tratar de direitos que se prestam, tão somente, à neutralização de outros direitos, e, que, portanto, apenas podem ser deduzidos por meio de exceção, e nunca de ação. Nesse sentido: DIDIER Jr, Fredie. “Contradireitos...”, p. 63-64; MENDES, João de Castro. *Limites objetivos...*, p. 180-183. Para esses casos, então, a afirmativa do texto não seria exata.

³⁵⁸ Nesse sentido, na doutrina brasileira: DIDIER Jr, Fredie. “Contradireitos...”, *passim*, esp. n. 4-7, p. 65-72; DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia...*, p. 234; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 108-109; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais*. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016. n. 3.4.4, p. 96-99. Na doutrina espanhola é o que se vê em: FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *El objeto del proceso...*, p. 33-38; SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso...*, p. 32-37. Na doutrina italiana, por sua vez: PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (dir. vig.)”, p. 862.

³⁵⁹ Essa era uma noção clara já na obra de Chiovenda, que, em tópico destinado a tratar da “relação entre a exceção e a reconvenção” esclareceu que: “A exceção é apenas um meio com que o réu justifica seu pedido de rejeição da demanda do autor, e, conquanto o réu se calha de diversas exceções, seu pedido tende sempre à rejeição da demanda do autor; pelo que, a exceção tem por definição os *mesmos limites* da ação” (*Instituições...*, vol. I, n. 103, p. 347). Na mesma linha, ainda, na doutrina brasileira, ressaltando a distinção da afirmação de um direito como meio de defesa e pela via da reconvenção, dentre muitos outros: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 26-28; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1273, p. 553-554; LACERDA, Galeno. “As defesas de direito material no novo Código de Processo Civil”. In: *Revista Forense Comemorativa – 100 anos*, t. 5. Coord.: José Carlos

relativas à necessidade de que esteja claro quando uma dada manifestação deve ser considerada uma demanda, justamente pelas consequências que isso pode trazer para as relações entre as partes.

Emblemática, nesse sentido, é a contraposição que se faz a respeito da *compensação* quando alegada como *exceção*, e quando dá suporte a um *pedido reconvençional*. Entende-se, nessa linha, que, ao ser deduzida como matéria de defesa, a compensação poderia levar à rejeição da pretensão condenatória do autor no todo ou em parte. Para que seja possível ao réu, entretanto, obter a condenação do requerente em eventual valor excedente, é necessário que formule pretensão própria. Caso contrário, mesmo que fique constatado que o crédito do demandado é de maior extensão que o do autor, a ausência de reconvenção impede que lhe seja concedida tutela jurisdicional mais intensa que a simples rejeição do pedido inicial³⁶⁰.

Algo de semelhante pode ser dito, ainda, em relação à alegação do réu de que tem direito a ser indenizado por benfeitorias úteis ou necessárias, em demanda na qual se pretenda, em face dele, a recuperação da posse de imóvel. Caso suscitada como matéria de defesa, o acolhimento da alegação poderá dar, ao requerido, o direito de reter a coisa até que seja indenizado, sustando, com isso, a eficácia da sentença condenatória contra ele proferida. Porém, para que obtenha título executivo contra o autor, capaz de lhe dar acesso aos meios de efetivação forçada do crédito, é necessário que deduza, em juízo, uma pretensão condenatória³⁶¹.

Sendo assim, justamente por não provocar alteração no espectro de efeitos que a atuação jurisdicional é capaz de produzir num determinado processo, não nos parece que,

Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 269-270; SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 277.

³⁶⁰ Nesse sentido, vale conferir, na doutrina brasileira: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Reconvenção”. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. n. 4, p. 118-119; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 31-33; SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 408-414. Em sentido contrário, por outro lado, entendendo que não haveria razão pela distinção afirmada no texto, que se prenderia “à questão formal (‘o réu não reconveio’), sem considerar que o réu fez valer em juízo o seu crédito”, é o pensamento de Heitor Sica: *O direito de defesa...*, n. 9.7.2, p. 198-200. Finalmente, para uma minuciosa análise dos efeitos da coisa julgada formada em ação condenatória em relação ao crédito compensável de titularidade do réu: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 119-124.

³⁶¹ Nesse sentido, vale, uma vez mais, a referência ao que escreveu Chiovenda ao tratar das relações entre exceção e reconvenção: “Pode alegar-se o crédito do réu como simples fundamento da exceção de retenção, ou para pleitear reconvençionalmente a condenação do autor ao pagamento” (*Instituições...*, vol. I, n. 103, p. 348). É importante registrar, porém, a existência de posicionamento no sentido de que, justamente por poder exercitar o *ius retentionis*, careceria o réu de interesse de agir na propositura de demanda condenatória: SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil...*, p. 394-396.

ao apresentar defesa de mérito indireta, o réu amplie o objeto litigioso, que continua a ser formado pelas pretensões efetivamente deduzidas em juízo, ainda que, como se disse, torne mais complexo o universo dos elementos que serão objeto de cognição pelo juiz.

Aproximando tais considerações de nosso objeto de estudo, é importante perceber que, ao apresentar defesa de mérito indireta, o réu traz a juízo uma determinada situação jurídica que, caso existente, pode levar à rejeição da pretensão deduzida pelo demandante. Trata-se, em outras palavras, de situação que, uma vez afirmada, passa a *influenciar o modo como deve ser julgado o mérito da causa*, no sentido de que sua *inexistência* passa a ser *condição* para que o pedido seja acolhido, ao menos em sua totalidade ou com os efeitos inicialmente pretendidos.

E, como veremos no próximo capítulo, a *prejudicialidade* é justamente a relação que se estabelece entre dois elementos quando o juízo que se faz sobre um deles é capaz de influenciar o modo como será analisado o outro. Dessa forma, pode-se dizer que ao deduzir uma determinada exceção substancial em sua defesa, o réu traz a juízo um elemento *prejudicial* ao mérito da causa. Mais especificamente, estabelece-se, entre a situação jurídica que dá suporte à defesa de mérito indireta e a pretensão processual, uma relação de *prejudicialidade por incompatibilidade*, como se verá adiante³⁶². Desse modo, caso preencha os requisitos do art. 503, § 1º do CPC/15, é possível que sobre a análise relativa a uma exceção substancial venha a recair a autoridade de coisa julgada.

1.24. (Segue) Ações dúplices, objeto do processo e objeto da decisão

Ao tratarmos, anteriormente, de algumas situações previstas em lei que configuram exceções à regra da correlação³⁶³, mencionamos o que ocorre em determinados procedimentos especiais em que pode ser prestada ao réu tutela jurisdicional de maior intensidade do que a simples rejeição do pedido inicial, independentemente da apresentação de pretensão própria. É o que ocorreria, por exemplo, na ação de consignação em pagamento e na ação de exigir contas.

É comum, nesses casos, que se faça alusão às chamadas *ações dúplices* (*actio duplex; judicium duplicia*), expressão que, em sua origem, era utilizada para denominar as

³⁶² Sobre a prejudicialidade por incompatibilidade, ver, *infra*, o item n. 2.21.

³⁶³ Ver, *supra*, o item n. 1.11.

ações em que, em razão das particularidades do direito material em disputa, haveria certa equivalência nas posições dos litigantes. Assim, uma vez que uma das partes desse início ao processo, não mais haveria que se falar em autor ou réu; qualquer uma delas poderia obter o acesso ao bem da vida em disputa, ainda que não houvesse formulado pedido expresso. Nesse sentido, no direito romano eram considerados dúplices, por exemplo, os interditos possessórios e os juízos divisórios³⁶⁴.

O fato, contudo, é que, atualmente, como vem identificando a doutrina, a expressão é utilizada de forma altamente equívoca, para fazer alusão a situações com características muito diversas entre si. Assim, por exemplo, encontra-se quem a empregue para se referir aos casos nos quais o réu pode deduzir pedido sem a necessidade das formalidades da reconvenção, como ocorre nas ações possessórias e nos juizados especiais cíveis. Em outras oportunidades, a expressão é utilizada para os casos em que o conteúdo da defesa do réu é capaz de ampliar os limites da tutela jurisdicional que lhe pode ser prestada, como ocorre na ação de consignação em pagamento, e nas ações revisional de aluguel e renovatória de locação. Por fim, em outras hipóteses, é utilizada para tratar de algumas modalidades de processos que, independentemente da apresentação de defesa, já têm, desde o seu nascedouro, a possibilidade de outorgar tutela jurisdicional de igual intensidade a autor e réu, como nas ações de divisão e demarcação de terras³⁶⁵.

Em virtude desse confuso quadro, há, assim, quem entenda que o conceito de ação dúplice não teria qualquer validade científica³⁶⁶. Não é, entretanto, o que nos parece: a expressão, consagrada pela tradição, pode ser utilizada, adequadamente, para retratar as *situações em que ao réu, mesmo que não apresente demanda própria, pode ser prestada tutela jurisdicional que vai além da simples negativa do direito perseguido pelo autor.*

³⁶⁴ Nessa linha, sobre as ações dúplices no direito romano: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 48. Para uma breve retrospectiva histórica conferir, ainda: WATANABE, Kazuo. “Ação dúplice”, n. 2, p. 138-139.

³⁶⁵ Também registrando a forma equívoca pela qual é utilizada a expressão: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Contra-ataque do réu: indevida confusão entre as diferentes espécies (reconvenção, pedido contraposto e ação dúplice)”. In: *Revista dialética de direito processual*, vol. 9. São Paulo: Dialética, 2003. n. 1-2. YARSHELL, Flávio Luiz. “Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de ‘ação dúplice’?”. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005. p. 565.

³⁶⁶ Neste sentido: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil...*, p. 190.

Passemos, então, a analisar que tipo de situações podem se enquadrar no conceito de ação dúplice, a fim de verificar de que forma o tema se relaciona com o objeto do processo e o objeto da decisão.

A partir do conceito acima adotado, se pode, antes de tudo, afastar a natureza dúplice de processos em que é permitida a formulação de *pedido* na contestação sem que, para tanto, tenham de ser observados os requisitos da reconvenção, como ocorre, por exemplo, nos procedimentos que têm lugar perante os *juizados especiais cíveis* (Lei nº 9.099/95, art. 31)³⁶⁷. Nesses casos, é a circunstância de deduzir pretensão própria no processo e se tornar demandante o que permite ao primitivo réu obter tutela jurisdicional que extrapole a rejeição do pedido inicial.

Com base na mesma ordem de ideias, ainda, deve-se descartar que as *ações possessórias* possam ser consideradas dúplices, na medida em que a obtenção de “proteção possessória” ou de “indenização”, nos termos do art. 556 do CPC/15, exige a apresentação de *pedido* por parte do réu, ainda que na própria contestação. Nesse caso, então, o réu adota postura *ativa*, e, com isso, torna-se *demandante*, como deixa claro o próprio dispositivo³⁶⁸.

Nessas hipóteses, portanto, não há qualquer peculiaridade em relação ao que, no procedimento comum, ocorre com a possibilidade de apresentação de reconvenção, à exceção, é claro, dos requisitos para o manejo de cada uma dessas formas de contra-ataque. Considerando, aliás, como já lembrado, que no CPC/15 a reconvenção pode ser apresentada na própria contestação (art. 343), fica muito reduzida a distinção que se poderia estabelecer entre as figuras.

³⁶⁷ Em sentido contrário, Cândido Dinamarco define ações dúplices como “aqueles litígios ou procedimentos nos quais a lei permite ao réu deduzir, sem o formalismo de uma reconvenção, um *pedido contraposto* ao do autor”, razão pela qual, coerentemente, afirma que nessa categoria se enquadrariam os processos dos juizados especiais cíveis (*Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. n. 14, p. 56-57). No sentido do texto, por outro lado, negando o caráter dúplice às ações propostas perante os juizados especiais: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 68-69.

³⁶⁸ É o que se extrai do próprio texto do art. 556 do CPC/15, que afirma que poderia o réu “*demandar a proteção possessória e a indenização...*”. Nessa linha, recusando o caráter dúplice às ações possessórias: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 62-65; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Contra-ataque do réu...”, n. 4; SILVA, Ovídio Baptista da. *Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. n. 101, p. 206. Em sentido contrário, por outro lado: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*, p. 121-122; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. II. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. n. 87, p. 135; WATANABE, Kazuo. “Ação dúplice”, n. 4, p. 141; YARSHELL, Flávio Luiz. “Resolução do contrato...”, p. 567.

Diante disso, como afirmado, a expressão “ação dúplice” deve-se restringir às hipóteses em que, *independentemente da apresentação de demanda própria*, o resultado do processo pode outorgar ao réu tutela jurisdicional que extrapole a simples negativa do direito postulado pelo autor. Ainda assim, é necessário diferenciar algumas situações.

Em alguns casos, as características do direito material em disputa ou da pretensão deduzida em juízo fazem com que o simples julgamento do pedido inicial seja capaz de outorgar tutelas de *igual intensidade* ao autor e ao réu, independentemente da apresentação de demanda ou mesmo de defesa por parte desse último. Nessas situações, qualquer um dos sujeitos envolvidos na situação litigiosa pode ocupar o polo ativo ou passivo da demanda, a depender de quem tome a iniciativa de buscar a proteção judiciária.

É o que ocorre, de modo emblemático, nas *ações de divisão e de demarcação de terras particulares* (CPC/15, arts. 946 a 981): em tais situações, é da natureza do direito deduzido em juízo que o processo, desde seu nascedouro, tenha a aptidão para tutelar as partes de modo idêntico, independentemente de qual delas tenha lhe dado início. Uma vez proposta a demanda, serão adotadas as medidas necessárias para que a divisão da coisa comum ou a fixação dos limites entre os imóveis seja feita da forma adequada, ainda que mais favorável ao réu que aquela proposta na inicial, independente de qualquer manifestação de sua parte. Além disso, qualquer um dos condôminos ou confrontantes pode propor a demanda divisória ou demarcatória³⁶⁹.

Algo de semelhante se verifica, ainda, na demanda em que se pretende a *apuração de haveres* nos casos de dissolução parcial da sociedade (CPC/15, art. 599, II e III)³⁷⁰. Nesses procedimentos, é da natureza da pretensão deduzida que se investigue o montante

³⁶⁹ Nessa linha, a doutrina é praticamente unânime em ressaltar o caráter dúplice das ações de divisão e demarcação. A esse respeito, vale a leitura do que escreve Antonio Carlos Marcato: “Essas duas ações têm natureza dúplice, pois comum a pretensão divisória ou demarcatória das partes, assumindo autor e réu no processo, recíproca e simultaneamente, as posições ativa e passiva; conseqüentemente, a eventual rejeição do pedido do primeiro será suficiente para garantir resultado favorável ao segundo, independentemente de formulação expressa de pedido nesse sentido. Diante disso, mostra-se inadmissível a reconvenção, por ausência de interesse de agir” (*Procedimentos especiais*, p. 139). Em sentido muito semelhante, ainda: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. III. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. n. 343, p. 441.

³⁷⁰ Nesse ponto, é importante diferenciar a pretensão à *resolução da sociedade em relação ao sócio* daquela concernente à *apuração de haveres*, que podem ser cumuladas, ou não, nos termos do art. 599 do CPC/15. Como nos parece claro, apenas essa segunda é dotada de duplicidade nos termos fixados no texto. Quanto à pretensão à resolução parcial da sociedade, a legitimação ativa dependerá da concreta situação litigiosa, nos termos do art. 600, e o resultado, se favorável ao réu, implicará, tão somente, na rejeição da pretensão à saída do sócio, seu espólio ou sucessores.

devido por uma parte à outra, independentemente de quem tenha dado início ao processo, e de qualquer comportamento defensivo por parte do réu.

Ainda a título exemplificativo, pode-se mencionar, finalmente, a *ação de restauração de autos*, que pode ser proposta por qualquer das partes, e se destina à produção de um resultado que atingirá todos os sujeitos do processo de modo idêntico, independentemente de quem lhe tenha dado início³⁷¹.

Nesses casos, como dito, a duplicidade da demanda é reflexo de uma particularidade do direito discutido em juízo, o que faz com que o julgamento do pedido inicialmente formulado tenha, em si mesmo, a aptidão para tutelar de igual modo todas as partes. Não há, então, qualquer alteração nas noções de objeto do processo e de objeto do julgamento, que, como costuma ocorrer, têm como referência a pretensão deduzida. O que ocorre, na verdade, é que a própria pretensão, nesses casos, tem características singulares que tornam indiferentes, quanto ao resultado do processo, as posições das partes na relação processual.

Situação distinta se verifica em outras hipóteses em que, malgrado o direito discutido não tenha as características acima referidas, a lei estabelece que ao réu, ainda que não apresente demanda, pode ser prestada tutela jurisdicional que vai além da improcedência do pedido do autor. Nesses casos, é a lei processual que possibilita ao demandado a obtenção de efeitos que, em geral, não poderia alcançar sem a formulação de pretensão própria. Fala-se, assim, que a duplicidade decorreria da norma processual, e não da relação material, como nas hipóteses anteriormente tratadas³⁷².

De dois modos distintos se pode chegar a esse resultado.

Primeiramente, há situações nas quais pode o réu obter efeitos que extrapolem a simples improcedência do pedido inicial *independentemente* da apresentação de defesa ou de qualquer outra manifestação em juízo.

É o que ocorre na *ação de exigir contas*, que pode redundar na aferição de saldo favorável ao réu, e, assim, na condenação do autor (CPC/15, art. 552), ainda que aquele

³⁷¹ Nessa linha, ressaltando o caráter dúplice da ação de restauração de autos: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 66; THEODORO Jr., Humberto. *Curso...*, vol. II, n. 271, p. 431.

³⁷² Para a distinção entre a duplicidade decorrente da relação material e aquela decorrente de norma processual, ver, por todos: YARSHELL, Flávio Luiz. “Resolução do contrato...”, n. 3, p. 566-568. A dicotomia, porém, é rechaçada por Heitor Sica, para quem apenas quando tal característica decorra da relação material é que se poderia falar em ação dúplice (*O direito de defesa no processo civil...*, p. 180-181).

não se manifeste nos autos. Nessa linha, mesmo que o demandado permaneça inerte e que, por isso, o próprio autor apresente as contas que entender adequadas, pode o juiz, a partir de outros elementos dos autos ou com o auxílio de prova pericial (CPC/15, art. 550, § 6º), apurar a existência de crédito de titularidade do réu e vir a condenar o demandante.

Nessa hipótese, é de se notar que, caso inexistisse a previsão legal, a apuração de saldo favorável ao réu levaria, a rigor, à rejeição das contas apresentadas pelo autor. Não teria, assim, a aptidão de formar título executivo em prol do requerido se esse não formulasse pretensão própria³⁷³.

O que se tem, portanto, nessa situação, é, na linha do que tratamos anteriormente, uma *exceção legal à regra da correlação* entre demanda e tutela jurisdicional, que determina que, presentes certas condições – no caso, a apuração de saldo favorável ao réu –, o objeto da decisão tenha como conteúdo um elemento condenatório que não integra o objeto do processo.

Situação análoga se verifica, ainda, na *ação de desapropriação*: ajuizada a demanda, caberá, ao juiz, logo de início, designar perito para a avaliação do bem, prova que apenas não terá lugar caso as partes expressamente concordem com o preço ofertado (DL nº 3365/41, arts. 14, 22 e 23). Nesse contexto, pode ser fixada indenização em patamar superior àquele oferecido pelo ente expropriante em sua inicial, ainda que o réu não o impugne especificamente ou sequer compareça aos autos, o que é admitido expressamente pelo art. 27, § 1º do DL nº 3365/41. A lei, no caso, visando à observância do direito à justa indenização (CF/88, art. 5º, XXIV), permite a concessão de tutela em favor do réu distinta da mera improcedência, consistente na formação de título executivo para que possa obter o valor apurado em juízo³⁷⁴.

Nessas hipóteses, portanto, como anunciado, a duplicidade, criada pela lei processual, se manifesta independentemente de qualquer atitude do réu, uma vez que o processo, da forma como é disciplinado, tem, desde o início, a aptidão de produzir resultados que extrapolem a improcedência. No caso, presente determinada circunstância, a

³⁷³ Nesse sentido, também ressaltando que, no caso, a duplicidade decorre da norma processual: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 60-61; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso...*, vol. I, n. 226, p. 288-289.

³⁷⁴ Nessa linha, ressaltando o caráter dúplice da ação de desapropriação, com a possibilidade de fixação de valor maior que o ofertado mesmo no caso de revelia: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*, p. 67-68; DINAMARCO, Cândido Rangel. “Tutela jurisdicional”, p. 387.

lei determina que o objeto da decisão vá além das pretensões que dão forma ao objeto do processo.

Situação distinta, por fim, é o que se verifica em determinados procedimentos especiais em que a obtenção de tutela em favor do réu nesses moldes depende do conteúdo da *defesa* por ele apresentada.

Exemplo eloquente disso é o que ocorre na *ação de consignação em pagamento* regulada pelo Código de Processo Civil: uma vez alegado, na contestação, que o depósito inicial realizado pelo autor é insuficiente (art. 544, IV), deverá o juiz, sempre que possível, fixar o montante devido, valendo a sentença como título executivo em favor do réu (art. 545, § 2º).

Nesse caso, na linha do que se vem dizendo, ao estabelecer o caráter dúplice da ação de consignação em pagamento, o art. 545, § 2º do CPC/15 consagra, uma vez mais, *exceção à regra da correlação* entre o objeto do processo e o objeto do julgamento. Afinal, o objeto da ação de consignação em pagamento é formado pelo pedido declaratório³⁷⁵ de que a obrigação foi extinta pelo depósito inicial, identificado – e limitado em seu julgamento – pela causa de pedir deduzida na inicial, ou seja, pela afirmação de alguma ou algumas das circunstâncias que, de acordo com o direito material (CC/02, art. 335), permitiriam a realização do pagamento em consignação.

É de se notar que, ao alegar em sua contestação que o depósito efetuado pelo autor não é integral (CPC/15, art. 544, IV), o réu *não amplia o objeto do processo*, vez que *não deduz pretensão própria*. Ainda assim, caso acolhida tal alegação, e rejeitado o pedido inicial, a sentença não apenas declarará a manutenção da obrigação, como terá *eficácia executiva*, permitindo, ao credor, obter a satisfação da obrigação nos mesmos autos.

Esse efeito, então, como se disse, apenas é possível porque a lei expressamente estabelece exceção à regra geral da correlação. Inexistente aquele dispositivo, e aplicando as noções até aqui desenvolvidas, o acolhimento da alegação de insuficiência do depósito não traria, ao réu, qualquer outro benefício além da declaração de que não houve a extinção do vínculo obrigacional.

Desse modo, ainda que para aferir a insuficiência do depósito inicial o juiz houvesse de determinar o montante devido, não seria possível, ao réu, ter acesso às vias

³⁷⁵ Sobre a natureza declaratória da ação consignatória, ver, por todos: MARCATO, Antonio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. São Paulo: RT, 1985. p. 109.

executivas para proceder à efetivação forçada da obrigação. Afinal, tal informação seria relevante apenas para fins de fundamentação da sentença, não integrando, propriamente o objeto da decisão. Em caso de improcedência da pretensão consignatória, não seria possível, aliás, sequer o levantamento por parte do réu da parcela depositada pelo autor, já que, nessa hipótese, a sentença, como dito, tão somente declararia que o depósito não produziu o efeito de extinguir a obrigação³⁷⁶.

Era exatamente esse, por sinal, o tratamento dado pela doutrina ao tema antes do advento da Lei nº 8.951/94, que acrescentou, no CPC/73, o art. 899, § 2º, dispositivo semelhante ao atual art. 545, § 2º, dotando a ação consignatória de caráter dúplice. Afirmava-se, nesta linha, que a rejeição do pedido inicial não permitiria ao réu obter a quantia apurada como devida³⁷⁷, e que apenas em caso de procedência lhe seria dado levantar o montante depositado³⁷⁸.

O fato, entretanto, é que por força de expressa previsão legal (CPC/15, art. 545, § 2º) permite-se ao juiz, em caso de improcedência, ir além do julgamento das pretensões que formam o objeto do processo, prestando tutela jurisdicional em favor do réu equivalente à condenação do autor a lhe pagar a diferença entre o valor devido e aquele depositado.

É interessante, nessa linha, estabelecer um paralelo entre o que consta do art. 545, § 2º do CPC/15 e o regramento da *ação de consignação de aluguel e acessórios da locação*, disciplinada na Lei nº 8.245/91, em que se permite ao réu, além de contestar, a apresentação de reconvenção, a fim de que obtenha, dentre outros, a diferença do depósito inicial, caso alegue que esse não é integral (art. 67, VI).

³⁷⁶ As mesmas considerações são feitas por Adroaldo Furtado Fabrício, que destaca o caráter excepcional das regras relativas à demanda consignatória no Brasil: “Normalmente, essa insuficiência do depósito, uma vez reconhecida pela sentença, conduziria diretamente à improcedência da demanda, pois ao juiz não seria lícito declarar o autor liberado parcialmente até o limite do valor do depósito, com permanência do débito pelo saldo: ou a consignação é bastante para extinguir a obrigação ou esta subsiste inteira” (*Comentários...*, vol. VIII, t. III, n. 126, p. 169-170).

³⁷⁷ Era este o magistério de Antonio Carlos Marcato: “Em razão de sua própria natureza declaratória é que, em caso de improcedência, não pode ser o autor condenado ao pagamento daquilo que se reputou devido, exceto na ocorrência da reconvenção, dado que, nesta hipótese a sentença versa sobre a matéria objeto da reconvenção” (*Ação de consignação em pagamento*, p. 109).

³⁷⁸ “Na clássica ação de consignação em pagamento só se permitia o levantamento do bem pelo demandado (credor), quando superadas todas suas defesas e procedente a ação – ou seja, quando *vencido*. Vencedor o demandado-credor na ação de consignação em pagamento, ironicamente era fatal o levantamento do bem ou valor pelo devedor-consignante e ao ‘vencedor’ nada se atribuía senão o ônus de voltar a juízo, agora como autor em pleito de cobrança” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 273).

Nestes casos, havendo previsão expressa de que, para obter a condenação do autor, deverá o réu deduzir pedido reconvenicional, fica afastado o caráter dúplice da demanda. E, sendo assim, não havendo norma excepcionando a regra da correlação, deve essa ser aplicada em sua inteireza.

Desse modo, caso o réu, em sua contestação, alegue a insuficiência do depósito, mas não ofereça reconvenção, o máximo que poderá obter é uma sentença que reconheça a subsistência da obrigação. O juiz não poderá, portanto, ainda que efetivamente consiga apurar o valor devido, condenar o autor a seu pagamento; caso assim o faça, estará indo além dos limites objetivos da demanda³⁷⁹.

Situação parecida ao do procedimento de consignação previsto pelo Código de Processo Civil pode ser vista, como já indicado, na *ação revisional de aluguel*, em que pode o réu, em sua contestação, oferecer contraproposta, que, caso acolhida, é capaz e levar à alteração do valor do aluguel em seu favor, com a condenação do autor ao pagamento das diferenças apuradas desde a citação (Lei nº 8.245/91, arts. 68, IV e 69). Aqui, à semelhança do que se vem dizendo, é a expressa previsão de exceção à regra da correlação o que permite, ao juiz, ir além da simples improcedência e conceder tutela jurisdicional mais vantajosa em favor do demandado.

O mesmo ocorre, ainda, na *ação renovatória de locação*, em que pode ser determinada a renovação do contrato com base na contraproposta do réu, o que também leva à condenação do autor ao pagamento das diferenças apuradas desde a citação (Lei nº 8.245/91, art. 73). Trata-se, uma vez mais, de consequência favorável ao réu que apenas é possível em virtude de expressa previsão legal³⁸⁰.

Antes de concluir, é importante deixar claro que, nesses casos, não se deve entender, ao contrário do que sustenta parte da doutrina, que a defesa do réu tenha caráter *reconvenicional*³⁸¹, ou, então, que se trate de *contestação necessariamente acompanhada*

³⁷⁹ Para a distinção, conferir, por todos: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*, p. 98.

³⁸⁰ Nessa linha, afirmando o caráter dúplice da ação renovatória: WATANABE, Kazuo. “Ação dúplice”, n. 4, p. 141.

³⁸¹ É o que parece sustentar, por exemplo, Cassio Scarpinella Bueno em relação à ação de consignação em pagamento, ao afirmar que a alegação de insuficiência de depósito seria verdadeiro *pedido* deduzido pelo réu (*Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. II. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47-49).

*de reconvenção*³⁸². Nunca é demais lembrar que a reconvenção é, efetivamente, um *pedido* apresentado pelo réu em face do autor.

Nas hipóteses acima tratadas, porém, não nos parece que o réu efetivamente adote uma postura ativa, e, com isso, deduza *demand* em juízo. Ao alegar, por exemplo, a insuficiência do depósito, ou, então, apresentar o valor do aluguel que lhe pareça mais adequado, o réu não deixa de manifestar sua simples *resistência* à pretensão em face dele deduzida, como se dá, em geral, em sede de contestação³⁸³. O que ocorre, porém, é que, nesses casos, a própria lei determina que, a depender do que ficar apurado em juízo, o objeto da decisão extrapole o objeto do processo, desviando-se, assim, da relação *tendencial* entre os conteúdos de cada um anunciada no início do capítulo.

³⁸² É o que sustenta Luiz Guilherme Bondioli, que fala na figura da contestação necessariamente acompanhada de reconvenção (*Reconvenção no processo civil*, p. 44-47).

³⁸³ Com razão, nesse sentido, Heitor Sica, que também rechaça que o réu adote postura ativa na ação de consignação em pagamento, reconduzindo a situação, assim, à técnica “dos pedidos implícitos ou dos efeitos legais da sentença” (*O direito de defesa no processo civil...*, p. 181).

§ 2º - PREJUDICIALIDADE

2.1. Objetivo e limites do capítulo

Após termos estudado com detalhes a forma pela qual é configurado o objeto do processo no direito brasileiro, passamos, neste capítulo, a analisar o tema da *prejudicialidade*, a fim de que possamos firmar as bases necessárias para a compreensão da coisa julgada que, a partir do art. 503, § 1º, do CPC/15, pode se formar sobre as questões prejudiciais incidentais.

De uma perspectiva mais ampla, pode-se dizer, em uma primeira aproximação, que a prejudicialidade é um fenômeno que decorre das múltiplas interações que, na vida dos direitos, pode-se estabelecer entre as situações jurídicas, que, “longe de existirem ilhadas, cada qual com vida própria e independente”, se encontram geralmente envolvidas numa “rede complicadíssima de relações diversas e diversamente disciplinadas pelo direito”¹.

Pode ocorrer, nesse contexto, que entre duas situações jurídicas se estabeleça uma relação tal que a existência de uma dependa da existência de outra, ou, ao contrário, que uma não possa existir enquanto a outra subsista. Basta que se pense, por exemplo, no direito do credor de exigir o pagamento de uma dívida do fiador, que depende da existência da obrigação principal. Ou, por outro lado, é de se pensar no direito de propriedade de um sujeito em relação a um bem, que apenas se pode dizer existente enquanto outro sujeito não adquirir o domínio.

Uma vez que sejam trazidas para o processo, e, assim, submetidas à cognição judicial, essas interações traduzem-se em relações de *influência* que se podem estabelecer entre os *juízos* a serem feitos em relação a cada um dos elementos envolvidos, em que a análise de um pode condicionar aquela que se deve fazer sobre o outro. Trata-se, como parece claro, de reflexo da função instrumental do direito processual em relação à ordem substancial, e do escopo jurídico da jurisdição, que impõe, na medida do possível, o respeito das decisões às conexões que decorrem do direito material².

¹ Os trechos citados foram escritos, respectivamente, por Barbosa Moreira (*Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: s/ed, 1967, p. 37) e por Liebman (“Sulla sospensione propria ed ‘impropria’ del processo civile”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 292 – tradução livre) ao tratarem do tema da prejudicialidade.

² Na mesma linha, também ressaltando a influência da feição instrumental do processo no fenômeno: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 55-56.

Nessa linha, pode-se dizer, de uma forma geral, que a prejudicialidade retrata justamente essa relação lógica e jurídica que existe entre dois elementos submetidos ao conhecimento judicial, em que a apreciação de um é capaz de influenciar a análise do outro.

O fato, porém, é que a prejudicialidade pode se manifestar de formas muito variadas no processo, com repercussões que interessam aos mais diversos institutos processuais.

Em primeiro lugar, a prejudicialidade pode se verificar entre elementos que são objeto de cognição em processos distintos (*prejudicialidade externa*), o que torna relevante investigar, por exemplo, de que forma essa interação faz com que fique configurada a conexão ou outra forma de relação entre as respectivas demandas, com a possibilidade de modificação da competência, de reunião para julgamento conjunto, ou, ainda, da suspensão de um dos processos. É importante analisar, ainda, de que forma o juízo realizado em um processo deve ser respeitado em outro, o que traz importantes repercussões no tema dos efeitos da sentença e no estudo dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada.

Pode ocorrer, por outro lado, de a prejudicialidade se verificar entre elementos que compõem o objeto cognitivo de um só processo (*prejudicialidade interna*), integrem eles, ou não, o campo mais restrito do que chamamos de objeto litigioso. E, nesses casos, o tema passa a ser importante, por exemplo, no estudo da fundamentação das decisões judiciais, dos capítulos de sentença e dos efeitos dos recursos.

Como se disse, enfim, são muito vastas as repercussões que o tema da prejudicialidade provoca no ambiente do processo, influenciando de maneira decisiva a disciplina legal e a configuração dogmática de muitos institutos processuais.

Por tal razão, é importante esclarecer que não se pretende, no presente capítulo, enfrentar as diversas controvérsias que se colocam em relação ao tema da prejudicialidade, e tampouco analisar de que maneira ele repercute nos mais variados institutos processuais. Nosso objetivo, neste momento, será o de buscar definir, com clareza e detalhes, de que forma se configura a *questão prejudicial* de que fala o art. 503, § 1º do CPC/15.

Para tanto, será importante, inicialmente, analisar o perfil lógico da prejudicialidade, o que passará pela diferenciação entre questões prejudiciais e questões preliminares (n. 2.2) e, na sequência, pela explicitação das diversas formas pelas quais a apreciação do elemento prejudicial pode influenciar, em concreto, a do elemento a ele

subordinado (n. 2.3). Na sequência, enfrentando discussão tradicional, analisaremos o que faz com que a prejudicialidade extrapole o campo puramente lógico e, com isso, ganhe contornos jurídicos (ns. 2.4 a 2.7). Em seguida, serão expostas as diversas formas pelas quais o elemento prejudicial pode se manifestar em um determinado processo, o que passa pela circunstância de ele integrar ou não seu objeto litigioso, e, ainda, de ter sido objeto de controvérsia (n. 2.8). A partir de todos esses subsídios, então, passaremos, na sequência, a caracterizar a questão prejudicial incidental sobre a qual, nos termos do art. 503, § 1º, do CPC/15, pode recair a autoridade de coisa julgada material (ns. 2.9 a 2.14). Por fim, serão analisadas as diversas formas pelas quais as relações de direito material podem fazer com que fique configurada a prejudicialidade no plano do processo (ns. 2.15 a 2.21).

2.2. Questões preliminares e questões prejudiciais

Como adiantado acima, a prejudicialidade retrata a *relação* que se estabelece entre dois elementos submetidos à cognição judicial, em que a análise de um é capaz de influenciar a de outro. Pode-se falar, nessa linha, na existência de relação de *subordinação lógica* ou *condicionamento* entre a questão³ prejudicial (subordinante; condicionante) e a questão prejudicada (subordinada; condicionada).

Essa relação de subordinação, como parece claro, se traduz, antes de tudo, na ideia de que haveria certa *prioridade* ou *antecedência lógica* do elemento prejudicial em relação ao elemento prejudicado. Isto é: considerando que o juízo que se faz sobre a questão prejudicial é capaz de influenciar aquele a ser feito quanto à questão prejudicada, é intuitiva a necessidade de que, *do ponto de vista lógico* (e não necessariamente *cronológico*)⁴, a apreciação do elemento condicionante se faça antes do condicionado.

³ Cumpre esclarecer que, neste momento, por comodidade da exposição, utilizamos sem rigor conceitual os termos *ponto*, *questão* e *elemento* para se referir às prejudiciais e às preliminares. Mais à frente, porém, serão esclarecidas as distinções que, tecnicamente, se devem estabelecer entre cada um deles (*infra*, n. 2.8).

⁴ É importante distinguir as ideias de antecedência *lógica* e *cronológica* porque nem sempre a questão prejudicial será resolvida em ato do procedimento anterior àquele em que é analisada a questão prejudicada, sendo muito comum, na verdade, que todas elas sejam apreciadas numa só decisão. O fato de uma questão ser logicamente antecedente a outra, então, nada diz quanto ao momento em que cada uma deve ser apreciada, tendo relação, na verdade, com o condicionamento que a solução de uma impõe à de outra. Por outro lado, a circunstância de uma questão ser *cronologicamente antecedente* a outra pode não decorrer de qualquer relacionamento lógico, mas tão somente da forma como são *organizados e coordenados os atos do procedimento*. Nesse sentido, vale conferir, com grande proveito: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Questões prejudiciais e questões preliminares”. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. n. 3, p. 75-77; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, n. 6, p. 27-30. Já em Francesco Menestrina, aliás, encontrava-se clara orientação no sentido de afastar, do conceito de questão prejudicial, “o simples e muito ingênuo critério cronológico”, que “conduz a tal

A análise, contudo, do que costumeiramente ocorre em juízo, revela que essas relações lógicas de prioridade entre pontos e questões submetidos à cognição judicial, longe de serem incomuns, permeiam toda a experiência processual, no sentido de que, para poder apreciar adequadamente um elemento, se faz necessário, antes, analisar outro que sobre ele exerça algum tipo de influência. Basta que se pense, por exemplo, que, para decidir o *meritum causae*, o julgador deve, anteriormente, se certificar da presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, bem como precisa equacionar adequadamente os elementos fáticos e jurídicos da causa. De semelhante modo, é necessário, para que um recurso tenha seu mérito apreciado, verificar se foram preenchidos todos os seus requisitos de admissibilidade. Ou, ainda, para que possa deferir a produção de determinada prova, é necessário que o órgão judicial analise sua pertinência, relevância, licitude etc.

Como se disse, enfim, é da natureza da atividade judicial que, por razões de coerência lógica, determinados elementos submetidos à cognição tenham de ser apreciados antes de outros.

Nesse quadro, é importante esclarecer que nem sempre essa relação de prioridade lógica enquadra-se, tecnicamente, no conceito de prejudicialidade. É relevante, assim, para que se possa chegar a uma precisa caracterização das *questões prejudiciais*, distingui-las das chamadas *questões preliminares*.

Inicialmente, cumpre destacar que ambos os conceitos traduzem relações de *antecedência lógica*, no sentido de que tanto as questões preliminares quanto as prejudiciais são capazes de condicionar a análise de outro elemento a elas subordinado. Nessa linha, então, é comum, na doutrina brasileira, que se diga que as questões prejudiciais e preliminares integram um gênero mais amplo, das *questões prévias*⁵⁻⁶.

alargamento do campo da prejudicialidade para fazê-lo abraçar as coisas mais heterogêneas” (*La pregiudiciale nel processo civile*. Vienna: Manz, 1904. n. 20, p. 86-87 – tradução livre).

⁵ Nesse sentido, dentre outros: ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977. p. 11-15; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, n. 1, p. 12-13; FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais*. São Paulo: RT, 1988. p. 47-48; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, n. 8, p. 39-44; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais*. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016. n. 4.1, esp. p. 123-125.

⁶ Na doutrina portuguesa, por outro lado, verifica-se, em importante obra, certa confusão entre os conceitos de *questão prévia* e *questão preliminar*, tratados como sinônimos para significar a “questão necessária, em absoluto, para resolver outra”. As questões prévias/preliminares, então, designariam um gênero, que englobaria as *questões prejudiciais* e as *questões fundamentais*. Assim: MENDES, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968. p. 199-200.

A diferenciação entre as duas espécies de questões prévias, todavia, nem sempre é feita de forma muito nítida. No direito italiano, por exemplo, registra-se um quadro de generalizada confusão em relação aos conceitos, o que decorre, antes de tudo, do texto do próprio *Codice di Procedura Civile*, que não se preocupa em utilizar os termos de forma criteriosa, ora falando em *questões prejudiciais* (art. 34), ora em *questões de mérito de caráter preliminar* (art. 187), ora em *questões prejudiciais atinentes ao processo e questões preliminares de mérito* (art. 279), para tratar de fenômenos de certo modo semelhantes⁷.

Não por outra razão, já se disse, na doutrina daquele país, ser inviável traçar uma disciplina unitária para as questões preliminares e prejudiciais⁸. Já se chegou a sustentar, ainda, que seria preferível falar em *questões incidentais*, expressão que designaria todos os elementos situados no “arco lógico” que vai da demanda à decisão da causa⁹. Em recente trabalho, aliás, abandonou-se a dicotomia questão prejudicial/preliminar para se falar, apenas, em questões de mérito e questões de rito¹⁰.

Entre nós, porém, a exata definição do fenômeno da prejudicialidade foi levada a efeito por José Carlos Barbosa Moreira, que, aperfeiçoando noções já desenvolvidas por Francesco Menestrina¹¹, traçou, com inegável mérito, fronteiras precisas entre as questões prejudiciais e as questões preliminares¹².

⁷ Para um quadro completo da forma como os termos são utilizados na legislação italiana: DALFINO, Domenico. *Questioni di diritto e giudicato: contributo allo studio dell'accertamento delle 'fattispecie preliminari'*. Torino: Giappichelli, 2008. p. 12-17.

⁸ GARBAGNATI, Edoardo. “Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1976. p. 272. Em sentido semelhante, ainda: DENTI, Vittorio. “Questioni pregiudiziale (diritto processuale civile)”. In: *Novissimo digesto italiano*, vol. XIV. Torino: UTET, 1969. n. 1, p. 676. Para um resumo das diversas tentativas levadas a efeito na doutrina italiana de classificar as questões preliminares e prejudiciais: GARBAGNATI, Edoardo. “Questioni pregiudiziali (diritto processuale civile)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII. Milano: Giuffrè, 1987. p. 70.

⁹ Para um desenvolvimento da noção de *questão incidental*: PUNZI, Carmine. “Le questioni incidentali nel processo civile”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1987. p. 417-436; SICA, Heitor Vitor. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 192-195. A adoção do conceito para tratar das questões prejudiciais e preliminares consta em: DALFINO, Domenico. *Questioni di diritto e giudicato...*, p. 30; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*. Padova: CEDAM, 1999. p. 46. O que nos parece, todavia, é que a noção de questão incidental é demasiadamente ampla, e poderia designar qualquer *antecedente cronológico* à decisão, o que nada significa quanto às relações de influência de que falamos.

¹⁰ DALFINO, Domenico. *Questioni di diritto e giudicato...*, p. 69-70.

¹¹ Embora se apegasse ainda à distinção entre questões de mérito e questões processuais, já se enxerga, na obra de Menestrina, a intuição da diferença entre os tipos de influência lógica ressaltada por Barbosa Moreira, quando escreve, por exemplo, que “uma coisa é responder à pergunta *se* deve-se julgar e outra àquela *como* deve-se julgar” (*La pregiudiziale nel processo civile...*, p. 48 – *tradução livre*). Para mais detalhes a respeito das ideias de Menestrina quanto ao ponto: LEITE, Clarisse Frechiani Lara.

De acordo com o processualista carioca, a diferenciação entre as questões preliminares e prejudiciais não decorreria das características intrínsecas de cada uma das delas. A distinção, na verdade, deveria partir de um *critério lógico*¹³, ligado ao *tipo de influência* que cada uma das modalidades questão exerce sobre o elemento delas dependente.

Nessa linha, questões preliminares são aquelas cuja solução *torna possível* ou *impossível* a análise da questão subordinada, retirando ou colocando um obstáculo ao seu conhecimento. Prejudiciais, a seu turno, são as questões que, sem ter o condão de impedir a apreciação da questão prejudicada, *influenciam o conteúdo ou teor deste juízo*, ou seja, a *forma* pela qual será analisado o elemento dependente. Em formula sintética, pode-se dizer que, enquanto as questões preliminares possibilitam o *ser* ou o *não ser* de uma questão, as preliminares influenciam o seu *modo de ser*¹⁴. Essa ideia, vale dizer, foi acolhida por parcela expressiva da doutrina brasileira¹⁵⁻¹⁶.

Prejudicialidade no processo civil, p. 41-42. Também em Carnelutti, aliás, já se encontrava a distinção entre os dois tipos de influência, embora o autor adotasse sistematização própria: “Uma noção particular de prejudicialidade, não lógica senão jurídica, é, por outro lado, aquela em virtude da qual não já uma questão deva ser resolvida antes de outra, senão que a questão concerna ao que se chama de procedibilidade da demanda ou, em outras palavras, ao poder do juiz de decidir quanto a ela. Aqui a precedência se refere não a *um determinado juízo de mérito*, senão a *qualquer juízo de mérito*; se uma prova deve ou não ser analisada pelo juiz é algo do que depende *qual será o juízo de mérito*, porém não se se deve levar a cabo um juízo sobre o mérito; ao contrário, se o órgão tem competência para julgar, se o autor está legitimado para acionar, se a citação é nula, são questões de cuja solução depende a possibilidade de um juízo de mérito” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, vol. IV. Trad.: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944. n. 657, p. 161 – *tradução livre*).

¹² A ideia foi desenvolvida, inicialmente, em estudo (“Questões prejudiciais e questões preliminares”) publicado, pela primeira vez, em 1965, em obra em homenagem a Luiz Machado Guimarães, que, posteriormente, integrou a coletânea *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*, versão aqui consultada. Posteriormente, ainda, a concepção do professor carioca foi aprofundada em tese apresentada em concurso de livre-docência na Universidade Federal do Rio de Janeiro (*Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: s/ed, 1967. *passim*. esp. p. 11-33).

¹³ “A reconstrução do conceito de ‘questão prejudicial’ exige antes de mais nada a fixação do critério lógico que deverá presidir a sua delimitação e permitirá, em consequência, de qualquer figura afim. Sem êsse inicial cuidado, toda tentativa estará de antemão condenada a enredar-se em dificuldades insuperáveis” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 21). A importância de que a prejudicialidade fosse definida por critérios lógicos já havia sido ressaltada por Menestrina: “Não o critério de tempo, nem a observação das formas, mas apenas o estudo do processo lógico do juízo decisório pode nos dar uma teoria da prejudicialidade” (*La pregiudiciale nel processo civile*, n. 22, p. 89 – *tradução livre*).

¹⁴ “Na perspectiva que êste trabalho adota, o critério discretivo entre prejudiciais e preliminares há de ser buscado na diferenciação entre os dois tipos de influência acima descritos. Cabendo a qualificação de ‘prejudiciais’ para aquelas de cuja solução vá depender o *teor* ou *conteúdo* da solução de outras, reservar-se-á a expressão ‘questões preliminares’ para aquelas de cuja solução vá depender a de outra não no seu *modo de ser*, mas no seu próprio *ser*; isto é, para aquelas que, conforme o sentido em que sejam resolvidas, oponham, ao contrário, removam um impedimento à solução de outras, sem influírem, no segundo caso, sobre o *sentido* em que estas outras hão de ser resolvidas” (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 29-30).

¹⁵ Dentre outros: ALVIM, Thereza. *Questões prévias...*, p. 15-16; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. n. 15, esp. p. 44-45; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação*

Como se disse, a distinção não está, portanto, na *natureza* que cada uma dessas questões tem isoladamente. O critério é eminentemente *relacional*, situado, repita-se, no *tipo de influência* que, do ponto de vista lógico, é provocado sobre a análise do elemento dependente¹⁷. Não é correto, destarte, associar a influência preliminar às questões de ordem processual, por um lado, e a prejudicialidade às questões de mérito ou de direito material, por outro, como já se chegou a sustentar¹⁸. Na verdade, podem ser prejudiciais ou preliminares elementos atinentes ao mérito ou ao processo.

Assim, é frequente, em primeiro lugar, que uma *questão processual* seja de natureza *preliminar*, como ocorre, em geral, com a análise dos pressupostos processuais e das condições da ação em relação ao mérito da causa, ou, ainda, com os requisitos de admissibilidade dos recursos em relação ao julgamento do pedido de reforma ou de invalidação da decisão.

Nada impede, porém, como se disse, que entre *questões processuais* se estabeleçam vínculos de *prejudicialidade*. Basta que se pense, por exemplo, na aferição da insuficiência de recursos da parte para arcar com o custo do processo em relação ao pedido de concessão do benefício da justiça gratuita. Ou, conforme situação costumeiramente mencionada na doutrina, na análise da condição de cidadão de um sujeito no que tange à sua legitimidade

declaratória incidental. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. n. 28, p. 45-47; FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade...*, n. 17, p. 47-52; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, p. 44-51. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 125; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada...*, n. 4.1, esp. p. 125-127.

¹⁶ Recentemente, destacou-se, na doutrina italiana (assim: RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 114), que, em seu desenvolvimento histórico, a prejudicialidade variou entre duas ideias que, ao que nos parece, se enquadram nas noções de questão preliminar e prejudicial: a prejudicialidade, assim, ora era vista como um *impedimento* ao desenvolvimento do processo (*quae impedit principalem iudicium*), ora como uma *influência* sobre a decisão de outras questões a serem sucessivamente apreciadas (*facit praeiudicium*). Em termos mais modernos, então, fala-se em *prejudicialidade impediante ou absorvente* e *prejudicialidade conformativa ou propedêutica*, noções que poderiam ser reconduzidas aos conceitos que Barbosa Moreira, com muita clareza, estabeleceu para as questões preliminares e prejudiciais, respectivamente.

¹⁷ Assim, novamente: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 32-33.

¹⁸ É o que escrevia, por exemplo, Frederico Marques: “O ‘pressuposto necessário’, portanto, que há na prejudicial, como antecedente lógico do litígio a ser resolvido, tem conteúdo determinado, certo e perfeitamente definido: ele é sempre relação jurídica ou direito subjetivo de cuja existência depende o julgamento da lide. Daí se segue que a prejudicial diz respeito ao mérito [...]. As questões preliminares ligam-se à relação processual e respectivo procedimento e têm como escopo o controle sobre o processo e a eliminação do que lhe possa perturbar o eficaz e regular desenvolvimento (*Manual de direito processual civil*, vol. 3. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. n. 550, p. 54). Na mesma linha, ainda, é o que consta em: SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. n. 360, p. 448. De acordo com Clarisse Frechiani Lara Leite, teria sido essa “a orientação que contou com o maior número de adeptos” (*Prejudicialidade no processo civil*, p. 41).

para propor ação popular¹⁹. É de se perceber, nesses casos, que a insuficiência de recursos e a existência de cidadania não são elementos cuja definição possa impedir a resolução das questões atinentes à assistência judiciária gratuita e à legitimidade ativa, respectivamente; tratam-se, na verdade, de elementos capazes de influenciar o teor dessa análise.

Por outro lado, é muito comum que entre *questões de mérito* se estabeleçam vínculos de *prejudicialidade*, como ocorre, por exemplo, com a validade de um contrato em relação à cobrança de uma dívida que dele decorra, com a condição de herdeiro em relação à pretensão de petição de herança, ou, ainda, com a afirmação do réu de ação reivindicatória de que se tornou proprietário da coisa por força da usucapião.

Embora seja mais raro, não é impossível, ainda, que uma *questão de mérito* possa exercer influência *preliminar* sobre outra, tornando possível ou inviabilizando a sua análise. É o que ocorre, por exemplo, quando se estabelece, em um processo, cumulação *sucessiva* ou *subsidiária/eventual* de pedidos, casos em que, respectivamente, a improcedência ou a procedência de uma pretensão pode representar um impedimento à análise da outra²⁰. Algo de semelhante se verifica, ainda, com a pretensão exercida por meio da *denúnciação da lide*, que apenas será apreciada em caso de derrota da parte denunciante²¹.

É de se perceber, aliás, que uma mesma questão pode-se mostrar *preliminar* quanto a determinado elemento e *prejudicial* em relação a outro, tudo a depender a perspectiva e da finalidade com que seja ela analisada. Assim, por exemplo, a aferição da cidadania daquele que propõe ação popular coloca-se, imediatamente, como prejudicial em relação à sua legitimidade e, mediamente, como preliminar ao julgamento do mérito da causa. Em uma perspectiva um pouco diferente, ainda, a legitimidade *ad causam* pode ser, num dado momento, preliminar em relação à análise dos pedidos iniciais, e, posteriormente,

¹⁹ Utiliza esse exemplo, dentre outros: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 33.

²⁰ O exemplo foi retirado de: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, p. 50. Na mesma linha, analisando o tema do *cúmulo condicional de demandas* e sua relação com a prejudicialidade: RECCHIONI, Stefano. *Prejudizialità processuale...*, p. 308-310.

²¹ Nesse sentido, conferir, com proveito: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013. n. 45-46, p. 205-209. É interessante notar, ainda, como esclareceu a autora ao tratar especificamente da evicção, que além da relação de caráter preliminar que existe entre as respectivas demandas, estabelece-se vínculo de *prejudicialidade* entre os direitos discutidos em cada uma delas, na medida em que a garantia por evicção tem, como fato constitutivo, a inexistência do direito do evicto.

prejudicial à pretensão de reforma da sentença que, com base na ilegitimidade, tenha extinguido o processo sem resolução do mérito.

Todos esses exemplos demonstram, a nosso ver, o acerto do critério proposto por Barbosa Moreira para diferenciar questões prejudiciais e preliminares, que, ao invés de centrar-se nas características de cada uma delas, atenta-se ao perfil das relações lógicas estabelecidas com as questões a elas subordinadas.

2.3. Prejudicialidade: da influência potencial à influência concreta

Antes de caminharmos em direção à análise do perfil jurídico da prejudicialidade, é importante nos deter ainda um pouco mais sobre as relações lógicas que se estabelecem entre a questão prejudicial e a questão prejudicada, a fim de compreender adequadamente o significado da influência que o juízo de uma pode exercer sobre o de outra.

Pelo que ficou definido no tópico anterior, a prejudicialidade é a relação lógica que se estabelece entre dois elementos submetidos à cognição judicial em que a análise de um deles é dotada da *aptidão para influenciar o teor* da análise de outro. O juízo que se faz sobre a questão prejudicial deve ser capaz, assim, de interferir no modo pelo qual será apreciada a questão prejudicada.

É importante perceber que a relação de influência que um elemento pode exercer sobre outro tem, nesse conceito, um caráter eminentemente *potencial*; basta, assim, que exista a *possibilidade* de que o juízo feito sobre uma questão venha a repercutir sobre a análise de outra. Portanto, para se afirmar que entre duas questões existe uma relação de prejudicialidade, não se faz necessário que uma delas, ou ambas, já tenham sido apreciadas em juízo. É suficiente, como dito, a mera aptidão de uma para influir no teor da outra, o que deve ser aferido *ex ante*²².

A razão disso é intuitiva: diversos dos efeitos processuais atribuídos à prejudicialidade são programados para atuar *antes* que ocorra a efetiva análise das questões prejudicial e prejudicada, no objetivo justamente de *evitar* julgamentos contraditórios. É o que ocorre, por exemplo, com a reunião de demandas por conexão (CPC/15, art. 55) e com a suspensão do processo (CPC/15, art. 313, V, “a”, VII e art. 315). Nesses casos, então,

²² Nesse sentido, é o que escreve Barbosa Moreira: “Não se há de esperar pela decisão para identificar as prejudiciais” (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 53).

não teria qualquer sentido afirmar que a caracterização de uma questão como prejudicial dependeria da forma como seja ela concretamente resolvida.

Isso não significa, é claro, que outros institutos processuais não possam dar relevância à forma como é analisada uma questão prejudicial e à maneira como ela tenha efetivamente influenciado a solução da questão prejudicada. A rigor, como veremos, é exatamente isso o que ocorre com a possibilidade de formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental, nos termos do art. 503, § 1º do CPC/15. Ainda que a lei assim o faça, porém, não se pode dizer que esse seja um predicado essencial para a caracterização de um elemento como prejudicial.

Como afirmado no início do capítulo, a prejudicialidade é um fenômeno que decorre, em grande medida²³, das conexões que, no plano substancial, se podem estabelecer entre as relações jurídicas. São, afinal, as normas materiais que estabelecem as condições para que se possa afirmar existente ou inexistente um determinado direito, e, que, portanto, podem vincular, das mais variadas formas, uma situação jurídica à outra.

É a partir, portanto, da observação sobretudo das normas de direito material, e das interações por elas estabelecidas entre as situações jurídicas, que se torna possível, no plano do processo, aferir quando um determinado elemento submetido à cognição judicial tem a aptidão de influenciar a análise de outro antes mesmo que sejam eles apreciados.

Pode ocorrer, entretanto, que essa influência potencial que o elemento prejudicial exerce sobre o elemento prejudicado – que, como dito, é aferida *ex ante* - não se converta, na prática, em uma influência concreta e efetiva²⁴. Isso pode decorrer de duas razões distintas, mas diretamente ligadas²⁵.

²³ A ressalva é importante porque, como veremos (*infra*, n. 2.15), nem sempre a prejudicialidade decorre das conexões existentes entre as relações de direito material, podendo, em certos casos, ter origem exclusivamente no fenômeno processual. De toda sorte, como ficará claro, é inegável que existe uma *tendência* de que os vínculos de prejudicialidade decorram de conexões decorrentes da realidade substancial.

²⁴ A este respeito, vale a leitura do que escreve Domenico Dalfino: “A *idoneidade* de uma questão para *definir o juízo* se mede a partir de sua potencial capacidade de exaurir o próprio objeto do juízo. [...] Naturalmente, se trata de uma *qualidade* concernente à questão apenas em abstrato (ou, se se preferir, em potência), porque o resultado da delibação por parte do juiz pode ser oposto e levar ao acerto da insubsistência do fato; em tal caso, a questão *em abstrato* (ou *potencialmente*) idônea a definir o juízo se revela *em concreto* inidônea” (*Questioni di diritto e giudicato...*, p. 77-78 – *tradução livre*). Na mesma linha, ainda, qualificando as questões prejudiciais como aquelas idôneas a “definir o juízo”, ressaltando que isso pode ocorrer, ou não, a depender da forma como resolvidas: TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni” (parte II). In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1972. p. 284-285.

²⁵ Nesse sentido, tratando com profundidade das duas questões aqui analisadas: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, n. 7, p. 30-39.

A primeira delas decorre do fato de que, por vezes, o mesmo resultado a que se poderia chegar pela análise de uma questão prejudicial é alcançado, no processo, por *outro caminho lógico*, ou seja, pela análise de *outros elementos* que também servem de premissa para a mesma conclusão.

Imagine-se, por exemplo, que, ajuizada ação condenatória com vistas à cobrança de determinada prestação contratual, o réu alega, em sua contestação, que: (i) a dívida já estaria paga; (ii) a prestação não poderia ser exigida pelo autor, já que esse não teria cumprido o dever contratual que lhe cabia; e (iii) a avença já teria sido rescindida por meio de notificação extrajudicial.

Na hipótese, qualquer uma das três defesas alegadas pelo réu tem a aptidão de influenciar o julgamento da causa, uma vez que, caso acolhida, levará à rejeição do pedido condenatório. Fica claro, portanto, que todas elas, ao menos conforme o perfil lógico até aqui traçado, são elementos prejudiciais ao mérito da causa.

Por outro lado, também não há dúvidas de que, uma vez acolhida qualquer uma dessas alegações defensivas, torna-se supérflua a análise das demais, já que o resultado a que por meio delas se poderia chegar já foi alcançado por outra via. Assim, por exemplo, caso o juiz entenda estar comprovado o pagamento, não há necessidade de que, para julgar a causa, aprecie a exceção de contrato não cumprido suscitada pelo réu, ou, ainda, a alegação referente à rescisão do pacto.

A esse fenômeno, a doutrina italiana dá o sugestivo nome de *absorção de questões*, em que a solução de uma determinada questão é capaz de tornar lógica e juridicamente irrelevante a análise de outras, o que ocasiona uma *simplificação* do percurso que o juiz deve seguir para decidir a causa, por meio da *contração do material cognitivo* submetido à sua valoração²⁶.

Fica claro, portanto, a partir do exemplo dado, que o fato de uma questão ser potencialmente idônea a definir o teor de outra – o que, como visto, caracteriza a relação de prejudicialidade – não significa que terá ela de, necessariamente, ser analisada para que

²⁶ Nesse sentido, com mais referências doutrinárias: CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*, t. I. Padova: CEDAM, 1985. Cap. III, n. 11, esp. p. 419-421.

se possa apreciar a questão prejudicada. Por paradoxal que possa parecer, pode-se dizer, destarte, que *dependência lógica* não significa *antecedência lógica necessária*²⁷.

Como veremos com maior profundidade no próximo capítulo, não tendo sido formulada demanda em relação à questão prejudicial, e, assim, não constando ela do objeto do processo, sua análise se fará na medida do necessário para que se possam julgar as pretensões efetivamente deduzidas pelas partes. Desse modo, uma vez que se constate que, diante do caminho lógico concretamente seguido pelo juiz, o elemento prejudicial deixou de ter relevância para determinar o modo como há de ser decidido o *meritum causae*, não há motivo para que seja ele apreciado, o que apenas retardaria a solução da causa²⁸.

A segunda das razões pelas quais a aptidão que a prejudicial possui de influenciar o teor da questão prejudicada pode não se realizar concretamente decorre dos diversos *graus de predeterminação*²⁹ que aquela, a depender do sentido em que for solucionada, pode provocar sobre a análise dessa.

Voltemos ao exemplo acima mencionado: caso acolhida qualquer das defesas cogitadas, parece claro que o único caminho logicamente possível é o da rejeição da pretensão autoral. Afinal, uma vez que se negue a existência ou a eficácia do direito de crédito, não haverá que se falar na condenação do réu ao pagamento da prestação afirmada na inicial.

Por outro lado, a rejeição de uma das defesas não será suficiente para que se afirme, inexoravelmente, a existência do direito de crédito, e, portanto, para um juízo de procedência. Para tanto, será necessário aferir a presença de cada um dos fatos constitutivos do direito do autor, e, ainda, a inexistência de eventuais fatos extintivos, impeditivos ou modificativos.

²⁷ “A pura *dependência* não significa que para chegar a determinada conclusão seja *necessário* passar por um dado juízo, porque é possível haver outro caminho idôneo a alcançar o mesmo resultado” (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, p. 31-32). Em sentido contrário, porém, afirmando a necessidade como característica essencial do fenômeno: FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade...*, n. 15, p. 38-40; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada...*, p. 127.

²⁸ A este respeito, ver, *infra*, os itens n. 3.5.

²⁹ A expressão é de Barbosa Moreira: “É bem verdade que o grau de predeterminação pode variar. Às vezes, a solução dada à prejudicial *em certo sentido* não basta para que se possa prever com segurança como será resolvida a prejudicada. Ter-se-á uma condição *necessária* mas não *suficiente*” (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, n. 15, p. 25).

Pode ocorrer, então, que o sentido em que resolvido o elemento prejudicial acabe não produzindo, concretamente, influência sobre a solução dada à questão prejudicada. Imagine-se, no exemplo cogitado, que, rejeitada a alegação de pagamento, fique demonstrado que o contrato foi rescindido, o que leva à improcedência da pretensão condenatória. Nesse caso, a forma pela qual foi analisada a defesa relativa ao pagamento acabaria por não impactar diretamente no resultado final da causa.

Com base nessas considerações, então, torna-se claro, na linha do que se disse, que, se por um lado, uma questão, para ser prejudicial, deve ter a *aptidão* de repercutir no modo como será resolvida outra questão, sua análise *concreta* pode redundar em *distintos graus de influência* sobre o elemento prejudicado, no sentido de pré-determinar em maior ou menor medida, de modo total ou apenas parcial, a sua solução.

É importante, nesse ponto, de uma perspectiva mais ampla, distinguir o raciocínio judicial que se faz necessário para que possa ocorrer a *afirmação de um direito* daquele referente à sua *negativa*.

Isso porque, na linha do que se disse acima, para que se possa afirmar existente um direito deduzido em juízo, é necessário que estejam *presentes todos os seus fatos constitutivos*, e, ainda, que estejam *ausentes eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos*. Por outro lado, para que se possa negar a existência de um direito, basta que se verifique a *ausência de um fato constitutivo*, ou, ainda, a *presença de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo*³⁰.

Desse modo, fica claro que quando uma questão prejudicial é resolvida no sentido de *negar o direito* discutido em juízo, essa análise predetermina de forma total a forma como deve ser julgada a causa. Por outro lado, o fato de a questão prejudicial ser resolvida no sentido de afirmar uma das condições necessárias à existência do direito, ou de retirar um dos obstáculos à sua subsistência, não significa, por si só, a inexorável afirmação da situação jurídica, o que, portanto, não predetermina por completo o julgamento do mérito.

³⁰ Nesse sentido, é a lição de Andrea Proto Pisani (“Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1990. p. 406-407), a que aderem, expressamente, Marco de Cristofaro (“Giudicato e motivazione”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2017. p. 41, nota n. 3) e Stefano Recchioni (*Pregiudizialità processuale...*, p. 470-471, nota n. 132). Antes dele, aliás, Enrico Allorio já havia desenvolvido ideia semelhante, ao tratar das diferentes repercussões que o reconhecimento da existência da relação jurídica prejudicial teria em relação à sua inexistência (*La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1935. n. 33, p. 72). Na processualística brasileira, o assunto foi analisado, com base na doutrina alemã, por Antonio do Passo Cabral (*Cosa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013. n. 8.3.2.2.4, p. 439-441).

É interessante notar, com base nessas ideias, que questões que são *prejudiciais ao mérito* – vez que sua apreciação é apta a influenciar o teor do julgamento deste – podem exercer, *umas em relações às outras*, influência *recíproca* de caráter *preliminar*. Relembrando o que se disse no tópico anterior, uma questão é preliminar à outra quando sua apreciação puder tornar possível ou impossível a análise dessa. É exatamente, então, o que ocorre, no exemplo dado, entre as diversas defesas apresentadas pelo réu, em que o *acolhimento* de uma delas torna, senão inviável, *desnecessária* a apreciação das demais³¹.

É por tal razão, segundo nos parece, que alguns autores afirmam, por exemplo, que a *prescrição* é uma questão *preliminar* ao mérito³². Trata-se, como nos parece, de visão equivocada, na medida em que o acolhimento da prescrição caracteriza decisão de mérito e, assim, não é capaz de impedir o seu julgamento, mas, na verdade, influencia o modo em que deve ocorrer³³. De toda sorte, uma vez que seja pronunciada a prescrição, *torna-se desnecessária a análise de qualquer outro elemento* a fim de que se possa rejeitar a pretensão deduzida, razão pela qual se trata de questão que, malgrado seja *prejudicial ao mérito*, é *preliminar em relação às demais questões de mérito*³⁴.

Explicação análoga pode-se dar, ainda, para o fato de o Código italiano, em seu art. 187.2, chamar de *preliminares* determinadas questões de mérito que, a rigor, seriam, conforme as noções aqui desenvolvidas, claramente *prejudiciais* ao julgamento da causa. Tal dispositivo, esclareça-se, trata da *remessa da causa ao colegiado* para decisão caso o juiz instrutor anteveja a possibilidade de que aquele órgão dê solução final ao processo a partir da análise dessas “questões de mérito de caráter preliminar”. Isso pode ocorrer justamente quando o juiz entender provável que esteja presente algum fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito deduzido em juízo, ou, ainda, conforme parte da

³¹ Também ressalta essa questão: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 206.

³² Nesse sentido, por exemplo, é o que escreveu Barbosa Moreira, que assim justifica seu pensamento: “Reconhecida a prescrição, fica o juiz dispensado de prosseguir na sua atividade cognitiva, mas nenhuma indicação daí se tira quanto ao modo por que êle decidiria, se tivesse de prosseguir. Negada a prescrição, a via fica igualmente aberta ao acolhimento ou à rejeição da demanda” (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, n. 16, p. 26).

³³ No CPC/39, ao contrário do que ocorria no CPC/73 (art. 269, IV) e do que consta do CPC/15 (art. 487, II), não havia norma expressa a respeito da natureza da decisão que pronunciasse a prescrição. O fato, porém, é que a doutrina e a jurisprudência majoritárias, às quais adere expressamente o próprio Barbosa Moreira (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 26, nota n. 5), entendiam que se tratava de matéria de mérito.

³⁴ Nesse sentido, novamente: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, p. 139-140, nota n. 401.

doutrina, ausente algum fato constitutivo³⁵, situações que, se verificadas pelo colegiado, podem levar à *definição do juízo*, porque já são suficientes para que se *rejeite* a pretensão deduzida.

Essas considerações, assim, nos permitem retornar à primeira das razões pelas quais a potencial influência que caracteriza a prejudicialidade pode não se reverter em efetiva influência, que decorre, como dito, da possibilidade de que uma dada questão prejudicial *não seja enfrentada em juízo*. Isso pode ocorrer, então, pelo fato de o julgador optar por analisar, antes dela, alguma *outra questão prejudicial* que, do modo pelo qual é resolvida, acaba por definir, por completo, o julgamento do mérito da causa, absorvendo, com isso, os demais elementos.

Essa é uma noção fundamental para que, no próximo capítulo, possamos desenvolver, adequadamente, a ideia de que, na medida em que não conste do objeto do processo, não há como se afirmar, com certeza, se uma questão prejudicial será ou não enfrentada em juízo. Como veremos, sua análise deverá ocorrer *na medida do necessário* para que o mérito possa ser julgado e para que a respectiva decisão seja *adequadamente fundamentada*.

O fato, porém, é que isso dependerá, irremediavelmente, de *escolhas* que em menor ou maior medida estão disponíveis ao órgão julgador no que concerne à *linha argumentativa* a ser seguida em sua decisão, opção essa que leva em consideração sobretudo a maior facilidade com que cada uma delas possa conduzir à resolução do mérito.

Todas essas observações trazem à tona, então, a *complexidade* que o fenômeno da prejudicialidade impõe ao raciocínio judicial. Ao contrário do que a ideia de antecedência lógica sugere, o surgimento de uma dada questão prejudicial não é indicativo seguro do caminho que o julgador inexoravelmente seguirá no processo decisório, o que dependerá da forma como interagem entre si os diversos elementos submetidos à cognição e as

³⁵ A este respeito, parte da doutrina italiana enquadra, no conceito de *questão preliminar de mérito*, capaz de dar azo à aplicação do art. 187.2, apenas os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito deduzido em juízo, que, uma vez acolhidos, levaria à improcedência da pretensão. É o que se vê, por exemplo, em: GARBAGNATI, Edoardo. “Questioni pregiudiziali...”, n. 4, p. 74-77; e “Questioni preliminari di merito e...”, p. 260-261. Recentemente, porém, se sustentou, de modo bastante convincente, não haver razão para excluir que, ao vislumbrar a ausência de um fato constitutivo do direito do autor, também se aplique o art. 187.2, vez que se trata de questão que, caso acolhida, também levará à definição do juízo. Nesse sentido, vale conferir, com extensa análise da doutrina anterior: DALFINO, Domenico. *Questioni di diritto e giudicato...*, p. 75-85.

variadas opções argumentativas que com isso se colocam nas mãos dos sujeitos processuais.

Como notou Recchioni, o desenvolvimento científico da ideia de prejudicialidade, levado a efeito sobretudo a partir da fundamental obra de Francesco Menestrina, toma em consideração uma perspectiva eminentemente *silogística* da atividade judicial, com base na qual se procuram estabelecer os elementos que, conforme a estrutura da norma jurídica, se colocam como premissas necessárias à produção do efeito jurídico pretendido em juízo³⁶.

O fato, porém, é que, como já se vem ressaltando há tempos, a perspectiva silogística não é capaz de dar conta da natureza eminentemente *problemática* que envolve o raciocínio judicial, em que os diversos argumentos levados a juízo interagem uns com os outros com vistas à solução da causa³⁷, bem como da *heterogeneidade* e da *complexidade* dessa atividade, que tornam impossível a sua redução a um único esquema lógico³⁸. Assim, ainda que a definição de quando uma questão é prejudicial parta da lógica formal e de raciocínio que se baseia na estrutura da norma jurídica, o fato é que sua efetiva análise em juízo dependerá das opções argumentativas levadas a efeito pelo órgão julgador em cooperação com as partes³⁹.

³⁶ “Sob um perfil mais tecnicamente lógico-jurídico, tal nexa [de prejudicialidade] indica uma das decisões que, na reconhecida estrutura silogística do raciocínio judicial, o juiz deve realizar para chegar à decisão final. Dessa perspectiva partiu, substancialmente, a inteira evolução científica moderna do fenômeno da prejudicialidade” (RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 4-5 – tradução livre). Para uma profunda análise crítica dessa questão, vale conferir o Capítulo I (p. 3-54) de referida obra.

³⁷ Para essas críticas de uma perspectiva hermenêutica, na recente doutrina brasileira, vale conferir, por todos: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015. n. 1.3.4, p. 74-80. Para um excelente panorama e análise crítica tanto do raciocínio silogístico quanto das diversas teorias que a ele se contrapuseram, conferir, ainda: LUCCA, Rodrigo Ramina. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015. Cap. III, n. 2, p. 159-197.

³⁸ É o que escreve Taruffo: “[...] o raciocínio do juiz não é passível de descrição segundo um critério qualitativo constante: constitui, pelo contrário, uma *entidade complexa e qualitativamente heterogênea*, na qual se encontram segmentos por vezes definíveis a partir de uma ou mais formas lógicas ou mesmo segundo esquema de qualificação quase lógicos ou puramente tópicos, valorativos ou retóricos” (*A motivação da sentença civil*. Trad.: Daniel Mitidiero [et al.]. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 195).

³⁹ Nessa linha, vale a leitura do que escreve Michele Taruffo, ao tratar de uma das distorções causadas pela redução da motivação da decisão ao esquema silogístico, que leva a que sejam omitidas as escolhas argumentativas realizadas pelo juiz: “[...] quanto mais a motivação é estruturada de acordo com o modelo silogístico, tanto menos emergem traços essenciais na justificação de uma decisão que se assume não ser o resultado automático de uma série de passagens formais. Inicialmente, tendem a ser deixados de lado os momentos de escolha, tanto ligadas a escolhas interpretativas e cognitivas em geral, quanto atinentes à fixação das premissas de que decorre a decisão final ou a solução das questões que nessa influenciam. *Aquilo que em verdade é a adesão do juiz a uma entre várias alternativas possíveis, é apresentada, ao invés, como uma passagem inevitável de uma cadeia lógica governada por regras de natureza determinista, de modo que transparece como necessário aquilo que é apenas possível*” (*A motivação da sentença civil*, p. 156 –

Isso não significa, de todo modo, que se deva abandonar as noções tradicionais desenvolvidas a respeito da prejudicialidade, e tampouco afirmar que o raciocínio silogístico em que se baseiam elas não tenha qualquer serventia: como também ressaltou Recchioni, com base nas ideias de Michelle Taruffo, o esquema silogístico, conquanto não explique a *atividade mental* realizada pelo juiz, é um dos fatores úteis para avaliar o *produto final* de sua atividade, consistente na justificação da decisão judicial. O silogismo, então, é um relevante parâmetro para que se possa controlar a racionalidade do discurso empregado na fundamentação da decisão. Assim, no que tange às questões prejudiciais, é a partir desses parâmetros que se poderá verificar se foram respeitadas as relações lógicas que se impunham à solução da causa⁴⁰.

Além disso, não há como fugir das noções tradicionais em torno da prejudicialidade, com ênfase nas relações lógicas que se estabelecem entre os elementos submetidos à cognição judicial, a fim de que se possa definir quando uma determinada questão é prejudicial à outra, o que, como já ressaltado, tem relevantes implicações no processo.

O que é importante ter em vista, de toda sorte, é que, na linha do que se disse, a estrutura lógica em que se baseia a prejudicialidade não é capaz de afiançar quando, para que possa apreciar o mérito da causa, o julgador necessitará efetivamente enfrentar cada

destaque nosso). Também no mesmo sentido, ao tratar do tema da prejudicialidade: RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 35 – tradução livre).

⁴⁰ Parece evidente, aqui, a referência à conhecida tese de Michele Taruffo, segundo a qual a motivação teria a função de *justificar* a decisão (*context of justification*), e não a de *descrever* o raciocínio que levou até ela (*context of discovery*). Nessa linha, *raciocínio decisório* e *discurso justificativo* seriam distintos não apenas em suas *funções*, como também em suas *estruturas* e *fenomenologias* (nesse sentido: *A motivação da sentença civil, passim*, esp. Cap. V, p. 191-273). Em tal ordem de ideias, o autor, ao tratar do que seria o *primeiro nível de justificação* da decisão, referente à adequação lógica entre os diversos enunciados de fato e de direito contidos na motivação - no sentido de que eles não estejam em contraste uns com os outros -, dá especial relevância às situações em que existam vínculos de prejudicialidade entre os elementos colocados em juízo, partindo, inclusive, da distinção, enunciada no presente tópico, entre os vários graus de predeterminação que a solução da questão prejudicial pode provocar sobre a questão prejudicada: “Nessa situação, as condições de racionalidade do contexto global da decisão são as seguintes: 1) se a decisão sobre a questão prejudicial é capaz de condicionar diretamente a decisão da questão dependente, emerge um ulterior nexo de implicação, na medida em que a solução da questão dependente ‘descende’ diretamente da solução da questão prejudicial. [...] 2) Se a decisão da questão prejudicial não é capaz de condicionar diretamente a solução da questão dependente, não subsiste o nexo de implicação ora descrito e consequentemente a solução da segunda questão é logicamente autônoma em relação à solução da primeira. Trata-se, de fato, da situação em que sendo a questão prejudicial igualmente capaz de condicionar a decisão da questão dependente, a solução que o juiz concretamente a outorga, não produz semelhante efeito. Nesse caso, no plano dos enunciados que exprimem as escolhas finais do juiz, a única condição de racionalidade do contexto é constituída pela ausência de contrariedade entre as assertivas que o compõem: isto é, é suficiente que os termos em que é colocada e resolvida a questão dependente não sejam incompatíveis com aqueles em que é colocada e resolvida a questão prejudicial” (p. 240-241).

uma das questões se coloquem como prejudiciais a ele, o que, repita-se, dependerá da forma como interagem entre si os diversos argumentos deduzidos em juízo.

2.4. Da prejudicialidade lógica à prejudicialidade jurídica: a busca da doutrina por critérios

Até o momento, a caracterização da prejudicialidade assumiu contornos eminentemente *lógicos*, a partir dos quais se pode, inicialmente, entender de que forma se distinguem as questões prejudiciais e as questões preliminares e, na sequência, verificar de modo mais preciso o significado das relações de influência que se estabelecem entre o elemento prejudicial e o prejudicado.

A análise da doutrina que se dedicou ao tema, todavia, revela uma constante preocupação com que a caracterização da prejudicialidade vá além do ponto de vista meramente lógico, razão pela qual se procura encontrar algum critério que permita qualificar de *jurídico* o vínculo. Segundo frequentemente se afirma, sem esse refinamento ter-se-ia um conceito muito abrangente, sem utilidade para o direito e, especialmente, para o processo⁴¹.

Neste momento, então, passaremos a analisar brevemente os principais critérios com esse intuito desenvolvidos pela doutrina, o que será importante para que, mais à frente, possamos caracterizar a questão prejudicial incidental de que fala o art. 503, § 1º, do CPC/15.

É importante, porém, antes de prosseguir, deixar claro que todos os critérios a seguir analisados *pressupõem* as concepções, acima desenvolvidas, a respeito das relações lógicas que se estabelecem entre a questão prejudicial e a questão prejudicada. O que se buscará, então, é, apenas, algum *discrímen* que, somado às considerações anteriores, permita qualificar de jurídica a relação de prejudicialidade.

⁴¹ Assim se manifestava, por exemplo, Francesco Menestrina: “Conceitualmente, a noção lógica de prejudicialidade poderia sem qualquer modificação ser utilizada pelo jurista; mas nasceria um agrupamento infecundo e sem valor científico. Além da concepção lógica deveria, portanto, se colocar uma concepção jurídica da prejudicialidade” (*La pregiudiziale nel processo civile*, p. 91-92 – tradução livre). Manifestam a mesma preocupação, na doutrina posterior, dentre outros: ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata...*, n. 31, p. 68; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 43-44; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, p. 60-62. Vale mencionar, por outro lado, a posição peculiar de Stefano Recchioni, para quem esse seria um *falso problema*, o que decorre das críticas dirigidas pelo autor ao perfil eminentemente silogístico das tradicionais definições de prejudicialidade (*Pregiudizialità processuale...*, p. 53-54).

2.5. (Segue) O critério da “subsunção” (“igual natureza dos juízos”)

Superados alguns critérios claramente inadequados, porque baseados apenas nos *efeitos* que a prejudicial teria o condão de produzir sobre o processo (como a sua suspensão, alteração de competência etc.), foi de Francesco Menestrina “a primeira grande tentativa feita em nosso século para tratar cientificamente a matéria”⁴².

Para tanto, procurou o autor identificar quais seriam, dentre todos os elementos que o juiz, de um ponto de vista lógico, houvesse de analisar antes de julgar a causa, aqueles que *tivessem a mesma natureza do juízo final*. Buscava, com isso, encontrar, nas diversas operações mentais realizadas pelo juiz, aquelas que efetivamente fossem peculiares à sua atividade enquanto “homem-magistrado”, apartando-as daquelas que “provêm do simples homem” e que pertenceriam aos domínios da lógica⁴³.

Partindo, então, do pressuposto de que o julgamento da causa seria caracterizado pela *aplicação de uma norma abstrata a fatos concretos*, chegou à conclusão de que seriam prejudiciais, do ponto de vista jurídico, as questões que contêm, em si, a atividade de *subsunção*, o que incluiria a análise de *relações jurídicas, direitos subjetivos, pretensões e fatos jurídicos*⁴⁴.

A essa ideia aderiu, na doutrina brasileira, dentre outros autores⁴⁵, José Carlos Barbosa Moreira⁴⁶: após contrapor-se, assim como fez Menestrina, à concepção, adiante analisada, que entendia que a natureza jurídica do vínculo dependeria da possibilidade de o elemento prejudicial ser objeto de ação autônoma, o processualista carioca deixou claro que o critério a ser adotado deveria ter em vista, especificamente, as repercussões que a prejudicialidade teria sobre o estudo dos *limites objetivos da coisa julgada*, alvo de suas investigações naquela oportunidade.

⁴² Assim a qualificou Barbosa Moreira (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 45).

⁴³ Assim, expressamente: *La pregiudiciale nel processo civile*, p. 91 – tradução livre.

⁴⁴ MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiciale nel processo civile*, n. 23-24, p. 92-100. Na doutrina italiana, é o critério expressamente adotado, ainda, em: HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: CEDAM, 1937. p. 201.

⁴⁵ Por exemplo: ALVIM, Thereza. *Questões prévias...*, Cap. IV, p. 19-22. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. n. 543, p. 182-183.

⁴⁶ É o que se vê em: *Questões prejudiciais e coisa julgada*, n. 29-33, p. 45-52.

Mais especificamente, procurava, o autor, um critério de distinção capaz de isolar as questões em relação às quais *faz sentido questionar* se a respectiva decisão *faz coisa julgada*, sem incluir no conceito nada além disso, nem excluir qualquer elemento que ostentasse tal predicado. Com essa ideia, não afirmava, Barbosa Moreira, que todas as questões juridicamente prejudiciais teriam a aptidão de adquirir a autoridade de coisa julgada, mas apenas que, em relação a elas, essa seria ao menos uma *possibilidade*⁴⁷.

Entendia, então, que, dos elementos submetidos à cognição judicial, apenas aqueles que consistissem na subsunção de um fato à norma é que *seriam, em tese, aptos* a ter as respectivas decisões imunizadas pela coisa julgada, o que *excluiria* os juízos a respeito de questões *meramente de fato* ou *de direito*. Por outro lado, refutou o critério da autonomia justamente porque excluiria, da prejudicialidade jurídica, questões de ordem *processual* e atinentes às *condições da ação*, quanto às quais se poderia cogitar da formação de coisa julgada⁴⁸.

É importante perceber, nessa linha, que a adoção de referido critério por Barbosa Moreira, além de se justificar no específico objeto de sua pesquisa, é decorrência do contexto histórico em que inserido. É de se considerar, para tanto, que suas ideias foram desenvolvidas ainda na vigência do Código de 1939, época em que havia grande divergência a respeito da natureza da decisão que proclamasse a *carência de ação*, e de sua aptidão para se tornar indiscutível por força da coisa julgada⁴⁹. Por isso, então, abandonou o critério da autonomia, mas adotou o da subsunção, já que, segundo afirmava, questões meramente de fato ou de direito não teriam, jamais, aquela aptidão.

⁴⁷ Sobre o método, especificamente: *Questões prejudiciais e coisa julgada...*, p. 51.

⁴⁸ Sobre o ponto, especificamente: *Questões prejudiciais e coisa julgada...*, n. 33, p. 51-52.

⁴⁹ Prova deste estado de dúvidas é o grande número de obras escritas, àquela época, para tratar do tema das condições da ação e da natureza dos efeitos da decisão a elas concernente. Assim, por exemplo: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2014. n. 8-22, p. 29-55; e “Em torno das condições da ação – a possibilidade jurídica”. In: *Revista de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 57-66; GUIMARÃES, Luiz Machado. “Carência de ação”. In: *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora jurídica e universitária, 1969. *passim*, esp. n. 15, p. 106-107; LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1990. p. 57-98; LIEBMAN, Enrico Tullio. “O despacho saneador e o julgamento do mérito”. In: *Revista Forense Comemorativa – 100 anos*, t. 5. Coord.: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. n. 6-11, p. 30-46.

2.6. (Segue) O critério da “autonomia”

Como se disse, tanto Menestrina quanto Barbosa Moreira procuraram, em suas construções, refutar a concepção segundo a qual, dentre as prejudiciais lógicas, têm a qualificação de jurídicas aquelas questões que são dotadas de *autonomia*, no sentido de que possam ser objeto de demanda própria.

Esse era, vale dizer, o conceito adotado, embora com alguma vacilação, por Giuseppe Chiovenda⁵⁰ ao tratar da ação declaratória incidental, e que conta com adesão de importantes setores da doutrina italiana⁵¹. Na doutrina brasileira, foi esse, ainda, o critério encampado, entre outros autores⁵², por Adroaldo Furtado Fabrício⁵³ e por Ada Pellegrini Grinover⁵⁴ ao tratarem também do tema da declaração incidente.

Considerando o que dissemos anteriormente em relação à estrutura mínima do objeto do processo e à admissibilidade da tutela declaratória - que, como visto, restringe-se em geral às situações jurídicas, princípio seguido tanto no direito brasileiro quanto no

⁵⁰ É o que fica claro, por exemplo, da seguinte passagem, em que o autor procurava esclarecer o conceito de questão prejudicial adotado: “Claro está que normalmente se trata de questões relativas a vontades concretas de lei, as quais poderiam constituir objeto dum processo autônomo e ensejar, nele a coisa julgada; por quanto só em respeito a essas questões tem importância afirmar que são decididas sem efeito de coisa julgada no caso de se apresentarem como prejudiciais num processos que tenha outro objetivo” (*Instituições de direito processual civil*, vol. I. Trad.: J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. I. n. 122, p. 386). Nossa afirmação no sentido de que haveria certa “vacilação” por parte de Chiovenda se deve ao fato de que, em outras passagens, o autor trata como prejudiciais questões de ordem processual, que não poderiam ser objeto de ação autônoma. Assim, por exemplo: “[...] também pode se apresentar como prejudicial a questão sobre a existência de *outra relação* processual: assim, a exceção de litispendência, e a réplica de perempção da lide pendente pode fazer decidir, incidentemente, a questão que se pendente, ou não, outra lide; assim, da produção, em juízo, duma sentença estrangeira pode originar-se a questão de se a relação processual estrangeira se constitui regularmente [...]” (n. 123, p. 393).

⁵¹ É o que se vê, por exemplo, em: ATTARDI, Aldo. “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1990. n. 3, p. 483; CARBONARA, Francesco. “Questioni di merito e idoneità al giudicato”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2003. n. 4, p. 684-689; LIEBMAN, Enrico Tullio. “Sulla sospensione...”, n. 2, p. 292; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processual civile*, vol. I. 9ª ed. Milano: Giuffrè, 2017. n. 30.5, p. 270-272; MENCHINI, Sergio. “Accertamento incidentale”. In: *Enciclopedia giuridica*. Roma: Treccani, 1995. p. 13; MONTESANO, Luigi. *La tutela giurisdizionale dei diritti*. 2ª ed (ristampa). Torino: UTET, 1997. n. 49, esp. p. 132-133; e “Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del Codice di Procedura Civile”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1988. n. 4, p. 302.

⁵² É o que se vê, ainda, em: FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade...*, n. 16, p. 41-47; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 126; MARQUES, José Frederico. *Manual...*, vol. 3, n. 548, p. 52; SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários...*, vol. IV, n. 360, p. 448.

⁵³ *A ação declaratória incidental*, n. 29, p. 48-52.

⁵⁴ Assim: “Em sentido estrito, porém, a moderna doutrina processual reservou a denominação ‘questão prejudicial’ para as questões relativas a outros estados ou relações jurídicas, que não dizem respeito à relação jurídica controvertida, mas que, podendo embora ser por si só objeto de um processo independente, apresentam-se naquele denominado processo apenas como ponto duvidoso na discussão da questão principal” (*Ação declaratória incidental*. São Paulo: RT, 1972. n. 2, p. 10-11).

direito italiano⁵⁵ -, parece claro que a concepção agora analisada é mais restrita que aquela que se apegava à atividade de subsunção para caracterizar uma questão como prejudicial, uma vez que exclui do conceito, como regra, os *atos jurídicos* bem como elementos de ordem *processual*, que não podem ser objeto de ação autônoma.

É relevante notar que, à semelhança do que se deu com a opção que Barbosa Moreira fez pelo critério da subsunção, a afirmação de que a prejudicialidade decorreria da capacidade da questão ser objeto de ação autônoma é consequência direta do objetivo que se tinha ao estudar o assunto.

Assim, por exemplo, considerando que Chiovenda, na ocasião, tratava justamente do tema da ação declaratória incidental, ficam evidentes as razões pelas quais as prejudiciais relevantes para sua análise eram aquelas que poderiam ser objeto de demanda autônoma. É interessante notar, inclusive, o peso que, em algumas passagens, o autor dava às opções legislativas quanto ao que poderia ser deduzido em juízo: assim, por exemplo, após afirmar que elementos meramente de fato não seriam prejudiciais para aqueles fins, esclareceu que poderia, o legislador, alterar esse quadro, como teria feito, por exemplo, com a questão referente à falsidade do documento⁵⁶.

Algo de semelhante ocorreu, ainda, com o pensamento de Furtado Fabrício, que, assim como Barbosa Moreira, também se apegou à possibilidade de que a resolução da questão pudesse ser imunizada pela coisa julgada ao desenvolver a noção de prejudicialidade⁵⁷. É relevante notar, porém, que, diferentemente do processualista carioca, o autor escreveu já na vigência do Código de 1973, que não deixava margens para dúvida quanto à circunstância de que a coisa julgada recaia, apenas, sobre o dispositivo da decisão de mérito, que, por sua vez, era determinado pelos limites da demanda proposta; assim, de

⁵⁵ Ver, *supra*, o item n. 1.9.

⁵⁶ É o que se vê no seguinte trecho: “Não será, *em regra*, questão prejudicial, no sentido que estamos indicando, a questão relativa a um simples *fato jurídico*. Em circunstâncias normais, os fatos jurídicos, que só têm importância enquanto servem à formação e à aplicação *de uma vontade de lei*, somente são certificados pelo juiz como *premissas* do silogismo que conduz à declaração *dessa vontade*; e só por si não podem constituir *objeto principal* de uma declaração. Tal, porém, é possível excepcionalmente. Assim, quando a lei permite que se pleiteie por via principal a reconhecimento ou verificação duma escritura [...], e a declaração de falsidade dum documento [...] (*Instituições...*, vol. I, n. 122, p. 386-387).

⁵⁷ “Mas o aspecto mais relevante é o que se liga ao ponto culminante de interesse, sob o ângulo das repercussões práticas, do estudo da prejudicialidade, que é o de suas relações com a extensão objetiva da coisa julgada. Nessa ordem de idéias, as questões sobre as quais se deve concentrar a investigação vêm a ser precisamente aquelas a cujo respeito se possa formar coisa julgada material – vale dizer, as capazes de, por si mesmas e em caráter principal, constituírem objeto de julgamento autônomo” (*A ação declaratória incidental*, p. 50).

fato, apenas sobre aquilo que pudesse ser objeto de ação própria fazia sentido falar em coisa julgada.

2.7. (Segue) Critério adotado: a “vinculação jurídica”

Conforme se indicou acima, a análise de alguns dos autores que adotaram os critérios da “subsunção” ou da “autonomia” revela que suas escolhas foram motivadas pelas específicas implicações da prejudicialidade no estudo da coisa julgada, tema que, naquelas ocasiões, era objeto de investigação⁵⁸. Buscavam, por isso mesmo, verificar, dentre todas as questões que o juiz houvesse de analisar como pressupostos para o julgamento da causa, quais eram aquelas que, por possuir determinados atributos, teriam a aptidão, ao menos em tese, de se tornar indiscutíveis⁵⁹.

Como se disse, ainda, aquelas escolhas foram em grande medida influenciadas pelo contexto em que se inseriam os autores, sobretudo pelas regras concernentes ao que poderia ser objeto de coisa julgada, bem como pelas dúvidas que a este respeito existiam na doutrina.

A circunstância, porém, que nos parece importante ressaltar é que, se por um lado aquelas concepções atendiam perfeitamente aos objetivos que então se buscava alcançar, não são, por outro, suficientes caso se queira traçar uma noção de prejudicialidade de caráter geral, que não se prenda às características do direito positivo ou apenas a uma específica decorrência do fenômeno.

Assim, por exemplo, Barbosa Moreira, como visto, optou pelo critério da subsunção porque, em sua perspectiva, apenas os juízos feitos sobre elementos com tal característica é que poderiam, em tese, adquirir a autoridade da coisa julgada material. O fato, contudo, é que, ainda que essa fosse uma premissa adequada à luz do direito então vigente, nada impede que se possa ao menos cogitar, *de lege ferenda*, de um sistema distinto, em que questões exclusivamente de fato ou de direito possam adquirir

⁵⁸ Como demonstra Recchioni, a coisa julgada teria sido, de fato, o ponto de partida para o desenvolvimento das construções modernas referentes à prejudicialidade (*Pregiudizialità processuale...*, p. 55-56).

⁵⁹ Excetua-se, dessas considerações, segundo nos parece, o pensamento de Menestrina, que, ao adotar o critério da subsunção, buscava identificar quais seriam as questões cuja análise ostentaria características típicas da atividade judicial.

imutabilidade extraprocessual⁶⁰, como demonstra a análise do direito comparado. Como visto, aliás, até mesmo no direito brasileiro há situações excepcionais, em que a coisa julgada pode recair sobre a análise de elementos de fato ou de direito⁶¹.

Parece correta, nesse contexto, a crítica que na doutrina italiana já se levantou à concepção que busca definir a prejudicialidade a partir dos limites objetivos da coisa julgada, uma vez que aptidão da decisão de uma questão a adquirir tal autoridade “descende de uma escolha conceitual que opera sobre um plano diverso”⁶².

Considerações semelhantes também podem ser feitas em relação à concepção que se apegua à possibilidade de o elemento ser objeto de processo autônomo a fim de defini-lo como prejudicial, na medida em que, como também se procurou deixar claro anteriormente, a delimitação do conteúdo mínimo da demanda e do objeto do processo é uma escolha que toca ao direito positivo⁶³.

Com essas observações não se intenta, de modo algum, criticar a opção por tais critérios, que, como dito, são adequados aos escopos das obras em que inseridos. Como veremos em seguida, aliás, a ideia da *autonomia* é essencial para que se possa corretamente compreender a questão prejudicial de que fala o art. 503, § 1º, do CPC/15⁶⁴. O que se pretende esclarecer, porém, é que tanto o critério da subsunção quanto o da autonomia são eminentemente *acidentais*, na medida em que visam a estabelecer as características do elemento prejudicial que o tornariam apto a adquirir a autoridade de coisa julgada num determinado sistema jurídico.

É interessante notar, nessa linha, que, apesar das diferentes abrangências que cada uma delas empresta ao conceito de prejudicialidade, ambas as teorias centram suas atenções em *características intrínsecas* do elemento prejudicial, e não mais nas

⁶⁰ Nesse sentido, ressaltando não haver incompatibilidade conceitual entre a coisa julgada e a análise de questões de fato ou de direito: DALFINO, Domenico. *Questioni di diritto e giudicato...*, p. 137; MENDES, João de Castro. *Limites objetivos...*, p. 79;

⁶¹ Ver, a este respeito, o item n. 1.9, *supra*.

⁶² Assim, expressamente: DENTI, Vittorio. “Questioni pregiudiziale...”, p. 678 – *tradução livre*.

⁶³ Vale, nessa linha, a leitura das críticas de Clarisse Frechiani Lara Leite ao critério da autonomia: “[...] o critério traz o sério inconveniente de condicionar a identificação da prejudicial jurídica às normas de cada ordenamento sobre a admissibilidade da ação declaratória ou de juízos autônomos no âmbito de um mesmo processo. Como *aquilo que pode ser objeto de um processo ou juízo autônomo* varia de ordenamento a ordenamento, a definição da prejudicialidade jurídica com base na autonomia condiciona a extensão do conceito a critérios de política legislativa de cada Estado, tornando-o excessivamente acidental” (*Prejudicialidade no processo civil*, p. 79).

⁶⁴ Ver, *infra*, o item n. 2.10.

características do vínculo que esse estabelece com o elemento prejudicado, ao contrário do que se fez, como visto, quando da diferenciação entre as questões prejudiciais e as preliminares.

Foi isso o que notou, recentemente, Clarisse Frechiani Lara Leite, que, então, buscou desenvolver um critério que partisse da *relação de prejudicialidade* a fim de que se pudesse distinguir a prejudicialidade lógica da jurídica. Os méritos dessa perspectiva são evidentes: se, como se vem dizendo ao longo do presente capítulo, o conceito de prejudicialidade é eminentemente *relacional*, na medida em que retrata um liame existente entre dois juízos, deve-se buscar *no vínculo*, e não nos elementos por ele ligados, o atributo capaz de qualificar de jurídica a prejudicialidade⁶⁵.

De acordo com a autora, então, a prejudicialidade é jurídica quando a vinculação que se estabelece entre antecedente e consequente é “*ditada pelo direito, e não pela causalidade ou pela observância daquilo que ordinariamente acontece*”. E isso, independe da natureza da questão prejudicial, que pode ser puramente um fato, uma proposição jurídica, ou já o resultado de atividade de subsunção. Importa, na verdade, a vinculação que une o juízo sobre tal questão ao juízo prejudicado, que deve ser ditada pelo direito⁶⁶.

Isso ocorrerá, em síntese, quando o ordenamento jurídico prescrever que, presente ou ausente certo elemento (de fato, de direito, resultado da atividade de subsunção, uma situação jurídica autônoma etc.), se produza uma *consequência jurídica impositiva*, o que, trazido ao campo do processo, determina que, realizado um juízo num determinado sentido (e, assim, constada a ausência ou a presença daquele elemento), certas repercussões se façam sentir em outro juízo, logicamente dependente.

Como se disse, sob essa perspectiva nada impede que o vínculo se estabeleça entre um fato e determinadas consequências jurídicas atribuídas por lei, como ocorre, por exemplo, entre a constatação da presença, em contrato regido pelo Código de Defesa do Consumidor, de cláusula que estabeleça a possibilidade de variação unilateral de preço e a

⁶⁵ “Assim, buscando examinar não mais um particular aspecto da *figura prejudicial* mas a própria *relação de prejudicialidade*, parece poder-se falar num critério de distinção entre relação de prejudicialidade no puro âmbito lógico e no âmbito jurídico” (*Prejudicialidade no processo civil*, p. 85).

⁶⁶ Sobre o tema: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, n. 16, p. 85-92. O seguinte trecho resume as ideias da autora: “Prejudicialidade jurídica é, assim, a relação que existe entre um *juízo judicial* (do âmbito imperativo ou lógico) e uma *decisão judicial*, em que o primeiro se mostra apto a condicionar o teor da segunda, decorrendo esse condicionamento tanto (a) da vinculação abstratamente prevista no sistema jurídico entre as situações objeto desses juízos como (b) dos efeitos atribuídos pelo sistema processual ao primeiro provimento, que alcançam o prolator da segunda decisão” (p. 91-92).

sua invalidade (art. 51, X). Nada obsta, ainda, que a relação de prejudicialidade se estabeleça entre um elemento que já resulte da operação de subsunção e certos efeitos jurídicos, como ocorre com juízo de que um sujeito agiu de modo culposo em uma situação, que, somado a outros elementos, fazem surgir o dever de indenizar (CC/02, arts. 186 c/c 927). De igual modo, a questão prejudicial pode ser exclusivamente de direito, como ocorre, por exemplo, entre a constatação da inconstitucionalidade da lei que instituiu determinado tributo e a ilegalidade de sua cobrança pelo fisco.

Diferente disso, como se indicou acima, é o que ocorre quando a relação entre dois juízos é ditada não por regras de direito, mas pela *causalidade*, como ocorre com as *presunções judiciais*, em que da ocorrência de um fato se infere que outro tenha ocorrido. É de se notar que, nesses casos, não são as regras de direito que ligam o juízo sobre um fato ao juízo de outro, mas a observação do que ordinariamente acontece.

Nada impede, porém, que entre a análise de dois fatos se estabeleça uma relação de prejudicialidade jurídica, o que ocorrerá quando se estiver diante de uma *presunção legal*, caso em que é uma norma jurídica que estabelece que, presente ou ausente um elemento fático, se considere outro presente ou ausente. É o que se passa, por exemplo, com a regra de que, devolvido o título de crédito ao devedor, presume-se o pagamento (CC/02, art. 321)⁶⁷.

Como se disse, a elaboração de um conceito jurídico de prejudicialidade desvinculado de vicissitudes do direito positivo ou das repercussões que o fenômeno provoque sobre a disciplina deste ou daquele instituto deve partir não de características do elemento prejudicial, mas da própria *relação* que se estabelece entre este e o elemento prejudicado.

Isso não significa, repita-se, que a lei não possa se apegar a determinados atributos da questão prejudicial ao disciplinar as diversas repercussões que o fenômeno da prejudicialidade traz para o processo. Assim, por exemplo, a suspensão do processo por prejudicialidade externa, na hipótese do art. 313, V, “a”, do CPC/15, depende de que o elemento prejudicial tenha sido deduzido como objeto principal de outro processo. Ou, ainda, o incidente de inconstitucionalidade disciplinado nos arts. 948 a 950 do CPC/15

⁶⁷ A respeito do que se disse nos dois últimos parágrafos, especificamente: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, p. 85-86.

destina-se às situações em que surge, num determinado processo, prejudicial consistente no questionamento quanto à constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Circunstância semelhante, como veremos em seguida, se verifica com a *questão prejudicial incidental* apta à formação de coisa julgada nos termos do art. 503, § 1º, do CPC/15, que deve conter determinadas características específicas.

2.8. Ponto prejudicial, questão prejudicial e causa prejudicial

Ainda no intuito de buscar subsídios para que possamos adequadamente caracterizar a questão prejudicial de que fala o art. 503, § 1º, do CPC/15, é importante tratar, ainda que brevemente, de uma classificação, tradicional na doutrina⁶⁸, que busca retratar as distintas formas pelas quais a prejudicialidade pode-se manifestar no processo. Fala-se, então, em *ponto*, *questão* e *causa* prejudicial.

É importante perceber, antes de prosseguir, que à classificação, como se vem notando, podem ser dirigidas certas críticas pelo fato não adotar critério único. Isso porque, enquanto a distinção entre *ponto* e *questão* situa-se, a partir das sempre lembradas lições de Carnelutti, na existência ou não de *controvérsia* sobre o elemento prejudicial⁶⁹, o fato de ele constituir ou não uma *causa prejudicial* depende de ter sido formulada *demand* em relação a ele, e, portanto, de integrar o mérito da causa⁷⁰.

⁶⁸ A classificação remonta a Francesco Menestrina e permeia toda a segunda parte de sua obra, destinada ao “tratamento da prejudicial no processo” (*La pregiudiziale nel processo civile*, n. 30-50, p. 121-218). Na doutrina brasileira, a classificação é adotada, embora com algumas variações, dentre outros, em: ALVIM, Thereza Arruda. *Questões prévias...*, p. 27-29; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 210-211; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 48-49; FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade...*, n. 19-25, p. 54-61.

⁶⁹ Para a noção de *questão*, em contraposição à de *ponto*, no pensamento de Carnelutti, ver a nota n. 182, que consta do item n. 1.10, *supra*.

⁷⁰ “A classificação da figura prejudicial tal como apresentada, embora seja de fato muito relevante para o tratamento científico da matéria, merece algumas observações. Isso porque, diferentemente do que faz parecer, não se realiza com base em um critério classificatório único, mas em dois. Pelo critério relativo à existência ou inexistência de dúvida a respeito da afirmação, distingue-se o ponto prejudicial, de um lado, da questão e da causa prejudiciais, de outro. Ponto é a afirmação processual sobre a qual (já ou ainda) *não pairam dúvidas*, sendo a questão e a causa pontos, em regra, *duvidosos*. A distinção entre questão e causa, por seu turno, tem como fundamento não a existência de controvérsia, mas o ‘tipo de cognição’ – incidental ou principal que se realiza sobre a matéria. Em outras palavras, o critério para a identificação de uma categoria denominada causas prejudiciais vincula-se ao plano processual em que se localiza a premissa – lógico ou imperativo: questão é a controvérsia existente no plano lógico, a ser solucionada *incidenter tantum*, e causa é aquela presente no campo imperativo, que exige decisão *principaliter*” (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, p. 102-103). Em sentido semelhante, ainda: RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 41, nota n. 105.

De toda sorte, apesar da heterogeneidade dos critérios, a classificação mostra-se relevante para os fins do presente trabalho, uma vez que retrata formas diversas pelas quais o *elemento prejudicial*⁷¹ pode se manifestar num determinado processo, o que tem repercussões na maneira como deve o juiz tratá-lo em sua atividade decisória.

Teremos um *ponto prejudicial* quando, reunindo as características acima vistas capazes de enquadrá-la no fenômeno da prejudicialidade lógica e jurídica, uma proposição não for objeto de controvérsia atual, o que ocorrerá quando, não tendo havido questionamento entre as partes, ela também não for posta em dúvida pelo juiz⁷². Também haverá um ponto prejudicial em hipóteses nas quais, independentemente da existência de controvérsia, o elemento já houver sido anteriormente resolvido com força de coisa julgada, o que impede a sua reanálise.

Por outro lado, quando um dado elemento prejudicial for objeto de controvérsia entre as partes ou for colocado em dúvida pelo juiz, ter-se-á uma *questão prejudicial*, a ser resolvida, caso necessário, para fins de fundamentação da decisão.

Finalmente, quando, reunindo as características necessárias para tanto, uma dada prejudicial for objeto de demanda autônoma, teremos uma *causa prejudicial*. É de se notar que isso pode ocorrer no mesmo processo em que se discuta a questão prejudicada (causa prejudicial *interna*) ou em outro processo (causa prejudicial *externa*)⁷³.

⁷¹ A adoção da expressão *elemento prejudicial* como termo neutro, que pode ser um ponto, uma questão, ou uma causa, é sugestão de Recchioni (*Pregiudizialità processuale...*, p. 41, nota n. 105).

⁷² Essa segunda condição é importante porque, mesmo que o elemento não tenha sido controvertido por uma das partes, poderá o juiz, em determinadas situações, colocar em dúvida a afirmação que a seu respeito se fez (neste sentido, dentre outros: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 49, nota n. 9). Quanto às questões de fato, é o que ocorrerá quando estiver presente alguma das exceções ao efeito material da revelia (art. 345) ou ao ônus da impugnação específica dos fatos (art. 341). Em relação, aliás, às questões de direito, ou àquelas em que a um fato tenha se agregado um elemento jurídico, pode o juiz, sempre, colocar em dúvida a afirmação da parte, o que decorre do aforismo *iura novit curia*. Isso não significa, porém, a nosso ver, ao contrário do que recentemente se afirmou, que a distinção entre ponto e questão seria irrelevante quando se trate de elementos jurídicos pelo fato de que “ainda que inexista controvérsia sobre uma alegação jurídica esta não será assumida pelo juiz como válido e poderá ser rejeitada mesmo sem impugnação da outra parte” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. “Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil”. In: *Revista de processo*, n. 252. São Paulo: RT, 2016. n. 4.5). Isso porque, ainda que seja correta a observação quanto à possibilidade de que a afirmação jurídica seja, sempre, colocada em dúvida pelo juiz, pode ser que isso não venha a efetivamente ocorrer no processo, ou seja, que *não se manifeste* nenhuma controvérsia a seu respeito em juízo.

⁷³ Vale ressaltar que há autores, como Barbosa Moreira, para quem só se poderia falar em *causa prejudicial* quando a respectiva pretensão houver sido formulada em processo distinto daquele em que se situa o elemento prejudicado (prejudicialidade *externa*). É o que se vê do seguinte trecho: “[...] se o anel lógico a ser inserido na cadeia silogística vem de fora, resulta de pronunciamento emitido *principaliter* emitido em processo distinto, mas ao menos em parte contemporâneo, aparece a *causa prejudicial*, que pode ter nascido independentemente, mas também pode ter-se originado do próprio processo em que se discute a questão subordinada, acarretando, facultativa ou necessariamente, a suspensão dêste” (*Questões prejudiciais e coisa*

Como dito, é importante, para os fins deste trabalho, ter claras essas diversas manifestações do fenômeno da prejudicialidade porque se alteram, de uma para outra, as formas pelas quais o elemento prejudicial será analisado pelo juiz. Muda, além disso, a possibilidade de que sobre ele recaia a autoridade de coisa julgada material, bem como os requisitos necessários para tanto. A questão será analisada mais à frente de forma mais minuciosa, mas cabe, desde logo, uma breve alusão ao que se quer dizer.

Assim, diante de um ponto prejudicial, não se terá verdadeira resolução por parte do juiz, a quem caberá simplesmente inserir a proposição em seu raciocínio, caso seja isto necessário para a solução da questão dependente. Neste caso, não havendo controvérsia, não haverá que se falar na formação de coisa julgada por força do art. 503, § 1º, do CPC/15.

Por sua vez, havendo uma questão prejudicial, caberá ao juiz resolvê-la *desde que* isso se faça necessário para fins de fundamentação de sua decisão judicial. Neste caso, pode sobre ela se formar a autoridade de coisa julgada na forma do art. 503, § 1º, do CPC/15, o que exige o preenchimento de requisitos específicos.

Por fim, em se tratando de uma causa prejudicial, integrando esta o objeto do processo, o juiz está *obrigado* a resolvê-la em caráter principal, o que levará, sempre, à formação de coisa julgada na forma do art. 503, *caput*, do CPC/15.

2.9. A caracterização da questão prejudicial prevista no § 1º do art. 503 do CPC/15

Uma vez analisados os significados lógico e jurídico da relação de prejudicialidade, e vistas as diversas formas pelas quais o elemento prejudicial pode se manifestar no processo, passamos, neste momento, a proceder a uma caracterização da questão prejudicial incidental sobre cuja análise pode recair a autoridade de coisa julgada nos termos do art. 503, § 1º, do CPC/15.

É importante, para tanto, advertir quanto ao fato de que algumas das características que serão aqui ressaltadas dependem da forma como interpretados os requisitos legais para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial, o que será objeto de análise em

julgada, p. 48-49). Parece-nos possível, porém, como faz Thereza Alvim (*Questões prévias e os limites...*, Cap. VI, p. 27-29) falar em causa prejudicial também nos casos em que, no âmbito de um mesmo processo, houver relação de prejudicialidade entre pretensões que compõem o objeto do processo, perspectiva que, inclusive, é a que mais de perto interessa aos fins do presente trabalho.

etapa posterior do presente trabalho. De toda sorte, ainda que, para tanto, tenhamos de adiantar algumas das conclusões a que posteriormente se chegará, parece-nos de todo oportuno que sejam elas enunciadas no presente capítulo, vez que se tratam de aspectos ligados diretamente ao tema da prejudicialidade.

Antes de tudo, é preciso não deixar qualquer dúvida quanto ao fato de que, dentre as duas espécies de questões prévias analisadas, o elemento de que trata o art. 503, § 1º deve colocar-se, em relação ao mérito da causa, como questão efetivamente *prejudicial*, no sentido de que sua análise deve ser capaz, em tese, de influenciar o *modo* como devem ser apreciadas as pretensões deduzidas em juízo.

Não parece correta, sob esse ponto de vista, a ideia, recentemente sustentada, de que haveria a possibilidade de que a coisa julgada, por meio daquele dispositivo, viesse a recair sobre a análise de elemento que se coloca como *preliminar* em relação ao julgamento do mérito. Para chegar a essa conclusão, partiu-se da relação, anteriormente mencionada, que se estabelece entre pretensões deduzidas em juízo por meio de *cumulação eventual*, em que a procedência do pedido principal inviabilizaria a apreciação do pedido subsidiário. Afirma-se, então, que, sobre a *improcedência* do pedido principal – o que possibilita o julgamento da pretensão subordinada –, deve recair a coisa julgada material⁷⁴.

De fato, na linha do que dissemos⁷⁵, a relação que se estabelece entre as pretensões, neste caso, não se enquadra no esquema da prejudicialidade, mas no da influência preliminar. Não se duvida, além disso, que o julgamento do pedido principal, quer conclua pela procedência ou pela improcedência, deve, uma vez preclusas as vias recursais, adquirir a autoridade da coisa julgada. O equívoco do raciocínio, porém, está no fato de que a pretensão subordinante, neste caso, *integra o objeto do processo*, de modo que seu julgamento é realizado *a título principal*, na parte dispositiva da decisão (CPC/15, art. 489, III), estando sujeito, portanto, à coisa julgada na forma do *caput* do art. 503, e não de seu §

⁷⁴ É o que defendeu Ricardo Alexandre da Silva: “Nessa tese, quando se faz menção, especificamente no estudo da extensão da coisa julgada às questões prejudiciais (CPC, art. 503, §§1º e 2º), pretende-se abranger, com a locução, tanto as questões de mérito tipicamente prejudiciais, quanto as preliminares. A questão que constitui antecedente lógico no âmbito das preliminares também é atingida pela coisa julgada. Retome-se a hipótese de cumulação alternativa eventual. A improcedência do pedido principal, que autoriza a análise do pedido subsidiário, é coberta pela res judicata. É verdade que nesse caso o pedido principal não inviabilizou a apreciação do subsidiário. Mas ele não precisa fazê-lo para ser considerado como preliminar. Basta que tenha aptidão para inviabilizar o pedido subsequente, o qual constitui questão prejudicada” (*Limites objetivos da coisa julgada...*, p. 129).

⁷⁵ Ver, *supra*, o item n. 2.2.

1º. Trata-se, em resumo, de coisa julgada sobre *questão (preliminar) principal*, e não sobre questão prejudicial/preliminar incidental.

Prosseguindo, é importante verificar, ainda, de que maneira a questão prejudicial incidental apta à coisa julgada se insere nas diversas formas pelas quais a influência potencial que caracteriza a prejudicialidade pode se manifestar concretamente. Como se disse, é possível, sem que fique descaracterizado o vínculo de prejudicialidade, que a aptidão de que é dotado o elemento prejudicial para determinar o teor do juízo sobre o elemento prejudicado não se converta em influência efetiva⁷⁶.

Isso pode decorrer, primeiramente, da *ausência de análise* da prejudicial, o que ocorre todas as vezes que o resultado que por meio dela se poderia atingir já é alcançado a partir da apreciação de outros elementos de cognição que se coloquem à disposição do julgador. Caso isso ocorra, então, não haverá, como se verá mais à frente, a possibilidade de se falar em coisa julgada sobre questão prejudicial, uma vez que, para tanto, é necessário haver *decisão expressa* a respeito da questão, nos termos do art. 503, § 1º⁷⁷.

Pode ocorrer, ainda, como se disse, que, *conquanto expressamente analisada* pelo julgador, a questão prejudicial *não exerça qualquer influência* sobre o resultado a que se acaba chegando com relação ao *meritum causae*. Isso se vê acima de tudo em situação na qual a prejudicial é resolvida no sentido de afastar um obstáculo à existência do direito deduzido em juízo, que, entretanto, acaba por não ser reconhecido em decorrência de outros fatores. É o que ocorreria, por exemplo, quando, afastada a alegação de nulidade do contrato do qual decorre a prestação pretendida em juízo, o pedido condenatório é rejeitado porque verificada a ocorrência da prescrição ou do pagamento, ou, ainda, porque comprovada a existência de crédito compensável de titularidade do réu.

Nesses casos, então, em que a decisão a que se chegou quanto ao mérito da causa *não tenha dependido* da análise da questão prejudicial, também não é possível se falar na formação de coisa julgada em relação a essa última, o que, como veremos, decorre da interpretação a ser dada ao requisito do art. 503, § 1º, I, do CPC/15⁷⁸.

⁷⁶ Ver, *supra*, o item n. 2.4.

⁷⁷ Para uma análise detalhada da necessidade de que sobre a prejudicial haja *decisão expressa*, ver, *infra*, o item n. 5.8.

⁷⁸ Para uma análise detalhada do requisito previsto no art. 503, § 1º, I, do CPC/15, ver, *infra*, o item n. 5.9.

Com isso não se quer dizer, porém, que a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental dependa de que essa tenha determinado, *por si só*, a forma como julgado mérito. Com efeito, pode ocorrer de que ao resultado da demanda se tenha chegado por meio da *conjugação* do juízo realizado sobre a prejudicial com a análise de outros elementos, o que, como visto, ocorrerá sobretudo nas hipóteses em que se concluir pela *existência* de um direito ou situação jurídica, o que depende da presença de cada um de seus fatos constitutivos bem como da inexistência de eventuais fatos extintivos, impeditivos ou modificativos.

Assim, por exemplo, para ficar numa situação frequentemente mencionada, a conclusão a respeito da existência do direito à percepção de pensão alimentícia decorrente da filiação depende não apenas da existência do vínculo de parentesco, como também da análise do binômio necessidade/possibilidade. Nesse caso, então, o fato de a existência da paternidade não ser, isoladamente, suficiente para o juízo de procedência, não impede que sobre a sua análise venha a recair a autoridade de coisa julgada.

Em relação, por sua vez, às diversas formas pelas quais, como visto, o elemento prejudicial pode ser trazido ao processo, pode-se dizer que tão somente sobre a análise de uma *questão prejudicial* é que se faz possível a formação de coisa julgada na forma do art. 503, § 1º, do CPC/15.

Com isso, se excluem da incidência do dispositivo as hipóteses em que sobre o elemento prejudicial tenha sido formulada *demand*a, dando azo ao surgimento de uma *causa prejudicial*: nesses casos, uma vez que tenha sido trazido a juízo por meio de uma pretensão, aquele elemento passa a compor o mérito da causa, e, assim, integrará o *objeto da decisão*, estando sujeito, portanto, como se disse, à coisa julgada na forma do art. 503, *caput*, do CPC/15.

De semelhante modo, também não há a possibilidade de formação de coisa julgada material sobre a apreciação de *ponto prejudicial*, isto é, de elemento em relação ao qual não tenha se instaurado controvérsia no processo. Mais do que uma decorrência do fato de que a lei expressamente alude à *questão prejudicial*, essa é uma consequência que, como se verá, há de ser extraída do requisito do *contraditório efetivo* (CPC/15, art. 503, § 1º, II)⁷⁹.

⁷⁹ Sobre o requisito do contraditório efetivo, ver, *infra*, o item n. 5.11.

2.10. (Segue) A restrição da coisa julgada à análise de elementos que possam ser objeto de ação autônoma

Dando sequência à caracterização da questão prejudicial incidental prevista no art. 503, § 1º, é necessário que se trate de elemento *apto a ser objeto de demanda autônoma*⁸⁰. Desse modo, ainda que a autonomia não seja, como visto, um atributo essencial para que se afirme o caráter jurídico do vínculo prejudicial, trata-se de requisito para a incidência de coisa julgada no sistema do Código de Processo Civil.

É importante, neste ponto, lembrar o que dissemos, anteriormente, a respeito da estrutura mínima do objeto do processo e dos limites à admissibilidade da tutela declaratória no direito brasileiro⁸¹: em regra, nos termos do art. 19, I, do CPC/15, apenas é possível a formulação de pedido declaratório em relação a *situações jurídicas concretas*. No que se refere ao Código de Processo Civil, a única ressalva a essa regra seria o reconhecimento da autenticidade ou falsidade de documento (art. 19, II), caso em que a lei, excepcionalmente, permite que a declaração recaia sobre elemento de fato.

A partir dessas considerações pode-se dizer, então, que, mesmo que possam configurar, conforme as concepções adotadas neste trabalho, elementos prejudiciais ao mérito, não é possível que a coisa julgada material venha a recair sobre a análise de questões meramente *de fato* ou *de direito*, ou, ainda, resultantes da *subsunção* de um a outro se, dessa operação, não resultar, por si só, uma relação jurídica. Explica-se.

⁸⁰ Nesse sentido, enfrentando expressamente o tema, vale a leitura do que consta em: FONSECA, João Francisco Naves. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX. São Paulo: Saraiva, 2017. n. 71.1, p. 128-131; LUCCA, Rodrigo Ramina de. “Os limites objetivos da coisa julgada...”, n. 4.8; MACÊDO, Lucas Buriel de. “Coisa julgada sobre fato? Análise comparativa com o *collateral estoppel* de sua possibilidade de *lege lata* ou de *lege ferenda*”. In: *Revista de processo*, n. 260. São Paulo: RT, 2016. n. 5.1; SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos*. Salvador: Juspodivm, 2017. n. 6.4.3, p. 301-303. Na mesma linha, ainda, é o que se extrai de diversos autores que, sem um tratamento mais específico da questão, afirmam que a coisa julgada, neste caso, restringe-se à análise de relações ou situações jurídicas concretas: CABRAL, Antonio do Passo. “Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: RT, 2015. p. 1290; DIDIER Jr., Fredie. “Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro”. In: *Civil Procedure Review*, v.6, n.1: 81-94, jan-apr., 2015. p. 85; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, p. 184; REDONDO, Bruno Garcia. “Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC”. In: *Revista de processo*, n. 248. São Paulo: RT, 2015. n. 7.1.1; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada...*, p. 128-129; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; STRECK, Lenio Luiz. “Comentários ao art. 504”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 719-720; TALAMINI, Eduardo. “Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Código de Processo Civil anotado*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci [et al.]. Rio de Janeiro: GZ, 2016. p. 716; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1151.

⁸¹ Ver, *supra*, o item n. 1.9.

Na linha do que se disse, a vinculação da coisa julgada a elementos que possam ser objeto de demanda própria, e a impossibilidade de que venha ela a recair sobre questões de fato ou de direito, não são imposições de ordem conceitual, mas que, na verdade, decorrem de *opções expressas do direito positivo*.

No sistema do CPC/73, era o que resultava, com muita clareza, da conjugação de três fatores: (i) a restrição da tutela declaratória às relações jurídicas, como princípio geral (art. 4, I); (ii) a regra da correlação (arts. 2º, 128, 459 e 460); e (iii) a limitação da coisa julgada ao dispositivo da sentença de mérito (arts. 458, III, 468 e 469). Estabelecia-se, com isso, uma ideia segundo a qual a coisa julgada recairia sobre o objeto da decisão, que, por sua vez, atrelado à demanda, tinha como conteúdo uma relação jurídica concreta.

No Código de 2015, por sua vez, como se vem sustentando ao longo do presente trabalho, estabeleceu-se, por força do § 1º do art. 503, uma *ruptura entre o objeto da decisão e a coisa julgada*, que não mais se limita à parte dispositiva da sentença de mérito.

Nesse quadro, ainda que o objeto do processo continue a ter na noção de situação jurídica a sua “mínima unidade estrutural” (art. 19, I), e que esse, pela regra da correlação, continue a vincular o objeto da decisão, o legislador *poderia* ter permitido que a coisa julgada, ao alcançar elementos constantes da motivação, tornasse imutável a análise feita sobre questões de fato ou de direito. *Caso isso houvesse ocorrido, a coisa julgada alcançaria elementos que não são – e não poderiam ser – objeto das pretensões deduzidas em juízo, ou, em outras palavras, elementos que não poderiam ser objeto de ação autônoma.*

Não foi essa, entretanto, a opção consagrada no Código de Processo Civil atualmente vigente.

É isso, em primeiro lugar, o que se extrai da previsão contida no art. 503, § 1º, III, do CPC/15, que exige, para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial, que o juízo tenha competência absoluta “*para resolvê-la como questão principal*”, regra a partir da qual se pode concluir que aquela autoridade está limitada à análise de elementos que poderiam ser objeto de ação autônoma⁸².

⁸² Referem-se, também, ao art. 503, § 1º, III, a fim de sustentar posição idêntica: FONSECA, João Francisco Naves. *Comentários...*, vol. IX, p. 131; MACÊDO, Lucas Buril de. “Coisa julgada sobre fato?...” , n. 5.1.

A vedação é ainda mais clara em relação às questões de fato, na medida em que o art. 504, II, do CPC/15 exclui peremptoriamente a incidência de coisa julgada sobre “*a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença*”.

Como se disse, então, ainda que essa não seja uma exigência que decorre do conceito de prejudicialidade, e tampouco uma vedação ligada à natureza jurídica da coisa julgada, pode-se dizer que, no sistema atualmente vigente, a questão prejudicial apta à coisa julgada é aquela capaz de ser objeto de ação autônoma. É importante, porém, ressaltar que, desde que atenda a essa estrutura mínima – ou seja, desde que se trate de uma situação jurídica concreta -, a análise do elemento prejudicial realizada na motivação da decisão, uma vez preenchidos os requisitos legais, é capaz de se tornar imutável e indiscutível.

2.11. (Segue) Especificamente: impossibilidade da formação de coisa julgada sobre a análise de questões de fato

Por tal razão é que, primeiramente, não nos parece possível, ao contrário do que já se afirmou⁸³, sustentar que juízos a respeito de elementos de fato, isolados ou valorados juridicamente, possam se tornar imutáveis e indiscutíveis por força do art. 503, § 1º, do CPC/15⁸⁴.

Assim, retornando a um exemplo a que recorremos anteriormente, imagine-se que, por trabalhar com determinados produtos de limpeza, um servidor público municipal ajuíze demanda em que pretenda a condenação do município a lhe pagar adicional de insalubridade, que não teria sido incluído em seus vencimentos. Imagine-se, ainda, que, após a produção de prova pericial, fique comprovado que, de fato, os produtos apresentam uma determinada concentração de agentes químicos que configura situação de insalubridade, o que, então, resulta na condenação do réu ao pagamento daquela vantagem, tanto em caráter retroativo quanto prospectivo.

⁸³ É o que afirma Luiz Guilherme Marinoni, com base em diversos exemplos, que serão abaixo analisados: “Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro”. In: *Revista de processo*, n. 259. São Paulo: RT, 2016. *passim*, esp. n. 3, 4, 9 e 12.

⁸⁴ Neste sentido, além dos autores citados na nota n. 80, *supra*, também negam a possibilidade de formação de coisa julgada sobre questão de fato: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 336; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança”. In: *Revista de processo*, n. 230. São Paulo: RT, 2014. n. 6.1.

Nesse caso, uma vez que transite em julgado a decisão de procedência, a coisa julgada atingirá, em via principal, o reconhecimento do direito à percepção do adicional de insalubridade (elemento declaratório), bem como a condenação do réu ao respectivo pagamento (elemento condenatório). Por outro lado, não haverá que se falar na formação da imutabilidade em relação à análise feita, na sentença, quanto à concentração de agentes químicos nos produtos utilizados pelo autor e quanto à existência de situação de insalubridade, elementos que não configuram, por si só, situações jurídicas, mas, na verdade, se colocam como simples premissas para o reconhecimento do direito analisado a título principal.

Deste modo, caso, posteriormente, o mesmo autor volte a juízo a fim de obter a condenação do município ao pagamento de indenização por danos causados à sua saúde pelo fato de ter trabalhado com aqueles produtos, não haverá, no novo processo, vinculação à análise anteriormente feita em relação à concentração de agentes químicos ou à presença de situação de insalubridade, elementos que, repita-se, por não terem a aptidão de ser objeto de ação autônoma, não se tornaram indiscutíveis na forma do art. 503, § 1º.

Ainda no intuito de ilustrar o que se quer dizer, voltemos a outro exemplo anteriormente mencionado: diante de ofensas praticadas, de modo anônimo, em rede social, o doador de um bem ajuíza demanda em que, afirmando que o responsável pelos atos teria sido o donatário, pretende a revogação da doação com base no art. 557, III do CC/02. Realizada a prova pericial, chega-se à conclusão de que, de fato, as ofensas foram praticadas pelo requerido, o que resulta, então, na sentença de procedência.

Nessa situação, transitada em julgado a sentença, a coisa julgada recairá, em via principal, sobre o reconhecimento do direito potestativo à revogação da doação (elemento declaratório), bem como sobre o efetivo desfazimento do ato (elemento constitutivo negativo). Não haverá, por outro lado, que se falar na formação de tal autoridade em relação ao juízo, contido na motivação da decisão, no sentido de que o ato realmente teria sido praticado pelo requerido, uma vez que não se trata de elemento capaz de ser objeto de ação autônoma, ainda que, pela perspectiva adotada neste trabalho, se trate de questão prejudicial.

Diante disso, caso o antigo doador ajuíze nova demanda visando, desta vez, à condenação do donatário ao pagamento de danos morais em decorrência das ofensas, não haverá vinculação à convicção, que anteriormente se alcançou, de que elas teriam sido

praticadas pelo requerido, podendo, o juiz do novo processo, chegar a uma conclusão diversa.

Ainda a fim de deixar claro o que se quer dizer, voltemos, uma vez mais, ao que ocorre em ação indenizatória decorrente de acidente automobilístico, exemplo a partir do qual poderemos, na sequência, analisar questões de maior indagação. Imagine-se, então, que é proposta demanda com vistas à condenação do réu ao pagamento de danos materiais decorrentes de gastos do autor com reparos em seu veículo e com o tratamento necessário à sua recuperação. No curso do processo, fica comprovado, pelas provas produzidas em juízo, que o réu dirigia acima dos limites de velocidade, razão pela qual, entendendo que seria sua a culpa pelo evento, o juiz julga procedentes as pretensões condenatórias.

Nesse caso, a coisa julgada que se formará sobre a sentença de procedência atingirá, em via principal, o reconhecimento do direito de crédito do autor em relação às quantias referidas (elemento declaratório), bem como a condenação do réu ao seu pagamento (elemento condenatório). Não haverá, por outro lado, que se falar em coisa julgada sobre o entendimento referente à velocidade em que o requerido dirigia seu veículo, e tampouco quanto à sua culpa pelo acidente, questões, portanto, que poderão ser reanalisadas em demanda posterior na qual o mesmo autor pretenda, por exemplo, a obtenção de indenização por danos morais ou estéticos decorrentes do mesmo evento.

Disso se extrai, então, que, em demandas indenizatórias, não se formará coisa julgada sobre o juízo que se fizer quanto à *culpa* ou à *responsabilidade* do réu, elementos que não configuram, por si só, situações jurídicas, sendo, na verdade, pressupostos necessários ao surgimento da relação obrigacional decorrente do ato ilícito⁸⁵. E, não se podendo falar em coisa julgada entre as partes, *também não haverá que se cogitar da formação de coisa julgada em benefício de terceiro*.

Essa última observação é importante para que se possa afastar a ideia de que, em casos nos quais um *mesmo evento concreto* tenha causado *múltiplos danos*, que atinjam

⁸⁵ Em sentido contrário, é o que escreve Marinoni: “[...] uma vez decidida a questão da culpa com autoridade de coisa julgada, não será possível voltar a discutir e decidir a mesma questão em outra ação em que o mesmo autor peça a indenização por lucros cessantes ou danos morais em face do mesmo réu e do mesmo fato antes qualificado como culposo. O juiz da primeira ação já decidiu sobre a existência de culpa, de modo que o juiz da segunda ação, em que se pede indenização por outro dano em virtude do mesmo fato antes admitido como culposo, não pode permitir que se volte a discutir a questão da culpa nem decidi-la. Está impedido a tanto pela coisa julgada formada sobre a questão” (“Coisa julgada sobre questão...”, n. 3). Na linha do que escrevemos, por outro lado: SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada...*, p. 130-131.

uma pluralidade de pessoas, o juízo que se faça sobre a responsabilidade do réu em demanda ajuizada por uma ou algumas das vítimas possa ser aproveitado, de modo vinculante, em processos iniciados por outros sujeitos que também se sintam lesados⁸⁶.

É de se pensar, por exemplo, na hipótese em que um acidente aéreo faça surgir, para os familiares das vítimas, múltiplos direitos à indenização, de origem moral e material. Ou, então, em uma dimensão ainda maior, na situação em que um desastre ambiental de grandes proporções atinja um grande número de pessoas, causando-lhes danos de diversas ordens. Nesses casos, então, a conclusão a que se chegar a respeito da responsabilidade do causador dos danos em ação individual ajuizada por uma ou algumas das vítimas não se tornará indiscutível por força da coisa julgada, e, assim, não poderá ser aproveitada por outros sujeitos.

Considerações idênticas são válidas, ainda, para os casos nos quais práticas *reiteradas* de um sujeito causem *danos em série* a diversas pessoas, como ocorre quando uma empresa disponibiliza, perante o mercado de consumo, um produto que frequentemente apresenta um mesmo defeito.

Cogite-se, por exemplo, da hipótese em que um modelo de veículo comercializado por determinada montadora apresenta, com frequência, problemas em seu sistema de freios, o que vem a causar danos a vários compradores. Nesse caso, então, ajuizada demanda por um deles, e condenado o réu, não poderão outros consumidores aproveitar, em suas demandas individuais, a conclusão a que se tenha chegado quanto à responsabilidade do fornecedor, uma vez que, repita-se, essa é apenas um pressuposto para que se possa falar no direito à indenização⁸⁷. Conclusão distinta não poderia ser alcançada,

⁸⁶ Neste ponto, discorda-se, uma vez mais, da posição defendida por Marinoni: “Um dos casos em que a coisa julgada em favor de terceiros mostra-se mais relevante é aquele em que alguém pratica um ato de que derivam múltiplos fatos danosos. Assim, por exemplo, no derrame de material químico em uma região litorânea, que ocasionou danos a centenas de pescadores e a dezenas de restaurantes e hotéis. Num caso como esse, em que são produzidos fatos danosos de diferentes proporções, o nexo causal constitui um árduo pressuposto a ser ultrapassado para a definição da responsabilidade pelo dano. [...] Se a questão respeitante à responsabilidade do dano foi adequadamente discutida pela empresa, há coisa julgada sobre a questão da responsabilidade pelo dano” (“Coisa julgada sobre questão...”, n. 12).

⁸⁷ Em sentido contrário, novamente, é a posição de Marinoni: “Numa situação como esta, não obstante as aquisições sejam individualizadas, os produtos contêm um mesmo defeito, que está na projeção do produto. Assim, se um consumidor propõe ação contra o produtor – por exemplo -, alegando defeito na concepção do produto e pedindo indenização pelo dano provocado quando da sua utilização, a negação do defeito e da consequente responsabilização faz surgir questão prejudicial ao julgamento do pedido de indenização. A decisão da questão prejudicial o sentido de que há ‘defeito de concepção’, e, por isso, responsabilidade pelo dano, produz coisa julgada que pode ser aproveitada pelos demais consumidores que sofreram danos em virtude da utilização do mesmo produto dotado de ‘defeito de concepção’” (“Coisa julgada sobre questão...”, n. 12).

ainda, pela ideia de aproveitamento da declaração do *direito à indenização* que foi reconhecido em favor do requerente anterior, já que a coisa julgada no processo individual, quer se forme sobre questão prejudicial ou sobre questão principal, diz respeito, sempre, a uma *relação jurídica concreta*, não atingindo relações jurídicas análogas.

É importante deixar claro que essas considerações não se referem à *conveniência* da extensão da coisa julgada à apreciação de elementos de fato. A análise dos exemplos mencionados demonstra, por um lado, que essa solução traria certos benefícios em termos de isonomia e de economia processual, na medida em que permitiria que se dessem soluções uniformes a demandas decorrentes de uma mesma situação de fato ou de situações de fato análogas, e, ainda, garantiria um maior aproveitamento da atividade processual, evitando a reapreciação de uma circunstância que já foi anteriormente decidida⁸⁸.

De outro lado, porém, não se pode afirmar que não haveria nenhum prejuízo: nos exemplos acima mencionados, referentes à responsabilização de um só sujeito em face de diversas pessoas, a extensão da coisa julgada à análise de questões de fato provocaria certo *desequilíbrio* nas posições das partes nos primeiros processos individuais que sejam iniciados. Isso porque, se, por um lado, a vitória do requerido, em decorrência do reconhecimento da ausência de sua responsabilidade, não impediria a rediscussão da questão em demandas propostas por outras vítimas dos danos – em virtude da impossibilidade de a coisa julgada prejudicar terceiros (CPC/15, art. 506) –, sua derrota, por outro, levaria à inviabilidade de se reanalisar a questão em todas as outras demandas futuramente propostas. Em outras palavras, o réu precisaria se sagrar vitorioso em todas as ações individuais; caso contrário, sucumbente em uma delas, em todos os demais processos já se partiria do pressuposto de ser ele o responsável pelos danos⁸⁹.

Essa circunstância tem sido destacada pela doutrina norte-americana que se dedica a analisar criticamente a chamada *non-mutual issue preclusion* – isto é, a possibilidade de a coisa julgada sobre questão beneficiar terceiros –, que, então, ressalta que o apontado

⁸⁸ Nessa linha, lamentando a opção do legislador por excluir a apreciação de questões de fato da coisa julgada, vale conferir, com grande proveito: LUCCA, Rodrigo Ramina de. “Os limites objetivos da coisa julgada...”, n. 4.8.

⁸⁹ Em síntese, “enquanto o réu pode no máximo ganhar o caso em disputa, ele arrisca perder não apenas aquele caso mas também todos os casos envolvendo a questão sujeita à coisa julgada” (WAGGONER, Michael J. “Fifty years of *Bernhard v. Bank of America* is enough: collateral estoppel should require mutuality but res judicata should not”. In: *The review of litigation*, vol. 12 (1993). p. 418 – tradução livre).

desequilíbrio acarreta certas distorções, como, por exemplo, o estímulo para que o requerido firme acordos desproporcionais aos danos sofridos pelo requerente no intuito de evitar o julgamento da causa. Ou, ainda, a estratégia, adotada pelas vítimas dos danos, de aguardar a vitória de algum demandante para que, só então, proponham suas ações (“*wait and see*”), o que acaba por desestimular a formação de litisconsórcio ativo, e incentivar a litigância repetitiva⁹⁰. Não por outra razão, registra-se, em algumas jurisdições, o abandono da possibilidade de uso ofensivo da *collateral estoppel* por terceiros nos casos de danos em massa ou de demandas propostas contra o Estado⁹¹.

Dessas observações, o que se extrai é que a possibilidade de imunização de juízos sobre matéria fática é, antes de tudo, uma *escolha* que toca ao legislador, a quem caberá sopesar os benefícios e os prejuízos que disso poderiam decorrer. E, assim sendo, o que nos parece claro é que o Código de Processo Civil de 2015, ainda que tenha estendido a coisa julgada às questões prejudiciais, manteve-se fiel à tradição do direito brasileiro no que tange aos processos de caráter individual, e optou expressamente por restringir seu alcance à análise de situações ou relações jurídicas concretas, excluindo, em regra, que a imutabilidade possa recair sobre questões de fato.

Não se pode falar, de toda sorte, que o sistema processual civil brasileiro seja de todo insensível à necessidade de possibilitar um maior aproveitamento da atividade processual necessária à elucidação da matéria fática, ou, então, que ele não se preocupe em lidar, de maneira adequada, com hipóteses como as acima aventadas, em que um só fato, ou fatos análogos, atinjam um grande número de pessoas.

É de se perceber, nessa linha, que, conquanto o *resultado* da análise das questões de fato não possa, em regra, ser utilizado de modo vinculante em outros processos, o sistema processual possibilita que se aproveite a *atividade probatória* necessária para que a ele se

⁹⁰ Nesse sentido, para uma análise crítica do uso *ofensivo* da *non-mutual issue preclusion* (ou *non-mutual collateral estoppel*): NONKES, Steven P. “Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits”. In: *Cornell law review*, vol. 94 (2009). p. 1469-1475; STIER, Byron G. “Another jackpot (in) justice: verdict variability and issue preclusion in mass torts”. In: *36 Pepperdine Law Review*. (2009). p. 743-748; WAGGONER, Michael J. “Fifty years of *Bernhard v. Bank of America* is enough ...”, p. 408-425. Para um resumo dessas ideias, vale conferir o que consta em: SHAPIRO, David L. *Preclusion in civil actions*. New York: Foundation Press, 2001. p. 111-113. Na doutrina brasileira, ainda, utilizando-se de semelhantes argumentos para afirmar que não seria conveniente a extensão da coisa julgada às questões de fato, vale conferir, com grande proveito: MACÊDO, Lucas Buriel de. “Coisa julgada sobre fato?...” , n. 5.1.

⁹¹ Neste sentido: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata – a handbook on its theory, doctrine and practice*. Durham: Carolina Academic, 2001. p. 176-177.

chegue⁹². É o que ocorre com a *prova emprestada* (CPC/15, art. 372), que, como vem ressaltando a doutrina, pode, sem maiores problemas, ser utilizada por sujeito que não tenha participado de sua produção, desde que aquele contra quem seja ela manejada tenha sido parte no processo anterior⁹³. Desse modo, não haveria óbice a que, nos exemplos dados, outras vítimas do mesmo evento danoso ou outros compradores do mesmo veículo se valessem dos elementos de instrução colhidos no processo anterior em suas próprias demandas⁹⁴.

Além disso, mesmo que o juízo realizado sobre os fatos em um processo não vincule o resultado de processos seguintes, não se pode negar sua capacidade de atuar como elemento *persuasivo* a fim de que se chegue a uma conclusão semelhante. Pode-se falar, neste sentido, na utilização da sentença como *meio de prova*, que, ainda que não sirva de elemento apto a demonstrar diretamente a existência ou a inexistência dos fatos nela analisados, se presta a comprovar o sentido da convicção do juiz em relação a esses mesmos fatos⁹⁵. Caso, então, para chegar a esse convencimento, o magistrado do processo

⁹² É oportuno lembrar, nessa linha do que ensina Antonio Magalhães Gomes Filho, no sentido de a noção de prova pode designar tanto os *elementos* colhidos por meio da atividade instrutória, quanto o *resultado* que com base naqueles se chega, fenômenos que, como nota o autor, recebem distintas designação na língua inglesa, em que se fala, respectivamente, em *evidence* e *proof* (“Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)”. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005. n. 4, p. 307-308). No contexto do que dissemos, então, conquanto não se possa aproveitar o juízo de fato como *resultado* da atividade probatória (*proof*), permite-se, por meio da prova emprestada, o aproveitamento dos *elementos de prova* colhidos em um determinado processo (*evidence*).

⁹³ Nesse sentido, é o que escreveram Amaral Santos (*Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. I. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. n. 214, p. 313), Eduardo Talamini (“Prova emprestada no processo civil e penal”. In: *Revista de informação legislativa*, vol. 35, n. 140. Brasília: Senado Federal, 1998. n. 3.1, p. 148-149) e Paulo Osternack Amaral (*Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015. p. 101-102), à luz dos Códigos de 1939, 1973 e 2015, respectivamente. Também na mesma linha, Eduardo Cambi utiliza-se de exemplo idêntico ao acima mencionado: “[...] não há violação ao contraditório quando um *terceiro*, que não participou do processo em que a prova foi produzida, possa, na qualidade de parte do segundo processo, pedir o empréstimo daquela prova, desde que a parte *contra quem* a prova emprestada seja usada tenha participado do primeiro processo (v.g., em acidente aéreo que deixou várias vítimas, uma vez produzida a perícia que aponta falhas da companhia aérea, esse mesmo laudo pode ser emprestado para todos os processos decorrentes de ações de reparação de danos, movidas em face da empresa aérea, pelas famílias que perderam seus entes queridos)” (*A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006. p. 54).

⁹⁴ Nessa linha, mencionando a prova emprestada como técnica capaz de compensar a ausência de coisa julgada sobre questão de fato: MACÊDO, Lucas Buriel de. “Coisa julgada sobre fato?...” n. 5.1; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “O que é abrangido...”, n. 6.1.

⁹⁵ Nesse sentido, ao tratar do tema da força probante da sentença, Calamandrei esclareceu que os fatos diretamente provados pela decisão são, apenas, a existência do provimento e de atos processuais anteriores, e não os fatos da causa analisados na sua motivação (CALAMANDREI, Piero. “La sentenza civile come mezzo di prova”. In: *Rivista di diritto processuale civile*, vol. XV, parte I. Padova: CEDAM, 1938. n. 2-4, p. 109-113 e n. 10, p. 122-123). Na mesma linha, na recente doutrina, foi o que afirmou Maria José Capelo: “Em suma, na sua função representativa, a sentença prova a existência dos actos praticados pelo juiz como

anterior tenha se valido de um consistente conjunto probatório, pode-se enxergar, nessa decisão, ao menos um indício a respeito da veracidade dos fatos afirmados em sua motivação, que, uma vez que seja corroborado por outros elementos de prova, pode encaminhar as demandas seguintes para a mesma conclusão⁹⁶.

Ainda mais relevante, porém, é destacar que, ao possibilitar a formação de coisa julgada sobre elementos de fato em casos como os acima aventados - nos quais um só evento ou a reiteração de determinada prática cause danos a um grande número de pessoas -, o legislador estaria permitindo que demandas individuais ocupassem um espaço que, no sistema de justiça brasileiro, deve ser reservado, prioritariamente, aos instrumentos de *tutela coletiva de direitos individuais homogêneos*, capazes de atender, de modo mais adequado, aos ideais de isonomia e de economia processual⁹⁷.

aqueles que, por este, foram atestados (exemplo: o facto de uma pessoa ter sido ouvida como testemunha e a data em que a sentença foi proferida)” (*A sentença entre a autoridade e a prova: em buscas de traços distintivos do caso julgado civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016. p. 110).

⁹⁶ Também nessa linha, ao tratar da inexistência de coisa julgada sobre matéria fática: DIDIER Jr., Fredie. “Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 766; MACÊDO, Lucas Buril de. “Coisa julgada sobre fato?...”, n. 5.3. Não se desconhece, por outro lado, a posição de Piero Calamandrei contrária à utilização da sentença como meio de prova dos fatos afirmados em sua motivação, que tem, como principal fundamento, o caráter eminentemente *relativo* e *contingente* do juízo de fato realizado nos processos de natureza dispositiva, uma vez que além de a busca pela verdade ser limitada “pela imperfeição dos instrumentos de pesquisa dos quais o juiz se serve para construir aquelas premissas”, “a atividade do juiz é em grande parte condicionada à iniciativa das partes” (“La sentenza civile come mezzo di prova”, n. 9, p. 119-121 – *tradução livre*). O que nos parece, porém, é que, partindo da ideia de persuasão racional, poderia o juiz de um processo subsequente avaliar a solidez do juízo de fato realizado anteriormente, e utilizar as conclusões a que se tenha chegado como um dos elementos de seu convencimento. Ainda sobre o tema da eficácia probatória da sentença, vale conferir, na recente doutrina portuguesa: CAPELO, Maria José. *A sentença entre...*, Parte I, Cap. IV, p. 105-150.

⁹⁷ Há tempos, Kazuo Watanabe demonstra preocupação com o ajuizamento de demandas individuais que veiculam pretensões de natureza coletiva, dando origem ao fenômeno que denominou de *ações pseudoindividuais* (“Relação entre demanda coletiva e demandas individuais”. In: *Revista de processo*, n. 139. São Paulo: RT, 2006. *passim*). Ainda que as situações acima retratadas não se enquadrem perfeitamente nessa ideia – uma vez que as pretensões indenizatórias cogitadas têm natureza efetivamente individual -, o que nos parece é que a extensão da coisa julgada à análise da questão de fato comum às diversas demandas, com a possibilidade de aproveitamento por terceiros, acabaria por dar, a essas questões, uma dimensão coletiva que não é adequada aos respectivos processos individuais. A preferência, nesses casos, pela via da tutela coletiva está presente no próprio texto do CPC/15, que, em seu art. 139, X, incumbiu o juiz da função de oficiar os legitimados para a propositura da ação coletiva “quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas”.

2.12. (Segue) Especificamente: a falsidade de documento analisada em caráter incidental

Como se disse, a impossibilidade de que elementos meramente de fato sejam objeto de ação autônoma encontra, no processo civil brasileiro, exceção expressa na admissibilidade de pretensão voltada ao reconhecimento da *autenticidade* ou *falsidade de documento* (CPC/15, art. 19, II).

Sendo assim, uma vez iniciado processo com essa finalidade, a pretensão declaratória integrará seu objeto litigioso e, deste modo, a análise referente à autenticidade ou à falsidade do documento, ainda que resolva questão de fato, será feita a título principal (CPC/15, art. 489, III), estando, portanto, sujeita à coisa julgada na forma do art. 503, *caput*.

De toda sorte, ainda que não seja ajuizada demanda com este fim, nada impede que a questão seja analisada de forma incidental. Neste caso, considerando que se trata de elemento que *poderia* ter sido objeto de ação autônoma, a conclusão a que se poderia chegar é a de que, uma vez cumpridos os requisitos do art. 503, § 1º, o juízo referente à autenticidade ou à falsidade documental estaria sujeito à coisa julgada.

O fato, contudo, que não pode ser desconsiderado, é que, ao prever a *arguição de falsidade de documento* (art. 430 a 433), o CPC/15 parece ter adotado, quanto a esse elemento, sistemática distinta daquela que se aplica para as demais questões prejudiciais. Isso porque, ao contrário do que ocorre com as relações jurídicas prejudiciais, quanto às quais não mais se prevê expressamente a figura da ação declaratória incidental - o que decorreria justamente da possibilidade de formação de coisa julgada independentemente de demanda, por força do art. 503, § 1º⁹⁸ -, o Código concede à parte, ao suscitar a falsidade de documento, a opção por sua análise como “questão incidental” ou como “questão principal” (art. 430, parágrafo único).

Em outras palavras, diferentemente das demais prejudiciais, subsiste, quanto à falsidade documental, a expressa possibilidade de propositura de *ação declaratória incidental*, a ser manejada “*na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos*” (CPC/15, art. 430,

⁹⁸ No próximo capítulo, analisaremos o preciso significado da supressão da ação declaratória incidental do texto do CPC/15 (*infra*, n. 3.11).

caput)⁹⁹. E, nesses casos, em que suscitada como questão principal, a declaração a respeito da falsidade do documento “constará da parte dispositiva da sentença e sobre ela incidirá também a autoridade da coisa julgada” (CPC/15, art. 433).

A partir disso, a conclusão a que tem chegado parte da doutrina é a de que, *a contrario sensu*, não sendo a falsidade suscitada como questão principal, seu reconhecimento, feito a título incidental, *não estaria, em hipótese alguma, sujeito à coisa julgada*, ainda quando preenchidos os requisitos do art. 503, § 1º. Em outras palavras: por haver disciplina específica quanto à forma pela qual a arguição de falsidade poderia resultar na formação de coisa, não se aplicaria a tal questão o mesmo regime jurídico a que estão sujeitas as demais questões prejudiciais¹⁰⁰.

Não é isso, entretanto, o que nos parece¹⁰¹.

Antes de tudo, é relevante destacar que, conforme as premissas adotadas neste trabalho, a circunstância de a questão referente à falsidade documental ser de natureza fática não é suficiente para afirmar que ela não possa ser, do ponto de vista jurídico,

⁹⁹ Sobre a subsistência da ação declaratória incidental nesse caso: TUCCI, José Rogério Cruz e. “Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 493.

¹⁰⁰ Nesse sentido, é a opinião sustentada com muita clareza por Cassio Scarpinella Bueno: “[...] ao que tudo indica, o CPC de 2015 abriu uma exceção àquela nova sistemática no que diz respeito à falsidade de documental. Assim, cabe entender que o art. 433, ao tratar da coisa julgada material, só se refere à hipótese de a questão vir a ser decidida como ‘questão principal’ e, ao assim fazer, excepciona para essa hipótese o que decorre dos precitados §§ 1º e 2º do art. 503. A se pensar assim, observará o prezado leitor, a chamada ‘ação declaratória incidental’ foi preservada para a falsidade documental, porque, nos termos do parágrafo único do art. 430, *sem pedido expresso* ela não será decidida com ânimo de fazer coisa julgada material [...]” (*Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 365-366). Na mesma linha, ainda: ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016 p. 259; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. n. 1373, p. 679-680; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Comentários aos arts. 397 a 438”. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 632-633; REDONDO, Bruno Garcia. “Questões prejudiciais e...”, n. 7.1.1. TALAMINI, Eduardo. “Comentários aos arts. 430 a 433”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Org.: Lenio Luiz Streck [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 621.

¹⁰¹ Também nessa linha, afirmando a possibilidade de formação de coisa julgada sobre a análise incidental da falsidade de documento, com base no art. 503, § 1º, embora com argumentos diversos: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 392; BOMFIM, Daniela Santos. “Comentários aos arts. 430 a 434”. In: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: RT, 2015. p. 1107-1108; BRAGA, Paula Sarno; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 236; CASTRO, Daniel Penteado de. “Comentários aos arts. 405 a 441”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 322; HECKER, João Paulo da Silva. “Comentários aos arts. 430 a 441”. In: *Código de Processo Civil anotado*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci [et al.]. Rio de Janeiro: GZ, 2016. p. 612-613; MACÊDO, Lucas Buriel de. “Coisa julgada sobre fato?...”, n. 5.1; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 599; SENRA, Alexandre. *A coisa julgada...*, p. 301-302.

prejudicial em relação ao mérito da causa. Basta, para tanto, que o juízo feito sobre a falsidade seja capaz de influenciar o teor do julgamento das pretensões deduzidas em juízo, e que esse vínculo seja ditado pelo direito, e não pela causalidade¹⁰².

Imagine-se, por exemplo, que, ajuizada ação reivindicatória com base na cópia do registro do imóvel, o requerido afirme, em sua contestação, que o documento é falso. Nesse caso, parece claro que, uma vez reconhecida a falsidade, a pretensão inicial será julgada improcedente, o que decorre da vinculação jurídica que existe entre a inexistência do domínio e a ausência do direito à reivindicação.

Ou, ainda, cogite-se da hipótese em que o locatário de imóvel comercial ajuíze, em face do locador, demanda na qual pretenda ser indenizado por perdas e danos decorrentes da alienação do bem sem que fosse garantido o seu direito de preferência (Lei nº 8.245/91, art. 33). Em sua contestação, porém, o alienante afirma que, na verdade, como determina a lei, teria dado conhecimento do negócio ao requerente por meio de notificação extrajudicial, e que, ainda assim, esse teria permanecido inerte por mais de trinta dias, o que teria feito caducar o direito de preferência (Lei nº 8.245/91, arts. 27 e 28). Imagine, ainda, que, ao ser instado a se manifestar sobre a questão em sede de réplica, o inquilino afirma que não foi devidamente comunicado da realização da transação, e que a assinatura constante do instrumento de notificação, que o autor afirma ser sua, seria falsa.

Também nesse caso, não há dúvidas de que a falsidade coloca-se como prejudicial ao julgamento do mérito, na medida em que sua comprovação pode levar à conclusão de que, ausente a notificação, o locatário teria sido preterido em seu direito de preferência; rejeitada, por outro lado, a arguição, a demanda tende a ser julgada improcedente, ante o decaimento do direito. Perceba-se que, nessa situação, são as regras de direito material, e não a causalidade, que determinam que o juízo sobre a falsidade documental influencie no julgamento da demanda.

Por tal razão é que, a partir da concepção de prejudicialidade adotada, o caráter fático da arguição de falsidade não obsta que possa ser ela prejudicial em relação ao mérito, e, assim, não é suficiente, por si só, para afastar a incidência do art. 503, § 1º do CPC/15¹⁰³.

¹⁰² É o que decorre da adoção do critério da *vinculação jurídica* como forma de qualificar juridicamente a relação de prejudicialidade (ver, *supra*, o item n. 2.7).

¹⁰³ Em sentido contrário, vale destacar as posições de Arruda Alvim (*Novo contencioso...*, p. 259) e de Eduardo Talamini (“Comentários aos arts. 430 a 433”, p. 621), que, coerentes com uma visão distinta do

Avançando na análise do problema, o que nos parece importante destacar, acima de tudo, é que o fato de a lei ter mantido a possibilidade de propositura de ação declaratória incidental em relação à falsidade, para que a questão seja apreciada a título principal, não interfere no que deve ocorrer em situações nas quais esse pedido não é deduzido e, assim, em que a questão é analisada incidentalmente.

Para se chegar a essa conclusão, é relevante perceber, primeiramente, que, ao possibilitar a arguição da falsidade a título principal em sede de réplica ou no prazo de quinze dias contados da intimação da juntada do documento, o escopo do art. 430 é, tão somente, o de criar *exceções às regras de estabilização da demanda*: não fosse a expressa previsão constante daquele dispositivo, a dedução da pretensão declaratória de falsidade estaria sujeita aos marcos preclusivos do art. 329 do CPC/15. E, se assim o fosse, o pedido não poderia ser apresentado após a contestação sem a concordância da parte contrária, e em hipótese alguma após o saneamento. Essas exceções, ao que parece, decorrem do fato de que em muitos casos, apenas quando da juntada do documento pela parte contrária é que o sujeito tomará conhecimento de sua existência, o que, então, justifica a dedução, naquele momento, de pedido visando à declaração de falsidade.

É importante perceber, nessa linha, que a possibilidade de dedução de pedido declaratório de falsidade de documento, para que a questão seja analisada a título principal, *não depende* da regra do art. 430, parágrafo único, do CPC/15, decorrendo, antes disso, da autorização constante do art. 19, II. O que faz, aquele dispositivo, repita-se, é permitir que a pretensão seja apresentada após o momento da estabilização da demanda. Nesse contexto, aliás, pode-se dizer que, quando se trata de documento juntado na petição inicial, poderia, o réu, independentemente daquelas regras, requerer a declaração de sua falsidade em sede de reconvenção.

Nesse contexto, pode-se dizer que a previsão referente à ação declaratória incidental é norma que se diz respeito, exclusivamente, à questão da estabilização da demanda, e que não interfere nos limites objetivos da coisa julgada, senão indiretamente: ainda que permita que a imutabilidade alcance a apreciação da falsidade documental, isso ocorre apenas porque, por aquela via, amplia-se o objeto do processo, o que faz com que a

fenômeno da prejudicialidade, partem justamente da ideia de que a falsidade não seria, verdadeiramente, uma questão prejudicial, para negar a incidência do art. 503, § 1º.

questão seja apreciada a título principal, estando, portanto, sujeita à coisa julgada na forma do art. 503, *caput*, do CPC/15.

Em outras palavras, pode-se dizer que a possibilidade de propositura da ação declaratória incidental, nos termos do art. 430, em relação à falsidade de documento, não altera qualquer regra referente aos limites objetivos da coisa julgada, mas, apenas, interfere na formação do objeto do processo.

Naquele dispositivo, além disso, não há qualquer previsão do que deva ocorrer na hipótese contrária, isto é, em casos nos quais *não seja deduzido o pedido declaratório*, e, assim, em que a falsidade seja apreciada de forma incidental. E, assim sendo, não se vislumbra nenhuma razão pela qual, nesses casos, a análise incidental da questão referente à falsidade não possa se sujeitar à coisa julgada na forma do art. 503, § 1º do CPC/15¹⁰⁴.

A esse raciocínio, poder-se-ia objetar que, havendo a possibilidade de formação de coisa julgada quando a falsidade fosse apreciada de forma incidental, não haveria razão para a previsão da ação declaratória incidental, para a qual, inclusive, não haveria interesse de agir.

Não procede, porém, a objeção. Como será adiante demonstrado¹⁰⁵, a possibilidade de formação de coisa julgada sobre uma dada questão prejudicial não afasta o interesse processual na propositura de ação visando à sua declaração em juízo. Essa conclusão decorre, como se verá, do fato de que a formação de coisa julgada na forma do art. 503, § 1º depende da presença de uma série de requisitos que fogem ao controle das partes, de modo que a uma delas pode interessar que, independentemente dessas circunstâncias, a questão seja analisada a título principal, de modo a fazer, inexoravelmente, coisa julgada, por força do art. 503, *caput*.

¹⁰⁴ Daniela Bomfim se utiliza de argumentos semelhantes para chegar à mesma conclusão: “O art. 433 trata apenas da decisão sobre a falsidade, quando esta foi suscitada como questão principal no processo. Nada diz sobre a falsidade como questão incidental. É o parágrafo único do art. 430, CPC/2015, que trata da resolução da questão incidental da falsidade. O mencionado dispositivo dispõe que, em regra, a falsidade do documento será resolvida como questão incidental, salvo em caso de ser convertida em demanda principal por vontade da parte sucumbente. Nada mais diz sobre a resolução da questão incidental, não traz nenhuma outra especificidade, não estipula nenhuma exceção, não prevê regra específica sobre a resolução. Como conclusão, tem-se que a resolução da questão incidental da falsidade não é diferente da resolução de outras questões incidentais” (“Comentários aos arts. 430 a 434”, p. 1107).

¹⁰⁵ Sobre a subsistência de interesse na propositura de ação declaratória em relação à questão prejudicial, a despeito da previsão do art. 503, § 1º, ver, *infra*, o item n. 3.10.

2.13. (Segue) Especificamente: impossibilidade da formação de coisa julgada sobre a análise de questões de direito

Assim como ocorre com os elementos de fato, também é importante deixar claro, como adiantado, que a coisa julgada formada com base no art. 503, § 1º, do CPC/15 não atinge a análise realizada a respeito de *questões jurídicas* que se coloquem, no juízo, como premissa maior para que se chegue ao julgamento da causa. A imutabilidade decorrente da *res judicata*, assim, não atinge as conclusões a que se chegue quanto à existência, validade, invalidade, interpretação, constitucionalidade etc., de uma determinada *norma jurídica* abstrata. Tampouco se pode falar na formação de coisa julgada sobre a as *razões de decidir* (*ratio decidendi*) em que se tenha baseado a sentença.

Afinal, tratando-se de elementos que não poderiam ser objeto de processos de cunho subjetivo, não incide o disposto no art. 503, § 1º, ainda que, pelas concepções aqui adotadas, possam constituir, do ponto de vista lógico e jurídico, questões prejudiciais.

Voltando, assim, a um dos exemplos acima mencionados, julgada procedente a demanda proposta por servidor público visando à incorporação, em seus vencimentos, de adicional de insalubridade pelo fato de trabalhar com produtos que apresentam certa concentração de agentes químicos, não haverá que se falar na formação de coisa julgada sobre a interpretação de que a legislação municipal garante aos servidores que laborem naquelas condições o recebimento do benefício.

De igual modo, julgada procedente, por exemplo, a pretensão deduzida por um consumidor com vistas à declaração de nulidade da previsão inserta em contrato de financiamento bancário que permite que a dívida seja atualizada por determinado índice, a coisa julgada que com a preclusão das vias recursais vier a se formar incidirá sobre a invalidação daquela específica e concreta cláusula. Não haverá, portanto, que se falar, sequer entre as partes, na indiscutibilidade da tese jurídica segundo a qual seria ilegal a utilização do índice naquela modalidade de financiamento. Imaginando, então, que as partes tenham celebrado outros negócios jurídicos semelhantes, e que o autor ajuíze nova demanda em face da mesma instituição em que pretenda o reconhecimento da invalidade do índice com relação a outro contrato, não haverá, neste novo processo, vinculação ao entendimento a que se chegou anteriormente.

Discorda-se, assim, de posição recentemente sustentada no sentido de que não haveria motivo para excluir, do âmbito da coisa julgada formada sobre questão prejudicial,

a análise de questões de direito¹⁰⁶. A razão, como se vem afirmando, existe, e está no fato de que, por expressa opção do legislador, a imutabilidade recai apenas sobre elementos que, sendo prejudiciais, teriam a aptidão de ser objeto de ação autônoma (CPC/15, art. 503, § 1º, III).

Prosseguindo, é importante deixar claro que, não se podendo falar na existência de coisa julgada sobre a análise de questões de direito entre as partes, também não há como se cogitar de sua formação em benefício de terceiros.

Assim, no primeiro dos exemplos acima mencionadas, outros servidores que venham a demandar o município não poderiam pretender que seja vinculante o entendimento a que anteriormente se chegou quanto à interpretação da legislação municipal. De igual modo, não poderiam, outros consumidores que também tenham celebrado contratos semelhantes com a mesma instituição bancária, pretender que a tese jurídica que embasou aquele julgamento anterior seja indiscutível nos processos a que venham dar início. Parece equivocada, também, nesse contexto, a ideia de que, reconhecida incidentalmente a ilegalidade da cobrança ou da majoração de um tributo, poderiam outros contribuintes ser beneficiados por tal entendimento em ações que venham a propor contra o fisco¹⁰⁷.

Uma vez mais, as considerações precedentes não se dirigem à análise da conveniência ou não da extensão da coisa julgada à apreciação das questões de direito. Dos poucos exemplos acima mencionados, pode-se antever que, em alguma medida, poderia haver certo ganho em termos de isonomia e de segurança jurídica, uma vez que evitaria que, de um processo a outro, questões jurídicas idênticas ou análogas fossem solucionadas de formas distintas.

De toda sorte, assim como se disse quanto às questões de fato, não se pode afirmar que o sistema processual brasileiro seja indiferente às situações nas quais uma mesma questão de direito se repita em processos diversos, e à necessidade de que lhes seja dada solução uniforme.

¹⁰⁶ É o que sustentou Luiz Guilherme Marinoni: “Não há motivo para não admitir coisa julgada sobre questão de direito que independe de prova, nem mesmo sobre questão de constitucionalidade. Se uma questão de direito é discutida e decidida, não há motivo para que possa novamente ser discutida e decidida em processo entre as mesmas partes, tão somente em razão de a nova ação conter outro pedido ou causa de pedir mais abrangente” (“Coisa julgada sobre questão...”, n. 6).

¹⁰⁷ Em sentido contrário, mencionando esse último exemplo: MARINONI, Luiz Guilherme. “Coisa julgada sobre questão...”, n. 11.

Parece óbvia, nesse contexto, a lembrança da tendência, marcante no CPC/15, à instituição de um sistema de *precedentes obrigatórios*. Ainda que sejam notáveis as diferenças entre os precedentes e a coisa julgada, não se pode negar que, em certa medida, tratam-se de institutos igualmente preocupados com a segurança jurídica, com a isonomia e com a racionalização da atividade judicial¹⁰⁸.

O fato, porém, é que, como indicado, são profundas as diferenças estruturais e funcionais entre a coisa julgada e os precedentes¹⁰⁹, e é justamente em virtude dessas distinções que o fortalecimento do sistema de precedentes é muito mais adequado à proteção dos valores acima mencionados que a generalizada extensão da coisa julgada à análise de questões de direito.

Em primeiro lugar, é relevante destacar que a instituição de um sistema de precedentes vinculantes não desconsidera a organização hierárquica do Poder Judiciário e a forma como se repartem as atribuições entre os diversos órgãos que compõem essa estrutura. Nesse contexto, apenas alguns dos órgãos judiciais têm competência para a criação de precedentes obrigatórios, que, por sua vez, vinculam tão somente os juízes hierarquicamente inferiores¹¹⁰.

A coisa julgada, por sua vez, pode recair sobre decisões proferidas por quaisquer órgãos judiciais, e vincula tanto os juízes de mesma hierarquia, quanto aqueles de

¹⁰⁸ “[...] a jurisprudência consolidada garante a igualdade dos cidadãos perante a distribuição da justiça, porque situações análogas devem ser julgadas do mesmo modo, sobretudo no Brasil, em que há grande número de tribunais. O tratamento desigual é forte indício de injustiça em pelo menos um dos casos. Em suma, ao preservar a estabilidade, orientando-se pelo precedente judicial em situações sucessivas assemelhadas, os tribunais contribuem, a um só tempo, para a certeza do direito e para a proteção da confiança na escolha do caminho trilhado pela decisão judicial” (TUCCI, José Rogério Cruz e. “O regime do precedente judicial no novo CPC”. In: *Precedentes*. Coord.: Fredie Didier Jr. [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 448). Sobre os fundamentos constitucionais para a instituição de um sistema de precedentes obrigatórios, com ênfase à segurança jurídica, à igualdade e à eficiência, vale conferir, com grande proveito: MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 3, p. 93-130.

¹⁰⁹ Para a distinção, na doutrina brasileira: MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais...*, n. 2.4.5, p. 88-89 e n. 8.10.4.3, p. 468-472. Na literatura que se dedica a analisar a coisa julgada no direito norte-americano, é muito comum, também, que se procure diferenciar as doutrinas da *res judicata* e do *stare decisis*, vistas, ambas, como parte do conjunto de efeitos que uma decisão (*former adjudication*) é capaz de gerar em julgamentos futuros. É o que se vê, por exemplo, em: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata...*, p. 13-16; VOLPINO, Diego. *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*. Padova: CEDAM, 2007. n. I.2, p. 3-17.

¹¹⁰ Nesse contexto, com base em proposta de Taruffo, José Rogério Cruz e Tucci, ao tratar das diversas dimensões pelas quais pode ser caracterizado um sistema de precedentes, destaca: “A primeira delas – a *dimensão institucional* – deve ser analisada à luz da organização judiciária e a forma pela qual a relação de subordinação hierárquica entre os tribunais é escalonada” (*Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 305).

hierarquia inferior ou superior. Nesse quadro, sem a necessária coordenação de competências que caracteriza um sistema de precedentes, seria inevitável que teses jurídicas tornadas imutáveis pela coisa julgada entrassem em conflito umas com as outras.

Dessa distinção decorre outra, igualmente relevante, que concerne ao maior grau de estabilidade e vinculação que toca à coisa julgada se comparada aos precedentes: esses últimos, conquanto obrigatórios para os juízes hierarquicamente inferiores, podem ser revistos pelo tribunal competente, não havendo que se falar, nesses casos, na vedação à rediscussão da questão, que pode ser reaberta a partir do surgimento de novos argumentos ou da alteração da realidade fática sobre a qual devem incidir. Além disso, a aplicação de um precedente ao caso concreto pode ser afastada por meio de técnicas argumentativas, como a superação e a distinção¹¹¹. Pode-se dizer, portanto, que, conquanto tenda à continuidade, o precedente não é imutável e tampouco inafastável.

A seu turno, a coisa julgada, a partir de seu efeito negativo (CPC/15, art. 485, V), impede a rediscussão da questão sobre cuja solução tenha recaído a sua autoridade, tornando irrelevantes, por força de sua eficácia preclusiva (CPC/15, art. 508), quaisquer outros argumentos que pudessem ter sido considerados por ocasião da decisão. Pode-se dizer, nessa linha, que a coisa julgada torna efetivamente imutável a decisão sobre a qual tenha recaído, representando o encerramento dos debates em relação a ela.

Essa última característica, vale dizer, parece incompatível com a solução de questões concernentes à interpretação da lei, que, se por um lado deve tender à continuidade, com vistas a uma aplicação consistente do ordenamento jurídico, não pode ser insensível ao surgimento de novos argumentos que coloquem a questão sob um prisma antes não considerado, e tampouco às mutações da realidade sobre a qual deve operar¹¹².

Finalmente, os precedentes, preocupados com a integridade e a coerência na interpretação e aplicação do direito, possuem eficácia *erga omnes*, sujeitando quaisquer pessoas que se encontrem em situações fáticas semelhantes àquela da qual tenham decorrido. A coisa julgada, por sua vez, vincula, em regra, tão somente as partes do

¹¹¹ “É notório que mesmo no sistema inglês, que parecer ser aquele em que o precedente é dotado de maior eficácia, os juízes utilizam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas, entre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, ao fim de não se considerar vinculados ao precedente que não pretendem seguir” (TARUFFO, Michelle. “Precedente e giurisprudenza”. In: *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 802 – tradução livre).

¹¹² “[...] a ligação da coisa julgada com a segurança jurídica é bem diferente da do precedente: o *stare decisis* requer continuidade, mas admite e se preocupa com a mudança, enquanto a coisa julgada é ligada à imutabilidade” (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais...*, p. 89).

processo em que tenha sido formado, não podendo prejudicar terceiros (CPC/15, art. 506), o que decorre de preocupações com as garantias do contraditório e do acesso à justiça¹¹³.

Essas considerações, como anunciado, se prestam a demonstrar a maior aptidão dos precedentes vinculantes para proporcionar uma aplicação isonômica, íntegra, e coerente do ordenamento jurídico, se comparados a uma eventual extensão da coisa julgada sobre questões de direito. Isso porque, se por um lado têm eficácia *erga omnes*, os precedentes, por outro, não obstam que os sujeitos que seriam por eles atingidos afastem sua aplicação por meio de processos argumentativos, e tampouco se mostram insensíveis a novos fundamentos ou à alteração da realidade social. Além disso, a criação de precedentes é tarefa reservada a órgãos específicos da estrutura do Poder Judiciário, o que, em alguma medida, evita o conflito de teses jurídicas que inevitavelmente haveria caso a solução dada às questões jurídicas em todo e qualquer processo se tornasse indiscutível.

Por outro lado, a imutabilidade que caracteriza a coisa julgada, a restrição da sua força vinculante àqueles que tenham sido partes do processo, e a possibilidade de sua formação a partir das decisões de qualquer órgão jurisdicional, recomendam que a indiscutibilidade dela decorrente fique restrita à específica relação jurídica debatida em juízo e aos reflexos concretos dela decorrentes, deixando, com isso, a uniformização da análise abstrata de questões jurídicas para o sistema de precedentes¹¹⁴.

2.14. (Segue) Especificamente: as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios

No tópico anterior, procuramos deixar claro que, por opção expressa do legislador, não haveria que se falar na formação de coisa julgada sobre questões de direito, na medida em que essas não podem, em regra, ser objeto de demanda autônoma, e, assim, incidem na vedação do art. 503, § 1º, III.

¹¹³ Para uma ampla análise da influência das garantias constitucionais sobre o tema dos limites subjetivos da coisa julgada, conferir, na recente doutrina brasileira: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006. Cap. III, p. 103-166.

¹¹⁴ Em sentido semelhante, Kevin Clermont e Robert Casad afirmam que a existência do *stare decisis* “aconselha contra uma extensão da *res judicata*”, uma vez que “serve para recobrar uma boa parte da eficiência dessa quanto às questões de direito, enquanto a sua flexibilidade evitaria os custos de uma injustiça desnecessariamente infligida” (*Res judicata...*, p. 15 – tradução livre).

A questão, entretanto, se mostra um pouco mais complicada no que se refere ao reconhecimento, em caráter incidental, da *constitucionalidade* ou da *inconstitucionalidade* de leis ou atos normativos por parte do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Antes de tudo, é importante deixar claro que o problema não se coloca em relação aos demais órgãos jurisdicionais, uma vez que, malgrado possam analisar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos que se mostrem relevantes para o julgamento dos casos concretos que lhes são submetidos, esse controle é feito a título incidental¹¹⁵. Não têm eles competência *ratione materiae* para decidir, como questão principal, a pretensão à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, razão pela qual a formação de coisa julgada sobre o juízo que a este respeito fizerem incidentalmente esbarra no óbice do art. 503, § 1º, III, do CPC/15.

À mesma conclusão, contudo, não se poderia chegar com relação ao Supremo Tribunal Federal, que detém competência para julgar, originariamente, “a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal” (CF/88, art. 102, I, “a”). Considerações semelhantes são válidas, ainda, para os Tribunais de Justiça dos Estados, que podem julgar “representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual” (CF/88, art. 125, § 2º), bem como para o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que pode julgar “ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica” (Lei nº 11.697/2008, art. 8º, I, “n”)¹¹⁶.

Diante disso, surge a questão a respeito da possibilidade de formação de coisa julgada sobre o reconhecimento da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo realizado a título incidental pelo plenário ou órgão especial de algum

¹¹⁵ Desnecessário se alongar em citações sobre a competência que, no Brasil, todo órgão jurisdicional possui para a realização de controle incidental de constitucionalidade, bastando, para tanto, a referência à lição de Barbosa Moreira: “No direito brasileiro vigente continuam a coexistir o controle *incidental* e o controle *direto* de constitucionalidade. O primeiro é exercitável por qualquer órgão do Poder Judiciário, independente da posição que ocupe na respectiva hierarquia, inclusive o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (sistema *difuso*), no julgamento de causa que lhe incumba, originariamente ou em grau de recurso, desde que a decisão do litígio reclame, como premissa lógica, o exame da questão de constitucionalidade, assim configurada como *prejudicial*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. n.23, p. 33).

¹¹⁶ Sobre a possibilidade de instituição de ação direta no âmbito do TJ-DFT, a despeito do silêncio do art. 125, § 2º, da CF/88: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1323-1326.

desses tribunais, uma vez que, nesses casos, desapareceria, ao menos *a priori*, o óbice do art. 503, § 1º, III¹¹⁷. Nessas hipóteses, não há dúvidas de que, uma vez suscitada como fundamento da demanda ou da defesa, a inconstitucionalidade coloca-se como *questão prejudicial* de mérito¹¹⁸.

É inevitável, neste ponto, lembrar-se da discussão referente à atribuição de *eficácia vinculante* às decisões proferidas pelo STF em sede de *controle difuso* de constitucionalidade. Ainda que o enfrentamento dessa específica questão fuja aos limites do presente trabalho, é importante ao menos assumir uma posição clara a respeito, o que permitirá dar solução adequada ao problema de que nos ocupamos no presente tópico.

Nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, os julgamentos proferidos em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade, além de terem eficácia *erga omnes*, produzem *efeito vinculante* em relação aos demais órgãos jurisdicionais e à administração pública, em todas as suas esferas.

Neste contexto, quando se fala em força vinculante, refere-se à conjugação da *eficácia declaratória geral e abstrata* das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade – decorrente do objeto dessas demandas – com a eficácia consistente na *imposição aos outros órgãos estatais aplicadores do direito* (demais integrantes do Poder Judiciário e administração pública) do *dever de seguir o entendimento adotado*, sob pena de, não o fazendo, desrespeitarem a autoridade do tribunal, o que torna cabível o ajuizamento de reclamação¹¹⁹.

¹¹⁷ A mesma questão é colocada por João Francisco Naves da Fonseca: “[...] quanto às questões de direito, poder-se-ia alegar que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça têm competência para decidir em caráter principal sobre constitucionalidade de atos normativos; e, assim, o pressuposto da competência absoluta – art. 503, § 1º, III – estaria presente quando referidos tribunais decidissem incidentalmente sobre a constitucionalidade de leis” (*Comentários...*, vol. IX, p. 131).

¹¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Controle da constitucionalidade”. In: *Revista de processo*, n. 90. São Paulo: RT, 1998. p. 11.

¹¹⁹ É essa, em síntese, a definição desenvolvida por Eduardo Talamini em diversos trabalhos, como, por exemplo, em: *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. Tese (livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008. n. 3.1, p. 85-91; “Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou ‘devagar com o andor que o santo é de barro’)”. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, vol. 12. Coord.: Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2011. n. 2, p. 136-143). Semelhante, ainda, é a definição de Teori Zavascki: “Declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um preceito normativo abstratamente considerado, a sentença proferida em ação de controle concentrado irradia efeitos para todos os possíveis destinatários. Ou seja: a sentença tem eficácia subjetiva erga omnes. E à força dessa declaração submetem-se, obrigatoriamente, as autoridades que têm por atribuição aplicar a norma questionada, vale dizer, os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Relativamente a eles, a sentença tem, portanto, efeito vinculante” (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2014.

No texto constitucional, essa eficácia é reservada, como se sabe, aos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º)¹²⁰. As decisões em controle difuso, por sua vez, teriam seus efeitos limitados à solução da específica causa em que proferidas, exceto no caso de suspensão da execução da lei pelo Senado Federal na forma do art. 52, X, da CF/88.

Parte da doutrina, porém, vem sustentando que também as decisões proferidas em sede de controle difuso deveriam produzir eficácia vinculante e *erga omnes*, e que, nessa linha, o sentido do art. 52, X, da CF/88 teria sofrido processo de mutação constitucional, de modo a tornar desnecessária, atualmente, a suspensão da lei ou ato normativo por parte do Senado, que teria, tão somente, a função de dar publicidade à decisão do Supremo¹²¹.

Os argumentos para tanto utilizados são vários, mas podem, em sua maioria, ser resumidos em duas ordens de ideias distintas, mas intimamente ligadas¹²². A primeira delas seria a *valorização dos precedentes* oriundos do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Esse fenômeno, como nota a doutrina, se tornou muito visível a partir de algumas das reformas por que passou o Código de Processo Civil de 1973, que instituíram, por exemplo, a desnecessidade de submissão da arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou órgão especial dos tribunais locais quando já houvesse pronunciamento do STF a respeito (art. 481, parágrafo único), a possibilidade de julgamento monocrático de

n. 2.6, p. 54). Nessa última definição, percebe-se uma preocupação, maior do que a que se vê no conceito de Talamini, em diferenciar eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o que decorre, inclusive, do texto constitucional. O fato, entretanto, é que, conquanto se possa distinguir uma e outra ideia, o efeito vinculante apenas tem sentido quando a ele se associa o alcance *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade: caso contrário, de que adiantaria dizer que os órgãos estatais estão obrigados a aplicar a decisão do Supremo (*efeito vinculante*), se os destinatários dessa aplicação não estão sujeitos à decisão (*eficácia erga omnes*)?

¹²⁰ Apesar de o texto constitucional apenas se referir à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade, não há dúvidas de que a decisão proferida em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental também é dotada de efeito vinculante, nos termos do art. 9º, § 3º, da Lei nº 9.882/99.

¹²¹ Nesse sentido, dentre outros: MENDES, Gilmar Ferreira. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. In: *Revista de informação legislativa*, vol. 41, n. 162. Brasília: Senado Federal, 2004. *passim*, esp. n. 4-5, p. 157-168; ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças...* Cap. 1. p. 25-51, esp. n. 1.7, p. 43-49. Também nessa linha, admitindo o cabimento de reclamação no caso de descumprimento de decisão em controle difuso, embora não falem na mutação do art. 52, X, da CF/88: CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 3. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 341-348.

¹²² Nessa linha, argumentando justamente com base na valorização dos precedentes e na objetivação do recurso extraordinário, de que se falará em seguida: “Ora, na medida em que se amplia a eficácia *ultra partes* desses precedentes, cuja consequência principal é a transformação do caráter subjetivo e individual dos julgamentos, que ganha característica típica de processo objetivo, opera-se uma correspondente redução do significado prático da comunicação ao Senado, prevista no art. 52, X, da CF/1988” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças...*, p. 43).

recursos com base em súmula ou jurisprudência do STF (art. 544, § 4º; art. 557), a dispensa de remessa necessária de sentença que estivesse fundada em jurisprudência do STF (art. 475, § 3º) etc.

A segunda, por sua vez, seria a chamada *objetivação do recurso extraordinário*, que decorre da percepção de que seu julgamento não é direcionado à solução do caso concreto, mas sim, em caráter objetivo, à resolução *em abstrato* da questão constitucional subjacente, o que decorreria do papel institucional do Supremo Tribunal Federal de intérprete máximo da Constituição Federal. Trata-se, como demonstra a doutrina, de fenômeno que se evidencia a partir de diversas inovações no plano constitucional, legislativo e jurisprudencial, como, por exemplo, a instituição da repercussão geral como requisito para admissibilidade do recurso extraordinário (CF/88, art. 102, § 3º), a atenuação de exigências formais para o seu conhecimento, a técnica de julgamento por amostragem de recursos repetitivos (CPC/73, art. 543-B), a admissão de *amicus curiae* em seu julgamento (CPC/73, art. 543-A, § 6º) etc.¹²³

As duas ideias, como se disse, são diretamente ligadas: a objetivação do recurso extraordinário decorre da função institucional reservada ao STF de intérprete da Constituição, que, por sua vez, é cumprida na medida em que seus julgamentos resultem na formação de precedentes capazes de orientar a forma como os demais órgãos do Poder Judiciário devem tratar das questões constitucionais.

O fato, porém, é que, ainda que ambos os fenômenos sejam reais – e, inclusive, são acentuados pelo Código de 2015 -, não são, por si só, suficientes para se afirmar que as decisões em controle difuso de constitucionalidade sejam dotadas do efeito vinculante que o art. 102, § 2º, da CF/88 prevê para os instrumentos de fiscalização abstrata. Há, nesse raciocínio, um “salto lógico”¹²⁴ que não parece ser amparado pelo texto da Constituição Federal.

Não há dúvidas, por um lado, que, diante do texto do art. 927, V, do CPC/15, as decisões proferidas pelo plenário do STF em sede de controle difuso são de observância obrigatória nos julgamentos que ocorrem perante os demais órgãos jurisdicionais. Não se pode confundir essa obrigatoriedade, entretanto, com a eficácia vinculante que o art. 102, §

¹²³ Para um excelente resumo dos argumentos que levam à ideia de objetivação: CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie. *Curso...*, vol. 3, p. 341-348.

¹²⁴ Assim, expressamente: TALAMINI, Eduardo. “Objetivação do controle incidental...”, p. 154.

2º da CF/88 outorga aos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, que alcança não apenas os integrantes do Poder Judiciário, como também a administração pública, e que pode dar azo, inclusive, ao ajuizamento de reclamação¹²⁵.

Pode-se dizer, assim, que ainda que o CPC/15 tenha tornado vinculantes os precedentes do plenário do STF (art. 927, V), *não se trata da eficácia vinculante de que fala o art. 102, § 2º, da CF/88*.

Essa distinção, aliás, é reforçada pela existência das *súmulas vinculantes* (CF/88, art. 103-A)¹²⁶, instrumento específico a partir do qual pode o Supremo Tribunal Federal dotar a orientação que tenha a respeito de determinada questão constitucional, consagrada em “reiteradas decisões” – e que decorre do exercício de sua competência em sede de controle difuso –, da *mesma eficácia vinculante* que teria uma decisão em ação direta¹²⁷. Não é demais lembrar, inclusive, que a aprovação de súmula vinculante exige quórum qualificado e se submete a um procedimento específico.

Todas essas considerações levam, portanto, a concluir pela improcedência da tese segundo a qual as decisões proferidas pelo Supremo em sede de controle difuso equivaleriam, em seus efeitos, àquelas decorrentes do controle abstrato de constitucionalidade. Não há, no texto constitucional, qualquer subsídio para que assim se possa concluir, e tampouco as razões apontadas pela doutrina parecem sustentar a ideia de que o art. 52, X da CF/88 teria sofrido a propalada mutação em seu sentido.

Isso não significa, é claro, que a orientação firmada pelo STF ao julgar um recurso extraordinário ou qualquer outro processo de cunho subjetivo seja irrelevante. Como se disse acima, não há dúvidas, especialmente diante do texto do CPC/15, de que os

¹²⁵ Para a distinção entre os precedentes em matéria constitucional e as decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, vale conferir, com grande proveito: MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais...*, p. 370-373.

¹²⁶ Alguns autores utilizam-se da existência da súmula vinculante como argumento que demonstraria a força vinculante do controle difuso, como se vê, por exemplo, em: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso...*, p. 1089-1090; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie. *Curso...*, vol. 3, p. 344; ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentença...*, p. 37. Tem razão, entretanto, Talamini, quando demonstra que o argumento aponta no sentido oposto: “Que sentido faria a criação de um instituto, sujeito a rigorosos pressupostos (inclusive quórum qualificado), destinado a dar força vinculante ao entendimento externado sobre questão constitucional em ‘reiteradas decisões’ do STF, se toda e qualquer decisão do Plenário da Corte já tivesse essa eficácia?” (“Objetivação do controle incidental...”, p. 160).

¹²⁷ Para uma análise da eficácia das súmulas vinculantes, em seus aspectos temporal e subjetivo, bem como dos instrumentos capazes de assegurar sua aplicação: TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos...*, n. 3.17-3.21, p. 158-183.

precedentes em matéria constitucional oriundos do plenário do Supremo são de observância obrigatória nos demais julgamento que ocorrem no Poder Judiciário (art. 927, V)¹²⁸.

O que não nos parece possível, porém, é estender para outras técnicas processuais os efeitos que a Constituição quis reservar *tipicamente* às vias de controle concentrado, que estão sujeitas a regras taxativas de legitimação e a procedimentos específicos.

Aplicando tais considerações ao tema de que nos ocupamos no presente tópico, o que parece claro é que permitir a extensão da coisa julgada à prejudicial de inconstitucionalidade, nos termos cogitados, equivaleria, por vias oblíquas, a atribuir às decisões em controle difuso uma aptidão que a Constituição Federal não lhes quis outorgar.

Não se quer, com isso, afirmar que dotar a apreciação da constitucionalidade em caráter prejudicial da aptidão de fazer coisa julgada equivaleria, para todos os fins, a atribuir-lhe eficácia vinculante. Tratam-se de institutos diversos¹²⁹, a começar pelo fato de que a produção de efeitos vinculantes não depende da existência de coisa julgada, como fica claro quando se tem em vista que as liminares proferidas em ação direta são dotadas de tal eficácia¹³⁰.

Além disso, a coisa julgada, enquanto qualidade que torna imutável e indiscutível um determinado conteúdo decisório não pode, como se sabe, ser confundida com os efeitos decorrentes desse conteúdo. Assim, o fato de atribuir tal autoridade à análise da questão referente à inconstitucionalidade não seria suficiente para que ela fosse dotada do efeito de obrigar os demais órgãos estatais a seguir a orientação do STF, sujeitando o seu descumprimento ao manejo de reclamação.

¹²⁸ Aliás, diante da obrigatoriedade dos precedentes do plenário do STF em matéria constitucional (art. 927, V), parece minimizada a contradição, tradicionalmente apontada pela doutrina, entre a adoção de um sistema de controle difuso e a ausência do *stare decisi*, muito bem explicada no seguinte trecho: “No Brasil, o controle de constitucionalidade das normas pelo Poder Judiciário surgiu com a implantação do sistema republicano. E surgiu como sistema de controle exclusivamente difuso, nos moldes do direito norte-americano. Todavia, não se tinha aqui, como ainda não se tem, a cultura do *stare decisis*, de modo que o parâmetro do sistema americano foi acolhido apenas em parte, ficando em aberto o problema relacionado com a eficácia da decisão perante terceiros. Agudizou-se, assim, o grave inconveniente do controle difuso, que põe em perigo os princípios da isonomia e da segurança jurídica ao abrir a possibilidade de haver decisões divergentes, umas reconhecendo, outras rejeitando a inconstitucionalidade de um mesmo preceito normativo” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças...*, p. 28-29).

¹²⁹ Para a distinção entre coisa julgada e efeito vinculante, ver, com grande proveito: TALAMINI, Eduardo. “Objetivação do controle incidental...”, p. 138-143.

¹³⁰ Assim, com referências à jurisprudência do Supremo: ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças...*, p. 82-84.

De toda sorte, ainda que possam ser apontadas essas distinções, a imunização da análise da prejudicial de inconstitucionalidade equivaleria atribuir-lhe *alguns dos predicados* que a Constituição reservou às decisões proferidas em ação direta. Na verdade, o exato significado que a coisa julgada teria, nesse contexto, dependeria do alcance subjetivo que lhe fosse conferido.

Caso se entendesse que, por se tratar de decisão referente a uma norma de caráter geral e abstrato, a coisa julgada se produziria *erga omnes*, parece claro que, ao proibir que qualquer sujeito de direito discutisse a questão, essa teria um valor, ainda que não idêntico, aproximado àquele que se outorga às decisões em ação direta¹³¹. A distinção, como se disse, decorreria da ausência da eficácia concernente em obrigar todos os demais órgãos estatais a seguir a mesma orientação, sujeitando o seu descumprimento à reclamação.

É importante, neste ponto, não confundir a vinculação que decorreria da coisa julgada com aquela que deriva dos *precedentes* formados nesses casos: como visto no tópico anterior, o grau de estabilidade dos precedentes é menor que o da coisa julgada, na medida em que não representam um encerramento do debate em relação à questão, podendo ser superados pelo órgão competente a partir da alteração da realidade fática ou de novos argumentos antes não considerados. A coisa julgada, por sua vez, consiste na imutabilidade da decisão, e impede qualquer rediscussão a respeito. Além disso, o precedente, como se disse, pode ter sua aplicação afastada pelo uso de técnicas argumentativas, o que não ocorre com a coisa julgada.

Nesse quadro, permitir, com alcance *erga omnes*, a formação da coisa julgada sobre a análise da questão constitucional em processo de cunho subjetivo, levaria a um resultado que, embora não seja idêntico, em muito se aproxima daquele que a Constituição reservou às vias de controle abstrato, sem que, entretanto, estejam respeitados os requisitos inerentes a essas, sobretudo as regras de legitimação ativa. Diante da ausência de um dos sujeitos

¹³¹ É nesse sentido que a hipótese foi cogitada em recente estudo: “Havendo coisa julgada sobre a questão constitucional, haverá, tal qual ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, em caso de decretação da inconstitucionalidade, o bloqueio da aplicação do texto normativo. Há, praticamente, a retirada do texto normativo do ordenamento jurídico – com eficácia *ex tunc* – e ela poderia ocorrer em um processo individual de Tício contra Mévio, e não mais apenas nas ações do controle concentrado de constitucionalidade. As consequências para o tráfego jurídico são muito mais drásticas do que a decorrente da concessão da eficácia vinculante à análise das questões constitucionais pelo STF” (MINAMI, M. Y.; PEIXOTO, Ravi. “Da questão prejudicial incidental constitucional no STF e o novo regime de coisa julgada”. In: *Revista de processo*, vol. 263. São Paulo: RT, 2017. n. 9). Cabe alertar, entretanto, que, assim como o presente trabalho, o texto também nega a possibilidade de formação de coisa julgada.

constitucionalmente legitimados para dar início ao processo, pode-se dizer que não se cumpriria o requisito do *contraditório efetivo* previsto no art. 503, § 1º, II, do CPC/15. O óbice, vale dizer, não seria contornado pela possibilidade de intervenção de algum dos legitimados como *amicus curiae*, tendo em vista as diferenças que existem entre os poderes processuais deste e os das partes¹³².

Por outro lado, uma vez que se chegasse à conclusão de que a imutabilidade, ainda que recaísse sobre a análise de um elemento geral e abstrato, devesse obedecer à regra do art. 506 em relação aos limites subjetivos da coisa julgada¹³³, a consequência seria a de que as partes estariam impedidas de rediscutir a questão referente à constitucionalidade em qualquer outro processo de que viessem a participar, o que poderia, inclusive, ser invocado por terceiros em benefício próprio. Nesses casos, o reconhecimento da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade já seria tomado como premissa indiscutível do julgamento a ser proferido, em decorrência da função positiva da coisa julgada.

Para essa hipótese, poderiam, antes de tudo, ser levantados os mesmos inconvenientes, mencionados no tópico anterior, referentes a tornar imutável apenas entre as partes a análise de um elemento de caráter geral e abstrato, o que traz inevitáveis problemas em termos de isonomia e de segurança jurídica.

Para além dessa questão, também se poderia dizer que a formação de coisa julgada nesse caso, ainda que restrita às partes, atribuiria à decisão proferida em sede de controle difuso uma aptidão que a Constituição Federal reservou aos instrumentos de fiscalização abstrata, o que, pelas mesmas razões acima mencionadas, não se mostra possível.

Todas essas considerações, portanto, demonstram que, a despeito da ausência do óbice que o art. 503, § 1º, III do CPC/15 coloca em relação às demais questões de direito, a formação de coisa julgada sobre a prejudicial de constitucionalidade em sede difusa esbarra na própria função que a Constituição Federal pretendeu atribuir a essa modalidade de controle.

¹³² Para essa última observação: MINAMI, M. Y; PEIXOTO, Ravi. “Da questão prejudicial incidental constitucional...”, n. 9.

¹³³ É essa, por sua vez, a hipótese cogitada por Marinoni, favorável à extensão da coisa julgada à apreciação incidental da questão constitucional: “Do mesmo modo, a decisão sobre questão constitucional, ao dizer respeito apenas às partes que a discutiram, nem de longe contradiz o sistema de controle principal de constitucionalidade. Na verdade, se as partes discutiram questão constitucional e essa foi expressamente decidida pelo juiz, não há racionalidade em permitir que a mesma questão seja rediscutida pelas mesmas partes apenas pelo fato de o pedido ser diferente” (“Coisa julgada sobre questão...”, n. 6).

2.15. A prejudicialidade e as relações de direito material

Após termos buscado caracterizar, sob diferentes ângulos, a questão prejudicial incidental de que fala o art. 503, § 1º, do CPC/15, passamos, como etapa final deste capítulo, a analisar as diversas formas pelas quais as interações verificadas no plano substancial podem fazer com que surja, no processo, a relação de prejudicialidade entre situações jurídicas¹³⁴ que se coloquem sob a cognição do juiz.

Antes de prosseguir, é importante registrar que existe, na doutrina que se dedicou ao tema, certa disputa a respeito da natureza jurídica material ou processual do fenômeno da prejudicialidade. Ainda que uma análise aprofundada da questão não interesse para os fins do presente trabalho, parece-nos importante, ao menos, firmar uma posição a respeito, o que explicará, como se verá, a amplitude com que, a nosso ver, se podem estabelecer, no processo, relações de prejudicialidade entre os juízos a serem feitos sobre situações jurídicas substanciais.

Há, de um lado, autores que, ao tratar do tema, colocam, em um primeiro plano, as conexões que, no plano material, se estabelecem entre as situações jurídicas. É o que se vê, por exemplo, no pensamento de Enrico Allorio, que, ao investigar as repercussões da coisa julgada sobre a esfera jurídica de terceiros, partia, para explicar o fenômeno, dos assim chamados vínculos de *prejudicialidade-dependência* entre relações jurídicas, em que a existência ou a inexistência de uma relação jurídica (*prejudicial*) integra o suporte fático de outra relação jurídica (*dependente*)¹³⁵⁻¹³⁶.

¹³⁴ Cumpre esclarecer que, embora não se desconheça as distinções – nem sempre muito nítidas – que, no plano da teoria do direito, se pode estabelecer entre os termos, utilizamos neste momento como sinônimas as expressões *situação substancial*, *relação jurídica*, *direito subjetivo* etc., para designar, grosso modo, a situação de proeminência de um sujeito em relação a um “bem da vida”, postura que também é adotada por Stefano Recchioni (*Pregiudizialità processuale...*, p. 79, nota n. 38). Para uma breve distinção entre relação e situação jurídica, a partir da maior abrangência dessa última noção, ver, de todo modo, o item n. 1.9, *supra*.

¹³⁵ Para o desenvolvimento da ideia, com diversos exemplos: ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata...*, n. 30-66, p. 67-115. O seguinte trecho bem retrata a ideia do autor: “Para explicar o que se entende como prejudicialidade em sentido substancial, deve-se lembrar da noção do funcionamento da norma jurídica. A norma jurídica opera atribuindo, a fattispecies abstratamente previstas, efeitos (relações) jurídicas. Contudo: nem sempre, ao definir a fattispecie de um dado efeito jurídico, a norma refere-se a fatos materiais: às vezes, a construção é, ao invés, a seguinte: efeitos jurídicos são atribuídos a outros efeitos jurídicos. [...] Em tais casos, se diz que um efeito ou relação jurídica é *prejudicial* à outra relação jurídica, e que esta última é *dependente* da primeira. Prejudicialidade e dependência são termos inversos e correlativos. Se pode ainda falar de relação *condicionante* e de relação *condicionada*. Definição de relação jurídica prejudicial a uma outra é, de qualquer modo, esta: *a relação jurídica que integra a fattispecie de outra relação jurídica*” (n. 31, p. 69 – *tradução livre*). As ideias de Allorio foram adotadas recentemente, por Elena Zucconi Galli Fonseca, em obra também destinada à análise dos limites subjetivos da coisa julgada, em que o primeiro capítulo é

Essas situações, então, uma vez trazidas a juízo, impõem a necessidade da previsão de técnicas processuais capazes de fazer com que a atividade jurisdicional respeite os nexos decorrentes do direito substancial¹³⁷. No pensamento de Allorio, por exemplo, é a existência deste tipo de vínculo o que explicaria as principais hipóteses nas quais a coisa julgada formada num determinado processo poderia repercutir sobre direitos de terceiros, o que ocorreria caso entre as relações jurídicas exista um vínculo de prejudicialidade-dependência substancial¹³⁸.

Neste trabalho, porém, partimos do pressuposto de que a prejudicialidade, como sustentam Barbosa Moreira e outros autores – e antes deles, de certo modo, Menestrina e Chiovenda¹³⁹ -, é um fenômeno essencialmente *processual* uma vez que, como se vem

dedicado ao estudo da “estrutura da prejudicialidade substancial” (*Pregiudizialità e rinvio: contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento*. Bologna: BUP, 2011. Parte I, Cap. I, p. 9-52).

¹³⁶ Embora sem afirmar necessariamente a natureza substancial do vínculo, parte da doutrina italiana refere-se à mesma relação entre situações jurídicas para explicar o fenômeno da prejudicialidade, como se vê, por exemplo, em Liebman: “A relação de prejudicialidade-dependência subsiste quando um desses [direitos e relações jurídicas] é antecedente lógico necessário de um outro, entre as mesmas pessoas ou com outras, por ex. a obrigação alimentar, que pressupõe uma relação de parentesco [...]; a sublocação, que pressupõe a locação [...]; a fiança, que pressupõe uma obrigação [...] etc. Nestes e em similares casos, a relação prejudicial *integra a fattispecie de uma outra relação jurídica*” (“Giudicato: I”. In: *Enciclopedia giuridica*, vol. XV. Roma: Treccani, 1988. n. 3.5, p. 5 – tradução livre). Em sentido semelhante, é o que se vê, ainda, em: GARBAGNATI, Edoardo. “Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali”, n. 4, p. 266-267; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processual civile*, vol. I, n. 18.11, p. 161-164.

¹³⁷ Esta última ideia foi, recentemente, colocada em evidência como argumento central de tese defendida perante a Universidade de Valência (Espanha), que partiu justamente da concepção de Allorio: “No contexto do processo, a presença de um vínculo ou nexo de prejudicialidade ou dependência entre matérias substantivas implica em um imperativo inevitável – imposto pela própria natureza jurídico-material que supõe o nexo de prejudicialidade – como é a necessidade de que as sentenças que se ditam em processos prejudicialmente conexos respondam a um critério de coerência, evitando a pronúncia de resoluções contraditórias. Com dita finalidade, o ordenamento deve arbitrar os meios ou mecanismos processuais adequados em ordem a preservar a coerência das decisões judiciais [...]” (HURTADO, Renée Marlene Rivero. *La prejudicialidad en el proceso civil. Medios procesales para la coherencia de sentencias dictadas en procesos con objetos conexos. Estudio comparado del derecho español y chileno*. Tesis doctoral. Valência: Universitat de València, 2015. p. 5 – tradução livre).

¹³⁸ Sobre as repercussões que a coisa julgada formada sobre uma situação jurídica prejudicial pode provocar sobre a esfera de terceiros titulares de relações dependentes: ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata...*, n. 33, p. 71-73. Para mais detalhes a respeito do pensamento de Allorio quanto a este ponto, e a forma como, posteriormente, o autor reformulou parte de suas ideias, vale conferir, com grande proveito: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos...*, n. 6.6, p. 76-85.

¹³⁹ O desenvolvimento de uma noção processual para a prejudicialidade (sem restringi-la, entretanto, às suas repercussões procedimentais), é, claramente, o objetivo central da obra de Francesco Menestrina (*La pregiudiziale nel processo civile*), como fica claro não apenas da introdução (esp. n. 5, p. 25-26), como da estrutura do trabalho, que, em sua primeira parte (n. 6-29, p. 27-120), dedica-se a elucidar a “natureza da prejudicialidade” com base na distinção entre os elementos da decisão e a partir da natureza do juízo final da causa, para em seguida, na segunda parte (n. 30-50, p. 121-218), dedicar-se ao “tratamento da prejudicial no processo”. Algo de semelhante pode ser dito, ainda, em relação a Chiovenda, que analisa o tema da prejudicialidade com vistas, sempre, ao estudo da ação declaratória incidental e da coisa julgada (*Instituições...*, vol. I, § 16, n. 122-127, p. 385-408). Para esse enquadramento das ideias de Menestrina e Chiovenda sobre a prejudicialidade (“teoria clássica”), às quais teria procurado se contrapor a “teoria

dizendo, retrata a relação lógica e jurídica que se estabelece entre *juízos que se realizam no processo* sobre dois elementos que sejam objeto da atividade cognitiva do juiz, em que a análise de um é capaz de influenciar o modo pelo qual deve ser o outro apreciado¹⁴⁰.

A adoção de tal posição não equivale, de modo algum, a negar a significativa influência que as normas de direito material exercem sobre a prejudicialidade, que, como se acenou no início do capítulo, deita suas raízes acima de tudo nas múltiplas interações que, na vida dos direitos, se estabelecem entre as situações jurídicas substanciais. Em geral, são justamente esses vínculos que, uma vez trazidos ao processo, fazem com que o juízo a ser feito sobre um elemento de cognição seja prejudicial a outro¹⁴¹.

Por outro lado, não se pode negar, como visto, que a relação de prejudicialidade possa interessar para a resolução de questões de natureza *processual*, como ocorre nos exemplos, anteriormente referidos, da constatação da insuficiência de recursos de uma parte para arcar com as despesas processuais e a concessão do benefício da justiça gratuita, e da aferição da condição de cidadão e o juízo sobre a legitimidade ativa para a propositura de ação popular. Ou, ainda, para ficar em outra situação costumeiramente mencionada na doutrina, o vínculo que existe entre a constatação da nulidade de cláusula de eleição de foro e a decretação da incompetência do juízo em que proposta a demanda.

Essas situações demonstram, então, que, conquanto tenham influência decisiva sobre a maior parte dos casos em que uma questão se coloque como prejudicial à outra¹⁴²,

substancial” de Allorio: CARBONARA, Francesco. “Questioni di merito e idoneità al giudicato”, n. 4, p. 684.

¹⁴⁰ Ao tratamento do “enquadramento sistemático do fenômeno da prejudicialidade”, Barbosa Moreira dedicou capítulo específico na tese tantas vezes mencionada ao longo do presente trabalho: *Questões prejudiciais e coisa julgada*, n. 22-26, p. 36-42. A mesma ideia é defendida, ainda, com interessantes argumentos, por Clarisse Frechiani Lara Leite (*Prejudicialidade no processo civil*, n. 10, p. 51-59), de onde retiramos a fórmula, mencionada no texto, de que a prejudicialidade seria uma “relação entre juízos (judiciais)” (p. 41). Em sentido parecido, ainda, Stefano Recchioni fala na prejudicialidade enquanto “relação entre os efeitos jurídicos produzidos por diferentes accertamentos” (*Pregiudizialità processuale...*, p. 321 – tradução livre), perspectiva adotada, também, por Francesco Carbonara (“Questioni di merito e idoneità al giudicato”, p. 686).

¹⁴¹ “Isso significa que, embora a semente da prejudicialidade seja muitas vezes plantada no direito material, é no processo que ela germina e desenvolve-se. A semente é a vinculação entre situações e relações jurídicas, mas a prejudicialidade é uma relação entre os juízos (judiciais) que têm por fundamento tais relações” (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, p. 57).

¹⁴² No mesmo sentido, Recchioni afirma, em diversas passagens, que haveria uma relação *tendencial* (e não *total*) de identidade entre os vínculos de *dependência substancial* e de *prejudicialidade processual*, ideia que é central em seu trabalho e se reflete, inclusive, no título da obra (*Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, p. 52-53, 118 e 310). Em sentido semelhante, ainda, Francesco Carbonara propõe uma “reconstrução a círculos concêntricos do fenômeno da prejudicialidade, em relação ao

os vínculos que no plano substancial se estabelecem entre as situações jurídicas são insuficientes explicar a totalidade do fenômeno. E, assim, para que se possa firmar uma noção *unitária* de prejudicialidade, não é adequado restringi-la ao plano do direito material¹⁴³.

Cabe esclarece, ainda, que essa tomada de posição, além de se justificar na concepção da prejudicialidade enquanto vínculo que se estabelece entre dois juízos feitos no processo, tem a vantagem de possibilitar a inclusão, no conceito, de conexões que se estabelecem entre situações de direito material que não se enquadram no esquema da prejudicialidade-dependência desenvolvido por Allorio. Explica-se.

Como indicado, quando trata da prejudicialidade substancial, Allorio restringe sua análise aos casos em que a existência ou a inexistência de uma relação jurídica integra a *fattispecie* de outra relação jurídica. Para ficar em um exemplo mencionado pelo próprio autor, é o que ocorre com o contrato de fiança, que depende, para sua existência, da subsistência da dívida principal¹⁴⁴.

O fato, porém, é que existe a possibilidade de que, no processo, se estabeleça um nexo entre os juízos a serem feitos sobre duas situações jurídicas substanciais dotado dos atributos lógicos e jurídicos capazes de qualifica-lo como prejudicial, que, entretanto, não se enquadra na ideia da prejudicialidade-dependência entre relações jurídicas nos moldes traçados por Allorio. Basta que se pense, por exemplo, na hipótese de que, em ação reivindicatória, o réu alegue, como matéria de defesa, que seria ele o proprietário do bem, situação que, uma vez verificada, levará à improcedência da pretensão inicial. Neste caso, vale notar que o requerido suscita um direito que não integra, em sentido positivo ou negativo, a *fattispecie* do direito afirmado pelo autor, mas que, na verdade, é com ele incompatível¹⁴⁵.

qual o círculo (maior) da prejudicialidade processual compreende ao seu interno aquele (menor) da prejudicialidade substancial” (“Questioni di merito e idoneità al giudicato”, p. 686 – *tradução livre*).

¹⁴³ É esse, vale dizer, o principal argumento de que se utiliza Barbosa Moreira para refutar a teoria de Enrico Allorio (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, n. 24, p. 39-40).

¹⁴⁴ ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata...*, p. 71.

¹⁴⁵ Nessa linha, ressaltando a insuficiência do esquema proposto por Allorio para explicar essa e outras relações de prejudicialidade que podem se estabelecer entre situações substanciais: CARBONARA, Francesco. “Questioni di merito e idoneità al giudicato”, p. 685-686; DALFINO, Domenico. *Questioni di diritto e giudicato...*, p. 70-71, nota n. 6; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 309-310. A crítica, entretanto, que pode ser feita a essa parcela da doutrina italiana decorre do fato de que, ainda que não se enquadre no conceito de prejudicialidade-dependência, o vínculo que existe entre tais situações jurídicas - no caso de incompatibilidade entre direitos, por exemplo - também decorre do direito material.

Por tal razão, como dito, a adoção de uma noção de prejudicialidade centrada nas relações que se estabelecem no processo entre elementos de cognição permite que se tenha uma visão mais ampla do fenômeno, garantindo que um maior número de situações possam se enquadrar no conceito.

De toda sorte, não há como negar que, em grande parte dos casos, interessará, para a disciplina dos institutos processuais influenciados pela prejudicialidade, as interações que se estabelecem entre relações jurídicas materiais. É o que ocorre, por exemplo, com o estudo da *conexão de causas* (CPC/15, art. 55) ou da *suspensão do processo* (CPC/15, art. 313, V, “a”) por prejudicialidade. É isso, ainda, o que se verifica com a questão prejudicial apta à formação de coisa julgada nos termos do art. 503, § 1º, que, como visto, caracteriza-se como um elemento que poderia ter sido objeto de demanda autônoma, o que, por sua vez, no sistema brasileiro, restringe-se, como regra, às situações jurídicas substanciais (CPC/15, art. 19, I). E, nessa linha, não há dúvidas de que a observação do fenômeno a partir das conexões existentes no plano substancial é capaz de enriquecer sobremaneira o seu estudo.

É exatamente isso o que se propõe a fazer neste momento: estabelecer alguns padrões a partir das variadas modalidades de interação entre situações jurídicas que existem no plano substancial e que, no processo, podem dar ensejo à aparição de nexos de prejudicialidade. Trata-se, em outras palavras, de construir uma *tipologia* dos vínculos de prejudicialidade que podem existir entre relações jurídicas¹⁴⁶.

Trata-se, importa salientar, de tarefa que interessa ao presente trabalho por ao menos duas razões distintas.

A primeira delas é verificar quais são as hipóteses em que uma situação substancial é, de fato, prejudicial em relação à pretensão que compõe o objeto do processo, o que permite a formação de coisa julgada sobre sua análise por força do art. 503, § 1º do CPC/15. Terá grande importância, para tanto, investigar se uma relação jurídica efetivamente se coloca como prejudicial ao mérito, ou se, na verdade, integra a sua estrutura, definição que é extremamente divergente em algumas hipóteses específicas.

¹⁴⁶ Cumpre esclarecer que a preocupação que anima o desenvolvimento dos tópicos seguintes tem, confessadamente, inspiração no trabalho de Stefano Recchioni, que buscou verificar os tipos de relações substanciais que poderiam dar azo à propositura de ação declaratória incidental, na forma do art. 34 do Código italiano (*Pregiudizialità processuale...*, Cap. III, n. 4-13, p. 163-284). Seguiremos, assim, em grande medida, o esquema proposto pelo autor, o que não significa, como se verá, total adesão às ideias por ele desenvolvidas.

A segunda delas, por sua vez, é esclarecer quais são os tipos de vínculo que permitem que uma questão prejudicial sobre cuja análise tenha incidido o art. 503, § 1º projete influência em processos posteriores, por força da função positiva da coisa julgada. Isso dependerá, como parece claro, de que aquele elemento, que era prejudicial ao objeto de um primeiro processo (o que permitiu a formação de coisa julgada), estabeleça uma nova relação de prejudicialidade, desta vez com o mérito de outro processo (o que permite a atuação dos efeitos positivos da coisa julgada).

2.16. (Segue) Prejudicialidade-dependência substancial

Embora não expliquem, como se disse, a totalidade do fenômeno, as hipóteses reconduzíveis ao esquema da prejudicialidade-dependência substancial desenvolvido por Enrico Allorio respondem por grande parte dos casos de prejudicialidade entre situações jurídicas. Tratam-se, ademais, de situações em que o vínculo pode ser visualizado com bastante nitidez, o que faz com que a categoria seja um bom ponto de partida para construção a que neste momento nos propomos.

Como afirmado anteriormente, o conceito de prejudicialidade-dependência se destina aos casos nos quais *uma determinada situação jurídica integra o suporte fático de outra situação jurídica*. A existência dessa última (dependente) está, então, condicionada à existência daquela primeira (prejudicial), em conjunto com outros elementos.

É o que ocorre naquele que é, provavelmente, o mais lembrado dos exemplos de prejudicialidade: para que se possa dizer existente o direito à percepção de alimentos com base na filiação (situação prejudicada), é necessário que se demonstre o vínculo de paternidade (situação prejudicial), aliado à necessidade do alimentando e à possibilidade financeira do alimentante.

Ou, ainda, em outra situação correntemente mencionada, é o que se passa em demanda em que se pretenda a condenação do réu ao pagamento cobrança de juros, multa, ou outro encargo moratório (situação prejudicada), em que é necessário demonstrar não apenas a ausência de adimplemento no termo fixado, como, ainda, a existência da obrigação principal (situação prejudicial).

O mesmo ocorre, ainda, em outras situações frequentemente lembradas, como, por exemplo: (i) o vínculo de filiação entre o autor e o *de cujus*, em ação de petição de

herança; (ii) o direito à entrega de um bem e o ressarcimento pela demora em seu cumprimento; (iii) o crédito principal em relação ao contrato de fiança; (iv) o contrato de locação, em relação ao de sublocação etc. Em todos esses casos, uma relação jurídica ou um estado jurídico que poderia, por si só, ser deduzido em demanda autônoma, coloca-se como condição para que se possa afirmar a existência de outra situação jurídica.

Antes de avançar em direção à análise de outras situações mais interessantes, é relevante verificar o que pode ocorrer, nesses casos, quando deduzida, em juízo, pretensão com base na situação jurídica prejudicada, a fim de estabelecer as possíveis relações com o tema da coisa julgada. As hipóteses adiante formuladas servirão, com alguma adaptação, para a análise das demais categorias de prejudicialidade¹⁴⁷.

Partindo do pressuposto de que a existência da situação jurídica prejudicada depende da verificação da situação prejudicial, deve-se diferenciar, no que tange à coisa julgada, o que ocorre nos casos em que (i) *já tenha havido, em processo anterior, decisão, com trânsito em julgado, sobre a situação prejudicial*, daqueles em que (ii) *não haja decisão transitada em julgada a respeito da situação prejudicial*.

No primeiro caso, em que (i) já houve a formação de coisa julgada a respeito da relação jurídica prejudicial, a sua eficácia positiva impõe que o julgamento da nova demanda, em que se afirma a situação prejudicada, adote como premissa aquela primeira decisão. Assim, caso se tenha concluído pela inexistência da relação prejudicial, à mesma conclusão se chegará quanto ao direito deduzido. Por outro lado, uma vez que se tenha declarado existente a relação prejudicial, torna-se possível concluir pela existência ou pela inexistência da relação prejudicada, o que dependerá da análise das outras circunstâncias presentes em seu suporte fático¹⁴⁸.

Na hipótese contrária, em que (ii) não existe coisa julgada anterior, o juiz do processo em que se deduz o direito dependente está livre para entender pela existência ou inexistência da relação prejudicial.

Essa análise, entretanto, pode ser feita de duas formas distintas: primeiramente, pode ocorrer de (ii.1) *a relação jurídica prejudicial também integrar o objeto do processo*,

¹⁴⁷ Para uma análise semelhante: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, n. 544, p. 183-186.

¹⁴⁸ Nesses casos, pode-se dizer, com Allorio, que “aquela parte da *fattispecie* da relação dependente, que é constituída pela relação prejudicial, resta fixada segundo as linhas traçadas na sentença. A discussão sobre todos os outros elementos da *fattispecie* está ainda aberta; a discussão sobre o elemento constituído pela relação jurídica prejudicial está agora preclusa” (*La cosa giudicata...*, n. 33, p. 71 – tradução livre).

seja porque (ii.1.a) *o autor pretendeu a declaração de sua existência de forma cumulada com a pretensão sobre a relação prejudicada* (CPC/15, art. 327), ou porque (ii.1.b) *o réu pretendeu, em sede de reconvenção, a declaração de sua inexistência* (CPC/15, art. 343). Nesses casos, a relação condicionante, como causa prejudicial, será decidida a título principal, e sobre sua análise recairá a autoridade de coisa julgada na forma do art. 503, *caput*.

Pode ocorrer, ainda, de (ii.2) *a relação jurídica prejudicial não integrar o objeto do processo*, por não ter sido formulada, em relação a ela, qualquer demanda. Nesse caso, se necessário, será ela apreciada em caráter incidental, hipótese em que, preenchidos os requisitos legais, sua análise poderá se tornar imutável e indiscutível por força do art. 503, § 1º, do CPC/15.

Desse modo, voltando ao primeiro dos exemplos acima mencionados, se porventura (i) já houver decisão transitada em julgado quanto à paternidade, deverá ela ser tomada como premissa para o julgamento do pedido de alimentos. Por outro lado, (ii) não havendo decisão anterior a respeito, deverá o juiz, na ação de alimentos, analisar a existência da filiação, o que pode ser feito (ii.1) em caráter principal, ou (ii.2) a título incidental, hipótese em que a decisão a respeito pode adquirir a autoridade de coisa julgada por força do art. 503, § 1º.

Idênticas considerações valem, ainda, para a segunda situação mencionada: (i) se já houver decisão com trânsito em julgado a respeito da dívida principal, essa questão não poderá ser rediscutida na ação em que se pretenda a cobrança de juros, multa, ou outros encargos moratórios. Caso contrário, (ii) se não houver julgamento anterior a respeito, a existência do crédito precisará ser aferida para que se possa julgar a demanda deduzida em juízo, o que pode ocorrer (ii.1) de modo principal, ou, finalmente, (ii.2), como questão prejudicial incidental, sujeita ao regime do art. 503, § 1º.

Feita essa breve digressão a respeito das relações que se podem estabelecer entre os vínculos de prejudicialidade-dependência e a coisa julgada, parece-nos importante, ainda, cogitar de alguns outros exemplos de situações enquadráveis na categoria, para os quais a formação de coisa julgada na forma do art. 503, § 1º, do CPC/15 pode oferecer resultados interessantes.

Pode-se cogitar, primeiramente, de situações em que a discussão a respeito da *propriedade* sobre determinado bem integre o suporte fático de *outra situação jurídica*

*autônoma*¹⁴⁹ que se coloca como fundamento de uma pretensão deduzida em juízo. Nessas hipóteses, considerando as múltiplas consequências que a definição do domínio pode ter para diversas situações jurídicas, e o alcance *erga omnes* dos direitos reais, torna-se claro que a coisa julgada que vier a se formar sobre o juízo a respeito daquele direito poderá, das mais variadas formas, repercutir em outros processos.

Imagine-se, por exemplo, que a vítima de um acidente automobilístico ajuíze demanda não em face do condutor do veículo, mas daquele que, conforme os registros do DETRAN, seria seu proprietário. Uma vez citado, entretanto, o requerido alega que teria alienado o automóvel para um terceiro, juntando, na ocasião, contrato de compra e venda e extratos bancários que demonstrariam o recebimento do valor da venda¹⁵⁰. Por sua vez, intimado para se manifestar sobre referida alegação, o autor afirma que os documentos juntados não comprovariam a transferência da propriedade.

Nesta hipótese, fica claro que se estabelece um vínculo de prejudicialidade-dependência entre a questão referente ao domínio do bem e a relação jurídica obrigacional decorrente do ato ilícito – e, portanto, à pretensão condenatória deduzida em juízo -, tendo em vista que, conforme a jurisprudência do STJ, “o proprietário do veículo responde objetiva e solidariamente pelos danos causados pelo condutor”¹⁵¹. Desse modo, a afirmação da existência do dever de indenizar, por parte do réu, está condicionada não apenas à comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil (CC/02, arts. 186 c/c 927), como, ainda, à existência da propriedade sobre o automóvel.

Sendo assim, uma vez preenchidos os requisitos do art. 503, § 1º, do CPC/15, poderá vir a se formar coisa julgada material sobre a análise que se fizer a título incidental sobre a questão referente à propriedade do bem, quer se conclua pela sua existência ou pela

¹⁴⁹ O destaque ao caráter autônomo da situação jurídica se deve à necessidade de não confundir a hipótese analisada com aquela em que se deduz em juízo uma pretensão decorrente de um dos poderes inerentes à propriedade (p. ex.: ação reivindicatória), situação que se enquadra, como se verá (*infra*, n. 2.18), na categoria que parte da doutrina chama de *prejudicialidade lógica*.

¹⁵⁰ Vale ressaltar que, nos termos da jurisprudência do STJ, a comunicação da venda, nos termos do art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro “não se caracteriza como condição nem como ato constitutivo da transferência da propriedade” (STJ, AgInt no AREsp 1084815/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 04/10/2017).

¹⁵¹ STJ, AgInt no AREsp 362.938/PI, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 06/06/2017. No mesmo sentido, dentre muitos outros recentes julgados: STJ, AgInt no REsp 1256697/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 19/05/2017; STJ, REsp 1591178/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 02/05/2017. A questão, entretanto, não é pacífica na doutrina, como se vê, por exemplo, na posição divergente que consta em: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 198.

sua inexistência. E, neste caso, não há dúvidas de que o reconhecimento da propriedade poderá interessar a outros processos que posteriormente tenham início, seja entre as mesmas partes, seja entre o réu e terceiros.

Assim, por exemplo, imagine-se que, na hipótese cogitada, o réu foi condenado ao ressarcimento dos prejuízos que o autor teve com gastos hospitalares e com o conserto de seu veículo. Imagine-se, ainda, que, posteriormente, o autor vote a juízo para pretender, desta vez, a condenação do réu ao pagamento de pensão mensal vitalícia em decorrência da diminuição de sua capacidade laborativa. Nesta situação, caso se entenda que a análise anteriormente feita a respeito da propriedade do automóvel tenha preenchido os requisitos do art. 503, § 1º, do CPC/15, não poderá o requerido tornar a discutir o ponto, que, então, será adotado como premissa no julgamento da nova demanda¹⁵².

A mesma conclusão seria válida, ainda, para a hipótese contrária: imagine-se que se conclua que o réu não seria o proprietário do bem, o que leva à improcedência da demanda. Caso a análise daquela questão tenha sido acobertada pela coisa julgada, qualquer outra demanda ajuizada pelo autor em face do requerido com vistas à reparação de outros danos decorrentes do mesmo evento estaria fadada à improcedência, ante a ausência de elemento integrante da *fattispecie* da relação jurídica obrigacional.

Como se disse, ainda, não apenas em demandas entre as mesmas partes a coisa julgada formada sobre a análise incidental do direito de propriedade pode vir a repercutir. Nos termos do art. 506, do CPC/15, a coisa julgada *não pode prejudicar terceiros*, não havendo vedação a que ela atue em seu benefício.

Cogite-se, por exemplo, que, após ter sido condenado, o réu da demanda acima imaginada venha a propor ação em face do DETRAN em que pretenda a anulação da aplicação de sanções em decorrência de infrações de trânsito que teriam sido a ele imputadas. Como causa de pedir, deduz a mesma alegação, anteriormente rejeitada, de que não seria mais o proprietário do bem, que teria sido alienado a terceiro, o que, se

¹⁵² O mesmo não se pode dizer, porém, sobre as conclusões a respeito da culpa pelo acidente, que, enquanto questão de fato, não poderia ser objeto de ação autônoma e, assim, não está sujeita à coisa julgada na forma do art. 503, § 1º. Considerações idênticas são válidas, ainda, para o entendimento segundo o qual o proprietário do veículo responde solidariamente por danos causados por terceiros que estejam em sua direção, que, como questão de direito, não está sujeita à coisa julgada. A este respeito, ver os itens n. 2.11 e 2.13, *supra*.

comprovado, seria capaz de exonerá-lo da responsabilidade pelas infrações¹⁵³. Nesta situação, caso se entenda que a análise anterior a respeito da propriedade teria se tornado indiscutível por força da coisa julgada, a pretensão anulatória será, com grande probabilidade, julgada improcedente.

Ainda nesta mesma situação, é importante perceber, por outro lado, que caso no processo anterior se houvesse entendido que o réu, como alegou, alienara o veículo, essa conclusão não poderia ser imposta ao DETRAN na ação anulatória, tendo em vista que, por não ter participado daquela demanda, a autarquia não pode ser prejudicada pela coisa julgada.

É possível, ainda, cogitar de outras hipóteses em que a coisa julgada que se forme sobre o reconhecimento da existência ou inexistência da propriedade possa vir a ser utilizada em benefício de sujeitos que não participaram do processo. Assim, por exemplo, imagine que, após ter demonstrado que o bem foi vendido – o que levou à improcedência do pedido condenatória –, o mesmo réu é citado em demanda, proposta pelo adquirente, que pretende a sua condenação a entregar o documento de transferência do veículo. Neste caso, se houverem sido preenchidos os requisitos do art. 503, § 1º, do CPC/15, não poderá, o requerido rediscutir a questão referente à alienação do bem.

Isso ocorre, porque, como parece claro, o direito de propriedade sobre o veículo, longe de interessar apenas à específica pretensão deduzida na condenatória, pode repercutir em uma multiplicidade de situações jurídicas, o que poderá gerar vínculos de prejudicialidade em diversos outros processos a que se venha dar início.

É interessante notar, apenas como exemplo, que algo de semelhante poderá ocorrer em outras demandas em que se discutam questões referentes à *responsabilidade civil por fato da coisa*, que decorre da propriedade ou de poder de fato sobre o bem (p. ex.: CC/02, arts. 936 e 937), ou, ainda, à *responsabilidade por fato de terceiros*, que podem depender da comprovação de algum vínculo jurídico entre o réu e o causador do dano (CC/02, art. 932). E, nesses casos, a mesma situação jurídica analisada incidentalmente em um determinado processo pode interessar ao julgamento de outras pretensões.

Prosseguindo, pode-se dizer que a mesma circunstância está presente, de modo ainda mais marcante, em situações nas quais questões relativas ao *estado jurídico de uma*

¹⁵³ Nesse sentido, na recente jurisprudência do STJ, com referência a diversos julgados: REsp 1685225/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 09/10/2017.

pessoa se colocar como prejudiciais em relação ao julgamento do mérito da causa. Vejamos.

Antes de tudo, pode-se definir estado como determinada *qualificação jurídica de uma pessoa* que seja relevante para a produção de diversos efeitos jurídicos, e que pode ser objeto de demanda autônoma. Conquanto se registre certa divergência na enumeração das situações que se enquadram em tal categoria, e de sua classificação, pode-se falar, ainda que a título exemplificativo, em *estado familiar* (p. ex.: solteiro, casado, companheiro, viúvo, separado, divorciado, filho, pai, parente etc.), *estado político* (p. ex.: nacional, estrangeiro, cidadão etc.), *estado individual ou pessoal* (sexo masculino ou feminino, maior ou menor de idade, capaz ou incapaz etc.), dentre outras modalidades¹⁵⁴.

Como se disse, o estado de uma pessoa pode, em geral, ser objeto de demanda autônoma, dando origem às chamadas *ações de estado*, a que aludem os arts. 247, I e 388, parágrafo único do CPC/15. Basta que se pense, por exemplo, nas ações de anulação de casamento, de separação ou divórcio, declaratória de união estável, de investigação de paternidade, de interdição etc.

Não é incomum, porém, que a questão referente ao estado de uma pessoa surja, em determinado processo, como *prejudicial* ao mérito da causa. Assim, no exemplo sempre lembrado da ação de alimentos, o vínculo de paternidade será prejudicial à pretensão condenatória. Ou, então, a existência de união estável pode ser prejudicial à pretensão relativa ao direito à herança de parte dos bens deixados pelo *de cujus*. Ainda, a capacidade civil de um dos contratantes pode ser prejudicial em demanda em que se busque a anulação da avença. Ou, por fim, a validade do casamento ou o regime de bens nele adotado pode ser prejudicial em processo em que se discute a nulidade da fiança prestada por um dos cônjuges sem a outorga uxória do outro.

Também não será raro, ainda, que uma mesma questão de estado possa interessar à solução de demandas distintas, colocando-se, em todas elas, como prejudicial à situação jurídica afirmada como fundamento da pretensão. Para ficar nos exemplos acima mencionados, basta que se pense, por exemplo, que a paternidade do réu de ação de

¹⁵⁴ O conceito adotado é muito semelhante ao de Chiovenda, para quem um *estado jurídico*, em sentido lato, seria “toda condição jurídica que, sendo comum a variadíssimas relações, seja pelo direito considerada como possível objeto principal dum processo autônomo” (*Instituições...*, vol. I, n. 122, p. 388). Para uma excelente exposição do tema, de onde retiramos a classificação empregada no texto, vale conferir, na doutrina brasileira: AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Cap. VII, n. 13-21, p. 272-279).

alimentos pode ser fundamental para que, futuramente, se avalie o direito à herança por parte do alimentando. Do mesmo modo, a existência ou a inexistência de união estável, analisada na ação relativa à herança, pode, posteriormente, se mostrar relevante em demanda na qual um dos companheiros pretenda o recebimento de pensão previdenciária pela morte do outro. Ou, ainda, a capacidade ou a incapacidade de um sujeito pode ser relevante para que se avalie a validade de diversos contratos. Finalmente, a definição da validade ou do regime de bens do casamento, que tenha se mostrado relevante para a definição da pretensão referente à nulidade da fiança prestada por um dos cônjuges, pode, num segundo momento, interessar ao julgamento de demandas relativas à partilha de bens adquiridos na constância da união, ou a direitos hereditários.

É interessante notar, neste contexto, que a própria concepção do que é um estado jurídico parece explicar a razão pela qual a decisão a seu respeito pode se colocar como prejudicial em relação a uma multiplicidade de demandas. Como se disse acima, o estado jurídico de uma pessoa é um atributo relevante para a produção de *diversos efeitos jurídicos*. Na verdade, como explica a doutrina, é justamente essa aptidão de repercutir em várias outras relações jurídicas o que faz com que o direito atribua, a esses predicados pessoais, a condição de *situação jurídica*, apta a ser declarada e tutelada em juízo¹⁵⁵. Não é de se estranhar, nessa linha, que se registre, na história, a tendência de equiparar as *ações*

¹⁵⁵ Como ensina Liebman, “a razão de ser do conceito de *status* tem sua raiz precisamente na necessidade de que certas situações fundamentais das pessoas, importantes para uma série indefinida de relações jurídicas, apareçam de modo fixo e uniforme para todos” (“A coisa julgada nas questões de estado”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. n. 5, p. 196). Nessa linha, explica Allorio (*La cosa giudicata...*, n. 179-180, p. 299-301) que os efeitos que decorrem de um *status* poderiam ser extraídos diretamente dos fatos que o caracterizam como situação jurídica. Trazendo tal consideração para a realidade brasileira atual, pode-se dizer, por exemplo, que os direitos aos alimentos ou à sucessão poderiam decorrer diretamente da concepção, não sendo necessário, para tanto, se falar na filiação enquanto estado jurídico. Ou, ainda, a invalidade de um contrato poderia decorrer diretamente da circunstância de o contratante ter menos de dezesseis anos, não sendo necessário se falar em incapacidade. De acordo com o autor, porém, justamente pela diversidade de efeitos que estes mesmos fatos podem produzir, o ordenamento parte da qualificação permanente que deles deriva (filho, incapaz etc.) e a eleva à condição de *situação jurídica*, da qual extrai *diretamente* as consequências jurídicas que, *indiretamente*, decorrem dos fatos. Deste modo, então, “obtem o resultado de tornar possível sua declaração em juízo, porque se trata, agora, de um efeito jurídico, sobre a existência e o modo de ser do qual pode bem recair uma lide; obtém, conseqüentemente, também o resultado de tornar possível, em torno da qualificação jurídica da pessoa ou da coisa, o constituir-se da coisa julgada” (p. 300 – *tradução livre*). Ainda nessa linha, na doutrina mais recente, Elena Galli Fonseca trata os *status* como “uma situação prodrômica, útil para todos os direitos consequentes. Em tal sentido, é sempre prejudicial a outros direitos” (*Pregiudizialità e rinvio...*, p. 220 – *tradução livre*).

de estado às chamadas *ações prejudiciais*¹⁵⁶, concepção que se vê na doutrina brasileira mais antiga¹⁵⁷.

Diante disso, como se disse, não é difícil imaginar a possibilidade de que, uma vez preenchidos os requisitos do art. 503, § 1º, do CPC/15, a análise incidental a respeito de um *status* possa ser aproveitada em outros processos.

Assim, por exemplo, a conclusão a que se chegar quanto à filiação na ação de alimentos, poderá, caso sobre ela se forme a coisa julgada, ser utilizada no julgamento da demanda proposta pelo alimentando em face dos herdeiros do *de cuius* visando ao recebimento de parte da herança. Deste modo, caso no primeiro processo se tenha concluído que o alimentando não é filho do réu, não poderá ele rediscutir a questão no processo seguinte. Mesmo, porém, na hipótese contrária, parece-nos que a conclusão a que se chegar quanto à existência da filiação poderia ser imposta aos demais herdeiros do *de cuius*, ainda que sejam terceiros em relação à ação de alimentos.

Essa última afirmação decorre da forma como se manifestam as regras atinentes aos limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada em relação às questões de estado, que resultam na ideia de que, *desde estejam presentes, como partes, todos os sujeitos diretamente interessados*, as conclusões a que se chegar podem ser opostas, de modo indiscutível, a terceiros não diretamente interessados.

Não se trata, como se sabe, de ampliar os limites subjetivos da coisa julgada para que possa alcançar terceiros, como equivocadamente previa a segunda parte do art. 472 do CPC/73¹⁵⁸. Não há, aqui, qualquer alteração da regra de que a coisa julgada não pode prejudicar terceiros. O que ocorre, na verdade, é que os efeitos da decisão – mais especificamente, sua imperatividade –, cuja produção depende da presença dos sujeitos diretamente interessados (legítimos contraditores), podem ser opostos a terceiros, que, se

¹⁵⁶ Nesse sentido: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, p. 8.

¹⁵⁷ Assim, por exemplo, João Mendes Júnior afirmava que “as ações prejudiciais são aquelas em que se trata de acautelar ou firmar o estado da pessoa” (*Direito judiciário brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. p. 93). Idêntica concepção consta, ainda, nas exposições de Paula Baptista (*Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermeneutica jurídica*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1935. § 9, p. 12) e de Gabriel de Rezende Filho (*Curso de direito processual civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1944. n. 175-176, p. 188-191) sobre as ações prejudiciais.

¹⁵⁸ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

não tiverem interesse jurídico equivalente, não poderão recolocar a questão em discussão, por não terem legitimidade para tanto¹⁵⁹.

O mesmo raciocínio pode, então, ser transposto para a questão prejudicial de estado analisado a título incidental: caso estejam presentes os sujeitos diretamente interessados em sua discussão, a eficácia que vier a ser produzida¹⁶⁰ pode ser oposta a terceiros, que, se não forem dotados de interesse jurídico equivalente ao das partes, não poderão rediscutir a questão.

No caso cogitado, legitimados primários para discutir em juízo a questão da paternidade são justamente pai e filho, de modo que, uma vez que entre eles se tenha formado a coisa julgada, a decisão não pode ser rediscutida por terceiros, exceto por alguém com interesse jurídico equivalente, como seria o caso de outro sujeito que se afirmasse pai do mesmo sujeito.

Por tal razão é que, como dito, caso se entendesse, na ação de alimentos, existente o vínculo de paternidade, e uma vez que sobre referido juízo viesse a se formar a coisa julgada, não poderiam, os herdeiros, rediscutir a questão em ação em que o alimentando pretendesse receber parte da herança.

Ideias semelhantes são aplicáveis, ainda, a outro dos exemplos cogitados: imagine-se que, diante do falecimento de sua companheira, um sujeito ajuíze, em face de todos os demais herdeiros, ação em que pretendesse o recebimento de parte da herança, com base na alegação de que mantinha, com a autora da herança, união estável.

Neste caso, diante do falecimento daquela que seria a legitimada passiva primária para a demanda de reconhecimento da união estável, passam a ser legítimos contraditores os seus herdeiros¹⁶¹, caso em que, uma vez formada coisa julgada sobre a análise incidental da questão, a decisão poderá ser reaproveitada em processos em que figurarem terceiros.

¹⁵⁹ É essa a conhecida fórmula a que recorreu Liebman para tratar do tema (“A coisa julgada nas questões de estado”, *passim*, esp. n. 4, p. 194-195; “Limites à coisa julgada nas questões de estado”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. *passim*). Na doutrina brasileira, é, ainda, o que defendem, dentre outros: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 119-121; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos...*, p. 291-296.

¹⁶⁰ Sobre o fato de a análise da questão prejudicial sobre a qual tenha recaído a coisa julgada na forma do art. 503, § 1º produzir efeitos substanciais, ver, *infra*, os itens n. 3.14 e ss.

¹⁶¹ É o que se pode extrair da fórmula de que se vale Liebman para identificar os legítimos contraditores primários e secundários, embora, na ocasião, o mestre tratasse de questões atinentes ao reconhecimento de paternidade: “[...] é claro que toda demanda interessa e toca, em primeiro lugar, aos sujeitos da relação ou do *status* controvertido; serão eles os legítimos contendores primários. Tais são, em uma questão de filiação, o

Assim, ainda no exemplo dado, caso se tenha concluído pela inexistência da união estável, e desde que tenham sido cumpridos os requisitos do art. 503, § 1º, do CPC/15, deverá ser julgada improcedente a demanda proposta, pelo mesmo sujeito, em face do INSS, com vistas ao recebimento de pensão com base naquela relação. Na hipótese oposta, ainda, uma vez que se tenha entendido pela existência de união estável, tal conclusão poderá ser oposta na demanda proposta em face da autarquia previdenciária, possibilitando que se chegue a um juízo de procedência quanto à pensão, desde que estejam presentes os demais elementos de seu suporte fático.

Longe de pretender exaurir as hipóteses de prejudicialidade-dependência, os exemplos acima mencionados são apenas algumas situações em que a formação de coisa julgada sobre a análise incidental da questão pode produzir resultados operativos.

2.17. (Segue) Prejudicialidade negativa

Ao elaborar sua construção a respeito dos vínculos de prejudicialidade-dependência, Enrico Allorio mencionava a possibilidade de que a relação jurídica condicionante integrasse a *fattispecie* da relação condicionada não em sentido positivo, mas em *sentido negativo*. Ou seja: tratava, o autor, de situações em que a *inexistência* de uma situação jurídica compusesse o suporte fático de outra e, assim, fosse condição para que essa pudesse existir¹⁶².

A análise das normas de direito material demonstra, de fato, a previsão de certos direitos para cujo surgimento é imprescindível a constatação da inexistência de determinada situação jurídica, que, então, coloca-se como elemento prejudicial à análise daqueles quando sejam deduzidos em juízo.

Para mencionar um exemplo trazido por Allorio, pode-se lembrar do direito à indenização decorrente da *evicção* (CC/02, arts. 447 e ss.), que decorre não apenas da

pai e o filho. [...] Mais se o pai morreu, haverá, entre os terceiros, alguns cujo interesse na questão será, todavia, maior que o de todos os outros: tal será o caso dos parentes próximos, os membros do núcleo familiar. Serão eles, pois, legítimos contendores *secundários*; em face dos contendores primários, atrás mencionados, seu interesse e, em consequência, sua posição ficam necessariamente pospostos; em face de qualquer outro terceiros, porém, são eles que levam vantagem, excluindo-os de toda ingerência indiscreta” (“Limites à coisa julgada nas questões de estado”, p. 201-202).

¹⁶² *La cosa giudicata...*, n. 32, p. 70-71.

existência do contrato, mas, ainda, da constatação da *inexistência do direito de propriedade, por parte do vendedor, no momento da alienação*¹⁶³.

Situação ainda mais evidente, lembrada pela doutrina, é o que ocorre com o direito à *repetição do indébito* (CC/02, art. 876; CDC, art. 42, parágrafo único), que depende da comprovação da *inexistência da dívida* cobrada pelo requerido¹⁶⁴.

Pode-se mencionar, ainda, especificamente no direito brasileiro, o direito potestativo à *renovação do contrato de locação*, que está sujeito à demonstração, por parte do locatário, da *inexistência de taxas e impostos* que tenham incidido sobre o imóvel e cujo pagamento lhe incumbia (Lei nº 8.245, art. 71, III). Ou, ainda, em sentido semelhante, é de se lembrar do *direito ao voto do condômino* em assembleia de condomínio, que depende da *inexistência* de débitos condominiais (CC/02, art. 1335, III).

Nesses casos, então, como se disse, a inexistência de uma determinada situação jurídica é condição para que se possa afirmar a existência de outra, o que ocorre, repita-se, pelo fato de que aquela *integra o seu suporte fático*. É importante frisar essa última circunstância a fim de que se possam distinguir as hipóteses de prejudicialidade negativa daquelas que reconduzíveis à categoria da prejudicialidade por incompatibilidade, que será analisada adiante: embora em ambos os casos a demonstração de uma situação leve ao juízo de inexistência de outra¹⁶⁵, as situações jurídicas incompatíveis são *externas* à

¹⁶³ Assim: ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata...*, n. 32, p. 71. É de se registrar, entretanto, a posição contrária de Andrea Proto Pisani, para quem a condição para o surgimento do direito à garantia seria a *existência do direito do terceiro*, e não a inexistência do direito do alienante, o que ficaria demonstrado pelo fato de que “o comprador nada poderá pretender do vendedor caso a demanda proposta pelo terceiro seja rejeitada, ainda que, por ex., porque esse comprador tenha usucapido o bem” (“Il giudicato civile: i limiti soggettivi”. In: *Le tutele giurisdizionale dei diritti (studi)*. Napoli: Jovene, 2003. n. 2.3, p. 334 – *tradução livre*). Ao tratar, entretanto, do “fato da evicção”, Clarisse Frechiani Lara Leite dá a entender que ambas as circunstâncias seriam relevantes, ao afirmar que a condição fundamental para o surgimento do direito à indenização seria “a privação de uma utilidade (ou benefício) do direito que se pretendeu adquirir *em razão da falha na atribuição translativa que enseja a postulação vitoriosa de terceiro*” (*Evicção e processo*, n. 15, p. 67 – *destaques nossos*). A partir dessa ideia, então, pode-se dizer que a inexistência do direito por parte do alienante é, sim, condição para o surgimento do direito do evicto, ainda que não suficiente. Por fim, vale dizer que, de acordo com o que esclarece a autora, a aquisição do direito pelo próprio comprador, para evitar a intervenção vitoriosa do terceiro, também é capaz de caracterizar a evicção (n. 16, p. 73), de onde se extrai que a usucapião não impediria o surgimento do direito à indenização.

¹⁶⁴ Assim: CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I. 10ª ed. Torino: Giappichelli, 2015. p. 109-111.

¹⁶⁵ Por tal razão, não se pode negar, de qualquer forma, que também na prejudicialidade negativa a situação prejudicial seja incompatível com a prejudicada. Nessa linha, Elena Zucconi Galli Fonseca trata conjuntamente de ambas as hipóteses (*Pregiudizialità e rinvio...*, Parte I, Cap. III, n. 8, p. 124-137).

fattispecie da situação prejudicada, ao contrário das situações agora investigadas, que são *internas*¹⁶⁶.

Essa distinção, muito mais do que atender a uma finalidade meramente classificatória, possui uma relevante importância prática, que se refere à distribuição do ônus da prova em demandas nas quais a relação jurídica prejudicada se coloque como fundamento da pretensão deduzida. Por configurar *fato constitutivo* do direito afirmado, a demonstração da inexistência de uma situação enquadrável na ideia de *prejudicialidade negativa* é ônus que toca ao requerente (CPC/15, art. 373, I). Já nas hipóteses de *prejudicialidade por incompatibilidade*, a comprovação da situação prejudicial é encargo do réu, uma vez que constitui *fato impeditivo, modificativo ou extintivo* do direito do autor (CPC/15, art. 373, II)¹⁶⁷. Tudo isso, é claro, se não houver a redistribuição do *onus probandi* na forma do art. 373, § 1º.

De toda sorte, valem, aqui, considerações análogas àquelas que anteriormente se fez sobre as relações entre a coisa julgada e a situação jurídica prejudicial.

Assim, para nos restringir ao último exemplo mencionado, imagine que o condômino, que vem sendo impedido de votar nas assembleias de moradores, ajuíze demanda em face do condomínio em que pretende garantir o seu direito ao voto, inibindo a prática de atos em sentido contrário. Como causa de pedir, precisará alegar, dentre outras circunstâncias, a inexistência de débitos condominiais, que, então, como se disse, estabelece relação de prejudicialidade com o pedido deduzido.

¹⁶⁶ Para a essa distinção: RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 253.

¹⁶⁷ A distinção proposta fica muito clara quando se tem em vista a estrutura normativa que leva ao surgimento de cada uma das espécies de prejudicialidade, e os efeitos jurídicos que dos respectivos fatos se pretende extrair. Assim, sem a presença de um dos elementos que compõem a *fattispecie* do direito do autor – a inexistência da situação prejudicial, no caso da prejudicialidade negativa –, não se produzem os efeitos por ele pretendidos, o que leva à improcedência do pedido inicial. Por outro lado, na prejudicialidade por incompatibilidade, a ausência da situação prejudicial impedirá que se produza a eficácia extintiva, impeditiva ou modificativa do direito do autor. É isso, então, o que faz com que seja do autor o ônus de provar a prejudicial negativa (= fato constitutivo de seu direito), e do réu o ônus de demonstrar a prejudicial por incompatibilidade (= fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor). Nessa linha, a doutrina ensina que a distribuição do ônus probatório obedece ao critério do *interesse*, no sentido de que cabe a cada uma das partes a demonstração dos fatos que lhe interessam que sejam considerados pelo juiz, o que decorre, em grande medida, da circunstância de integrarem a *fattispecie* da norma capaz de produzir efeitos que lhe possam ser vantajosos. Era nesse sentido a lição de Chiovenda (*Instituições de direito processual civil*, vol. II. Trad.: J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969. § 45, esp. n. 276, p. 376-380), a que aderem, dentre muitos outros: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 3ª ed. Torino: UTET, 2010. p. 250-253; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 951, p. 78-80; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 2. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. n. 584, p. 360-361.

Nessa situação, (i) caso já haja coisa julgada anterior em relação ao débito condominial, o juízo a este respeito deverá ser tomado como premissa no julgamento da causa. Assim, se a decisão precedente foi no sentido de que existe a dívida, a demanda cogitada será inexoravelmente rejeitada. Por outro lado, se o julgamento anterior houver decidido que não existem os débitos imputados, poderá a demanda ser julgada procedente, ou improcedente, a depender da presença dos demais fatos constitutivos do direito deduzido, e, ainda, da inexistência de eventuais fatos extintivos, impeditivos ou modificativos.

Por outro lado, (ii) caso não haja coisa julgada anterior a respeito da questão, o juiz estará livre para analisar a prejudicial referente à inexistência dos débitos apontados pelo condomínio. Essa análise poderá ocorrer (ii.1) a título principal, se uma das partes formular pedido próprio quanto à questão da dívida, caso em que haverá formação de coisa julgada a teor do art. 503, *caput*, ou, ainda, (ii.2) como questão incidental, hipótese em que, uma vez cumpridos os requisitos do § 1º do art. 503, também poderá tal juízo tornar-se imutável e indiscutível

Nesses casos, então, pode-se cogitar da possibilidade de que a conclusão a que se chegue a respeito da existência ou inexistência dos débitos na demanda imaginada venha a ser aproveitada em outros processos.

Imagine-se, por exemplo, que, mesmo após ter sido afirmado, a título incidental, que as dívidas já estavam devidamente quitadas, o que levou à decisão favorável ao condômino, o condomínio ajuíze, em face dele, ação de execução de título extrajudicial com base no art. 784, X, do CPC/15. Neste caso, o executado poderá, em seus embargos, se valer da coisa julgada anteriormente formada a fim de fazer cessar a atividade executiva.

Por outro lado, caso naquele primeiro processo tenha ficado comprovado que as dívidas existiam, e uma vez que referida análise tenha respeitado o previsto no art. 503, § 1º, do CPC/15, poderá, o condomínio, se valer dessa conclusão em outros processos em que litigar com o condômino. Poderá, inclusive, como se verá, dar início a execução de título judicial com fulcro na *declaração* de existência do crédito que desse juízo advém (CPC/15, art. 513, I)¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Sobre a possibilidade de que a coisa julgada formada sobre a questão prejudicial possa aparelhar a execução forçada, ver, *infra*, o item n. 3.17.

2.18. (Segue) Prejudicialidade lógica (relação jurídica complexa/fundamental)

Hipótese que representa um capítulo à parte no estudo da prejudicialidade, e que merece uma análise mais detalhada em virtude das ligações com o tema dos limites objetivos da coisa julgada, é aquela em que a pretensão deduzida em juízo deriva de uma *relação ou situação jurídica complexa*, da qual decorrem outros direitos, faculdades, deveres etc., além da situação afirmada pelo requerente¹⁶⁹.

É o que ocorre, por exemplo, quando se pretende, em juízo, a cobrança de uma das prestações recíprocas de um contrato sinalagmático. Basta que se pense em uma demanda condenatória em que o vendedor de um bem visa ao recebimento do preço da coisa, ou, ainda, em ação proposta pelo locador em que pretende a cobrança dos aluguéis de determinados meses que estejam em atraso.

Situação semelhante se vê, ainda, quando o proprietário de um bem ajuíza demanda em que pretende fazer valer uma das prerrogativas inerentes ao domínio (CC/02, art. 1.228), como ocorre, por exemplo, com a ação reivindicatória, que visa à recuperação da posse da coisa, ou com a ação voltada à condenação do réu ao pagamento de frutos que tenha recebido indevidamente.

Nesses casos, diferentemente do que se passa com as outras hipóteses de prejudicialidade acima mencionadas - em que o elemento prejudicial é uma *relação jurídica distinta* da prejudicada (p. ex.: relação de paternidade e direito a alimentos; inexistência da dívida e repetição do indébito) -, o direito afirmado em juízo *é parte de uma relação jurídica fundamental*, mais ampla e complexa, da qual também decorrem outras situações jurídicas (p. ex.: do contrato de compra e venda se podem extrair dois direitos: o do vendedor em receber o preço, e o do comprador em receber o bem; da propriedade decorrem as prerrogativas de usar, gozar e dispor da coisa, bem como a de reavê-la). Ou, conforme uma recente construção, enquanto nos casos de prejudicialidade-dependência substancial o efeito jurídico condicionante é distinto do condicionado, nas situações de que agora nos ocupamos *o efeito jurídico condicionado está contido no condicionante*; a relação, entre eles, se dá entre uma parte e o todo¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Para a definição de relação jurídica complexa: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...*, vol. I, n. 122, p. 388-390. Na doutrina brasileira, vale conferir, ainda, com grande proveito: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*, n. 30, p. 52-54.

¹⁷⁰ Assim: FONSECA, Elena Zucconi Galli. *Pregiudizialità e rinvio...*, p. 112.

Essa distinção foi colocada em evidência, de modo muito claro, por Sergio Menchini¹⁷¹, que, partindo de ideias anteriormente desenvolvidas por Salvatore Satta¹⁷², fala, nesses casos, em *prejudicialidade lógica*¹⁷³, em contraposição às hipóteses de *prejudicialidade técnica*, que seriam aquelas encartáveis na estrutura da prejudicialidade-dependência substancial e na da prejudicialidade por incompatibilidade.

Como notou o autor, nas hipóteses de prejudicialidade lógica o elemento prejudicial não é, por si só, um direito subjetivo, mas, na verdade, constitui uma entidade complexa que agrega uma pluralidade de situações jurídicas, a fim de lhes garantir tratamento harmônico. A relação jurídica fundamental seria, assim, uma figura criada pelo direito com o objetivo de coordenar e dar unidade a direitos diversos, mas interdependentes¹⁷⁴.

Em virtude dessas características, a coisa julgada formada em processo que trate de um dos direitos resultantes da relação jurídica fundamental deveria, segundo Menchini, alcançar a própria relação. Caso contrário, ao permitir que se deem soluções distintas a essa questão prejudicial cada vez que se deduza uma situação particular dela decorrente, o processo poderia criar uma grave incongruência no plano do direito material. É o que

¹⁷¹ As ideias do autor, de que trataremos em seguida, foram desenvolvidas, inicialmente, em monografia muitas vezes citada ao longo do presente trabalho: *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987. Cap. II, esp. n. 5-10, p. 82-130. Para um bom resumo dessas ideias, com algumas retificações posteriores, de que falaremos, vale conferir, ainda, o que o autor escreveu em: *Il giudicato civile*. Torino: UTET, 1988. Cap. III, sez. I, n. 5-9, p. 55-71; “Regiudicata civile”. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. XVI. Torino: UTET, 1997. n. 14, p. 435-439. Para uma excelente análise da teoria de Menchini na doutrina brasileira: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012. n. 6, p. 42-49.

¹⁷² No pensamento de Satta, já se via, embora em termos menos precisos, a distinção entre prejudicialidade lógica, em que a prejudicial é uma questão que integra a relação da qual deriva a pretensão deduzida, e prejudicialidade técnica, em que a prejudicial constitui-se de questão que integra relação diversa daquela. Segundo sustentou o autor as prejudiciais lógicas, caso contestadas pelo réu, seriam decididas com força de coisa julgada. É o que se vê, dentre outros textos mencionados pela doutrina, em: “Accertamento incidentale”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. I. Milano: Giuffrè, 1958. p. 244-245. Para um resumo das ideias de Satta, vale conferir: MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*n. 5, p. 82-86.

¹⁷³ É importante deixar claro que a noção de prejudicialidade lógica, aqui, nada tem a ver com a concepção puramente lógica de prejudicialidade que buscamos, acima, distinguir da prejudicialidade em sentido jurídico (n. 2.4 a 2.7). Na verdade, tanto a prejudicial lógica quanto a prejudicial técnica de que fala Menchini seriam, conforme aqueles critérios, prejudiciais em sentido jurídico.

¹⁷⁴ A esse respeito, vale a leitura do seguinte trecho: “A relação obrigacional fundamental é ainda uma figura ideal, representa a ‘entificação’ do conjunto das relações simples que dessa derivam e que a essa dão conteúdo, expressando, em síntese, o agregado: ‘essa é, por isso, uma abstração, um complexo...de vários efeitos jurídicos complexos’. Retratado o conceito em exame como organismo, como estrutura complexa, emerge com clareza a sua função: esse tem a tarefa de fornecer a estrutura, dentro da qual nascem e vivem as singulares relações simples, determinando-lhes a disciplina jurídica e, sobretudo, favorecendo a sua harmonização: ‘estes elementos, isso é, os diversos direitos e obrigações, não são desarticulados um ao lado do outro, mas são, de modo significativo, em estreita relação uns com os outros’” (*I limiti oggettivi...*n. 6, p. 90 – tradução livre).

ocorreria de modo especialmente dramático em hipóteses nas quais estivessem em jogo, em sucessivos processos, contraprestações decorrentes de um contrato sinalagmático: imagine-se, por exemplo, que após ter sido condenado ao pagamento do preço, o comprador de um bem vê ser rejeitada a sua pretensão ao recebimento da coisa adquirida pelo fato de o juiz deste segundo processo considerar o contrato inválido¹⁷⁵.

É importante ressaltar, porém, que, para chegar essa ampliação dos limites da coisa julgada, Menchini recorre, antes de tudo, a uma ampliação do próprio objeto do processo, que, segundo sustenta, deveria alcançar a relação fundamental sempre que se deduzisse um direito dela recorrente¹⁷⁶. Trata-se, segundo nos parece, de uma noção que tem como ponto de partida a concepção - majoritária, como visto, na doutrina italiana¹⁷⁷ - de que o objeto litigioso seria a situação substancial deduzida em juízo, que, nos casos analisados, incluiria a própria relação fundamental.

Essa ideia, vale notar, já estava de certo modo presente no pensamento de Giuseppe Chiovenda, que afirmava que, quando se deduzisse em juízo a *faculdade principal* que decorre de uma relação jurídica complexa, a relação também faria parte do objeto do processo, estando sujeita à coisa julgada. É o que ocorreria, por exemplo, na ação reivindicatória, que, por buscar fazer valer a principal das prerrogativas do domínio, levaria à afirmação, a título principal, do próprio direito de propriedade¹⁷⁸.

O que fez Menchini, então, foi dar contornos gerais a essa ideia, ao entender que, conquanto a relação fundamental possa, isoladamente, ser objeto de ação autônoma, sem que se deduza qualquer um de seus efeitos, a recíproca não seria verdadeira. Ou seja:

¹⁷⁵ Logo após demonstrar que a interdependência que existe entre as situações singulares decorrentes da relação fundamental torna necessária a coordenação entre os julgamentos a respeito de cada uma, Menchini questiona: “que utilidade conservaria essa figura agregadora, se então no processo, ou seja, no momento da tutela jurisdicional, cada efeito fosse abandonado à própria sorte, tivesse um destino de todo independente em relação àquele dos outros efeitos. Sobretudo, é razoável a dissociação, a cisão traumática da relação de interdependência que, por meio da relação fundamental, se instaura entre as pretensões singulares?” (*I limiti oggettivi...*, n. 8, p. 110 – tradução livre).

¹⁷⁶ Foi o que notaram Aldo Attardi (“In tema di limiti...”, p. 476), Claudio Consolo (“Oggetto del giudicato e principio dispositivo (I): dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 219-220) e Stefano Recchioni (*Pregiudizialità processuale...*, p. 182), apesar das contradições que, como veremos em seguida, existem na construção de Menchini.

¹⁷⁷ Sobre a prevalência, na doutrina, italiana, da orientação que considera a situação substancial como objeto do processo, ver, *supra*, o item n. 1.6. Quanto a Menchini, é essa a premissa traçada de modo muito claro no primeiro capítulo da monografia aqui analisada, que trata do “objeto do processo, objeto da decisão e direito substancial” (*I limiti oggettivi...*, Cap. I, esp. n. 4-6, p. 45-57).

¹⁷⁸ Assim, expressamente: *Instituições...*, vol. I, n. 122, p. 389.

sempre que se busque, em juízo, a tutela de um dos direitos dela decorrentes, a própria relação também seria deduzida a título principal¹⁷⁹.

A partir disso, conforme sustentou num primeiro momento, sempre que se julgasse demanda com base em uma das situações jurídicas decorrentes da relação fundamental, a coisa julgada se estenderia à prejudicial lógica, ainda que não fosse ela contestada pelo réu ou enfrentada expressamente na sentença.

Como afirmou o autor, o art. 34 do diploma processual italiano – dispositivo a partir do qual se extrai a regra de que a coisa julgada, em geral, não alcança as questões prejudiciais que não forem convertidas em causa – aplicar-se-ia apenas às hipóteses de prejudicialidade técnica, já que as prejudiciais lógicas estariam já incluídas no objeto do processo e, conseqüentemente, no âmbito da coisa julgada¹⁸⁰.

Analisando criticamente referidas ideias, não é possível desconsiderar, antes de tudo, os inegáveis méritos da tese de Menchini, que, além de explicitar as diferentes formas pelas quais estruturalmente se pode articular a prejudicialidade, busca evitar a contradição entre julgados em hipóteses nas quais isso seria especialmente grave. Não por outra razão, as ideias do autor contam com a adesão de parte da jurisprudência e de importantes setores da doutrina italiana¹⁸¹.

O fato, contudo, é que, como explicitou parte da doutrina posterior, tais ideias encerram alguns problemas e algumas contradições que não parece possível superar, e que tornam inadequada sua adoção no direito brasileiro, que, como veremos, possui atualmente mecanismos mais adequados para lidar com os problemas com que se preocupava Menchini.

Em primeiro lugar, pode-se dizer que, ao sustentar que a relação jurídica fundamental seria afirmada a título principal sempre que se deduzisse um direito dela

¹⁷⁹ “[...] o pedido de declaração da existência e qualificação jurídica da relação, considerando a sua idoneidade a condicionar uma pluralidade de efeitos, pode constituir por si só objeto do processo, separadamente do pedido de tutela de um efeito singular; todavia o contrário não parece possível, não se pode, isso é, fazer valer em juízo um débito ou um crédito (um efeito), sem submeter contextualmente à decisão a inteira relação complexa” (*I limiti oggettivi...*, n. 8, p. 109 – tradução livre).

¹⁸⁰ Nesse sentido, sobre o art. 34 e o sentido em que se forma a coisa julgada sobre a prejudicial lógica de acordo com o modo pelo qual é julgada o mérito: *I limiti oggettivi...*, n. 7-8, p. 92-115.

¹⁸¹ Ainda que com alguma variação, as ideias de Menchini são adotadas na Itália, dentre outros autores, em: LUISSO, Francesco Paolo. *Diritto processual civile*, vol. I, n. 18.13-18.15, p. 165-169; PISANI, Andrea Proto. “Appunti sul giudicato civile...”, n. 5, p. 395-398. Para a sua adoção na jurisprudência da Corte de Cassação, conferir o item n. 4.4, *infra*.

decorrente, a tese vulnera desnecessariamente o *princípio da demanda*¹⁸², que outorga ao sujeito interessado a prerrogativa não apenas de dar início ao processo, mas, também, de dar forma ao seu objeto. Nessa linha, como visto, a cumulação de demandas, malgrado traga benefícios em termos de economia processual e de harmonia nos julgamentos, é uma opção que, no direito brasileiro, é reservada às partes, justamente porque, dentre outras razões, leva a uma maior complexidade da atividade necessária ao julgamento da causa.

Nesse contexto, é de certo modo contraditório afirmar, de um lado, que a relação jurídica fundamental pode ser objeto de demanda autônoma, e, de outro, impor que seja ela levada a juízo sempre que se deduza uma situação jurídica dela derivada. Isto é: ao mesmo em que considera que a relação fundamental atende à estrutura mínima da demanda, Menchini acaba por negar a sua autonomia enquanto conteúdo que pode dar forma ao objeto do processo, e, por conseguinte, acaba por negar a autonomia das partes para buscar a prestação de tutela jurisdicional em relação a ela na oportunidade mais adequada a seus interesses¹⁸³.

Nessa linha de raciocínio, afirma-se que a prejudicialidade lógica, por ser uma relação entre dois elementos passíveis de declaração judicial, deve-se submeter, como as demais hipóteses de prejudicialidade, às regras do art. 34 do diploma italiano, em que pesem as peculiaridades de sua estrutura substancial¹⁸⁴.

Além disso, ao impedir que os direitos decorrentes da relação fundamental sejam deduzidos em juízo sem que a própria relação o seja, o autor acaba adotando, quanto a esses direitos, uma noção peculiar de mínima unidade estrutural acionável, na medida em que, malgrado constituam situações jurídicas autônomas, não podem, isoladamente, ser objeto de um processo.

¹⁸² Em sentido semelhante, analisando a questão à luz da garantia do acesso à justiça: CONSOLO, Claudio. “Oggetto del giudicato e principio dispositivo...”, n. 5, p. 236-237.

¹⁸³ No entender de Recchioni, seria essa a “crítica fundamental” a ser dirigida à teoria de Menchini (*Pregiudizialità processuale...*, p. 185).

¹⁸⁴ “Portanto, a aplicabilidade mesmo aqui – ou seja, à dependência entre relação fundamental e seus efeitos particulares – da disciplina do art. 34 descende para nós da presença, também no caso certamente específico da relação fundamental, de uma forma de prejudicialidade processual que se dá entre distintos objetos declaráveis em juízo” (RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 186 – *tradução livre*). Em sentido muito semelhante, Aldo Attardi afirma que a eventual diferença na estrutura das duas formas de prejudicialidade não impede que estejam elas submetidas a uma disciplina unitária, e que, nessa linha, a aplicabilidade do art. 34 às relações jurídicas fundamentais “depende fundamentalmente da possibilidade ou não que tais relações possam constituir objeto de um processo autônomo distintamente dos efeitos particulares que nelas tenham origem” (“In tema di limiti...”, p. 490 – *tradução livre*). Em sentido muito semelhante a ambos, ainda: CARBONARA, Francesco. “Questioni di merito e idoneità al giudicato”, p. 685-688-689.

Ainda mais relevantes, porém, parecem ser os problemas que da tese decorrem para *garantia do contraditório*: como se afirmou acima, Menchini sustentava, ao menos num primeiro momento, que haveria a formação de coisa julgada sobre a relação jurídica fundamental independentemente da existência de contestação específica sobre ela e de sua análise expressa na sentença¹⁸⁵.

Afirmava o autor, então, que o juízo de procedência levaria à declaração da existência e da validade da relação fundamental ainda que a defesa do réu não se voltasse a qualquer um desses pontos, mas apenas à situação particular deduzida em juízo, e mesmo que a sentença não contivesse qualquer análise a respeito. Imagine-se, por exemplo, que, em demanda em que se pretende a condenação do requerido ao pagamento de determinada prestação contratual, a contestação se dedicasse, apenas, a alegar que a dívida estaria prescrita ou que já teria sido adimplida, sem nada mencionar quanto ao contrato. Nesse caso, julgada procedente a demanda, restariam declaradas, para fins de coisa julgada, a existência e a validade da avença.

Já nas hipóteses de improcedência, o sentido em que declarada a relação prejudicial dependeria de qual tenha sido o fundamento adotado na sentença. Assim, caso a rejeição fosse fundada no reconhecimento expresso da inexistência ou da invalidade da relação fundamental, o juízo que se fizesse a esse respeito seria acobertado pela autoridade da coisa julgada.

Por outro lado, caso a improcedência se desse em virtude do acolhimento de alguma defesa apresentada pelo réu voltada especificamente ao efeito particular deduzido pelo requerente, haveria a formação de coisa julgada sobre o reconhecimento da existência e da validade da relação fundamental, ainda que não houvesse qualquer menção expressa na sentença a esse respeito. Isso porque, do ponto de vista lógico, para que se possa falar na existência de um fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido em juízo, é necessário, ao menos implicitamente, entender que esse direito exista e seja válido¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Sobre as possibilidades de formação de coisa julgada expostas nos três próximos parágrafos: *I limiti oggettivi...*, n. 8, p. 113-115.

¹⁸⁶ Vale esclarecer, porém, que, especificamente em relação aos direitos reais, Menchini adota solução distinta quanto aos casos em que a improcedência não se baseia na própria negativa do direito: “[...] se a decisão negativa se baseia sobre a declaração da inexistência de um outro fato constitutivo – por exemplo, sobre o entendimento de que o réu não é possuidor -, não há decisão alguma, nem mesmo *implícita*, em ordem à propriedade e resta, por isso, prejudicada a possibilidade de fazê-la valer em um sucessivo processo” (*I limiti oggettivi...*, n. 9, p. 123 – *tradução livre*).

Os problemas que dessa visão decorrem são evidentes: no que se refere à sentença de procedência, ainda que um juízo favorável ao autor dependa, de fato, da existência e da validade da relação fundamental, não é adequado aceitar a formação de coisa julgada quanto a esses pontos em hipóteses nas quais não tenha havido qualquer pronunciamento a respeito.

A situação é mais grave, porém, nas hipóteses em que a improcedência derivar do acolhimento de algum fato extintivo, impeditivo ou modificativo. É certo, por um lado, que, do ponto de vista do direito material, faz sentido afirmar que a operabilidade desse tipo de defesa pressuponha a existência e a validade do direito do autor (e, assim, da relação fundamental). Assim, por exemplo, só se pode falar no pagamento ou na prescrição de uma dívida que seja existente. Essa constatação referente à realidade substancial, porém, não repercute inexoravelmente no processo, que, a fim de que se possa julgar a pretensão que dá forma ao seu objeto, permite a prolação de uma sentença de improcedência tendo como base *apenas* o acolhimento de uma dessas defesas indiretas, independentemente da real e concreta análise do direito do autor¹⁸⁷.

É de se lembrar, neste ponto, que, enquanto para a afirmação de um direito, é necessário que se constate cada um de seus fatos constitutivos e, ainda, a inexistência de eventuais fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, para a sua negação basta que se faça um juízo em sentido contrário em relação a qualquer um desses elementos.

Diante disso, como veremos mais à frente, é possível – e até mesmo desejável – que, para julgar improcedente um determinado pedido, o juiz se contente com a constatação da presença de algum fato extintivo, impeditivo ou modificativo, ainda que não tenha realizado qualquer análise referente à presença dos fatos constitutivos, e, para os que aqui nos interesse, quanto à existência e validade da relação jurídica fundamental. É aquilo o que a doutrina italiana conhece como *principio della ragione più liquida*, que permite ao julgador adotar qualquer fundamento suficiente para julgar a pretensão deduzida, mesmo que, para tanto, tenha de ignorar a ordem lógica de enfrentamento das questões a ele submetidas que seria ditada pelo direito material¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Pra essas críticas, na linha do que consta dos próximos três parágrafos: CONSOLO, Claudio. “Oggetto del giudicato e principio dispositivo...”, n. 2, p. 220-221; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, Cap. III, n. 5.2, p. 188-195; VOLPINO, Diego. *L’oggetto del giudicato...*, p. 336-337.

¹⁸⁸ A este respeito, ver, *infra*, o item n. 3.5.

E diante disso, é possível que se julgue improcedente uma determinada pretensão decorrente de uma relação fundamental sem que essa seja objeto de qualquer análise por parte do órgão julgador, o que torna inadequada a automática extensão de coisa julgada a ela.

Exatamente com base nessa última constatação, Sergio Menchini retificou, em escritos posteriores, parte do seu pensamento, para entender, especificamente em relação às sentenças de improcedência, que a formação de coisa julgada dependeria do conteúdo da fundamentação. Assim, nos casos em que a rejeição da pretensão se dê com base na ausência de um fato constitutivo ou na presença de um fato extintivo, impeditivo ou modificativo, não haveria coisa julgada quanto à relação fundamental. No que tange às demais hipóteses, porém, manteve a posição inicial¹⁸⁹.

Embora resolva, em relação às sentenças de improcedência, os problemas concernentes ao contraditório que decorreriam da formação de coisa julgada sobre um conteúdo que sequer é analisado, essa mudança no pensamento de Menchini deixa exposta aquela que é a principal contradição de sua tese.

Por um lado, caso a relação fundamental integrasse o objeto do processo – premissa de que parte a teoria -, não se poderia aceitar a prolação de sentença que não tratasse expressamente dessa questão. Haveria, nessas situações, uma espécie de cumulação de demandas *ex legge*, de modo que, ao não analisar a relação fundamental, a decisão seria omissa (*citra petita*).

¹⁸⁹ Nesse sentido, é o que fica claro da leitura do que escreveu Menchini em um dos textos posteriores acima mencionados: “[...] a dedução em juízo de uma simples dupla pretensão-obrigação envolve como objeto do juízo e da coisa julgada também a relação obrigacional ou a situação real fundamental. Isso, porém, com um importante esclarecimento: enquanto na hipótese de acolhimento da demanda proposta, a sentença contém em regra uma declaração, explícita ou implícita, acerca da existência e da validade da relação complexa, porque o reconhecimento da subsistência do efeito substancial controvertido pressupõe normalmente a existência de todos os fatos constitutivos e a inexistência de todos os fatos impeditivos, modificativos e extintivos, no caso de decisão de rejeição o discurso é um pouco mais articulado. Na verdade, de um lado, o alcance objetivo da coisa julgada, especialmente daquele que rejeita o pedido, varia em razão dos motivos sobre os quais a decisão se funda, e, de outro lado, pela operatividade do princípio ‘do primado da questão resolutiva de mais pronta solução’ [...], o juiz pode rejeitar a demanda depois de estar convencido da existência de apenas um fato impeditivo, modificativo ou extintivo ou da inexistência de apenas um fato constitutivo, restando as outras questões absorvidas. Segue-se que, onde as partes tenham centrado a controvérsia unicamente na dupla direito-obrigação feita valer e a decisão de rejeição seja fundada em motivos que atenham-se exclusivamente a esta última situação (por exemplo: porque a parcela não está ainda vencida ou está prescrita), não se terá nenhuma declaração imperativa sobre a existência ou sobre a inexistência da relação fundamental, já que tal questão tornou-se absorvida; ao contrário, uma tal declaração imperativa haverá, se a sentença seja baseada no reconhecimento da invalidade ou da inexistência da relação fundamental constitutiva” (“Regiudicata civile”, n. 14, p. 437 – *tradução livre*).

Essa solução, por outro lado, conflitaria com o princípio da demanda, em dois aspectos distintos. O primeiro deles decorre do fato de que simplesmente não há na legislação italiana – e tampouco na brasileira - qualquer norma que expressamente excepcione a aplicação do princípio para as prejudiciais lógicas.

O segundo, por sua vez, que diz respeito às razões que inspiram o princípio da demanda e a regra da correlação, refere-se às consequências para o julgamento da causa que decorreriam da integração da relação fundamental ao objeto do processo, na medida em que, como se disse, obrigaria à sua apreciação ainda que nenhuma das partes o tenha requerido, e mesmo que isso não se faça necessário para o julgamento das pretensões efetivamente deduzidas em juízo. Isso equivaleria, então, a impedir o encerramento do processo quando outros fundamentos já sejam suficientes para a apreciação dos pedidos feitos pelas partes, o que traria um “enrijecimento” desnecessário para a atividade decisória do juiz¹⁹⁰.

Esse último fator, vale dizer, não é de modo algum ignorado por Menchini, que, na verdade, afirma expressamente a aplicabilidade do mencionado *principio della ragione più liquida*, e, assim, a efetiva possibilidade de que o magistrado julgue as pretensões deduzidas sem, efetivamente, enfrentar a relação fundamental. Essa solução, porém, repita-se, não parece coerente com a premissa de que a prejudicial lógica integraria o objeto do processo.

Dessas considerações, o que se extrai, enfim, é que a tese analisada, malgrado proponha uma releitura do conteúdo do objeto do processo - que, então, passaria a ser formado também pela relação jurídica fundamental -, não leva essa premissa até as suas últimas consequências. Afinal, por razões que nos parecem corretas, não exige que seja ela enfrentada em juízo em situações nas quais isso não se faça necessário para o julgamento do mérito, o que, como veremos no capítulo seguinte, é forte indicativo de que não se trata de elemento a ser apreciado em caráter principal, mas, apenas, como fundamento para o julgamento da causa. Em outras palavras: trata-se de conteúdo que não integra o mérito da causa, mas, apenas, o objeto do conhecimento do juiz.

Em última análise, então, o que faz Menchini, é permitir que a coisa julgada alcance conteúdos que constem da motivação da sentença – como, aliás, fica claro, de

¹⁹⁰ Para considerações semelhantes: CONSOLO, Claudio. “Oggetto del giudicato e principio dispositivo...”, p. 220-221 e p. 235. As mesmas razões, como veremos (*infra*, n. 3.13), recomendam que não se considere incluída no objeto do processo a questão prejudicial de que fala o art. 503, § 1º, do CPC/15.

alguns trechos de sua obra – e que não integram, verdadeiramente, o objeto do processo. Se integrassem, seriam sempre analisados a título principal na sentença, e, nesses casos, não se colocariam os problemas acima explicitados relacionados ao contraditório. Como não integram, porém, surge a necessidade, como admite o autor, de verificar qual tenha sido o fundamento da sentença a fim de que se possa estender a coisa julgada à relação jurídica fundamental.

Nenhum problema haveria nessa última concepção: como se vem sustentando ao longo do presente trabalho, é isso, inclusive, o que ocorre com a coisa julgada formada com base no art. 503, § 1º, do CPC/15, que alcança elementos externos ao objeto do processo e que são parte da motivação da sentença.

A questão, porém, é que a interpretação majoritária dada ao art. 34 do diploma processual italiano – à qual adere expressamente Menchini – é a de que a coisa julgada apenas pode tornar imutável a análise de elementos que constam do objeto do processo. O que faz o autor, como se disse, é propor uma releitura do que seja o *meritum causae*, o que, entretanto, não é levado às últimas consequências, justamente, repita-se, pelo impacto negativo que disso decorreria para o princípio dispositivo e para a forma como deve ser conduzida a atividade decisória.

Em suma, a contradição da tese analisada pode ser assim enunciada: de um lado, para fazer com que as prejudiciais lógicas escapem da disciplina do art. 34 do diploma processual italiano, Menchini parte do pressuposto de que elas integrariam o objeto do processo. De outro, porém, aceita que a relação fundamental não seja sempre enfrentada expressamente pela sentença, o que o leva a analisar o conteúdo de sua motivação a fim de afirmar ou não a formação de coisa julgada. Disso se extrai, então, que, na verdade, o autor propõe que a coisa julgada alcance elementos externos ao objeto do processo, o que conflita com a interpretação majoritária dada ao art. 34, por ele próprio encampada.

Aproximando tais considerações de nosso objeto de estudo, o que nos parece claro é que a fórmula trazida pelo art. 503, § 1º, do CPC/15 para a formação da coisa julgada sobre questões prejudiciais é capaz de atender, de forma adequada, à necessidade de coordenação entre as situações particulares que decorrem da relação fundamental sem que isso represente qualquer vulneração ao princípio da demanda e à garantia do contraditório.

Em primeiro lugar, não nos parece que, entre nós, seja possível – ou sequer necessário - estender o objeto do processo à relação fundamental nos moldes em que

preconiza Sergio Menchini: como procuramos deixar claro no capítulo anterior, o *meritum causae* no direito processual civil brasileiro é formado pelas pretensões expressamente deduzidas pelas partes em juízo. Nesse esquema, como se disse, tem uma importância fundamental o princípio da demanda, que garante às partes a prerrogativa de dar ao objeto do processo os contornos que sejam os mais adequados aos seus interesses, não lhes sendo imposto, como dever ou como ônus, que deduzam de modo cumulado as diversas demandas que poderiam decorrer de uma situação litigiosa¹⁹¹.

Essa opção, como se procurou esclarecer, conquanto implique em perdas por não privilegiar os valores que a cumulação de demandas é capaz de promover – notadamente, o da economia processual e o da harmonia de julgamentos -, evita que se imponha às partes a maior complexidade do julgamento que decorreria de um objeto do processo formado por elementos que não foram por elas deduzidos.

É claro que existem, como visto, diversas exceções ao princípio da correlação, casos em que, conforme as premissas adotadas neste trabalho, o objeto da sentença vai além do objeto do processo e à vontade das partes. Essas exceções, porém, precisam estar expressamente previstas em lei¹⁹², o que não ocorre com a relação jurídica fundamental.

Ao mesmo tempo em que privilegia a autonomia das partes na formação do objeto do processo, pode-se dizer, a partir do art. 503, § 1º, do CPC/15, que o sistema processual brasileiro não é indiferente às hipóteses em que uma determinada questão, que poderia ser objeto de ação autônoma mas não o tenha sido, seja efetivamente enfrentada pelo juiz para que possa julgar as pretensões deduzidas. Nesses casos, cumpridos determinados requisitos, sua análise estará sujeita à coisa julgada material, o que, então, é capaz de garantir um maior aproveitamento da atividade processual e evitar a prolação de decisões conflitantes a respeito da questão.

No que se refere à discussão em torno da relação fundamental, o que nos parece relevante ressaltar, mais especificamente, é que os requisitos do art. 503, § 1º, do CPC/15, se bem interpretados, são capazes de evitar a formação de coisa julgada naquelas situações, acima apontadas, em que isso poderia se revelar problemático, como ocorre em casos em que a prejudicial não é controvertida pelas partes ou em que não é enfrentada na sentença.

¹⁹¹ Ver, *supra*, o item n. 1.8.

¹⁹² Ver, *supra*, o item n. 1.11.

Em outras palavras: ao mesmo tempo em que, em decorrência do princípio da demanda, não se pode considerar, no direito brasileiro, que a relação jurídica faça parte do objeto do processo, o art. 503, § 1º do CPC/15 é capaz de garantir a formação de coisa julgada em relação a ela em situações nas quais isso seria algo de fato desejável.

Por todas essas razões, então, não nos parece que a distinção proposta por Sergio Menchini entre prejudicialidade lógica e prejudicialidade técnica seja, no direito brasileiro, relevante para a identificação do objeto do processo ou para a definição do alcance da coisa julgada¹⁹³. Tanto uma quanto outra modalidade de questão prejudicial, não tendo sido deduzida como pretensão própria, não fará parte do *meritum causae*. Por outro lado, por constituir elemento que poderia ser objeto de ação autônoma, está sujeito à coisa julgada desde que sua análise cumpra os requisitos do art. 503, § 1º, do CPC/15.

Essa constatação, porém, não apaga, como se disse de início, o mérito da construção de Menchini ao diferenciar a estrutura das duas modalidades de prejudicialidade. Com base nela, então, e a partir das considerações até aqui desenvolvidas, podemos analisar o que ocorre com algumas hipóteses de prejudicialidade que apresentam alguns aspectos especialmente problemáticos.

2.19. (Segue) Especificamente: contrato sinalagmático

Situação que, na linha do que se vem dizendo ao longo do presente tópico, enseja o surgimento de relação de prejudicialidade lógica é aquela que se verifica em hipótese na qual se pretende, em juízo, a efetivação de uma das prestações decorrentes de um contrato sinalagmático. É o que ocorre, por exemplo, quando o vendedor de um bem ajuíza demanda com vistas à condenação do réu ao pagamento do preço pactuado, ou, ainda, em que o destinatário de um serviço busca a obtenção de medida capaz de forçar o prestador a realizar a conduta contratada.

Nesses casos, a existência e a validade do contrato - relação jurídica fundamental da qual decorre o efeito afirmado em caráter principal - colocam-se como elementos prejudiciais ao julgamento da pretensão deduzida pelo autor. A eles, portanto, se aplica o

¹⁹³ Na mesma linha, afirmando que “o direito brasileiro não adotou a separação entre questões prejudiciais técnicas e lógicas empregada no direito italiano”, e que, por isso, ambas se submetem ao regime do art. 503, § 1º do CPC/15: SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada...*, p. 147.

mesmo regime jurídico quanto à coisa julgada a que estão sujeitas as demais categorias de prejudicialidade até o momento analisadas.

Assim, em hipótese na qual (i) já exista coisa julgada anterior quanto à relação contratual, caberá ao juiz adotar tal conclusão como premissa no julgamento da causa. Desse modo, se a decisão precedente houver declarado a inexistência ou a invalidade do contrato, a demanda será julgada improcedente. Por outro lado, uma vez que já tenha havido o reconhecimento da existência ou validade da avença, a demanda poderá ser julgada procedente ou improcedente, o que dependerá da análise que se fará sobre as questões que tratem especificamente do efeito jurídico individual feito valer.

Na hipótese contrária, isto é, (ii) não havendo coisa julgada anterior sobre a existência ou validade do contrato, o magistrado estará livre para analisar tais elementos, o que poderá ocorrer, em uma primeira hipótese, (ii.1) em caráter principal, caso uma das partes formule, pelas vias adequadas, demanda própria a este respeito, o que resultará na formação de coisa julgada (CPC/15, art. 503, *caput*). Por outro lado, (ii.2) não tendo sido deduzida pretensão concernente à relação fundamental, será ela apreciada, se necessário, para fins de julgamento da causa. Nesta situação, se observados os requisitos previstos no art. 503, § 1º, do CPC/15, poderá, tal juízo, se tornar imutável e indiscutível para outros processos.

É importante destacar, porém, na esteira do que se vem dizendo, que, por mais estreito que seja o vínculo existente entre a relação fundamental e os efeitos que dela se originam, o julgamento de pretensão fundamentada em algum desses efeitos não resultará, no sistema do Código de 2015, na automática formação de coisa julgada sobre a análise do contrato. Para estes fins, como se disse, a prejudicial lógica é uma questão incidental como outra qualquer, estando sujeita aos mesmos pressupostos para a formação da coisa julgada.

É claro que em hipóteses nas quais a existência ou a validade da relação contratual tenha sido efetivamente enfrentada no julgamento da causa, e que tal questão tenha sido relevante para a solução adotada, é grande a possibilidade de que o juízo feito a este respeito observe os requisitos do art. 503, § 1º, e, com isso, venha a adquirir a autoridade de coisa julgada, vinculando os juízes de processos posteriores a adotar as mesmas conclusões. Isso, porém, como se disse, não ocorrerá de modo automático, estando sujeito ao preenchimento das condições que se aplicam às demais hipóteses de prejudicialidade.

Além disso, é relevante deixar claro que não há, em geral¹⁹⁴, que se falar na existência de relação de prejudicialidade entre os diversos efeitos que decorrem de uma mesma relação jurídica fundamental. Mais especificamente, por maior que seja, no plano substancial, a interdependência existente entre os direitos e deveres recíprocos que decorrem de um mesmo contrato bilateral, não se pode dizer, no que tange à cognição judicial, que um seja prejudicial ao outro. Por tal razão, o fato de, num determinado processo, se ter considerado existente o direito ao recebimento de uma dada prestação não faz com que, em outro, se deva ter por também existente o direito à contraprestação.

Não se aplica, portanto, entre nós, a ideia, encampada por setores da doutrina estrangeira, segundo a qual a intensa ligação substancial que decorre do sinalagma contratual faria com que existisse, entre as respectivas prestações, uma dependência também a nível processual, de modo que a apreciação de uma vinculasse necessariamente a de outra. Haveria, com isso, uma espécie de prejudicialidade teleológica ou finalística entre as pretensões, o que faria com que o julgamento de uma seja considerado uma espécie de continuação do julgamento da outra¹⁹⁵.

¹⁹⁴ A ressalva decorre do fato de que, em primeiro lugar, pode haver relação de prejudicialidade entre uma determinada prestação contratual e prestações a ela acessórias, como, por exemplo, entre o dever de pagar o preço pela compra de um bem, e a incidência de multa e outros encargos no caso de inadimplemento. Nessas situações, porém, o vínculo de prejudicialidade existente entre uma prestação contratual e outra pode ser reconduzido à estrutura da *prejudicialidade-dependência substancial* (assim: FONSECA, Elena Zucconi Galli. *Pregiudizialità e rinvio...*, p. 113), ainda que a relação fundamental seja logicamente prejudicial a ambas. Além disso, em segundo lugar, pode se manifestar, em juízo, uma relação de *prejudicialidade por incompatibilidade* entre prestações sinalagmáticas, em casos nos quais o réu suscite exceção de contrato não cumprido, situação em que a constatação da pendência de uma obrigação devida pelo autor impede a produção dos efeitos por ele desejados.

¹⁹⁵ Essas ideias são atribuídas a Albrecht Zeuner, que em obra de 1959, frequentemente citada pela doutrina, teria proposto, em certos casos, a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada à motivação da sentença para que a decisão de um processo pudesse influenciar a de outro quando houvesse, entre os direitos nele discutidos, vínculos de intensa ligação ou interdependência, como ocorre entre prestações sinalagmáticas. O alcance da coisa julgada, então, não seria determinado por critérios meramente formais (como a identificação do pedido ou do dispositivo), mas pela análise das interações entre as situações substanciais discutidas em dois processos. Não se trata, então, de determinar, de forma absoluta, qual o conteúdo da coisa julgada formada em um processo, mas, de uma perspectiva relacional, verificar em que condições o julgamento nele realizado deve repercutir em outro processo. Sobre a teoria da Zeuner, vale conferir: CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*, t. I, Cap. IV, n. 4, esp. p. 508-521; “Oggetto del giudicato e principio dispositivo...”, n. 3, p. 226-229; MENDES, João de Castro. *Limites objetivos...*, n. 24, p. 143-151; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, Cap. II, n. 11, p. 130-133; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, Cap. III, n. 7, esp. p. 207-227. Para um breve resumo dessas ideias, constante de obra, escrita em língua inglesa, da qual o jurista é um dos coautores: KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. “Effects of judgments (res judicata)”. In: *International encyclopedia of comparative law: civil procedure*, vol. XVI, chapter 9. Chief editor: Mauro Cappelletti. Tübingen/Dordrecht/Boston: Mohr Siebeck/Martinus Nijhoff, 2012. n. 67, p. 27-28. Dessa última obra, extrai-se, por exemplo, que: “[...] a fim de que se produza o efeito de coisa julgada, a conexão entre as duas demandas deve ser tal que a decisão do pedido deduzido no segundo processo apareça como uma consequência necessária ou continuação da matéria julgada no primeiro processo. Sob essas condições, o segundo processo é tido essencialmente como uma continuação do conteúdo do primeiro. [...] Para determinar em que situações específicas existem conexões suficientes entre os dois

Na verdade, nessas situações, o nexo de prejudicialidade a ser ressaltado é aquele que existe entre a relação jurídica fundamental e cada uma das situações particulares que dela decorrem. Não é, assim, a coisa julgada formada sobre a análise de uma prestação que irá vincular a análise de outra. O que pode ocorrer, na verdade, é que, ao julgar demanda baseada em uma dessas prestações, a análise feita sobre a relação contratual, uma vez observados os requisitos do art. 503, § 1º, torne-se imutável e indiscutível, o que, então, irá repercutir, de modo obrigatório, no julgamento de demandas futuras que também tenham como base a mesma avença¹⁹⁶.

2.20. (Segue) Especificamente: ação reivindicatória

Considerações semelhantes podem subsidiar a análise de problema, extremamente tormentoso na doutrina, referente à estrutura do objeto do processo em demandas que visem à efetivação de uma das prerrogativas inerentes à propriedade. A questão que se coloca diz respeito a definir se, ao deduzir pretensão fundamentada em um dos poderes que decorrem do domínio (CC/02, art. 1228), o direito de propriedade também seria deduzido a título principal, ou, então, se seria uma mera questão prejudicial a ser enfrentada de forma incidental, se necessário, para julgar o mérito.

Imagine-se, por exemplo, que um sujeito que se afirma proprietário de um imóvel ajuíza, em face de outro, demanda na qual pretenda o pagamento de indenização decorrente do uso indevido do bem. Por outro lado, imagine-se que, uma vez citado, o réu alegue que, na verdade, é ele quem detém o domínio da coisa. Neste caso, como parece evidente, surge uma questão referente à definição da titularidade do direito de propriedade, que, por ter a aptidão de definir o modo pelo qual deve ser julgado o pedido condenatório,

processos para que a coisa julgada opere, requer-se uma análise das normas legais envolvidas. [...] A visão mais moderna e mais expansiva da coisa julgada vai além de critérios meramente formais; sua vantagem é levar mais em consideração as regras substanciais envolvidas [...]” (p. 27-28 – tradução livre).

¹⁹⁶ Parece exata, neste ponto, a crítica lançada por Marco de Cristofaro (“Giudicato e motivazione”, p. 62) à tese de Zeuner, afirmando que a extensão da coisa julgada à existência e à validade do contrato permitiria que se tornasse imutável um elemento que, por vezes, sequer teria sido debatido pelas partes ou explicitamente analisado pelo juiz. Ter-se-ia, com isso, consequência semelhante àquela que decorre da *coisa julgada implícita*, veementemente criticada na doutrina italiana (ver, *infra*, o item n. 4.4). Neste quadro, parece-nos muito mais proveitoso que, com base no art. 503, § 1º, do CPC/15, a coisa julgada possa se estender à relação fundamental em caso nos quais a questão tenha sido expressamente enfrentada pelo juiz, mediante cognição adequada e contraditório efetivo, o que garante a formação daquela autoridade em hipóteses nas quais – a nosso ver – isso seria, de fato, desejável.

exerce, sobre ele, influência de caráter prejudicial. Indaga-se, então, se o direito real, neste caso, será analisado em caráter principal ou incidental.

A questão se mostra especialmente polêmica quanto à *ação reivindicatória*, caso em que há grande divergência não apenas entre processualistas, mas também na doutrina civilista, sobre saber se o direito de propriedade é deduzido em juízo como objeto principal do processo, ou, então, se exerce o papel de simples elemento prejudicial à pretensão à recuperação da posse do bem¹⁹⁷. Ainda que o problema se enquadre na temática mais geral dos vínculos entre a relação jurídica fundamental e os efeitos dela decorrentes, anteriormente enfrentada, vale analisá-lo separadamente, em virtude da importância que lhe é dada na doutrina e de algumas questões específicas que podem ser suscitadas.

Defensor daquela primeira posição era, como se disse anteriormente, Giuseppe Chiovenda, que entendia que, por buscar a tutela daquela que seria a principal faculdade decorrente do domínio - consistente em impedir que todos se abstenham do gozo da coisa - , a pretensão à reivindicação não seria outra coisa “senão o mesmo direito de propriedade que se faz valer *inteiramente* contra o possuidor atual”. Desse modo, a propriedade não se colocaria como simples elemento prejudicial ao mérito da causa, mas, na verdade, seria ela própria deduzida em caráter principal¹⁹⁸. Era essa, vale dizer, a forma como se enxergava a *rei vindicatio* no direito romano, que, conquanto direcionada à recuperação da coisa, resultava, no caso de procedência, na declaração solene do domínio¹⁹⁹.

¹⁹⁷ A polêmica é registrada por Dinamarco: “O que leva alguma pessoa a reivindicar é a privação de uma posse que ela alega ter fundamento em seu direito de propriedade. Tal é a realidade legitimadora da *rei vindicatio*, e o objeto do processo reivindicatório é a pretensão a uma sentença que condene o réu a demitir-se da posse. Não anda em consenso a doutrina quanto à extensão do objeto deste processo – se ele visa também à declaração do domínio ou se este é somente reconhecido em via incidental na sentença que julga procedente a demanda, como fundamento para a condenação a restituir” (“Eficácia e autoridade da sentença no juízo demarcatório-divisório”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. n. 892, p. 1568).

¹⁹⁸ Assim: *Instituições...*, vol. I, n. 122, p. 389.

¹⁹⁹ Nesse sentido: MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*, n. 23, p. 94. Também nessa linha, é o que escreve Ovídio Baptista da Silva, que explica que a sentença da ação reivindicatória era considerada *declaratória* pelo fato de que “não havia, então, execução jurisdicional do julgado. A execução se fazia privadamente, por iniciativa do vencedor da ação reivindicatória, em virtude do que Ihering denominou ‘força propulsiva’ do próprio direito de propriedade” (“Reivindicação e sentença condenatória”. In: *Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. n. 7.2, p. 187). Essa realidade, porém, como ensina o autor, começou a se alterar já no período da *cognitio extra ordinem* (n. 7.4, p. 197-201).

Mais recentemente, em sentido de certo modo semelhante, é a posição sustentada por autores, como Fazzalari²⁰⁰ e Menchini²⁰¹, que partem do pressuposto de que o direito de propriedade seria uma *situacão jurídica complexa*, formada por um conjunto de faculdades de seu titular e deveres de abstenção de terceiros, dos quais não seria ontologicamente distinguível. Não seria correto, assim, diferenciar o direito real de um direito que supostamente nasceria de sua lesão, vez que já estão naquele contidas todas as prerrogativas necessárias para fazer cessar a sua violação.

A partir disso, sustentam que, ao deduzir uma das situações simples que integram o domínio – como ocorre, por exemplo, na ação reivindicatória -, o próprio direito real, *relativizado*, é deduzido em juízo. E, desse modo, objeto do processo e da decisão é o direito de propriedade, razão pela qual, a depender do conteúdo e do fundamento da sentença, poderia haver a formação de coisa julgada sobre sua análise.

De outro lado, há autores, como Francesco Menestrina²⁰² e Ernesto Heinitz²⁰³, que distinguem o direito real de propriedade (de caráter absoluto, destinado a evitar que qualquer pessoa limite o poder de gozo do titular sobre a coisa) da pretensão que nasce da violação do direito (dirigida ao autor da lesão). Nessa linha, a ação reivindicatória faria valer esta última situação jurídica, de natureza relativa, consistente na imposição de uma prestação, positiva ou negativa, tendente à restituição da coisa.

Abstraindo, de toda sorte, as discussões quanto à estrutura do direito real de propriedade, o que nos parece claro é que, no plano do processo, a definição do domínio não se coloca em caráter principal, mas, na verdade, pode surgir como questão prejudicial ao julgamento da pretensão reivindicatória, que se enquadra perfeitamente na disciplina

²⁰⁰ É clara, no pensamento do autor, a ideia de que o direito real seria um conjunto de situações jurídicas simples (faculdades e deveres de abstenção) unificadas em torno de um mesmo objeto, que colocam seu titular em situação de proeminência em relação a um bem. Neste sentido, sobre a estrutura dos direitos reais, é o que se vê das riquíssimas considerações que constam em: *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. Cap. II, n. 6-13, esp. n. 10-12, p. 78-87. Especificamente sobre a forma pela qual o direito real é deduzido em juízo, é o que se vê, na mesma obra, em: Cap. III, n. 3, esp. p. 124-126.

²⁰¹ No sentido do que consta neste e no próximo parágrafo: *I limiti oggettivi...*, Cap. II, n. 9, p. 115-123.

²⁰² *La pregiudiziale nel processo civile*, n. 23, p. 94-96.

²⁰³ *I limiti oggettivi...*, n. 14, p. 154-158 e n. 18, esp. p. 213-214. O seguinte trecho retrata o que se quer dizer: “O direito do proprietário contra o possuidor à restituição da coisa é diverso do direito base (propriedade) quanto ao fato constitutivo (lesão, título de aquisição), à direção (contra um, contra todos), ao conteúdo (restituir a coisa, em vez do domínio, em geral), à duração (o primeiro se extingue com a satisfação, o segundo perdura). A propriedade é o pressuposto lógico necessário da reivindicação, mas nem por isso se identifica com essa” (p. 157 – *tradução livre*).

prevista pelo art. 503, § 1º, do CPC/15 para a formação de coisa julgada sobre questões incidentais.

A essa conclusão se chega mediante a conjugação de três ideias: (i) *do ponto de vista da cognição judicial, o direito de propriedade do autor e o dever do réu de restituir a coisa são elementos distintos*; (ii) *ambos os elementos podem ser objeto de demanda própria*; e (iii) *existe, entre os respectivos juízos, uma relação de prejudicialidade*.

Assim, em primeiro lugar, é possível verificar que, independente da forma como se relacionam no plano substancial, a propriedade do autor sobre o bem e o direito de reaver a sua posse são elementos de cognição distintos, sujeitos, cada qual, a uma apreciação própria em juízo²⁰⁴.

Nesse contexto, deve-se lembrar que, conforme orientação tradicional, confirmada pelo texto do art. 1228 do CC/02, são duas as condições para que seja acolhida a pretensão reivindicatória: a prova do domínio do autor, e a demonstração da posse injusta do réu²⁰⁵. Disso se extrai que, se por um lado a constatação de que o autor não é o proprietário do bem leva à rejeição da demanda, a comprovação do contrário, por outro, não é suficiente para afirmar a existência do direito à restituição da coisa, que depende, ainda, da análise de outro elemento de cognição.

Em se tratando de bens imóveis, aliás, é de se recordar que a juntada de cópia do respectivo registro é documento indispensável à propositura da demanda, sem o qual o processo sequer poderá se desenvolver regularmente²⁰⁶. Diante disso, o que se constata é que a existência da propriedade em favor do autor é, ao menos nestes casos, um pressuposto do qual já se parte no julgamento do mérito da ação reivindicatória, e que, não sendo controvertido, sequer será objeto de cognição ulterior por parte do juiz. Pode

²⁰⁴ Nessa linha, Recchioni afirma que “a transposição judicial da propriedade e de seus efeitos singulares confirma a opinião pela qual, embora se tratando de fenômeno de relativização de tal direito, disso decorre a gênese de um ulterior direito – ou, se se preferir, de uma distinta dupla pretensão-obrigação” (*Pregiudizialità processuale...*, p. 202 – tradução livre).

²⁰⁵ Assim, por exemplo: MONTEIRO, Washington de Barros. “Da ação de reivindicação”. In: *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 60. São Paulo: USP, 1965. p. 149.

²⁰⁶ Nesse sentido, por exemplo: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. n. 21, p. 198; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1202, p. 458. Ainda à luz do CPC/39, Washington de Barros Monteiro afirmava que “em se tratando de reivindicação concernente a bem imóvel, o título de domínio do autor representa documento que obrigatoriamente há de instruir a inicial, sob pena de ser o réu absolvido da instância” (“Da ação de reivindicação”, p. 155).

ocorrer, neste contexto, que a demanda seja julgada procedente sem qualquer outra análise a respeito da existência do domínio além daquela realizada inicialmente.

Pode-se cogitar, ainda, da possibilidade de que a demanda seja julgada improcedente não porque o autor não seja o proprietário do bem, mas, sim, por ter o réu demonstrado que a sua posse não é injusta²⁰⁷. Basta que se pense, por exemplo, na hipótese de que, juntada a cópia do registro do imóvel na petição inicial, o réu, sem negar o domínio do requerente, demonstra que com ele celebrou contrato de promessa de compra e venda, por meio do qual lhe foi transferida a posse da coisa.

Por outro lado, não se pode negar, é claro, a hipótese de que, em sua contestação, o réu inaugure discussão a respeito da efetiva propriedade do bem, buscando, com isso, desfazer a impressão inicial que decorreu da juntada da cópia do registro do imóvel. É o que ocorre, por exemplo, quando a usucapião é suscitada como matéria de defesa (Súmula nº 237/STF), ou, ainda, quando o demandado traz aos autos outro registro sobre o mesmo imóvel que lhe atribua a condição de dono.

Nesses casos, então, a definição da propriedade do bem emergirá como uma relevante questão prejudicial a ser resolvida a fim de que se possa julgar a demanda²⁰⁸. Afinal, comprovado que é o réu, e não o autor, o proprietário da coisa, a pretensão reivindicatória será rejeitada. Mesmo que isso venha a ocorrer, porém, não haverá, em regra, a efetiva declaração do domínio em favor do requerido, uma vez que o reconhecimento da propriedade será, nesta situação, um simples motivo para a improcedência²⁰⁹.

É importante perceber, porém, que ainda que surja, no processo reivindicatório, uma discussão a respeito da propriedade do bem, é possível que o mérito seja julgado sem

²⁰⁷ Vale alertar, apenas, que, na ação reivindicatória, o conceito de posse injusta é mais amplo que o utilizado pelo art. 1200 do CC/02: “[...] para fins de ação reivindicatória, será considerada *posse injusta* (em sentido lato) aquela não originária de liame negocial e, portanto, posse obtida sem o consentimento do proprietário, que dela se viu privado por atos ou fatos os quais, ainda que não necessariamente violentos, clandestinos ou precários, não decorrem do seu assentimento” (SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo civil de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. n. 10.3, p. 374).

²⁰⁸ É exato, nessa linha, o que escreve Cleanto Guimarães Siqueira: “No caso de pretender negar, dentre os fatos constitutivos do direito do autor, a qualidade do demandante de proprietário do imóvel, poderá, ainda, o réu afirmar ser ele o legítimo dono da coisa. Ter-se-á, então, uma verdadeira *questão prejudicial*, a ser resolvida *incidenter tantum* na sentença [...], de cuja dependência está a análise do pedido feito na reivindicatória” (*A defesa no processo civil*, n. 10.3.1, p. 378).

²⁰⁹ Foi o que dissemos, anteriormente, quanto à usucapião (ver, *supra*, a parte final do item n. 1.11.), ideia que é válida para as demais situações em que a propriedade do réu é suscitada como matéria de defesa.

que o juiz tenha de efetivamente enfrentar a questão. Imagine-se, retornando ao exemplo acima utilizado, que, uma vez citado, o réu alega que sua posse é justa por ter celebrado contrato de promessa de compra e venda com o autor, e ainda que, pelo tempo transcorrido desde então, teria adquirido o domínio por força da usucapião. Neste caso, é possível que a demanda seja julgada improcedente com base, apenas, na constatação de que, realmente, não está configurada a posse injusta, sem que seja perscrutado se a propriedade pertence ao requerente ou ao requerido.

Essas considerações demonstram, como se disse, que, ao menos do ponto de vista da cognição judicial, o direito de propriedade e o direito à restituição da posse do bem são dois elementos distintos, sujeitos, cada qual, a uma apreciação própria em juízo. Afinal, não basta, para que se possa julgar procedente a ação reivindicatória, que se afirme o domínio do autor sobre o bem, sendo necessária, ainda, a análise de elemento ulterior, relativo ao caráter da posse exercida pelo réu.

Em segundo lugar, como adiantado, não há dúvidas de que cada um desses elementos pode ser objeto de *demanda própria*, a depender da crise que se verifique no plano substancial e de qual seja a modalidade de tutela jurisdicional pretendida em juízo.

Assim, por um lado, a *ação reivindicatória* é adequada para as hipóteses em que o proprietário de um bem acredita estar sendo injustamente privado de sua posse, situação que pode ser reconduzida à categoria das chamadas *crises de adimplemento*. Neste contexto, o que pretende, o autor, é a obtenção de um *provimento condenatório*²¹⁰, seguido de *atividade executiva*, capaz de lhe assegurar a posse da coisa cujo domínio lhe pertence.

²¹⁰ Não se desconhece a opinião segundo a qual a ação reivindicatória teria natureza *executiva lato sensu*, que parte da ideia de que na respectiva postulação já estariam contidos, a um só tempo, elementos de natureza cognitiva e elementos de natureza executiva, o que faz com que a atividade de realização prática seja realizada no mesmo procedimento em que proferida a sentença, sem a necessidade de uma nova iniciativa da parte, ao contrário do que ocorre com as demandas condenatórias. Era essa, por exemplo, a conhecida posição de Ovídio Baptista da Silva (*Ação de imissão de posse*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 67-79), que criticava veementemente a postura de se enxergar a ação reivindicatória como condenatória (assim, a partir de uma profunda análise da transformação histórica sofrida pela *rei vindicatio*: “Reivindicação e sentença condenatória”, *passim*, esp. n. 7.9-7.10, p. 223-230). Neste trabalho, porém, partimos do pressuposto de que, do ponto de vista de seus efeitos, as sentenças executivas *lato sensu* e *mandamentais* podem ser reconduzidas à categoria das sentenças condenatórias, vez que todas elas consistem na autorização para a prática de atos executivos, a fim de que se possa efetivar um direito à prestação. A diferença entre as categorias, da forma como proposto por Ovídio Baptista, consiste, em última análise, na adoção de técnicas processuais distintas para a realização prática dos respectivos direitos, diferença que, inclusive, perdeu parte da relevância que tinha a partir do momento em que, por meio das Leis nº 8.952/94 e 10.444/2002, o Código de 1973 generalizou a possibilidade de que as obrigações específicas sejam executadas nos mesmos autos e de ofício. Em sentido semelhante: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças”. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. *passim*,

Essa situação não se confunde, por outro lado, com aquela em que o direito de propriedade do autor esteja sendo contestado por terceiro (*crise de certeza*). Nesses casos, o sujeito poderá se valer de *ação declaratória de domínio*, voltada à obtenção de um *provimento declaratório* capaz de certificar a existência de seu direito²¹¹.

Pode-se cogitar, inclusive, da possibilidade de que ambas as pretensões sejam cumuladas numa só iniciativa processual. Imagine-se, por exemplo, que um sujeito que detém o título de propriedade de determinada área esteja sendo privado de seu uso por terceiro, que também se intitula dono pelo fato de que outro registro lhe atribui essa condição. Nesse caso, nada impede que a ação reivindicatória seja cumulada com demanda declaratória de domínio, caso em que ambas as questões serão analisadas em caráter principal, e, assim, estarão sujeitas à coisa julgada na forma do art. 503, *caput*, do CPC/15.

Finalmente, em terceiro lugar, fica claro, de tudo o que se disse, que a existência da propriedade do autor estabelece um *vínculo de prejudicialidade* com a definição da existência do direito à restituição da coisa. Afinal, o juízo feito quanto ao domínio tem o condão de influenciar, decisivamente, a análise da pretensão reivindicatória: demonstrada a propriedade do autor, a demanda pode ser julgada procedente ou improcedente, a depender do que se entenda quanto à posse do réu; verificado, porém, que o autor não é dono da coisa, o pedido será julgado improcedente.

esp. n. 3.3, p. 138-140; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1106, p. 297; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2006. n. 5.12, p. 177-178.

²¹¹ Nessa linha, Andrea Proto Pisani, em conhecida classificação, distingue a crise que decorre da *violação* de um direito real, daquela referente à sua *contestação*, para as quais seriam adequadas, respectivamente, a prestação de tutela condenatória e a prestação de tutela meramente declaratória (“I rapporti fra diritto sostanziale e processo”. In: *Le tutele giurisdizionale dei diritti (studi)*. Napoli: Jovene, 2003. n. 5, p. 8-89 e n. 16, esp. p. 23). Em sentido semelhante, ainda, Adolfo di Majo, afirmando a superação de antigas noções segundo as quais apenas no caso de desapossamento é que a propriedade poderia ser tutelada em juízo, esclarece que “existe, assim, a possibilidade de propor uma ação *meramente declaratória* para a tutela da propriedade, e não mais então restitutória, onde precisamente subsista um interesse *concreto* a obter tal declaração (*La tutela civile dei diritti*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 86 – *tradução livre*). Entre os civilistas brasileiros, aliás, é tradicional a distinção entre a *ação reivindicatória* e a *ação declaratória* dentre os instrumentos tutela da propriedade, como se vê, por exemplo, da claríssima lição de Orlando Gomes: “Para dissipar dúvida acerca da titularidade de domínio, ao interessado se faculta a *ação declaratória*, que pode ser *positiva* ou *negativa*. A ação declaratória se distingue da ação reivindicatória nos pressupostos e efeitos. A reivindicação supõe a privação da posse da coisa, sendo intento do proprietário reavê-la. Na declaratória, o proprietário, ainda que de posse do bem, quer tornar certo e incontroverso o seu direito. A reivindicatória é uma ação em que o autor busca *sentença condenatória*, visto que pretende obter a restituição do bem de que está privado. Com a ação declaratória, visa a obter sentença que torne incontroverso seu direito de propriedade, eliminando a dúvida levantada pela pessoa que o engaja, ou contesta” (*Direitos reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. n. 183, p. 295-296). Em sentido semelhante, ainda: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, vol. 3. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 88.

Por todas essas razões é que, segundo nos parece, a razão está com a parcela da doutrina segundo a qual a definição do direito de propriedade não integra a estrutura do objeto do processo reivindicatório. Afinal, trata-se de elemento *distinto* do direito à reivindicação, e que *poderia ser objeto de ação autônoma*, mas que, por outro lado, estabelece com ele um vínculo de *prejudicialidade*.

A única forma, a nosso ver, de concluir em sentido contrário – ou seja, de entender que a propriedade necessariamente seria decidida em caráter principal -, seria partir do pressuposto de que haveria, quanto a essa situação, uma exceção legal à regra da correlação, no sentido de que, ainda que não fosse objeto da demanda das partes, sua definição deveria constar, necessariamente, do objeto da decisão, ou, ainda, que haveria, no caso, uma espécie de cumulação de demandas *ex lege*²¹². Isso porque, na linha do que procuramos demonstrar, a declaração do domínio do autor e o direito a reaver o bem de quem injustamente o possui são *dois objetos de tutela distintos*²¹³, que, em regra, estariam sujeitos a iniciativas processuais próprias.

Essa solução, porém, além de esbarrar na ausência de previsão legal, encontra óbice nos mesmos princípios que nos levaram a rejeitar a tese segundo a qual a relação jurídica fundamental estaria, obrigatoriamente, contida no objeto do processo sempre que se deduzisse um direito particular dela decorrente, o que, além de representar uma desnecessária mitigação do princípio da demanda, impediria que o julgamento da causa se desse com base em outros fundamentos, quando não fosse necessária a definição do domínio.

Diante de tudo o que se disse, pode-se concluir que ao juízo feito sobre o direito de propriedade em ação reivindicatória aplica-se o mesmo regime jurídico para a formação de coisa julgada a que estão submetidas as demais prejudiciais: sendo deduzida demanda própria a respeito, a questão será apreciada a título principal e, assim, estará sujeita à coisa

²¹² É essa, por exemplo, a posição de Aldo Attardi, que, após sustentar que a tutela de um dos efeitos da propriedade não equivale à tutela do próprio direito, afirma que isso não exclui “que o ordenamento configure determinadas ‘ações’ para a tutela de um direito real – a ação reivindicatória, por exemplo – de maneira a dever reconhecer que o respectivo processo leve também à declaração de tal direito” (“In tema di limiti...”, n. 7, p. 495-496 – *tradução livre*).

²¹³ A constatação de que se têm, aí, tutelas jurisdicionais distintas, capazes de produzir efeitos distintos, fica evidente da leitura de alguns autores que defendem que a ação reivindicatória também teria finalidade declaratória. É o que se vê, por exemplo, do que escreve Roberto de Ruggiero, para quem a ação reivindicatória “tende ao reconhecimento do direito de propriedade e à restituição da coisa por quem ilegitimamente a retém” (*Instituciones de derecho civil*, vol. 1. 4ª ed. Trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Reus, 1929. § 57, p. 651 – *tradução livre; destaques nossos*).

julgada na forma do art. 503, caput, do CPC/15. Por outro lado, não constando a questão do objeto do processo, sua análise será feita de modo incidental, e, assim, a formação daquela autoridade dependerá do preenchimento dos requisitos do art. 503, § 1º.

É importante esclarecer, todavia, que a ausência de formação de coisa julgada sobre a análise do direito de propriedade na ação reivindicatória não significa que a questão possa ser livremente recolocada à discussão em todo e qualquer processo futuro.

Isso porque, ainda que seus limites objetivos não alcancem o juízo feito sobre o direito de propriedade, é de se lembrar que a *eficácia preclusiva* da coisa julgada (CPC/15, art. 508) impede a propositura de *demandas incompatíveis* com o resultado a que se tenha chegado anteriormente. Isto é: uma vez que se forme sobre um determinado comando decisório, a coisa julgada obsta que, por meio de demandas distintas, a parte derrotada procure *frustrar ou minimizar a eficácia da decisão* transitada em julgado, ou seja, a tutela jurisdicional nela dispensada²¹⁴.

Assim, por exemplo, transitada em julgado a sentença de procedência em ação reivindicatória, não poderá o requerido, posteriormente, ajuizar demanda em face do autor em que, alegando ser o proprietário do bem, pretenda obter a sua posse, assim como também não poderia postular o mesmo resultado alegando ter o usufruto ou outro direito real de gozo sobre a coisa. Isso não significa que a coisa julgada formada na primitiva ação reivindicatória tenha alcançado o reconhecimento do direito de propriedade do autor, mas apenas que, por meio de sua eficácia preclusiva, tem ela o condão de impedir iniciativas

²¹⁴ Tradicionalmente, a eficácia preclusiva era vista, na doutrina brasileira, como a impossibilidade de que, após o trânsito em julgado, se volte a discutir o acerto da decisão, o que se dá mediante o impedimento de que sejam reanalisadas as suas premissas ou que sejam considerados argumentos que não tenham sido deduzidos e/ou examinados anteriormente. Neste sentido, é a clássica lição de Barbosa Moreira: “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. Essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudesse ter em relação à matéria julgada” (“A eficácia preclusiva da coisa julgada material”. In: *Revista Forense Comemorativa – 100 anos*, t. 5. Coord.: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. n. 3, p. 195-196). Recentemente, porém, coube a Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes a constatação de que a eficácia preclusiva teria o condão de outorgar proteção diferente e mais abrangente à coisa julgada: ela visa a evitar que a parte derrotada proponha *demandas distintas, mas incompatíveis* com o comando judicial já transitado em julgado; ações em que se deduzam pedidos que, se acolhidos, teriam o condão de infirmar os efeitos produzidos pela sentença já tornada definitiva (assim: *Limites objetivos...*, Cap. III, esp. n. 17-18, p. 105-124). Na doutrina estrangeira, também no sentido de que a coisa julgada impede o ajuizamento de demandas incompatíveis com o comando transitado em julgado, embora com variações em torno da abrangência desse efeito, é o que se vê em: ATTARDI, Aldo. “In tema di limiti...”, n. 4, p. 483-488; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, Cap. V, n. 2-6, p. 300-340; PISANI, Andrea Proto. “Appunti sul giudicato civile...”, n. 10, p. 408-410.

processuais tendentes a frustrar, total ou parcialmente, a tutela jurisdicional acobertada por sua autoridade.

Por outro lado, ainda nesta situação, por não haver coisa julgada a respeito do direito de propriedade, não estaria o réu impedido de recolocar a questão em discussão em processo no qual esteja em jogo tutela jurisdicional distinta daquela inicialmente prestada, que não influenciaria na eficácia da decisão anterior²¹⁵. Assim, por exemplo, em demanda na qual o autor pretenda a sua condenação ao pagamento de indenização por danos causados à propriedade, ou por ter auferido frutos indevidamente, poderia o réu tornar a discutir o domínio sobre o bem, uma vez que tal alegação, se acolhida, não afetaria a eficácia da sentença de procedência da ação reivindicatória²¹⁶.

Não se pode negar, a partir deste exemplo, que a ausência de formação de coisa julgada sobre a análise da propriedade é capaz de gerar situações de grave injustiça, decorrentes da contradição dos resultados a que se podem chegar nos diversos processos em que tal direito surja como elemento prejudicial. Trata-se, entretanto, de incongruência que se manifesta no plano meramente lógico – ou seja, que não impede a eficácia de qualquer das decisões -, e que é de certo modo consentida pelo sistema processual brasileiro a partir do momento em que opta por não estender, em certos casos, a coisa julgada aos fundamentos da decisão. Essa possibilidade de contradição, de toda sorte, não é exclusiva da situação agora analisada, podendo ocorrer sempre que não haja a formação de coisa julgada sobre a premissa de uma decisão que também se mostre relevante para o julgamento de outra demanda²¹⁷.

De qualquer modo, essas possibilidades ficam reduzidas no sistema do Código de 2015, em que pode haver a formação de coisa julgada sobre apreciação de uma questão prejudicial que não integra o objeto do processo, desde que estejam preenchidos os requisitos do art. 503, § 1º. Ainda que isso não evite, por completo, a ocorrência de contradições lógicas entre julgados na situação de que nos ocupamos neste tópico, é grande

²¹⁵ Em sentido contrário, Menchini afirmar que “a sentença que acolha a ação reivindicatória [...] torna precluso ao réu sucumbente querer afirmar-se proprietário da coisa” (*I limiti oggettivi...*, p. 309), o que, entretanto, decorre justamente da ideia, por ele sustentada, de que a coisa julgada alcançaria o direito de propriedade.

²¹⁶ Utilizando-se especificamente deste exemplo: ATTARDI, Aldo. “In tema di limiti...”, n. 4, p. 485-486.

²¹⁷ Nessa linha, afirmando o caráter meramente lógico – e não prático – da contradição em hipóteses idênticas ou muito semelhantes àquela aventada no texto, situação que o ordenamento procura evitar, mas não impede por completo: ATTARDI, Aldo. “In tema di limiti...”, n. 4, p. 486; PISANI, Andrea Proto. “Appunti sul giudicato civile...”, n. 10, p. 410.

a probabilidade de que, uma vez a titularidade da propriedade tenha sido enfrentada nos fundamentos da sentença da ação reivindicatória, tal análise venha a se tornar imutável e indiscutível para processos futuros.

2.21. (Segue) Prejudicialidade por incompatibilidade

Finalmente, resta analisar a última das categorias em que se pode dividir a prejudicialidade, que se refere às hipóteses em que surge, em juízo, uma situação jurídica *incompatível* com aquela em que se baseia uma determinada pretensão. Ou, de modo mais preciso: quando se coloca, sob a cognição judicial, uma relação jurídica cuja existência leva à inexistência do direito postulado pelo autor, no todo ou em parte.

É o que ocorre, por exemplo, para retornar a uma situação anteriormente analisada, quando, citado em ação reivindicatória, o réu alega ser ele o proprietário do bem²¹⁸, ou, ainda, que a posse lhe é garantida por força de contrato de locação, por ser titular de usufruto²¹⁹ etc. Em todos esses casos, como se percebe, é trazida a juízo uma situação jurídica autônoma, que poderia ser objeto de ação própria, mas cuja afirmação leva à negação do direito postulado em juízo.

Ou, ainda, para ficar num exemplo sempre lembrado pela doutrina, quando o réu deduz exceção de compensação em face do autor²²⁰. Também neste caso, afirma-se uma situação jurídica autônoma – o direito de crédito do requerido -, cuja constatação pode levar à improcedência total ou parcial da pretensão inicial.

Pode-se imaginar, ademais, a hipótese em que, ajuizada demanda condenatória que vise à cobrança de dívida contratual, o réu, em sua contestação, suscita a nulidade da

²¹⁸ É interessante notar como, nessa específica situação, a alegação do direito de propriedade por parte do réu faz com que se configurem, em juízo, dois tipos distintos de prejudicialidade. Por um lado, ao controverter o domínio do autor, a alegação transforma em questão a análise da relação jurídica fundamental da qual se procura extrair o efeito pretendido em juízo, que é reconduzível ao esquema da *prejudicialidade lógica*. Por outro lado, a existência do direito de propriedade por parte do réu é *incompatível* com a pretensão à recuperação da posse da coisa deduzida em juízo.

²¹⁹ Mencionando esse exemplo, dentre outros autores: RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 252.

²²⁰ Este seria, segundo Chiovenda, “o caso mais comum” de prejudicialidade por incompatibilidade (*Instituições...*, vol. I, n. 122, p. 391). Trata-se, entretanto, como notou Elena Galli Fonseca, de uma hipótese muito peculiar de incompatibilidade, uma vez que não se traduz na ideia de que a presença de uma situação jurídica torna a outra inexistente (“se A não B”), mas, de modo mais complexo, no esquema em que a presença de duas situações jurídicas faz com que ambas deixem de existir (“se A e B, então não A e não B”) (*Pregiudizialità e rinvio...*, p. 130, nota n. 69 – *tradução livre*).

avença, ou, ainda, afirma que ela teria sido rescindida mediante notificação extrajudicial. Aqui, uma vez mais, as situações afirmadas pelo requerido poderiam ter sido trazidas a juízo como objeto de um processo, mas, no caso, dirigem-se à rejeição do pedido em face dele formulado.

Nestes casos, é de se perceber que a relação de prejudicialidade não se dá entre o direito afirmado pelo demandante e um elemento que, positiva ou negativamente, integra a sua *fattispecie* (prejudicialidade-dependência substancial), e tampouco entre uma relação jurídica complexa e algum dos efeitos que dela decorrem (prejudicialidade lógica). Aqui, como adiantamos, o vínculo se estabelece entre o direito deduzido e uma situação jurídica a ele *externa*, característica que permite distinguir estas situações daquelas reconduzíveis ao conceito de prejudicialidade negativa²²¹.

Ainda assim, como também já se disse, não há dúvidas de que o nexos que se verifica entre o direito que dá suporte à pretensão deduzida pelo demandante e a situação jurídica com ele incompatível pode ser enquadrado no conceito de prejudicialidade, sobretudo quando se parte de uma perspectiva processual do fenômeno. Afinal, na medida em que a constatação da existência de uma situação leva a se concluir pela inexistência de outra, fica claro que existe, entre os respectivos juízos, aquela espécie de vínculo lógico e jurídico que caracteriza a prejudicialidade, uma vez que a análise de um elemento é capaz de influenciar o modo pelo qual será apreciado o outro²²².

Trata-se, vale dizer, de hipótese de grande relevância prática, uma vez que, como já adiantado, esse tipo de prejudicialidade surge sempre que, ao deduzir uma defesa de mérito indireta, o requerido alega uma situação jurídica que poderia ser objeto de ação autônoma. Nestes casos, como visto, a exceção substancial não integra o objeto do processo, de modo que seu acolhimento leva no máximo, em regra, à improcedência da pretensão inicial, e não à prestação de tutela jurisdicional de maior intensidade em favor do réu²²³. Esta

²²¹ Para mais detalhes sobre a distinção entre prejudicialidade negativa e prejudicialidade por incompatibilidade, e sua repercussão sobre a distribuição do ônus da prova, ver, *supra*, o item n. 2.17.

²²² Nessa linha, Recchioni explica que “em relação ao tema originário do processo, o contradireito se põe como elemento impeditivo ou extintivo da respectiva *fattispecie* e, assim, impõe, processualmente falando, a prioridade lógico-cronológica de uma decisão em relação à outra, o que é o dado eliminável da prejudicialidade processual. [...] A falta de uma prévia relação de dependência substancial entre as duas situações é superada pelo papel processual que assume o contradireito feito valer, de negar, isto é, a existência do outro” (*Pregiudizialità processuale...*, p. 258 – tradução livre).

²²³ Nessa linha, sobre as exceções substanciais e a forma como se relacionam com o objeto do processo, ver, *supra*, o item n. 1.23.

realidade, porém, se altera na medida em que se considera a possibilidade de que sobre a análise deste direito, mesmo que realizada em caráter incidental, venha a se formar a coisa julgada material por força do art. 503, § 1º do CPC/15.

Antes, porém, de explorar tal possibilidade de forma mais minuciosa, é relevante fazer referência a uma distinção, encontrada na doutrina, entre as hipóteses de *incompatibilidade direta* e de *incompatibilidade indireta* de situações jurídicas²²⁴, análise que é capaz de fornecer um rico panorama de algumas das variadas hipóteses que podem caracterizar a modalidade de prejudicialidade tratada neste tópico.

Neste contexto, fala-se em incompatibilidade direta quando a situação jurídica afirmada pelo requerente tem o condão de interferir imediatamente na existência ou na eficácia do direito deduzido pelo autor, o que pode decorrer de duas situações distintas.

A primeira delas se verifica quando o réu deduz em juízo uma situação jurídica que, se existente, lhe atribuiria, com exclusividade, a mesma utilidade prática buscada pelo requerente, como ocorre, por exemplo, nas primeiras hipóteses acima mencionadas: ao alegar ter direito à posse do bem por ser seu proprietário, usufrutuário ou locatário, o requerido se diz titular da mesma posição de vantagem afirmada pelo autor. Nesses casos, ante a impossibilidade de que ambos os sujeitos tenham acesso ao mesmo bem da vida simultaneamente, fica claro que a demonstração do direito do demandado é capaz de levar à improcedência da pretensão inicial.

Em segundo lugar, pode-se também falar em incompatibilidade direta em casos nos quais o réu deduza uma situação jurídica que se presta, de modo imediato, a negar os efeitos buscados pelo requerente. Imagine-se, por exemplo, que, ajuizada uma ação declaratória de existência ou de validade de um contrato, o demandado afirme que a avença teria sido por ele rescindida anteriormente mediante notificação extrajudicial, ou, ainda, que ela seria nula por ausência de formalidade essencial. Nesses casos, é de se perceber que a eficácia da situação afirmada em sede defensiva consiste precisamente em negar a tutela jurisdicional pretendida.

É o que ocorre, ainda, quando o réu suscita, em sua contestação, exceção de contrato não cumprido ou exceção de retenção por benfeitorias, caso em que a constatação

²²⁴ Proposta por Proto Pisani (“Appunti sul giudicato civile...”, n. 10, p. 408-410), a distinção foi acolhida, embora com algumas ressalvas, por Recchioni (*Pregiudizialità processuale...*, p. 255-284) e, entre nós, por Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (*Limites objetivos...*, p. 113-114).

do direito por ele alegado – a pendência de obrigação a cargo do devedor ou a existência do direito à indenização, respectivamente – impede a produção dos efeitos pleiteados pelo demandante. De modo semelhante, é o que se verifica quando o requerido suscita a compensação como matéria de defesa, situação que é capaz de levar à extinção, total ou parcial, do crédito do autor.

Por sua vez, a incompatibilidade será indireta em casos nos quais a situação suscitada pelo réu levar à rejeição em via imediata não do direito afirmado pelo autor, mas de uma situação jurídica que lhe seja prejudicial, e sem a qual, portanto, ele não pode existir. Ou seja, em hipóteses nas quais a eficácia da defesa do réu consistir, diretamente, na negação da relação jurídica fundamental de que decorre o direito do autor, ou de uma situação que integra o seu suporte fático, o que, indiretamente, leva à negação do próprio direito.

Nessas hipóteses, é interessante notar que a incompatibilidade que surge entre a alegação do réu e o direito afirmado pelo autor resulta, na verdade, da conjugação de dois nexos de prejudicialidade distintos que se colocam entre as situações submetidas à cognição judicial. Em primeiro lugar, há um nexo de *prejudicialidade-dependência substancial* ou de *prejudicialidade lógica* entre o direito deduzido pelo requerente e uma relação jurídica que compõe o seu suporte fático ou a relação jurídica fundamental da qual decorre. Em segundo lugar, há uma relação de *incompatibilidade direta* entre este último elemento e a situação jurídica suscitada pelo réu, que, então, por via *indireta*, atinge o direito do autor.

Alguns exemplos podem ajudar a clarear o que se quer dizer.

Começemos por uma hipótese em que a incompatibilidade indireta passa pela negação da relação jurídica que integra o suporte fático do direito feito valer pelo autor: imagine-se que o credor de determinada quantia ajuíza demanda condenatória em face do fiador que tenha se comprometido a quitar a dívida em caso de inadimplemento da dívida principal. Nesta situação, como visto, surge um vínculo de prejudicialidade-dependência substancial entre o crédito principal (prejudicial) e a obrigação secundária do fiador (dependente). Cogite-se, ainda, que, em sua contestação, o fiador, como autoriza o art. 837 do CC/02, deduz exceção voltada a atacar o contrato principal, alegando, por exemplo, a sua nulidade. Neste caso, é de se notar que a defesa do réu, ao deduzir situação que visa a

infirmar – de modo direto - um elemento que compõe o suporte fático do direito afirmado pelo requerente, acaba por se mostrar indiretamente incompatível com ele.

Exemplo muito parecido pode ser utilizado para ilustrar a hipótese em que a incompatibilidade indireta decorre da negação da relação jurídica fundamental da qual provém o efeito jurídico pretendido em juízo: imagine-se, agora, que, ajuizada demanda em que se pretende a cobrança de dívida contratual, o réu, em sua contestação, suscita que a avença é nula ou foi desfeita. Neste caso, então, a defesa procura, diretamente, afastar a relação complexa que é prejudicial ao direito afirmado pelo autor, e, com isso, deduz situação com ele indiretamente incompatível²²⁵.

Situação semelhante a essa última ocorre quando, ajuizada demanda visando à obtenção de indenização por danos causados à propriedade, o réu alega que, na verdade, é ele o titular do domínio do bem. Neste caso, fica claro que a alegação do requerido é diretamente incompatível com a relação jurídica complexa que está à base do direito de crédito almejado pelo autor, o que faz com que surja, então, um vínculo de incompatibilidade indireta com esse último.

Em suma, a distinção entre as duas hipóteses de prejudicialidade por incompatibilidade pode ser assim resumida: enquanto na incompatibilidade direta, o elemento prejudicial atua *imediatamente* sobre o direito postulado pelo autor, na incompatibilidade indireta ele atua *imediatamente* sobre um elemento constitutivo deste direito, e, portanto, *mediatamente* sobre ele.

De qualquer forma, apesar dessa distinção de caráter *estrutural*, a apreciação em juízo de ambas as hipóteses de questão prejudicial se submete ao mesmo regime jurídico no que diz respeito à *formação de coisa julgada*.

Assim, retomando o mesmo esquema com que analisamos as demais modalidades de prejudicialidade, pode-se dizer que (i) em casos nos quais já haja coisa julgada anterior sobre uma determinada situação jurídica incompatível com aquela em que se baseia a pretensão do autor, caberá, ao juiz, simplesmente adotar referido juízo como premissa de sua decisão. Desse modo, havendo declaração transitada em julgado no sentido da existência do elemento prejudicial, a demanda será inexoravelmente rejeitada, no todo ou

²²⁵ É interessante notar, como constatou Recchioni (*Pregiudizialità processuale...*, p. 268), que a alegação de nulidade ou de rescisão do contrato seria *diretamente incompatível* com a pretensão à declaração de sua existência ou validade, e, por outro lado, *indiretamente incompatível* com a pretensão à cobrança de obrigação dele decorrente.

em parte. Por outro lado, já tendo sido reconhecida, anteriormente, a inexistência da situação incompatível, o pedido autoral poderá ser julgado procedente ou improcedente, o que dependerá da análise que se fizer sobre os demais elementos de cognição.

Por outro lado, (ii) não havendo coisa julgada anterior sobre a situação jurídica incompatível, o julgador estará livre para entender pela sua existência ou inexistência, o que poderá, em primeiro lugar, (ii.1) ocorrer a título principal, caso seja deduzida demanda própria a respeito, hipótese em que sua análise estará sujeita à coisa julgada na forma do *caput* do art. 503 do CPC/15. Finalmente, (ii.2) se não for deduzida pretensão específica quanto ao ponto, e, assim, se o elemento incompatível não integrar o objeto do processo, será ele apreciado, se necessário, para fins de julgamento da causa, caso em que a formação de coisa julgada estará sujeita ao preenchimento dos requisitos do art. 503, § 1º.

Assim, retornando a um dos exemplos acima referidos de *incompatibilidade direta*, imaginemos que, citado em ação possessória, o réu afirme que realizou reforma estrutural sobre o imóvel, necessária para evitar seu desabamento, e, por isso, tem direito de reter a coisa até que seja indenizado por referida benfeitoria. Cogitemos, ainda, da hipótese de que, anteriormente a isso, este mesmo réu já houvesse sido vitorioso em demanda proposta em face do proprietário com o objetivo de se ver ressarcido por aqueles gastos. Neste caso, (i) havendo coisa julgada anterior a respeito, caberá, ao juiz, simplesmente partir da premissa de que existe o direito ao ressarcimento das benfeitorias, o que levará, então, ao acolhimento da exceção.

Por outro lado, (ii) caso não haja qualquer decisão judicial anterior, (ii.1) poderá a questão ser analisada em caráter principal caso o requerido, além de alegar seu direito a reter a coisa, deduza reconvenção em face do autor visando à condenação deste ao pagamento dos respectivos valores²²⁶. Nesta situação, a decisão referente à existência do direito à indenização estará sujeita à coisa julgada na forma do art. 503, *caput*, do CPC/15.

Na maior parte dos casos, porém, (ii.2) o direito à indenização pelas benfeitorias será deduzido pelo réu em caráter incidental, apenas como suporte à exceção de retenção. Nessas hipóteses, tal situação jurídica será analisada, se necessário, para que seja julgada a pretensão inicial, e a formação de coisa julgada estará sujeita ao preenchimento dos requisitos do art. 503, § 1º, do CPC/15.

²²⁶ Para a possibilidade de reconvenção neste específico caso, com base no pensamento de Chiovenda, ver, *supra*, o item n. 1.23, especialmente a nota de n. 361.

Pode ocorrer, então, de o juiz analisar expressamente a existência do direito à indenização em favor do réu e, ainda assim, não se formar coisa julgada a respeito, o que não impedirá a rediscussão da questão em processos ulteriores, desde que, com isso, não se procure infirmar a tutela jurisdicional dispensada na ação possessória.

Assim, por exemplo, rejeitada a exceção de retenção pela constatação da inexistência do direito à indenização, mas não havendo coisa julgada a respeito, não estará o réu impedido de ajuizar demanda visando à condenação do proprietário do bem a indenizar os valores gastos na obra. O que não poderá fazer, por outro lado, é pretender que, a partir disso, lhe seja garantido o direito de reter a coisa, uma vez que, neste caso, estaria buscando minimizar a tutela jurisdicional decorrente da procedência da ação possessória, o que é vedado pela eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC/15, art. 508).

Por outro lado, na hipótese oposta, o acolhimento da exceção de retenção por benfeitorias não é suficiente, na ausência de coisa julgada, para que seja declarado o direito do réu ao ressarcimento dos valores gastos. Assim, por exemplo, caso o autor não proceda ao pagamento da indenização, não poderá o requerido dar início a procedimento executivo com vistas à atuação forçada de seu direito de crédito. Para tanto, precisará ajuizar demanda condenatória em face do proprietário, na qual poderá ser rediscutida a existência do direito à indenização.

Resultados semelhantes são alcançados mediante a análise do que pode ocorrer em caso no qual seja suscitada, pelo réu, situação jurídica que mantém vínculo de *incompatibilidade indireta* com o direito do autor: cogitemos da hipótese em que, citado em demanda voltada à cobrança de multa pela ausência de cumprimento de determinada prestação contratual, o réu alegue que, em virtude do inadimplemento do autor, já teria exercido o seu direito potestativo de rescindir o contrato por meio de notificação extrajudicial, uma vez que consta, do instrumento, cláusula resolutiva expressa (CC/02, art. 474). Apenas por isso, então, é que não teria realizado a prestação cujo descumprimento é afirmado pelo autor como causa de pedir da ação condenatória.

Nesta situação, (i) havendo coisa julgada anterior a respeito da questão, caberá, ao juiz, tomar a respectiva decisão como premissa de seu raciocínio. Assim, por exemplo, caso o réu já tenha sido vitorioso em demanda anterior ajuizada em face do autor, em que pretendia a declaração de desfazimento da relação e a condenação deste ao pagamento de perdas e danos, deverá o juiz partir do pressuposto de que o contrato, de fato, estava

rescindido, o que levará à improcedência da pretensão. Por outro lado, caso referida demanda houvesse sido julgada improcedente – e, assim, não houvesse sido declarada a rescisão da avença -, a alegação do réu seria inexoravelmente rejeitada.

De outro lado, (ii) não havendo coisa julgada anterior, (ii.1) a questão referente à rescisão do contrato poderá, numa primeira hipótese, ser analisada em caráter principal, caso uma das partes deduza pretensão declaratória específica. Neste caso, como se vem dizendo, a respectiva decisão terá a aptidão de adquirir a autoridade de coisa julgada material por força do art. 503, *caput*, do CPC/15.

Finalmente, (ii.2) não sendo deduzida pretensão própria a respeito, a discussão relativa à rescisão do contrato será resolvida em caráter incidental, de modo que a formação de coisa julgada sobre o ponto estará sujeita ao preenchimento dos requisitos do art. 503, § 1º, do CPC/15.

Neste caso, na linha do que se disse acima, é possível que o juiz efetivamente enfrente a questão concernente à rescisão da avença, mas não haja a formação de coisa julgada sobre tal juízo, o que permite a sua rediscussão em outros processos desde que, com isso, não se pretenda atingir a tutela jurisdicional prestada na ação em comento.

Dessa forma, é possível, por exemplo, que, mesmo tendo entendido o juiz que o contrato estava desfeito – o que o levou a rejeitar a pretensão condenatória -, qualquer das partes volte a rediscutir a subsistência da relação contratual em processo posterior. Poderá, por exemplo, o mesmo autor voltar a juízo para pretender a condenação do réu ao pagamento de multa pelo descumprimento de outra prestação contratual. Não será impossível, aliás, que o réu do primeiro processo, que havia vitoriosamente alegado a rescisão do contrato, ajuíze, posteriormente, ação em face do antigo autor, visando à condenação deste à realização de determinada prestação, sob a alegação de que a relação estaria vigente. Neste caso, não tendo havido a formação de coisa julgada sobre a análise da relação contratual, não haverá impedimento de ordem processual à rediscussão da questão²²⁷.

²²⁷ Parece adequado, a esse exemplo, o que escreveu Othmar Jauernig ao tratar de situação muito semelhante, em que, após ter alegado, com êxito, a nulidade do contrato em um processo em que era réu, o contratante, em demanda posterior, afirma a sua validade quando pretende a efetivação de uma prestação em seu favor. Neste caso, o jurista afirma que, na ausência de coisa julgada, a figura do abuso de direito poderia evitar as alegações contraditórias por parte do contratante: “Em casos desta espécie só se pode, porém, ser ajudado, pelos meios do direito substantivo. Tendo o credor da contraprestação invocado com êxito a nulidade do contrato no primeiro processo, enquanto devedor da prestação aí demandada, comete abuso de direito se agora quer fazer prevalecer a validade [...]. Só a elástica previsão normativa do abuso de direito pode ser

De modo semelhante, na situação contrária, rejeitada a alegação de rescisão do contrato, poderão as partes recolocar a questão em discussão em processos futuros. Assim, por exemplo, caso o mesmo autor pretenda a condenação do réu em outra demanda, poderá, este último, afirmar, novamente, em sua defesa, que o contrato já estaria rescindido, com base na mesma alegação anteriormente rejeitada.

Todas essas situações demonstram, na linha do que já se disse a respeito de outras hipóteses de prejudicialidade, como a ausência de formação de coisa julgada sobre a relação jurídica analisada em caráter incidental – no caso, sobre a situação incompatível com a pretensão do autor – pode gerar resultados incongruentes de um processo a outro.

Assim, no primeiro exemplo cogitado, um só direito de indenização, afirmado existente para acolher a exceção de retenção, pode, posteriormente, ser reconhecido como inexistente em ação condenatória, e vice-versa. Ou, na segunda situação hipotética imaginada, a mesma alegação de rescisão contratual poderá ser acolhida em um processo, e rejeitada em outro. Tratam-se, entretanto, de contradições meramente lógicas entre os respectivos julgados, que, como dissemos anteriormente, é de algum modo consentida pelo ordenamento ao excluir, em determinadas situações, a formação de coisa julgada sobre as premissas da decisão.

Diante disso, torna-se claro como a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental, também nas hipóteses de prejudicialidade por incompatibilidade, é capaz de produzir resultados de inegável interesse para o sistema processual.

Assim, por exemplo, acolhida a exceção de retenção, e havendo formação de coisa julgada sobre a existência do direito à indenização, poderá o requerido dar início a procedimento de execução com vistas à atuação forçada do crédito, ao invés de simplesmente reter a coisa enquanto aguarda o seu pagamento. Por outro lado, rejeitada a exceção de retenção, a coisa julgada que porventura se formar sobre o reconhecimento da inexistência do direito à indenização impedirá que, posteriormente, a questão seja rediscutida em demanda condenatória.

Ou, na segunda situação aventada, acolhida a alegação de que o contrato fora rescindido, a formação de coisa julgada sobre tal elemento impedirá que, posteriormente,

considerada, não o caso julgado, relativamente a se e de que modo as partes litigam sobre a questão respondida na sentença [...]” (*Direito processual civil*. Trad.: F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 1998. p. 326).

qualquer uma das partes volte a afirmar a subsistência da relação contratual. Na hipótese contrária, a formação de coisa julgada sobre a rejeição da alegação de rescisão contratual impedirá que, com base no mesmo fundamento, se volte a afirmar, em caráter principal ou incidental, o desfazimento da avença.

§ 3º - OBJETO DO PROCESSO, QUESTÕES PREJUDICIAIS E O JULGAMENTO DA CAUSA

3.1. Objetivo e limites do capítulo

O presente capítulo tem como objetivo aprofundar e sistematizar a ideia, algumas vezes mencionadas ao longo do trabalho, de que são distintas as formas pelas quais são enfrentados na decisão de mérito os elementos que constam do objeto do processo e as questões prejudiciais que não sejam objeto de demanda própria. Trata-se, cabe salientar, de noção fundamental para o presente trabalho, na medida em que impacta diretamente na maneira como devem ser interpretados os requisitos para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental.

Conforme se procurou esclarecer no primeiro capítulo, há uma relação tendencial, mediada pela regra da correlação, entre o objeto do processo, o objeto da sentença de mérito e os limites objetivos da coisa julgada. Nesse contexto, a parte dispositiva da decisão deve cuidar das pretensões que tenham sido deduzidas em juízo por meio das demandas das partes, somadas a determinados conteúdos que a lei expressamente ordena que sejam enfrentados pelo juiz (isto é: os chamados “pedidos implícitos”). É, então, sobre estes elementos, analisados em caráter principal, que recai a autoridade de coisa julgada por força do art. 503, *caput*, do CPC/15.

Esse esquema, como nos parece claro, dá às partes certas possibilidades de *controle* sobre os elementos que serão apreciados em caráter principal e, assim, sobre os quais haverá a formação de coisa julgada, uma vez que, em regra, salvo alguma exceção prevista expressamente em lei, *tudo e apenas aquilo* que tenha sido objeto de pretensão será enfrentado a título principal, e, portanto, estará sujeito àquela autoridade.

Por outro lado, como procuraremos demonstrar, a análise das questões prejudiciais que não tenham sido objeto de demanda autônoma – e que, portanto, não integram o objeto do processo – não é governada pela regra da correlação, mas, na verdade, pela garantia da *fundamentação das decisões judiciais*. Em outras palavras, serão elas apreciadas *na medida do necessário para a adequada motivação da decisão*.

Foi visto, ainda, no capítulo anterior, que o fato de um elemento ser prejudicial a outro não significa que a apreciação desse último tenha de ser, necessariamente, precedida

da análise daquele. Como se procurou deixar claro, é possível, em virtude do caminho lógico eleito pelo juiz para chegar à decisão da causa, que uma determinada questão prejudicial de mérito que tenha surgido em juízo não seja efetivamente enfrentada.

Diante disso, não obstante o Código de Processo Civil atualmente vigente tenha tornado mais objetivos os parâmetros de verificação da correção da motivação decisória (art. 489, § 1º), é reduzido o grau de previsibilidade das partes a respeito da efetiva análise de uma determinada questão prejudicial incidental, uma vez que, repita-se, isso se dará apenas na medida do necessário para fins de fundamentação da decisão. Diferente disso, como se disse, é o que ocorre com os elementos que constam do objeto do processo, quanto aos quais há, por parte do juiz, sob quaisquer circunstâncias, um verdadeiro dever de julgamento.

É exatamente em torno da sistematização dessas noções, bem como da verificação de algumas de suas consequências, que se desenvolverá o presente capítulo. Para tanto, será importante, inicialmente, fazer referência a uma divisão, tradicional na doutrina, entre o elemento lógico e o elemento imperativo da decisão, a fim de compreender sua ligação com o tema da prejudicialidade, bem como de verificar a medida das reais distinções entre um e outro (n. 3.2). Na sequência, retornaremos brevemente à regra da correlação e à forma pela qual ela determina que o conteúdo do objeto do processo seja enfrentado no objeto da decisão, a fim de verificar as consequências de seu descumprimento bem como as formas pelas quais a sua observância pode ser controlada pelas partes (n. 3.3). Posteriormente, em contraposição a isso, será analisado de que maneira a garantia da fundamentação das decisões judiciais regula o enfrentamento das questões prejudiciais incidentais na decisão de mérito (n. 3.4 a 3.7), para que possamos averiguar as consequências de seu descumprimento (n. 3.8) e a possibilidade de que as partes se insurjam contra a ausência de sua análise (3.9).

A partir de tais ideias, poderemos verificar em que condições e de que maneiras as partes podem, no sistema do CPC/15, deduzir um determinado elemento prejudicial como objeto de demanda própria, fazendo com que passe a integrar o *meritum causae*, e, assim, com que seja analisado em caráter principal (n. 3.10 a 3.12), para em seguida, desenvolver algumas considerações conclusivas quanto à relação entre o objeto do processo e as questões prejudiciais incidentais (n. 3.13).

Finalmente, uma vez que esteja clara a distinção que, para fins de julgamento, existe entre as hipóteses em que uma situação jurídica é deduzida de modo principal e em caráter incidental, veremos o significado da formação de coisa julgada sobre essas últimas para a prestação da tutela jurisdicional (n. 3.14 a 3.19).

3.2. Dois distintos modos de tratamento no julgamento da causa: cognição “incidenter tantum” e decisão “principaliter”

É tradicional, na doutrina, a noção de que a decisão judicial poderia ser dividida em um *elemento lógico* e um *elemento imperativo*, que seriam distintos não apenas em seus conteúdos e efeitos, como também na natureza das atividades que neles se realizam.

Trata-se, certamente, de distinção relevante, sobretudo para explicar o *conteúdo* de cada um dos itens que compõem a estrutura da sentença (CPC/15, art. 489) e a forma pela qual eles se relacionam com os elementos submetidos à cognição judicial: enquanto a parte dispositiva da decisão (elemento imperativo) destina-se, como já se disse anteriormente¹, a analisar as pretensões deduzidas em juízo e que compõem o objeto do processo, a fundamentação (elemento lógico) objetiva o enfrentamento das razões deduzidas pelas partes, a fim de externar os motivos pelos quais se chegou àquela decisão.

Nesta linha, conforme elucidativo esquema proposto pela doutrina, se poderia imaginar a existência de dois eixos distintos no processo: um primeiro que conecta as *pretensões* deduzidas pelas partes ao *dispositivo* da sentença (*eixo imperativo*), e outro, que liga as *razões da demanda* (*causa petendi*), as *razões da defesa* (*causa excipiendi*), e a *fundamentação* da decisão (*eixo lógico*)².

Além de se distinguirem em seus conteúdos, haveria, ainda, uma relevante diferença nas *eficácias* atribuídas a cada um dos elementos, na medida em que apenas aquilo que consta da parte dispositiva da decisão teria a aptidão de produzir efeitos externos ao processo, interferindo na vida dos litigantes e em outras relações processuais.

¹ Ver, *supra*, o item n. 1.10.

² É a proposta de Cândido Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, vol. III. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. n. 1154, p. 377-378), acolhida, por exemplo, no trabalho de Clarisse Frechiani Lara Leite, diversas vezes citado na presente tese (*Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. n. 22 (p. 124-127) e n. 28-30 (p. 171-189)).

O elemento lógico, por sua vez, teria eficácia meramente endoprocessual, não atingindo outros processos ou as partes em suas relações materiais³.

Todas essas diferenças, então, decorreriam de atividades judiciais de *naturezas distintas*: a motivação, por um lado, resultaria do exercício de mera cognição incidental (*incidenter tantum*), atividade de caráter eminentemente *lógico*, que “vem do juiz enquanto homem que raciocina”. Apenas no dispositivo, porém, é que estaria contida uma atuação verdadeiramente *decisória*⁴, que exprime o poder do Estado, e que provém “do juiz como autoridade”⁵. Naquela, a sentença seria um ato de inteligência; neste, um ato de vontade.

É importante notar que a referida contraposição acompanhou todo o desenvolvimento científico moderno da teoria da prejudicialidade, como fica muito claro da análise das obras de Menestrina e Chiovenda⁶. Trata-se de um verdadeiro “lugar

³ A este respeito, vale conferir o que escreve Dinamarco, com grande clareza: “É do conhecimento comum, que Liebman ressalta e enfatiza, que só no *decisum* se formulam preceitos destinados a produzir efeitos sobre a vida dos litigantes ou sobre o processo mesmo, o que se dá (a) quando o mérito é julgado e, assim, o interesse de uma das partes é atendido e o da outra, sacrificado e (b) quando o juiz, rejeitando preliminares, declara que o mérito está em condições de ser julgado e passa efetivamente a julgá-lo. Só no decisório se contêm atos *imperativos* do juiz, a serem impostos aos litigantes na medida do conteúdo de cada um deles; como se costuma dizer, é no decisório que reside a parte preceptiva da sentença. Na *motivação*, em que o juiz resolve questões de fato ou de direito residem somente os *pressupostos lógicos* em que se apoia o decisório, mas sem autonomia, eles próprios, para projetar efeitos sobre a vida do processo ou das pessoas; por isso é que de modo expresso a lei brasileira exclui a incidência da autoridade da coisa julgada sobre os motivos da decisão” (*Capítulos de sentença*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 16).

⁴ É tradicional, na doutrina, a distinção entre *conhecer* e *decidir*, nos termos em que consta do texto. Assim, por exemplo, é o que escreve Clarisse Frechiani Lara Leite: “Para *decidir*, o juiz precisa *solucionar* uma série de questões controvertidas, estabelecendo os pontos de seu raciocínio que o conduzirão por um caminho *lógico* de reflexão (ou de fundamentação) até a conclusão final imperativa. Quando um juiz diz que A tem determinado direito em relação a B, pode fazer isso apenas como (a) etapa do raciocínio para decidir outra questão controvertida que lhe foi posta à apreciação ou como (b) determinação imediatamente imperativa. Na primeira hipótese o juiz emana uma declaração de natureza meramente ‘histórica, teórica ou conceitual’ voltada apenas a integrar a cadeia lógica do raciocínio. No âmbito desse caminho lógico o juiz não *decide*, mas *conhece* e *resolve* controvérsias apenas *incidenter tantum*” (*Prejudicialidade no processo civil*, p. 113). Sobre o tema, vale conferir, com grande profundidade e ampla referência doutrinária, o que escreve Kazuo Watanabe, que demonstra que já no século I a.C. aparece a distinção entre *cognitio* e *judicium* ou *decisum* (*Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. n. 11-12, p. 62-70). Todavia, como esclarece Heitor Sica, posteriormente teriam desaparecido as razões que levaram à distinção, que remontam à divisão das funções entre o pretor e o *iudex*, típica do período formulário (*O direito de defesa no processo civil: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 219-220).

⁵ Os trechos transcritos foram extraídos de: MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiciale nel processo civile*. Vienna: Manz, 1904. p. 32 – *tradução livre*.

⁶ É o que se vê, de modo muito claro, respectivamente em: MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiciale nel processo civile*, n. 6, p. 26-32; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. Trad.: J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. I. n. 124-129, p. 393-411.

comum” a respeito do tema, um *topos* que é utilizado para explicar as relações da prejudicialidade com o regramento dos limites objetivos da coisa julgada⁷.

A ideia, em síntese, é que as questões prejudiciais, enquanto sejam analisadas de modo meramente incidental, não poderiam, em hipótese alguma, fazer coisa julgada material, uma vez que tal atividade teria natureza meramente *lógica*, e não decisória. Para se alcançar resultado distinto, seria necessário transformar em causa o elemento prejudicial – o que seria feito por meio de ação declaratória incidental, ou, excepcionalmente, por força de lei -, hipótese em que ele seria objeto de verdadeira *decisão*, e, deste modo, estaria apto a adquirir aquela *autoridade*⁸.

Como vem notando a doutrina mais recente, porém, há, neste raciocínio, ainda que implicitamente, certa degradação da atividade cognitiva levada a efeito pelo juiz em caráter incidental, como se ela realizasse uma espécie de “justiça menor”⁹.

Parece correta, nessa linha, a percepção de que tal modo de pensar objetiva, na verdade, justificar a ausência de formação de coisa julgada sobre as questões incidentais, o que é feito a partir da premissa de que a sua análise seria uma atividade menos qualificada que aquela concernente à decisão das pretensões deduzidas em caráter principal. Chega-se, com isso, à conclusão de que a inaptidão da cognição *incidenter tantum* para adquirir a autoridade de coisa julgada seria algo *natural*, e não o resultado de uma opção político-legislativa¹⁰.

⁷ Assim, expressamente: RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*. Padova: CEDAM, 1999. p. 58, nota n. 8.

⁸ Nessa linha, é o que, com grande clareza, escreve Liebman, apoiado nas lições de Menestrina e Chiovenda: “Nem sempre todas as questões *conhecidas* se tornam, todavia, objeto de verdadeira decisão. Pode acontecer que, para decidir sobre a demanda, o juiz precise conhecer de questões referentes à existência ou inexistência de um estado ou de uma relação jurídica que, sem constituir objeto daquela, seja seu antecedente lógico. Tais questões chamam-se *prejudiciais*. [...] Mas normalmente o exame da questão prejudicial ocorrerá *incidenter tantum*, isto é, apenas como passagem obrigatória do *iter* lógico da verdadeira decisão. Poder-se-á dizer que *a questão prejudicial é objeto de cognição, não porém de decisão*; e a solução que lhe for dada será vinculativa apenas para os efeitos da decisão dada à principal” (*Manual de direito processual civil*, vol. I. 3ª ed. Trad.: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 224-225).

⁹ Assim, expressamente: VERDE, Giovanni. “Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1989. p. 175 – *tradução livre*).

¹⁰ A este respeito, vale a leitura do que escreve Taruffo, que explica que a ideia ganhou força num momento em que, inexistente norma expressa a respeito no ordenamento italiano, se buscava legitimar a adoção, como critério normativo, da noção proveniente das fontes romanas sobre a coisa julgada: “Porque o processo romano não conhecia a coisa julgada sobre questões, se negou na raiz a possibilidade de reconhecer tal fenômeno no nosso ordenamento. O caminho para chegar a esta conclusão foi aquela de qualificar a solução destas questões como ‘atividade lógica’, deduzindo a inidoneidade de tais soluções a dar lugar à coisa julgada. Tal argumentação é, em si, privada de eficácia, mas serve a dar uma veste aparentemente racional a uma tese que, se nascia de determinadas condicionantes culturais, era bastante carente de fundamentação

O fato, contudo, é que *do ponto de vista da cognição judicial*, não há diferença qualitativa entre a operação lógica que o magistrado realiza para julgar a pretensão deduzida em caráter principal e aquela que recai sobre uma situação jurídica analisada de modo incidental. Em ambos os casos o juiz precisará avaliar a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma situação jurídica, o que passará pela aferição de seus pressupostos de fato e da norma jurídica aplicável ao caso, pela subsunção de um elemento ao outro, e pela verificação dos efeitos jurídicos produzidos¹¹.

Diante disso, o que se pode dizer é que a diferença não está na *natureza lógica* das atividades¹², mas, na verdade, nas consequências jurídicas que a *lei* atribui a cada uma delas, ao disciplinar a sua aptidão de produzir *efeitos externos* ao processo e de se tornar imune pela autoridade de *coisa julgada*¹³. Não há, frise-se, nenhum impedimento de ordem natural à atribuição de tais consequências à cognição incidental.

Prova disso é que, como se disse no início do presente trabalho, há hipóteses em que a lei expressamente permite a formação de coisa julgada sobre a análise de elementos que não constam do objeto da decisão, mas de sua fundamentação, como ocorre, por exemplo, com prescrição ou a decadência que motiva a rejeição da tutela cautelar (CPC/15,

jurídica positiva” (“Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni” (parte II). In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1972. p. 281 – *tradução livre*). No mesmo sentido, ainda, são as críticas de Oliva Santos, no sentido de que o raciocínio tem como objetivo o de justificar uma resposta já predeterminada por motivos ideológicos, e não de explicar a natureza da atividade judicial (SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005. p. 218).

¹¹ Nesse sentido, é o que escreve Edoardo Garbagnati: “[...] o juízo do órgão jurisdicional, chamado a decidir uma questão preliminar de mérito, é afim na sua estrutura ao juízo que caracteriza a decisão sobre o mérito da causa em sentido estrito, porque em ambos os casos se atua aquele procedimento racional que sói qualificar-se como aplicação da norma jurídica ao caso concreto: com a reconstrução de uma determinada situação de fato e a escolha e interpretação da norma pela qual essa é regulada, e com a consequente individuação de um efeito jurídico, do qual é declarada a existência ou a inexistência” (“Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1976. p. 264 – *tradução livre*).

¹² Neste sentido, vale conferir, com ampla referência doutrinária: SICA, Heitor Vitor. *O direito de defesa no processo civil brasileiro...*, p. 222-223. É interessante notar que o próprio Liebman, que com muita ênfase afirmava a contraposição entre conhecer e decidir como se vê de trecho acima transcrito (ver nota n. 8, neste mesmo tópico), chegou a escrever que não haveria diferença lógica entre as atividades, apesar de, em seguida, afirmar que elas teriam naturezas distintas : “Cumprе esclarecer que essas duas operações são, do ponto de vista lógico, idênticas, ao passo que diferem por sua natureza e efeito jurídico: a primeira é um ato de pura inteligência do juiz, a segunda é ao mesmo tempo um ato da inteligência e da vontade” (“Notas à edição brasileira”. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. Trad.: J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 393, nota n. 6).

¹³ Nessa linha, também afirmando que não haveria diferença qualitativa entre *conhecer* e *decidir*, e que a distinção estaria no campo dos efeitos atribuídos a cada uma das atividades: MENCHINI, Sergio. “Accertamento incidentale”. In: *Enciclopedia giuridica*. Roma: Treccani, 1995. p. 8 e 10; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 59, nota n. 8; VERDE, Giovanni. “Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità”, p. 176; VOLPINO, Diego. *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*. Padova: CEDAM, 2007. p. 336, nota n. 133.

art. 310), ou, ainda, com as questões referentes à responsabilidade do ofensor, analisadas no juízo criminal para fins de reparação civil (CPP, arts. 63 a 68)¹⁴.

Demonstração eloquente disso era dada, ainda, pela *ação declaratória incidental* prevista no Código de 1973 (arts. 5º, 325 e 470): surgida a discussão em torno de uma relação jurídica de cuja existência ou inexistência pudesse depender o julgamento da demanda, sua apreciação, a princípio, seria feita de modo incidental e, assim, produziria efeitos restritos ao próprio processo. Bastava, entretanto, que qualquer das partes deduzisse um pedido, para que a mesma análise fosse feita a título principal e, assim, pudesse produzir efeitos externos, estando sujeita à coisa julgada¹⁵.

Essa ideia fica ainda mais clara quando se pensa no que ocorre com a coisa julgada formada com base no art. 503, § 1º do CPC/15: nesse caso, não há dúvidas de que a questão prejudicial é analisada em caráter incidental, integrando o que seria o *elemento lógico* da decisão. Uma vez preenchidos os requisitos legais, contudo, este mesmo juízo incidental estará apto a produzir efeitos externos ao processo, podendo se tornar imutável e indiscutível por força da coisa julgada. Trata-se, em resumo, de elemento que é objeto de cognição *incidenter tantum* – e que, portanto, não seria *decidido*, mas apenas *conhecido* -,

¹⁴ Assim, por exemplo, logo após afirmar que “somente o que se dita na parte dispositiva das decisões de mérito, como ato imperativo estatal, é que alcança os indivíduos em suas relações jurídicas materiais e em outras possíveis relações processuais”, e que por isso as prejudiciais incidentais seriam sempre *internas*, Clarisse Frechiani Lara Leite esclarece que “há hipóteses excepcionais de motivos prejudiciais *externos*”, mencionando, dentre outros exemplos, a questão dos efeitos civis da aferição da responsabilidade criminal (*Prejudicialidade no processo civil*, p. 172-174).

¹⁵ Afinal, como anota Heitor Sica, “se é cabível que a situação prejudicial seja objeto de demanda declaratória incidental, é mais que evidente que é possível que sobre ela haja verdadeiro julgamento de mérito” (*O direito de defesa no processo civil...*, p. 221). Embora voltadas ao art. 34 do Código italiano, são adequadas, a esse contexto, ainda, as considerações de Recchioni, no sentido de que o pedido de declaração incidental tem uma função *externa* ao processo, uma vez que, do ponto de vista *endoprocessual* – isto é, para o fim de julgar a demanda prejudicada -, é indiferente se a questão prejudicial é conhecida *incidenter tantum* ou *principaliter*: “A declaração incidental nos termos do art. 34 c.p.c. tem uma função não meramente processual, ou seja, de instrumento a por meio do qual o juiz da causa dependente dispõe da declaração realizada sobre a prejudicial apenas com a finalidade de exercer a sua função também sobre a dependente. Para essa última função, por assim dizer, endoprocessual, a *cognitio incidenter tantum* do elemento prejudicial [...] é mais que idônea: em palavras mais claras, a partir de uma ótica exclusivamente funcional do resultado a alcançar em sede de declaração judicial, é de todo indiferente ou, se se prefere, não é relevante que o êxito da cognição *lato sensu* do elemento prejudicial seja dotado daquela particular eficácia em que se resolve a coisa julgada. Sob tal perfil, eficácia prejudicante há também a simples *cognitio incidenter tantum*. Tudo isso vai além da função do art. 34 c.p.c., cujo escopo é aquele de obter a extensão da declaração judicial (em relação ao *thema decidendum* originário)” (*Pregiudizialità processuale*, p.59-60, nota n. 8 – tradução livre).

mas que, presentes certas condições, produz os mesmos resultados que, conforme a visão “tradicional”, seriam restritos às decisões *principaliter*¹⁶.

Essas considerações, todavia, não têm como objetivo afirmar que se deva abandonar a contraposição entre cognição *incidenter tantum* e decisão *principaliter*, que, como dito de início, exprime com grande clareza a distinção que existe entre os elementos que compõem o objeto litigioso e aqueles que integram apenas o objeto cognitivo do juiz, e a relação que cada um deles estabelece com a estrutura da sentença.

Além disso, como se demonstrará nos próximos tópicos, são distintas as normas que determinam a necessidade de que cada um dos elementos seja enfrentado na decisão de mérito, na medida em que aqueles que compõem o eixo imperativo do processo devem obrigatoriamente ser analisados a título principal, o que decorre da regra da correlação. Por outro lado, os elementos que integram o eixo lógico do processo serão analisados, quando necessário, para fins de fundamentação da decisão. O que é importante ressaltar, apenas, é que, do ponto de vista da cognição judicial, não há entre esses juízos uma distinção qualitativa que permita afirmar a inidoneidade do elemento lógico da decisão a adquirir a autoridade de coisa julgada material.

3.3. Objeto do processo e julgamento da causa: consequências do descumprimento da regra da correlação e formas de controle

Entendida a real diferença existente entre os elementos lógico e imperativo da decisão, passamos, neste momento, a desenvolver a noção de que são distintos os princípios que governam a análise das pretensões que constam do objeto do processo e a das questões prejudiciais deduzidas em caráter meramente incidental.

¹⁶ Especificamente sobre o art. 503, § 1º, vale a leitura do que escreve Cassio Scarpinella Bueno, que, a partir de considerações semelhantes, demonstra a artificialidade da distinção entre *conhecer* e *decidir*: “Para o CPC de 1973, a questão prejudicial *não transitava materialmente em julgado*, a não ser que o réu em contestação ou o autor na réplica apresentassem a chamada “ação declaratória incidental”. Sem esta iniciativa do réu ou do autor, a questão seria *conhecida e resolvida* pelo magistrado, mas *não seria decidida* e, por isso, era incapaz de transitar materialmente em julgado. Era o que decorria da conjugação dos arts. 5º, 325, 469, III, e 470 daquele Código. O prezado leitor perceberá que a afirmação do parágrafo anterior parece um jogo de palavras. Mais que isto: ela tem aparência de desperdício de atividade jurisdicional, a conflitar, até mesmo, com o princípio da eficiência já que a falta de coisa julgada não obstaculiza novas postulações *idênticas* e que, pelo menos em tese, poderiam contrastar com a anterior, colocando em risco o próprio princípio da segurança jurídica. Sim, porque, a diferença entre *conhecer* e *resolver*, embora justificável do ponto de vista técnico, nunca o foi do ponto de vista da atuação jurisdicional, rigorosamente idêntica em um e em outro caso” (*Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 404).

Para tanto, é necessário, ainda que brevemente, retomar as noções, anteriormente expostas, a respeito da forma como a *regra da correlação* (*adstrição; congruência*) estabelece uma relação tendencial entre o conteúdo do objeto do processo e o do objeto da decisão¹⁷.

Como se disse, no objeto da decisão de mérito caberá ao juiz enfrentar, em caráter principal, as pretensões que constam do objeto do processo, além de elementos que a lei expressamente determine que sejam nesta sede analisados. Tem-se, aí, uma decorrência direta do princípio da demanda, que outorga ao interessado a prerrogativa de delimitar o possível alcance da tutela jurisdicional a ser prestada num determinado processo, e que, por sua vez, é corolário das necessidades de preservar a imparcialidade e de estabelecer limites ao poder exercido *sub specie jurisdictionis*. É relevante neste contexto, também, a garantia do acesso à justiça, que impede que o juiz deixe de decidir algum pedido deduzido pelas partes.

Neste quadro, a regra da correlação é dotada, em primeiro lugar, de um aspecto *negativo*, no sentido de *proibir* que, fora das exceções legais, o juiz decida, em caráter principal, a respeito de algum elemento que não integre o objeto do processo. Num segundo aspecto, a regra atua de forma *positiva*, no sentido de *obrigar* à análise de todos os pedidos deduzidos em juízo, desde que, é claro, estejam presentes os respectivos requisitos de admissibilidade.

O desrespeito à regra da correlação faz com que a decisão seja contaminada por determinados *vícios processuais*, que, conforme classificação usual na doutrina, são de três espécies distintas.

Assim, é *ultra petita* a sentença que, além de julgar as pretensões que integram o objeto do processo, analisa, em caráter principal, algum conteúdo que dele não consta. Neste caso, é violado o sentido *negativo* da regra da correlação¹⁸.

¹⁷ Para maior desenvolvimento dessa ideia, e para as exceções à regra da correlação, ver, *supra*, os itens n. 1.10-1.11.

¹⁸ Não nos parece que a caracterização de uma sentença como *ultra petita* ocorra apenas quando o julgamento trate de “*quantidade* ou *quantia* maior do que a pleiteada pela parte”, como escreve Teresa Arruda Alvim (*Nulidades do processo e da sentença*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 305), e, ainda, como dá a entender Dinamarco (*Instituições...*, vol. III, n. 1140, p. 349). Basta, a nosso ver, que, sem deixar de analisar algo que foi demandado, o juiz vá além das pretensões deduzidas, seja em relação à quantidade/quantia concernente a um pedido, seja quando analisa pedido não formulado. O que importa, em resumo, é que seja violado *apenas* o aspecto negativo da correlação.

Por sua vez, é *citra* ou *infra petita* a sentença que se omite na análise de uma dada pretensão, deixando de julgar algum pedido que deveria ter sido apreciado. Nesta hipótese, viola-se a correlação em seu aspecto *positivo*.

Por fim, a sentença é *extra petita* quando deixa de analisar uma pretensão deduzida em juízo e, em seu lugar, decide, em caráter principal, sobre um conteúdo que não consta do objeto do processo. Nesta situação, a correlação é desrespeitada em seus aspectos *negativo* (na medida em que é julgado algo que não foi pedido) e *positivo* (uma vez que não há decisão sobre determinada pretensão)¹⁹.

Assim, para exemplificar as três modalidades de vícios a partir de uma situação frequentemente levada ao Poder Judiciário, cogite-se da propositura de “ação revisional de contrato de financiamento bancário”, em que o autor pretende a declaração de nulidade das cláusulas que preveem a cobrança de (i) juros capitalizados, e de (ii) tarifa de abertura de crédito. Neste caso, será *ultra petita* a sentença que, além de analisar ambos os pedidos, declare a abusividade da taxa de juros remuneratórios praticada no contrato, ou, então, condene o réu à repetição em dobro dos valores indevidamente cobrados. Por sua vez, será *citra petita* a decisão que analise apenas o pedido referente aos juros capitalizados, deixando de julgar a pretensão a respeito da tarifa de abertura de crédito. Finalmente, será *extra petita* a sentença que, em vez de analisar a nulidade dos juros capitalizados, declara abusividade da taxa de juros remuneratórios.

Ainda que, como veremos em seguida, existam diferenças na espécie de irregularidade verificada em cada uma das situações, é importante ressaltar, neste momento, que, em todos esses casos, a configuração do vício processual decorrerá tão somente do desrespeito à regra da adstrição, sendo desnecessário, como nos parece, qualquer outra cogitação a respeito do prejuízo sofrido.

Não nos parece correta, nessa linha, a construção segundo a qual, desde que se tenha estabelecido o *contraditório* sobre a questão, poderia ser relevada a nulidade decorrente da desobediência aos limites do pedido nas sentenças *extra* e *ultra petita*²⁰.

¹⁹ Neste sentido, afirmando que na sentença *extra petita*, “além do defeito relativo ao pronunciamento sobre pretensão alheia ao objeto do processo [...], não há dispositivo acerca do objeto do processo”: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 313.

²⁰ É essa a conhecida opinião de Bedaque (*Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Cap. III, n. 12, p. 218-226; “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: *Causa de pedir e pedido (questões polêmicas)*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: RT, 2002. n. 1.5, p. 34-38), a que aderem, por exemplo, Talamini

Diretamente ligada ao princípio da demanda, a correlação é uma regra que diz respeito aos limites do exercício do poder jurisdicional, que, para se fazer legítimo, deve submeter-se à iniciativa do interessado. A regra visa, ainda, à preservação da imparcialidade, violada a partir do momento em que o juiz deixa de atuar como terceiro estranho ao conflito e supre a falta de postulação. Sua violação causa, por assim dizer, prejuízo *in re ipsa*, na medida em que atinge a própria finalidade do princípio da demanda, consistente justamente na submissão da atuação do poder estatal à vontade do sujeito interessado e à imparcialidade²¹.

De toda sorte, para as sentenças *citra petita*, que mais de perto interessam ao presente trabalho, não há dúvidas de que a omissão no julgamento do pedido é, por si só, suficiente para que fique verificado o vício processual, não se mostrando possível a construção de raciocínio no sentido de que, não havendo outro prejuízo, a irregularidade poderia ser relevada. Neste caso, o prejuízo consiste na própria ausência de prestação da tutela jurisdicional.

Em todas essas situações, diante do vício, poderá a parte interessada se valer das vias processuais adequadas a fim de que o defeito seja corrigido. Poderá, num primeiro momento, de uma ótica *endoprocessual*, fazer uso de algum dos recursos previstos na legislação que seja correto para a situação concreta. No caso de decisão *citra petita* poderá, antes de tudo, fazer uso dos embargos de declaração sob a alegação de omissão quanto ao julgamento da respectiva pretensão (CPC/15, art. 1022, II). Aliás, também na hipótese de decisão *extra* ou *ultra petita* os embargos têm sido aceitos, ora sob o fundamento de que

(*Coisa julgada e sua revisão*, p. 353, nota n. 131) e Marcelo Pacheco Machado (MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Juspodivm, 2015. n. 6.19, p. 229-232).

²¹ Ao que nos parece, a situação é de algum modo semelhante à que decorre do descumprimento de normas de competência, quanto às quais não há que se cogitar de prejuízo, uma vez que visam à limitação do exercício do poder, finalidade que é frustrada pelo próprio desrespeito da regra. Nesse sentido, sobre as normas de competência, é o que escreve Humberto Ávila: “As regras de competência, cuja função primordial é limitar o poder, mediante a alocação e a descrição do seu âmbito material, possuem a finalidade de garantir segurança jurídica. Sendo assim, o exercício do poder fora do âmbito por aquelas delimitado é inválido. Elas são, por assim dizer, definitivas, no sentido de não poderem ser superadas, pois o exame da sua finalidade, em vez de permitir a ampliação ou a restrição teleológicas, impede o seu alargamento. Outras regras, porém – como o são as regras procedimentais -, apresentam finalidades substanciais, podendo, conforme o caso, permitir uma ampliação teleológica quando a sua hipótese, cotejada com a sua finalidade, revelar a necessidade de abrangência de fatos não inicialmente previstos” (*Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 619-620).

haveria omissão quanto à aplicação da regra da correlação, ora sob a justificativa de que haveria erro evidente que este meio poderia ser sanado²².

Além dos embargos, poderá a parte interpor o recurso especificamente previsto para o tipo de decisão proferida. Aliás, de acordo com regra concernente à apelação (CPC/15, art. 1013, § 3º, II e III), mas que se aplica a todas às demais espécies recursais, qualquer um dos vícios decorrentes do desrespeito à regra da adstrição poderá ser corrigido diretamente por ocasião do julgamento do recurso. Nos casos em que o julgador tenha ido além dos limites da demanda, bastará a anulação da parcela excedente da decisão. Já nas hipóteses em que houver omissão quanto a uma determinada pretensão, caberá ao tribunal proceder imediatamente ao seu julgamento, não havendo necessidade de que o processo retorne à instância de origem, desde que, é claro, haja condições de imediata apreciação²³.

Em um segundo momento, com o trânsito em julgado da decisão que tenha violado a regra da correlação, a identificação do meio processual adequado a ser manejado pela parte prejudicada dependerá da modalidade de vício verificada.

²² Assim, defendendo o cabimento dos embargos de declaração contra as decisões *extra* e *ultra petita*, com indicação de julgados do STJ no mesmo sentido: BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XX. São Paulo: Saraiva, 2016. n. 144, p. 168-169.

²³ Sobre a possibilidade de julgamento imediato do mérito em segundo grau de jurisdição no caso de sentenças que desrespeitam a regra da congruência, e sobre a aplicabilidade da regra a outras espécies recursais, remetemos a estudo que publicamos anteriormente: “A aplicação da ‘teoria da causa madura’ no sistema recursal do novo Código de Processo Civil”. In: *Recursos e duração razoável do processo*. Coord.: Bruno Silveira de Oliveira [et al.]. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. *passim*, esp. n. 3.2.2 (p. 516-519) e n. 3.3 (p. 523-531). Na ocasião, porém, sustentamos que o dispositivo seria aplicável apenas às demais modalidades de recursos ordinários (agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração e recurso ordinário). Quanto aos recursos excepcionais, entendemos que não haveria a possibilidade de aplicação em virtude da ausência de *prequestionamento* quanto à parcela do objeto do processo ainda não decidida, na linha do que sustentava a doutrina majoritária, e do que tem decidido a jurisprudência do STJ (p. ex.: AgInt no REsp 1609598/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 17/11/2017). A partir de uma reflexão mais acurada sobre o tema, porém, parece-nos que, diante da norma constante do art. 1034 do CPC/15 – que veio a consolidar a orientação já existente na Súmula nº 456 do STF –, é possível que, uma vez *cassado* o acórdão que tenha violado a norma infraconstitucional ou constitucional (*juízo rescindente*), o tribunal superior, ao julgar a causa (*juízo rescisório*), aprecie a pretensão ainda não analisada. É o que sustentava, na vigência do CPC/73, Cândido Dinamarco (“O efeito devolutivo da apelação e de outros recursos”. In: *Nova era do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183), e o que afirmaram, já após o CPC/15, Bruno Dantas e Teresa Alvim (*Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2017. n. 20.2, p. 437) e Luis Guilherme Bondoli (*Comentários...*, vol. XX, p. 236-237). Em sentido contrário, por outro lado, afirmando a inaplicabilidade do art. 1013, § 3º aos recursos especial e extraordinário: SICA, Heitor Vitor. “Comentários aos arts. 1029 a 1035”. In: *Código de Processo Civil anotado*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci [et al.]. Rio de Janeiro: GZ, 2016. p. 1425. Para mais detalhes a respeito do julgamento dos recursos excepcionais, ver, *infra*, o item n. 3.9.

Isso porque, por um lado, na linha do que se disse no início do presente trabalho²⁴, nas hipóteses em que o juiz desrespeitar o aspecto negativo da correlação, e, assim, em que o objeto da decisão for *além* do objeto do processo, haverá formação de coisa julgada sobre a parcela excedente. Em outras palavras, conquanto sejam *inválidas* naquilo em que forem além dos pedidos, as sentenças *ultra* e *extra petita* existem enquanto ato processual²⁵. E, nesse caso, haverá a necessidade de que a parte interessada faça uso de *ação rescisória* a fim de que, sob a alegação de desrespeito à regra da correlação (CPC/15, art. 966, V c/c arts. 141 e 492 do CPC/15), obtenha a *desconstituição* da coisa julgada formada e da decisão por ela acobertada.

Já na hipótese em que o magistrado tenha se *omitido* no julgamento de uma pretensão – como ocorre nas sentenças *citra petita* e *extra petita* -, o vício é de maior gravidade, uma vez que *não há decisão* sobre aquela específica parcela do objeto do processo, podendo-se falar, no caso, em *inexistência parcial* da sentença. Neste caso, não há a possibilidade de formação de *coisa julgada* em relação à fração do mérito não analisada²⁶, não havendo, portanto, necessidade de propositura de ação rescisória para o

²⁴ Ver, *supra*, o item n. 1.2.

²⁵ Nesse sentido, é o que sustentam, implícita ou explicitamente, os autores que afirmam expressamente que a coisa julgada é determinada pelo objeto da sentença, e não pelo objeto do processo, bem como por aqueles que entendem que se forma coisa julgada sobre o elemento excedente nas sentenças *extra* e *ultra petita*, citados, respectivamente, nas notas n. 22 e 25, no item 1.2, *supra*. Na mesma linha, ainda, tratando especificamente do tema das nulidades da sentença: BESSO, Chiara. *La sentenza civile inesistente*. Torino: Giappichelli, 1997. n. 7, p. 193-198; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1140, p. 347-351. Em sentido contrário, por outro lado, vale conferir a interessante opinião de Eduardo Talamini, que afirma que, em determinadas situações, ligadas à ausência de qualquer manifestação das partes a respeito da questão, as sentença *extra* e *ultra petita* também poderiam ser juridicamente inexistentes (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 350-353). Pelo mesmo caminho vão, ainda, as posições sustentadas por Teresa Alvim (*Nulidades do processo...*, n. 3.2.4, p. 338-347) e por Rodrigo Ramina de Lucca (*O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015. Cap. IV, n. 3.2.2, p. 245), a partir da ideia de que ausente o pedido, faltaria pressuposto processual de existência quanto àquela parcela da decisão. Tem razão, porém, Claudio Consolo, quando afirma que, nas sentenças *extra* e *ultra petita*, mesmo que indevidamente, “o poder decisório de mérito é eficazmente exercitado”, razão pela qual deve-se evitar uma nova decisão a respeito do mesmo objeto, o que justifica a formação de coisa julgada sobre o juízo (irregularmente) exercido (“Oggetto del giudicato e principio dispositivo (I): dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 241-242 – *tradução livre*).

²⁶ Nesse sentido, na doutrina brasileira, dentre outros: BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo”. In: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 241-252; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, n. 5.7.3, p. 312-315; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo...*, p. 309. Na doutrina italiana, é essa, ainda, a conclusão a que chegou Carlo Calvosa em conhecido estudo (“Omissione di pronuncia e cosa giudicata”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1950. *passim*, esp. n. 11-15, p. 250-260), e que é sustentada, dentre outros, por Claudio Consolo (“Oggetto del giudicato e principio dispositivo...”, n. 6, p. 241), Giovanni Verde (“Domanda (principio della)”. In: *Enciclopedia giuridica*, vol. XII. Roma: Treccani, 1989. p. 10) e Sergio Menchini (*I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 13). Em sentido diverso, mas com conclusões idênticas, é a posição de Chiara Besso, que, conquanto afirme que a sentença *infra petita* é nula, e não inexistente, deixa claro que não haveria coisa julgada sobre o

reconhecimento do vício. Bastará, à parte, renovar o pedido em outro processo²⁷, sem que a coisa julgada que porventura tenha se formado sobre a decisão de outros pedidos represente qualquer óbice, considerando a inexistência daquela autoridade quanto às pretensões não apreciadas. Poderá, ainda, se valer de outras vias processuais a fim de reconhecer a inexistência jurídica da sentença quanto àquele específico pedido, como o ajuizamento de ação declaratória, a impetração de mandado de segurança, dentre outros meios possíveis²⁸.

A partir de todas essas considerações, o que se pode concluir é que, como se vem dizendo, as partes têm efetivas possibilidades de controle a respeito da análise que na decisão de mérito deve ser feita sobre os elementos que constam do objeto do processo, em sentido tanto negativo quanto positivo.

elemento omitido, o que, então, possibilitaria a repositura da demanda (*La sentenza civile inesistente*, n. 8.2, p. 202-206).

²⁷ A questão, porém, não é tão simples quanto pode parecer: conforme registra Carlo Calvosa (“Omissione di pronuncia...”, n. 8, p. 243-244), havia, na doutrina italiana mais antiga, polêmica entre Carnelutti e Cristofolini, a respeito de saber se, no caso em que o juiz se omitisse sobre uma das demandas cumuladas, *permaneceria o estado de litispendência* em relação a ela, como sustentava aquele primeiro autor. Caso assim o fosse, estaria, o requerente, impossibilitado de propor nova demanda. Ao que nos parece, porém, tem razão Calvosa quando afirma que, *com o trânsito em julgado da sentença infra petita*, o que leva ao *término do processo* (ou, entre nós, da fase cognitiva), cessa a litispendência em relação a todo o objeto do processo, o que torna possível a repositura da ação (n. 9, p. 244-248). Diante disso, tem-se o seguinte quadro: proferida a sentença *citra petita*, poderão as partes, até que sobrevenha o trânsito em julgado, buscar a correção do defeito por meio das vias recursais adequadas, o que poderá ser suscitado em qualquer grau de jurisdição, uma vez que se trata de vício evidentemente não sujeito à preclusão; com o trânsito em julgado da decisão, porém, poderá renovar o pedido por meio de outra iniciativa processual, ou, ainda, fazer uso de outros meios de ataque.

²⁸ Para um panorama das vias processuais que podem ser utilizadas para a impugnação de sentenças inexistentes, embora com algumas divergências, vale conferir, na doutrina brasileira, os trabalhos de Eduardo Talamini (*Coisa julgada e sua revisão*, 5.11, p. 363-374) e de Teresa Alvim (*Nulidades do processo...*, n. 3.6.3-3.6.4, p. 472-498). Para uma visão crítica da exacerbação das diferenças entre a ação rescisória e a ação declaratória de inexistência, fundada na similitude dos efeitos práticos que podem ser produzidos por sentenças inexistentes e sentenças inválidas, e na falta de critérios precisos para se afirmar quando o caso é, realmente, de inexistência, vale a leitura do que escreve Flávio Yarshell (*Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. n. 83-85, p. 263-275). É importante esclarecer, ainda, na linha do que sustentam tais autores, que o fato de termos afirmado, no texto, que não haveria a *necessidade* da propositura de ação rescisória não significa que, uma vez que seja ajuizada, a rescisória deva, inexoravelmente, ser extinta por carência de interesse de agir. Ao que nos parece, é perfeitamente possível aplicar, nestes casos, o *princípio da fungibilidade*, da forma proposta por Talamini (p. 366-367): verificado, no início do processo, que o caso não seria de ação rescisória, mas de ação declaratória, bastaria remeter os autos ao juízo competente, providência que, se necessário, poderia ser precedida da intimação do requerente para adequar sua petição inicial. Por outro lado, caso tal constatação apenas ocorra mais à frente, ou mesmo após o julgamento da ação rescisória, não haveria razão para a invalidação dos atos praticados ou da respectiva decisão. Em sentido contrário, porém, afirmando a inadmissibilidade da ação rescisória: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. n. 68, p. 108-109, nota n. 17.

Assim, por um lado, sempre que o juiz se exceder em sua decisão, e tratar de elemento que não foi deduzido como pretensão e quanto ao qual não exista regra expressa que determine a sua análise em caráter principal, poderá a parte se valer das vias recursais a fim de evitar que sobre elas venha a recair a autoridade de coisa julgada, que, de qualquer modo, pode ser desconstituída por meio da ação rescisória. Tudo isso, a nosso ver, independentemente da indagação a respeito de outro prejuízo além daquele que decorre do desrespeito à regra da correlação.

Por outro lado, e de modo ainda mais relevante para o presente trabalho, nas hipóteses em que o juiz se omitir quanto a uma pretensão deduzida, a parte interessada tem a possibilidade de “forçar” a sua apreciação, independentemente de qualquer outra cogitação, o que pode ser feito tanto por meio de recurso, quanto pela propositura de nova demanda.

A regra da correlação, portanto, dá aos participantes do processo certo grau de segurança e previsibilidade a respeito do alcance da coisa julgada que virá a se formar com base no art. 503, *caput*, do CPC/15, uma vez que tudo é apenas aquilo que conste do objeto do processo deverá ser analisado em caráter principal²⁹, e, com isso, se tornará imutável e indiscutível por força do dispositivo.

Bem diferente disso, como se verá em seguida, é o que ocorre com as questões prejudiciais que não constam do objeto do processo, que serão analisadas na medida do necessário para fins de fundamentação de decisão, e em relação às quais a formação de coisa julgada está condicionada ao preenchimento de pressupostos legais específicos.

3.4. As questões prejudiciais e o julgamento da causa: a fundamentação das decisões judiciais

Uma vez compreendido de que forma a regra da correlação impõe ao juiz o dever de decidir as pretensões que compõem o objeto do processo, passamos, na sequência, a

²⁹ “A exigência da correlação entre a sentença e o pedido tem outro aspecto muito importante para o autor: a segurança de que, desde que satisfeitos os requisitos de validade do processo e as chamadas condições da ação, o seu pedido será totalmente julgado. O princípio de que a sentença deve ser congruente com o pedido funciona em dois sentidos: mão e contramão. Às vezes esquecemos um desses aspectos e damos maior ênfase ao outro. Ao juiz não é dado exceder o pedido ou julgar fora do pedido, mas não nos esqueçamos de que há o dever de pronunciar-se sobre todo o pedido; nada além do pedido, mas todo o pedido” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Correlação entre o pedido e a sentença”. In: *Revista de processo*, n. 83. São Paulo: RT, 1996. p. 210).

verificar de que maneira é regulada a análise das questões prejudiciais incidentais, ou seja, que não são objeto de demanda própria, e que podem atrair a aplicação do art. 503, § 1º, do CPC/15.

A este respeito, pode-se dizer que, não tendo sido formulado pedido específico a seu respeito, a questão prejudicial *não está sujeita ao dever de congruência*, de modo que não se impõe ao juiz, ao menos com base nesta regra, a obrigação de resolvê-las em caráter principal. Conforme já se adiantou, sua apreciação em juízo se dará na medida do necessário para que o julgamento das pretensões deduzidas pelas partes seja *adequadamente motivado*.

Isso não significa, é claro, que as questões prejudiciais incidentais deixem de ser relevantes para o julgamento da causa pelo fato de não se ter formulado pedido a seu respeito. É evidente que, na medida em que sua análise pode influenciar diretamente a forma como será decidido o mérito, elas são importantes elementos de cognição, que com grande probabilidade serão enfrentadas pelo juiz.

Nem sempre, porém, como também já se procurou deixar claro, isso efetivamente precisará ocorrer. É possível, a depender de quais são as demais questões relevantes para julgar a causa, das escolhas argumentativas feitas pelo julgador, e da forma como aquelas são concretamente resolvidas, que se mostre *desnecessária* a análise de uma questão prejudicial, uma vez que já tenha se por outro caminho alcançado a mesma conclusão a que ela poderia levar³⁰. Caso isso ocorra, nenhum vício recairá sobre a sentença se esta obedecer aos parâmetros que o dever de motivação impõe à atividade decisória.

Não se está, com isso, de modo algum negando a importância que a motivações das decisões judiciais tem enquanto garantia constitucional do processo (art. 93, IX), devidamente fortalecida no sistema do CPC/15 (art. 489, §§ 1º e 2º). O que precisa ser compreendido, porém, é que a fundamentação tem uma finalidade eminentemente *instrumental* em relação ao julgamento do mérito³¹. Seu objetivo é, essencialmente, o de *prestar contas* do exercício de poder que se faz por meio da decisão judicial, ou, em outras palavras, *justificar* o porquê de se ter alcançado um determinado resultado.

³⁰ Sobre o assunto, ver, *supra*, o item n. 2.3.

³¹ Nesse sentido, apontando o caráter instrumental da motivação em relação à decisão: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1442, p. 769-770.

É, assim, em função do julgamento que se constrói a motivação. Sua correção dependerá, apenas, da capacidade de fornecer razões suficientes para sustentar a decisão a que se tenha chegado, e de explicar o que levou o julgador a afastar argumentos que poderiam levar a uma conclusão diversa. E, diante disso, pode-se dizer que nenhuma das partes tem o direito de que um argumento que tenha deduzido seja analisado se ele não tiver o condão de interferir nos *resultados* concretos a serem produzidos pela decisão judicial³².

Não se ignora, de uma perspectiva mais ampla, que a fundamentação das decisões judiciais interessa a toda a sociedade, na medida em que, como se disse, é por meio dela que o julgador presta contas do exercício do poder de que é investido, tornando possível a sua submissão a uma espécie de controle difuso ou democrático (*função externa*)³³. De toda sorte, não nos parece possível negar que a garantia se dirige, acima de tudo, às partes do processo, maiores interessadas no resultado do julgamento, e que necessitam conhecer as razões de decidir a fim de que possam fazer uso dos recursos previstos no sistema processual (*função interna*)³⁴. E, dentre os litigantes, não há dúvidas de que a motivação é mais relevante para a *parte sucumbente*, a quem se devem explicações do porquê de se ter acolhido os argumentos da parte contrária e de se ter rejeitado os seus³⁵.

Disso resulta que, enquanto a *parte sucumbente* tem o direito – e o órgão judicial, o correspondente dever – de ver analisados todos os fundamentos que poderiam levar a uma conclusão distinta daquela a que se chegou, a *parte vencedora* não poderá exigir, do órgão

³² “Na prática, reputa-se não-motivada a decisão judiciária que se omite sobre pontos de fato ou de direito cujo exame poderia conduzir a julgamento diferente daquele pelo qual houver optado o juiz” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “O dever de motivar e a inteireza da motivação”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. n. 527, p. 943).

³³ A este respeito, sobre a motivação como uma prestação de contas realizada pelo julgador, e o seu significado político: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”. In: *Temas de direito processual: segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. n. 8, p. 89-90; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013. Cap. III, p. 64-79; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015. n. 4.3.3, p. 212-214; TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad.: Daniel Mitidiero [et al.]. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 340-347; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. Cap. II, n. 5.2, p. 23-24.

³⁴ “Os destinatários primários da motivação são as partes. São elas que inicialmente devem analisar o acerto ou equívoco da decisão proferida, a fim de que se designem quanto ao resultado desfavorável e, dependendo do caso, cumpram o comando jurisdicional ou, se entenderem cabível, interponham recursos e ações autônomas postos à sua disposição [...]” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*, p. 136-137).

³⁵ Nesse sentido, apontando que a motivação tem maior relevância para o sucumbente que para o vencedor, vale conferir: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais...*, n. 5.2.2, p. 245-249.

judicial, que se manifeste sobre uma determinada questão se isto não teria nenhuma influência sobre a resolução o mérito da causa³⁶.

Todo esse raciocínio se aplica, em regra, à análise da questão prejudicial: surgindo, no curso do processo, controvérsia sobre uma relação jurídica que se coloque como antecedente lógico do julgamento do mérito, o juiz *não estará obrigado* a apreciá-la se, por meio de *outro fundamento* constante dos autos, puder chegar à mesma conclusão a que a resolução da prejudicial levaria. Como ocorre com qualquer outro elemento que pode servir de razão de decidir, a análise das situações jurídicas prejudiciais também é *instrumental* ao julgamento do mérito³⁷, e, assim, apenas deve ocorrer na medida do necessário para que ele seja realizado.

Nem mesmo, aliás, o ônus mais elevado que o CPC/15 impõe ao julgador para fins de fundamentação nos permite chegar a uma conclusão distinta. Na verdade, o que fica claro da leitura do art. 489, § 1º, IV, do CPC/15 é exatamente o oposto: o juiz tem o dever de analisar todos os fundamentos que poderiam *infirmar* a sua conclusão, e não aqueles que poderiam confirmá-la³⁸. Isso demonstra, como afirmado, que não há o dever de

³⁶ A respeito do que se disse nos quatro últimos parágrafos, vale a leitura do que escreve Rodrigo Ramina de Lucca: “O dever de motivação é uma garantia inerente ao Estado de Direito que busca dar racionalidade ao poder pela prestação de contas do exercício da atividade jurisdicional. Pela motivação, o juiz *deve demonstrar* que analisou todos os argumentos e provas produzidas pelas partes, indicando as razões pelas quais se convenceu da veracidade das alegações fáticas apresentadas, e *deve demonstrar* que sua decisão é *jurídica*, pois fundada sobre o Direito produzido democraticamente pelo povo e para o povo. No entanto, sabe-se que toda norma processual é teleológica: não existe como valor em si mesmo, mas procura atingir uma finalidade específica reputada relevante pelo ordenamento jurídico. O dever de motivação não poderia ser diferente. A garantia não se presta a sanar dúvidas jurídicas ou tratar de questões irrelevantes ou impertinentes à causa. O seu objetivo é justificar o exercício do poder jurisdicional e dar uma resposta, sobretudo, à parte sucumbente, dizendo-lhe por que suas alegações foram repelidas. Destarte, se é verdade que o juiz tem o dever de se manifestar sobre absolutamente todas as alegações fáticas e jurídicas da parte sucumbente (ainda que para dizer que tais alegações são inúteis, protelatórias, impertinentes etc.), basta que apresente as razões fáticas e jurídicas suficientes ao julgamento favorável à parte vencedora” (“Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil”. In: *Revista de processo*, n. 252. São Paulo: RT, 2016. n. 5.2.).

³⁷ Assim, tratando do “valor puramente instrumental” das questões “preliminares” de mérito em relação à demanda: GARBAGNATI, Edoardo. “Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali”, p. 264-265 – *tradução livre*.

³⁸ Assim, ao comentar o art. 489, § 1º, IV, do CPC/15, escreve João Francisco Naves da Fonseca que: “Evidentemente, o juiz não está obrigado a analisar tudo o que foi discutido no processo, se alguma questão prévia impedir ou prejudicar a análise de outras matérias. [...] Em suma, o juiz deve analisar todos os fundamentos da tese *derrotada*: para julgar procedente a demanda, ele precisa analisar todos os fundamentos de defesa; já para julgá-la improcedente, todas as alegações do demandante” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX. São Paulo: Saraiva, 2017. n. 26, p. 56). Em sentido semelhante, também ao tratar do dispositivo: BRAGA, Paula Sarno; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. “Comentários ao art. 489”. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 714-716; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Comentários aos arts. 489 a 496”. In: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: RT, 2015. p. 1235.

analisar um determinado elemento de convicção que não conste do objeto do processo – o que inclui as questões prejudiciais incidentais – se isso não tiver o condão de alterar os resultados a que se chega pela decisão de mérito.

Tomemos como exemplo, por ora, a hipótese de uma demanda condenatória fundada em dívida contratual. O réu, ao contestar, sustenta que o contrato seria nulo, mas que, além disso, a pretensão à cobrança estaria prescrita. Perceba-se que, para julgar *procedente* referido pedido, o juiz precisaria, necessariamente, *afastar ambos os fundamentos*; caso não o fizesse, a sentença seria certamente nula, por ausência de fundamentação, na forma do art. 489, § 1º, IV, do CPC/15. Neste caso, como se verá em breve, o réu poderia lançar mão das vias processuais adequadas a fim de que o vício fosse reconhecido.

Por outro lado, para julgar *improcedente* referida demanda, bastaria, ao juiz, acolher qualquer um dos fundamentos defensivos suscitados pelo réu. Assim, por exemplo, caso entendesse que, de fato, a pretensão estivesse prescrita, poderia rejeitar o pedido inicial, sem qualquer necessidade de que fosse analisada a questão relativa à nulidade contratual. Neste caso, é de se perceber que o réu, enquanto parte vencedora, não tem a possibilidade de se insurgir em relação à ausência de análise da questão prejudicial, já que a sentença está adequadamente fundamentada.

Diante disso, se pode concluir, em suma, que: *ao contrário do que ocorre com os elementos que compõem o objeto do processo, e aqueles quanto aos quais há regra expressa que determine a sua análise em caráter principal, a apreciação das questões prejudiciais não é ditada pela regra da correlação, mas pela garantia da fundamentação das decisões judiciais (CF/88, art. 93, IX; CPC/15, arts. 11 e 489, II e §§ 1º e 2º), e apenas precisará ocorrer na medida do que for necessário para atender essa última.*

Disso se extrai, com clareza, que a ausência de resolução de uma questão prejudicial incidental, justamente por não estar ela submetida à regra da correlação, não faz com que a sentença possa ser caracterizada como *citra petita*, uma vez que não há, ao menos neste sentido específico, um dever decisório a seu respeito³⁹. É possível, em outras

³⁹ Nessa linha, afirmando que a ausência de análise de uma questão prejudicial de mérito não faz com que a sentença seja *infra petita*: BIAVATI, Paolo. “Appunti sulla struttura della decisione e l’ordine delle questioni”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2010. n. 2; LASAGNO, Bruno. “Premesse per uno studio sull’omissione di pronuncia nel processo civile”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1990. n. 5, p. 465-469; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 292, nota n. 10.

palavras, que elementos que não constem do objeto litigioso sejam *legitimamente não enfrentados*, desde que sejam *absorvidos* pela análise de outros elementos de cognição, uma vez que não há, em relação eles, um *vínculo de completude* para o juiz⁴⁰.

O que pode ocorrer, na verdade, é que a ausência de análise da prejudicial leve à violação do *dever de fundamentação*, vício que, porém, não ficará configurado automaticamente – isto é, pela simples ausência de análise da questão prejudicial – diferentemente do que ocorre com a violação do dever de congruência, como visto no tópico anterior. Além disso, como se verá em breve, mesmo que haja um defeito na motivação, as consequências seriam diversas daquelas que derivam da omissão na análise de um pedido.

E, diante disso, as partes não têm direito sobre a análise de uma determinada questão prejudicial caso isto não se mostre necessário para fins de fundamentação da decisão judicial. Tal conclusão, segundo demonstraremos em breve, não se altera pelo fato de o CPC/15 permitir a formação de coisa julgada sobre a prejudicial decidida de forma incidental. A fim de que surja para o juiz o dever de resolvê-la *em caráter principal*, é necessário que seja formulada demanda em relação à situação jurídica prejudicial, caso em que ela integrará o objeto do processo, e estará sujeita à regra da correlação⁴¹.

Com isso, tem-se que, ao contrário do que ocorre com o objeto do processo, as partes não têm, ao longo da tramitação do feito, como prever, em todos os casos, se uma determinada questão prejudicial será, ou não, apreciada na sentença. Isso dependerá, repita-se, das escolhas argumentativas que o juiz fizer para fins de fundamentação de sua

⁴⁰ Assim, expressamente: MENCHINI, Sergio. “L’ordine di decisione delle questioni di merito nel processo del primo grado”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2016. p. 976.

⁴¹ Nesse sentido, é a lição de Proto Pisani, que, embora referente ao direito italiano, é aplicável à realidade brasileira: “[...] para que para o juiz surja a obrigação de se pronunciar – qualquer que seja o conteúdo de sua decisão final sobre o direito deduzido em juízo pelo autor – sobre um fato-direito tendo relevância de fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo, é necessário que seja proposta uma demanda de declaração incidental com autoridade de coisa julgada, ou demanda reconvenicional neste sentido: apenas a propositura de uma demanda impõe de fato ao juiz que se pronuncie sobre uma questão prejudicial onde tenha o poder de rejeitar a demanda originária sobre a base de um motivo diverso de mais ágil ou simples acerto” (“Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1990. p. 407 – *tradução livre*). Na mesma linha, na recente doutrina brasileira, tratando especificamente do art. 503, § 1º, é o que escreve Rodrigo Ramina de Lucca: “Se a parte quiser assegurar a manifestação judicial expressa sobre determinada questão que considera relevante, basta que proponha demanda nesse sentido, atribuindo a tal questão a condição de principaliter. Isso vale também ao réu, que poderá reconvir, agora de maneira bastante simplificada (art. 343), e alargar o objeto do processo para que dele conste a questão prejudicial” (“Os limites objetivos da coisa julgada...”, n. 5.2.).

decisão, o que decorrerá, muitas vezes, do sentido em que forem analisadas outras questões capazes de levar ao mesmo resultado que o da prejudicial.

Em outras palavras, considerando o disposto no art. 503, § 1º, do CPC/15, as partes não têm, durante o desenrolar do processo, grande previsibilidade ou controle a respeito das questões que serão, efetivamente, objeto de apreciação pelo juiz, e, assim, cuja decisão se tornará vinculante futuramente por força da coisa julgada material.

Os problemas que disso decorrem serão adiante mais bem explorados, mas é de se imaginar, neste quadro, ao menos dois deles: primeiramente, a possibilidade de vinculação extraprocessual das partes à solução de uma questão que *não foi adequadamente debatida*, ante a ausência de previsão de que seria ela o fundamento decisório adotado pelo juiz, com *prejuízos ao contraditório*; em segundo lugar, devido ao temor de que esta primeira consequência venha a ocorrer, *a criação de controvérsia e debates sobre uma determinada questão cuja análise não seria essencial para o julgamento da causa*, em prejuízo à duração razoável do processo.

Por outro lado, caso uma das partes deseje ter, verdadeiramente, a certeza de que uma dada questão prejudicial será apreciada, e que sua análise será imunizada pela coisa julgada, basta que sobre ela formule pretensão, fazendo com que passe a integrar o objeto do processo, aplicando-se, neste caso, as considerações acima feitas a respeito da regra da adstrição.

3.5. (Segue) A ordem de enfrentamento das questões relevantes para o julgamento do mérito e o “principio della ragione più liquida”

A fim de melhor entender a possibilidade de que determinada questão prejudicial que se coloque em juízo deixe de ser analisada, é importante compreender o que leva o julgador a optar por um ou por outro caminho argumentativo para fins de julgamento do mérito da causa. A intenção, aqui, não é, evidentemente, perscrutar as razões psicológicas que animam o magistrado nessa decisão, mas averiguar quais os dados normativos relevantes para tanto, a fim de verificar, inclusive, se as partes têm alguma possibilidade de controle sobre referida escolha.

Trata-se, ao que parece, de assunto praticamente não explorado entre os autores brasileiros⁴². Há algum tempo se verifica, como se sabe, uma saudável tendência de revisitar o tema da ordem de enfrentamento que se estabelece entre os *pressupostos processuais* e o *mérito da causa* e de questionar o dogma de que haveria uma absoluta prioridade daqueles em relação a este, debate do qual decorreu a norma hoje constante no art. 488 do Código de Processo Civil⁴³. De modo diferente, porém, não se verifica, em nossa doutrina, um tratamento mais pormenorizado a respeito da *ordem de enfrentamento das questões de mérito*, tema cuja análise pode render bons frutos para o objeto do presente trabalho.

A realidade é distinta na doutrina norte-americana, em que, no intuito de analisar criticamente alguns parâmetros que a jurisprudência teria fixado a este respeito, há recentes estudos dedicados ao tema do *sequenciamento de questões* para fins de julgamento.

Nessa linha, em substancioso artigo voltado ao assunto, Peter Rutledge, adaptando ao contexto do processo judicial noções ligadas à tomada de decisões em políticas públicas, afirma que, se por um lado cabe às partes fixar a *agenda* dos temas a serem considerados em juízo – isto é, as questões que se colocam diante do julgador –, por outro a *escolha das alternativas* em que se baseará a solução da causa e a das que serão descartadas é, em geral, uma prerrogativa do juiz, sobre a qual as partes não têm qualquer poder de influência⁴⁴.

⁴² A exceção, pelo que pudemos verificar, fica por conta do trabalho de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, que, em nota de rodapé, cita lições de Liebman e de Luiso no sentido de que o juiz não estaria obrigado a seguir uma ordem rígida de enfrentamento das questões para julgar o mérito da causa, na linha do que será desenvolvido no presente tópico (*Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70, nota n. 157).

⁴³ Sobre o tema, na doutrina brasileira anterior ao CPC/15: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, Cap. III, p. 183-232, esp. n. 6, p. 197-202; BATISTA, Lia Carolina. “Pressupostos processuais e efetividade do processo: uma tentativa de sistematização”. In: *Revista de processo*, n. 214. São Paulo: RT, 2012. *passim*, esp. n. 5-6, p. 103-112. Sobre o art. 488 do CPC/15, vale conferir, ainda: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Comentários aos arts. 485 a 488”. In: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: RT, 2015. p. 1223-1226.

⁴⁴ Assim: RUTLEDGE, Peter B. “Decisional sequencing”. In: *Alabama Law Review*, v. 62, n. 1: 1-54. 2010. p. 16-19. No mesmo sentido, ainda, é o que afirma Kevin Clermont, em estudo também dedicado ao tema: “Ao decidir um caso, o tribunal deve confrontar uma série de questões, que podem ser sequenciadas de diversas formas. Decidir a ordem da decisão está entre as decisões mais básicas do direito. Quem decide a ordem da decisão? Enquanto as partes geralmente controlam as questões colocadas diante de um juiz, o juiz geralmente decide a sequência das decisões” (“Sequencing the issues for judicial decisionmaking: limitations from jurisdictional primacy and intrasuit preclusion”. In: *Florida Law Review*, v. 63, n. 2: 301-344, apr., 2011. p. 303 – tradução livre).

Neste contexto, afirma-se que a determinação da sequência de enfrentamento das questões não deve expressar preferências pessoais do julgador, e tampouco alterar o teor da decisão final. Não se trata, assim, de definir *qual será o resultado* do julgamento, mas, apenas, de *como se chegará até ele*⁴⁵.

Como menciona a doutrina, existem, a este respeito, alguns poucos parâmetros fixados na jurisprudência que, a fim de atender a interesses públicos relevantes, estabelecem uma *ordem rígida* para o enfrentamento de determinadas questões particulares⁴⁶. Fora isso, porém, na ausência de regra específica a respeito, o julgador teria grande liberdade no sequenciamento das questões, podendo-se falar, segundo a doutrina norte-americana, em um verdadeiro *poder discricionário* a respeito⁴⁷. Diante dessa constatação, então, procura-se verificar quais seriam os fatores que levariam o julgador a optar por uma determinada sequência em detrimento de outra.

Nessa linha, Kevin Clermont fala em três ordens diversas de fatores que podem influir na escolha do juiz. Haveria, em alguns casos, determinados *fatores institucionais* que podem sugerir certa sequência, como, por exemplo, a possibilidade de formação de precedente, ou o interesse em evitar questões de índole constitucional ou que possam causar distúrbios ao sistema federativo. Em outras situações, ainda, a *necessidade de preservar o equilíbrio entre as partes* pode fazer com que o juiz siga esta ou aquela ordem de questões: menciona como exemplo que, havendo a possibilidade de rejeitar imediatamente a demanda com base em determinado fundamento, seria desvantajoso para o réu que o juiz seguisse por outro caminho decisório, o que levaria apenas a um retardamento desnecessário na solução da causa, podendo força-lo a um acordo em bases que lhe seriam desvantajosas.

De toda sorte, segundo o autor, o fator mais relevante nesta escolha seria o da *economia processual (judicial economy)*: a partir do momento em que o julgador tem a liberdade de eleger a questão a ser enfrentada, a tendência é que adote o caminho que com maior facilidade e clareza possa levar à decisão, o que tende a diminuir o tempo e os custos

⁴⁵ Assim, expressamente: RUTLEDGE, Peter B. “Decisional sequencing”, p. 20-21.

⁴⁶ São em geral mencionados, a respeito, três julgados da Suprema Corte proferidos a partir do final da década de 90: *Steel Co.* (1998), *Ruhrgas* (1999) e *Sinochem* (2007). De qualquer modo, em todos esses casos a discussão girava em torno da prioridade de questões ligadas à *competência* em relação a outras questões. Nesse sentido, sobre referidas decisões: RUTLEDGE, Peter B. “Decisional sequencing”, p. 10-11.

⁴⁷ Assim, expressamente: CLERMONT, Kevin. “Sequencing the issues...”, p. 304..

necessários à solução da causa⁴⁸. Nessa mesma ordem de ideias, Peter Rutledge também destaca que a adoção de regras flexíveis pode reduzir o investimento de recursos que se faz necessário para o julgamento, na medida em que evita que o juiz tenha de enfrentar questões potencialmente mais complicadas quando pode resolver o caso por meio de outras mais simples⁴⁹.

Também na doutrina italiana, em que o tema é tratado com desenvolvimento ainda maior, chega-se a conclusões de certo modo semelhantes a essas, apesar da discussão partir de perspectivas muito distintas daquelas que inspiram os autores norte-americanos. Fala-se, nessa linha, que a escolha da ordem de enfrentamento das questões no julgamento da causa é informada pelo chamado *principio della ragione più liquida* – que, ao que nos parece, poderia ser traduzido como “princípio da razão mais eficaz” ou “princípio da razão mais evidente” –, segundo o qual a partir do momento em que existe, em um processo, uma razão que seja suficiente para decidir o mérito, a decisão pode nela fundar-se, ainda que, para tanto, se deva abandonar a ordem lógica de enfrentamento das questões imposta pelo direito substancial⁵⁰.

O tema tem, naquele país, relevância especial em virtude da possibilidade de que, com base art. 187.2 do diploma processual, o juiz instrutor remeta a causa ao colegiado para julgamento sempre que, não tendo sido finalizada a atividade instrutória, entenda provável que a solução de uma determinada questão, que se encontre pronta para decisão, possa levar à definição do juízo⁵¹. Diante disso, entra em jogo, então, o princípio de que,

⁴⁸ Nesse sentido, para a análise dos fatores mencionados: CLERMONT, Kevin. “Sequencing the issues...”, p. 304-306.

⁴⁹ Assim: RUTLEDGE, Peter B. “Decisional sequencing”, p. 7.

⁵⁰ Vale, neste sentido, a leitura do que escreve Francesco Paolo Luiso, frequentemente citado como o autor que teria sistematizado a ideia, que assim define o princípio: “se, em um processo, subsiste uma razão suficiente para a decisão, a sentença pode fundar-se sobre essa ainda quando o motivo da decisão se coloca, de um ponto de vista lógico, posteriormente a outras razões, que não são enfrentadas e decididas (por ex., porque devem ser objeto de instrução)” (*Diritto processuale civile*, vol. II. 9ª ed. Milano: Giuffrè, 2017. n. 8.7, p. 67 – tradução livre).

⁵¹ Como explica Liebman, para que possa remeter a causa ao colégio, o juiz instrutor, que isoladamente não possui poder decisório sobre a questão, parte de um “cálculo de probabilidade” de que será ela resolvida no sentido de pôr fim ao processo (“Figure e forme della rimessione della causa al collegio”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 266). Ainda sobre a decisão do juiz instrutor de remeter ou não a causa ao colegiado, é interessante a perspectiva de Comoglio, que ressalta a importância de considerações concernentes à economia processual, uma vez que a remessa, se por um lado pode propiciar o encerramento do litígio, pode, na hipótese contrária, conduzir a resultados antieconômicos: “Por isso, a escolha do juiz não é puramente instrumental, mas pressupõe a avaliação, em concreto, das exigências de economia de juízo, levando em conta dados emergentes do estado da controvérsia, da previsão probabilística de seu êxito e da magnitude do risco de uma regressão instrutória” (*Il principio di economia processuale*, t. I. Padova: CEDAM, 1980. p. 186 – tradução livre).

havendo um caminho argumentativo capaz de levar a uma imediata solução da controvérsia, deve ser ele adotado, em detrimento de outros para os quais ainda se faz necessária a produção de provas.

De toda sorte, o problema não se restringe às hipóteses em que exista a bipartição da atividade judicial entre o juiz instrutor e o colegiado, podendo-se dizer que a ideia acima mencionada expressa um postulado de alcance geral, que atinge toda a atividade decisória⁵². Afinal, também nos casos em que a competência para julgamento da causa pertencer, em sede originária, a um único juízo monocrático – como ocorre no processo civil brasileiro de modo geral, e no sistema italiano nas hipóteses não previstas no art. 50-*bis* do Código⁵³ -, coloca-se, diante do magistrado, a necessidade de optar por um caminho decisório ou por outro, o que torna relevante compreender as razões que podem levar a tanto. A diferença é que, nesses casos, referida escolha pode ser imperceptível em algumas situações, quando o juízo monocrático entender que a questão não deve ser acolhida, e, assim, que não é idônea a definir o juízo, hipótese em que poderá simplesmente encaminhar o processo para a fase instrutória. Já nos casos em que haja a divisão de competências para as atividades instrutória e decisória, pode ocorrer de, tendo o juiz singular remetido a causa ao colegiado por entender que uma questão é capaz de encerrar o litígio, os demais julgadores dele discordem, o que levará à prolação do que na Itália se conhece por sentença não definitiva de mérito (art. 279.4)⁵⁴.

De qualquer forma, o que é nos importa destacar neste momento é que, como se disse, ao adotar o caminho mais efetivo para a solução da causa, o juiz não seguirá, necessariamente, a ordem lógica de enfrentamento das questões que seria ditada pelo direito substancial.

Para demonstrar o que se quer dizer, é relevante, neste ponto, relembrar o que foi visto, no capítulo anterior⁵⁵, a respeito da distinção entre o raciocínio judicial necessário à afirmação de uma situação jurídica daquele suficiente para a sua negativa. Como visto,

⁵² Assim, expressamente: MENCHINI, Sergio. “L’ordine di decisione delle questione...”, p. 975.

⁵³ A respeito das situações em que a causa deve ser julgada monocraticamente e aquelas que exigem decisão colegiada, vale conferir o que escreve Claudio Consolo, que demonstra que, desde a reforma ocorrida no ano de 1998, a tendência é que os julgamentos sejam realizados por um único magistrado (*Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I. 10ª ed. Torino: Giappichelli, 2015. p. 589-592).

⁵⁴ Nesse sentido, sobre a distinção entre as duas situações: LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. II, n. 8.6, p. 65-67.

⁵⁵ *Supra*, item n. 2.3.

para que se possa dizer existente um direito é necessário que estejam presentes todos os seus fatos constitutivos, e, ainda, ausentes eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Por outro lado, para a constatação de sua inexistência, basta a ausência de qualquer fato constitutivo, ou, ainda, a presença de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo.

Diante disso, o que se percebe é que, a partir do momento em que o juiz já tem condições de afirmar a inexistência de qualquer fato constitutivo, ou, ainda, a presença de algum fato com eficácia extintiva, modificativa ou impeditiva, a pretensão que com base no respectivo direito tenha sido deduzida já se encontra apta a ser julgada improcedente, independentemente do que venha a ocorrer com os demais elementos. Ainda que a esse raciocínio possam ser opostas algumas exceções, analisadas no próximo tópico, elas não chegam a infirmar a regra.

Isso permite, então, como se disse, que se subverta a ordem lógica das questões que seria ditada pela estrutura do direito material. No que diz respeito, primeiramente, a fatos extintivos, modificativos ou impeditivos, é importante perceber que, do ponto de vista substancial, todos eles *pressupõe a existência do direito* sobre o qual devem incidir. Assim, por exemplo, apenas faz sentido falar na prescrição ou no pagamento de uma dívida que chegou a existir, assim como a rescisão ou a invalidade de um contrato pressupõe que tenha ele se formado. Destarte, caso a ordem das questões a serem enfrentadas fosse ditada, de forma rígida, por um esquema fundado na estrutura substancial, só se poderia analisar a presença de uma dessas exceções substanciais após a constatação da presença de cada um dos elementos constitutivos do direito⁵⁶.

De forma semelhante, também internamente ao suporte fático de determinados direitos se pode enxergar, do ponto de vista substancial, uma ordem lógica de enfrentamento dos respectivos elementos. Basta que se pense, por exemplo, nos fatos

⁵⁶ Nessa linha, pontua Garbagnati que “as exceções em sentido próprio se fundam, na verdade, sobre fatos posteriores, ou ainda não ainda não anteriores ao fato constitutivo do direito do autor: de modo que a decisão de uma questão preliminar de mérito não pode ser considerada, por si só, logicamente antecedente à decisão das questões constituintes do mérito da causa em sentido estrito. É somente um motivo de economia processual que induziu o legislador a atribuir ao juiz instrutor o poder discricionário de provocar uma decisão separada e antecipada das questões preliminares de mérito” (“Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali”, p. 261-262, nota n. 10 – *tradução livre*). Em sentido semelhante, tratando especificamente da remessa da causa ao colegiado pelo juiz instrutor (art. 187.2), mas com considerações que nos parece ter alcance geral, Comoglio pontua que a definição da prejudicialidade, para esses fins, não passa por elemento de ordem lógica, mas por *fatores econômico-processuais*, ligados à possibilidade de encerramento do processo (*Il principio di economia processuale*, t. I, p. 187-189).

necessários à afirmação do direito ao recebimento de pensão alimentícia: apenas faz sentido avaliar a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante após se ter verificado a existência da relação de parentesco. Ou, voltando a uma situação tratada anteriormente, apenas haveria razão para averiguar a natureza da posse exercida pelo réu em ação reivindicatória quando verificada a propriedade do autor.

O fato, porém, é que quando esses direitos são deduzidos em juízo como fundamento de um pedido ou da defesa, a ordem lógica de enfrentamento das questões que seria ditada pelo direito material não é transportada automaticamente para a estrutura do raciocínio decisório. No processo, a *subordinação lógica* que existiria entre as razões relevantes para o julgamento de uma pretensão dá lugar a uma *equivalência* entre as questões, que passam a ser *fungíveis*⁵⁷.

Nesse quadro, um critério apto a definir quando uma determinada questão deve ser enfrentada prioritariamente a outras é a sua capacidade de, sendo definida em determinado sentido, *absorver* as demais, ou seja, fazer com que seja *supérflua* a sua análise, tornando *legítima a ausência de decisão* a respeito delas. E, para tanto, não se faz necessária a existência de uma relação de dependência substancial entre uma questão e outra: para esses fins, a prioridade é ditada por razões de economia processual⁵⁸.

Ao processo importa, essencialmente, julgar de forma suficientemente fundamentada as pretensões que são trazidas a juízo pelas partes. Como se disse exhaustivamente no capítulo inicial do presente trabalho, é dessas pretensões que se constitui o mérito da causa, e é em torno delas que se desenvolve toda a atividade processual, que, embora dirigida ao alcance de escopos de ordem jurídica, política e social, é limitada pela iniciativa do sujeito interessado e pelas demandas por ele deduzidas.

⁵⁷ Vale, a respeito, a leitura do que escreve Menchini: “Não subsiste uma ordem lógica e cronológica acerca do tratamento e da decisão das questões, dedutível do direito substancial e por este imposto ao direito processual, mas existe, em vez, entre elas, uma perfeita *equivalência*. O juiz não é adstrito a respeitar uma sequência preestabelecida; para os fins da decisão, as questões são *fungíveis*, estão todas sobre o mesmo plano” (“L’ordine di decisione delle questione...”, p. 976 – *tradução livre*). Em sentido semelhante, ao analisar criticamente a teoria da coisa julgada implícita, Allorio já havia afirmado que, no processo, não haveria que se falar na existência de uma relação de *subordinação* entre as *questões de fato*, que são sempre ligadas por um vínculo de *coordenação*: “Pode ser que, do ponto de vista do direito substancial, um elemento da *fattispecie* da relação jurídica se sobreponha a outros elemento: no processo, porém, aos olhos do juiz, todos os elementos têm a mesma importância” (“Critica della teoria del giudicato implícito”. In: *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1938. p. 248 – *tradução livre*).

⁵⁸ Assim: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*, t. I, p. 191-193.

Parece muito oportuna, neste contexto, a lembrança da comparação, realizada por Calamandrei, entre a atividade do *juiz* e a do *historiador*: conquanto se aproximem pelo fato de que, em ambos os casos, é relevante cumprir uma tarefa de *reconstrução de dados passados*, as funções se distanciam, dentre diversas outras razões, pelo fato de que, enquanto a pesquisa histórica destina-se à análise de um objeto escolhido pelo próprio historiador, não havendo limites à sua investigação, *ao julgador cabe a resolução de um problema trazido por outro, que limita e direciona a sua atuação*⁵⁹.

Por tal razão, então, é que se permite ao julgador, como dito, deixar de seguir uma ordem rígida de enfrentamento das questões que seria ditada pelo direito material sempre que, com isso, possa julgar de modo mais rápido - *e com fundamentação adequada* – a pretensão de que diante dele se coloca⁶⁰.

Assim, para ficar em alguns dos exemplos acima mencionados, não haveria qualquer impedimento a que o juiz rejeitasse o pedido condenatório com base na prescrição antes mesmo de averiguar se a dívida é de fato existente. De igual modo, também não haveria empecilho a que julgasse improcedente o pedido voltado ao adimplemento de uma prestação contratual tão logo verificasse a presença de causa

⁵⁹ “O juízo do magistrado se apoia, como o do historiador, sobre o conhecimento de dados concretos, que são por uma parte os fatos da causa, e por outra as leis vigentes no ordenamento positivo; mas o campo dentro do qual pode mover-se para a investigação da certeza destes dados históricos a atividade do juiz, é delimitado por barreiras restritas, que o historiador ignora. Também o juiz (como já se há dito) é chamado a resolver um problema, porém enquanto o historiador escolhe por si mesmo o objeto de suas investigações e formula o problema ao qual estas investigação deverão dar resposta, o juiz é colocado diante de uma demanda formulada *por outro*, e nos termos dessa deve, se não quer julgar *extra petita*, conter a sua resposta. Aquela inquieta curiosidade que impulsiona o historiador a explorar o mundo de todas as perspectivas e a considerar seus temas sem limites de lugar nem de tempo, onde quer que se manifestem eventos capazes de despertar nele ressonâncias humanas, é proibida ao juiz; o princípio fundamental do processo moderno pelo qual não pode haver jurisdição sem ação (*nemo iudex sine actore*) mantém o juiz em uma posição de passiva espera, da qual ele não pode sair se não para encarar a limitada porção da realidade, de uma restrita realidade anedótica, que a parte autora lhe submete e sobre a qual o convida a dar o seu pontual juízo” (“Il giudice e lo storico”. In: *Rivista di diritto processuale civile*, vol. XVI, parte I. Padova: CEDAM, 1939. n. 3, p. 109-110 – *tradução livre*).

⁶⁰ Nesse sentido, em estudo pioneiro dedicado a examinar a ordem de análise das questões com relação à exceção de prescrição, Liebman anotou que “não há para o juiz obrigação alguma de seguir uma determinada ordem ao examinar e decidir as variadas questões relativas ao mérito da causa e ele é adstrito apenas a decidilas na ordem que caso a caso parecer oportuna ao escopo de julgar a causa no modo mais simples e conclusente” (“L’ordine delle questioni e l’eccezione di prescrizione”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1967. p. 539 – *tradução livre*). Na mesma linha, recentemente, Luiso afirmou que “a decisão, precisamente, é destinada a fornecer ou negar a tutela requerida, e não a efetuar um reconhecimento da realidade existente” (*Diritto processuale civile*, vol. II, p. 67 – *tradução livre*). Em sentido semelhante, também recorrendo ao argumento de que o dever decisório do juiz limita-se ao julgamento das pretensões a fim de justificar a possibilidade de que seja abandonada a ordem lógica que decorreria da estrutura substancial: BIAVATI, Paolo. “Appunti sulla struttura della decisione...”, n. 2; MENCHINI, Sergio. “L’ordine di decisione delle questione...”, p. 976-977; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 190-191.

suficiente para a rescisão ou para a nulidade da avença, mesmo que não houvesse sido averiguada a sua concreta existência. O mesmo raciocínio é válido, ainda, para a ação reivindicatória, que, como dito anteriormente, pode ser rejeitada caso se entenda que a posse do réu não é injusta, mesmo que pareça controversa a respeito da titularidade da propriedade. Finalmente, por mais estranheza que isso possa causar, não nos parece impossível que, verificada a inexistência da necessidade daquele que requer alimentos de recebê-los, ou a impossibilidade do alimentante de prestá-los, a respectiva pretensão condenatória seja rejeitada sem que, antes, se averigüe a existência do vínculo de parentesco.

Ao proceder dessa forma, o juiz, em seu raciocínio, *ultrapassa* uma questão que, do ponto de vista substancial, seria anterior a uma outra, para que, com base nessa última, possa desde logo julgar a pretensão deduzida em juízo. Como se vem notando na doutrina italiana, quando isso ocorre o magistrado realiza uma espécie de *juízo hipotético* a respeito da questão logicamente antecedente, na medida em que a apreciação do elemento posterior é feita com base na *suposição* de que aquela primeira teria sido resolvida de uma determinada forma, o que ocorre porque, como dito, todas elas têm, em juízo, *valor equivalente*⁶¹. Algo de semelhante foi dito na doutrina norte-americana por Kevin Clermont, que se refere à relação “if-then” que pode ser estabelecida entre a análise de duas questões⁶².

A partir desses subsídios, a estrutura lógica da decisão em alguns dos casos acima mencionados poderia ser assim esquematizada: “ainda que o réu fosse o pai do autor, este não tem a necessidade de receber alimentos por ter completado a maioridade”; “mesmo que o autor seja o proprietário do imóvel reivindicando, está claro que a posse do réu é justa”, “se, por hipótese, o contrato houver se formado, o réu demonstrou que havia se manifestado no sentido de rescindi-lo” etc.

Não é apenas nos casos de improcedência, porém, que atua o princípio aqui mencionado, que também poderá operar, ainda que de modo diverso e menos evidente, para que seja julgado *procedente* um determinado pedido. É o que ocorre em situações nas quais o juiz possa optar por um dentre vários caminhos *alternativos* que estejam à sua

⁶¹ Assim, uma vez mais, mencionando a “natureza hipotética da cognição”: LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. II, p. 67 – *tradução livre*. No mesmo sentido, ainda: MENCHINI, Sergio. “L’ordine di decisione delle questione...”, p. 977.

⁶² Assim: “Sequencing the issues...”, p. 304-305.

disposição para acolher a pretensão inicial. Basta que se pense, por exemplo, que tenha sido ajuizada ação visando à anulação de um contrato com base em diversos vícios do consentimento (erro, dolo, coação etc.), ou, ainda, em ação reivindicatória fundada tanto na aquisição do domínio pela transcrição quanto pela usucapião⁶³.

Nesses casos, tendo havido um *cúmulo alternativo de demandas*, por meio da dedução de diversas causas de pedir, deverá o juiz julgar procedente o pedido tão logo um daqueles fundamentos se mostre suficiente para tanto, independentemente de haver controvérsia em relação aos outros, e ainda, como veremos em seguida, que o autor expresse predileção por uma delas.

Excepcionalmente, ainda, poderá ocorrer de o juiz exercitar um raciocínio *hipotético*, nos moldes acima descritos, para julgar *procedente* uma pretensão, *ultrapassando* a análise de uma questão que se situa ao interno do suporte fático da situação jurídica em que ela se apoie. Isso não será possível, evidentemente, quando a controvérsia se referir à definição da existência ou inexistência de um elemento constitutivo do direito: como diversas vezes ressaltamos, para a afirmação da existência de uma situação jurídica é necessário que estejam presentes todos os elementos de seu suporte fático.

Pode ocorrer, entretanto, de, não pairando dúvidas sobre a *existência* de uma situação jurídica que compõe o suporte fático de um direito – e, assim, que estabelece com ele uma relação de prejudicialidade – seja criada controvérsia a respeito de seu *modo de ser*, que, entretanto, acaba por se tornar *irrelevante* para fins de julgamento da causa. Neste caso, não havendo demanda específica em relação a essa situação jurídica, não haverá a obrigatoriedade de sua análise em juízo se isso se mostrar desnecessário para o julgamento da pretensão.

Suponhamos, por exemplo, que um sujeito ajuíze demanda em que pretende a restituição de um bem móvel que estaria na posse do réu por força de *comodato* (CC/02, arts. 579 e ss.). Uma vez citado, entretanto, o requerido alega que, na verdade, teria firmado *contrato de locação* sobre a coisa (CC/02, arts. 565 e ss.) com o autor, o que, segundo afirmou, seria adiante demonstrado por meio de prova testemunhal. Imagine-se, porém, que ao longo do processo fica comprovado que, como quer que seja, o réu nunca teria pago ao requerente qualquer valor a título de aluguel, o que seria suficiente para a

⁶³ Nesse sentido: MENCHINI, Sergio. “L’ordine di decisione delle questione...”, p. 978.

rescisão do contrato de locação, caso existente, e para a devolução do bem. Neste caso, então, mostrando-se de todo irrelevante a precisa definição do modo de ser da relação jurídica existente entre as partes, poderá, o magistrado, acolher o pedido inicial sem que, para tanto, precise verificar concretamente se o caso é de comodato ou de locação. Para isso, realiza, nos moldes anteriormente mencionados, um juízo de natureza hipotética, que poderia ser assim resumido: “ainda que o contrato fosse de locação, estaria ele rescindido, o que dá ao autor o direito à restituição da coisa”⁶⁴.

Todas essas noções, como quer nos parecer claro, são perfeitamente adequadas à realidade do processo civil brasileiro, em que há, aliás, previsão expressa de ao menos duas situações em que o juiz pode deixar de seguir a ordem lógica de enfrentamento das questões que seria ditada pelo direito material a fim de decidir de imediato a demanda deduzida. Referimo-nos, especificamente, à possibilidade de que o pedido inicial seja julgado liminarmente improcedente quando o juiz verificar “*desde logo*” a ocorrência da *prescrição* ou da *decadência* (CPC/15, art. 332, § 1º). Em ambos os casos, o julgador rejeitará a pretensão inicial a partir da constatação do decurso dos prazos extintivos sem que se averigüe, anteriormente, se são de fato existentes as situações substanciais sobre as quais devem eles operar (a *pretensão* e o *direito potestativo*, respectivamente).

Para além dessas situações específicas, pode-se dizer, de uma perspectiva mais ampla, que essa margem de *flexibilidade* no julgamento da causa permite, por tudo o que se disse até aqui, que se alcance uma solução mais rápida para o litígio, ao possibilitar que a causa seja encerrada tão logo exista um fundamento suficiente para seu julgamento, mesmo que outras questões que poderiam se mostrar relevantes – mas que tenham deixado de sê-lo – ainda não possam ser apreciadas.

Neste contexto, a ordem lógica de enfrentamento das questões que seria rigidamente ditada pelo direito material deve ceder frente ao imperativo da *razoável duração do processo* (CF/88, art. 5º, LXXVIII), garantia que, a um só tempo, outorga às partes o direito a uma prestação jurisdicional *sem dilações indevidas*⁶⁵, e, ainda, exige

⁶⁴ O exemplo foi retirado, com algumas adaptações, de: LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processual civile*, vol. I. 9ª ed. Milano: Giuffrè, 2017. n. 18.15, p. 168-169.

⁶⁵ Nessa linha, antes mesmo da introdução do inciso LXXVIII no art. 5º da CF/88, por meio da EC nº 45/2004, José Rogério Cruz e Tucci já falava que, em decorrência do devido processo legal, as partes teriam o direito a um *processo sem dilações indevidas* (“Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal”. In: *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993. p. 106-107). Mais recentemente, ainda, utilizando-se da mesma expressão, dentre muitos outros: CABRAL, Antonio do Passo. “A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo

maior *eficiência* na administração da justiça⁶⁶. Nesses casos, estando a causa apta a ser julgada por meio de determinado fundamento, a exigência de que fosse observada uma ordem rígida na análise das questões frustraria ambos os objetivos, na medida em que retardaria a solução da controvérsia sem que, com isso, fosse atingido qualquer resultado útil⁶⁷.

Diante disso, parece-nos correta a ideia de que, com exceção de determinadas situações que serão adiante analisadas, as partes não têm o direito de que as questões de mérito relevantes para o julgamento do mérito sejam analisadas em uma específica ordem lógica se isso não tiver o condão de levar a uma solução mais rápida para a causa. Como veremos adiante, *essa realidade não se altera pelo fato de o Código de Processo Civil permitir a formação de coisa julgada sobre alguma dessas alegações quando analisadas de modo incidental*.

Todas essas considerações reforçam, então, a ideia, diversas vezes afirmada ao longo do presente trabalho, de que o surgimento de uma questão prejudicial incidental em juízo não é um indício seguro de que ela necessariamente precisará ser enfrentada a fim de que possa ocorrer o julgamento do mérito. Tudo isso, repita-se uma vez mais, dependerá do caminho lógico eleito pelo julgador a fim de solucionar o caso concreto, o que, por sua vez, é influenciado pela forma como se colocam outros elementos de convicção que também se submetem à sua cognição.

Realidade diferente, por outro lado, ocorre quando uma dada situação jurídica prejudicial é objeto de pretensão expressamente deduzida por uma das partes: nessa hipótese, uma vez que tal elemento integre o mérito, a regra da correlação determina o seu julgamento em caráter principal, o que, então, afasta a possibilidade de que ela deixe de ser

Código de Processo Civil”. In: *Novas tendências do processo civil*. Coord.: Alexandre Freire [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 75-78.

⁶⁶ Nessa linha, é o que escreve Cassio Scarpinella Bueno: “O que o princípio quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam *racionalizados, otimizados*, tornados mais *eficientes* (o que, aliás, vai ao encontro da organização de toda atividade estatal, consoante se extrai do *caput* do art. 37 da Constituição Federal e do ‘princípio da eficiência, lá previsto expressamente), sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos. Por isso mesmo, não há por que recusar referir-se a essa faceta do dispositivo constitucional como ‘princípio da *eficiência* da atividade jurisdicional” (“Comentários ao art. 1º”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39).

⁶⁷ Nessa linha, Menchini pontua que o *principio della ragione più liquida* “atua os princípios de *economia (endo)processual*, enquanto consente de simplificar o tratamento e a instrução da controvérsia, e de *duração razoável*, porque reduz os tempos do juízo” (“L’ordine di decisione delle questione...”, p. 975 – *tradução livre*). No mesmo sentido, também recorrendo ao princípio da razoável duração do processo ao estudar a ordem de enfrentamento das questões: BIAVATI, Paolo. “Appunti sulla struttura della decisione...”, n. 2.

apreciada por força do princípio da razão mais evidente⁶⁸. Neste sentido, como será retomado em breve, a inclusão de elementos prejudiciais no objeto do processo acaba por provocar certo *enrijecimento* da atividade decisória, justamente por inibir a possibilidade de que o juiz se afaste da sequência ditada pelo direito substancial para que, assim, decida desde logo a causa⁶⁹.

3.6. (Segue) Especificamente: a irrelevância da vontade das partes na ordem de enfrentamento de questões incidentais. Exceções à regra

Conforme se pontuou ao final do tópico anterior, considerando o imperativo de que o magistrado opte, em sua decisão, pelo caminho argumentativo que de maneira mais simples e rápida possa levar à solução da controvérsia, as partes não são, em regra, dotadas da faculdade de lhe impor uma específica ordem de enfrentamento das questões incidentais que possam se mostrar relevantes para o julgamento da causa.

Afinal, como também já se procurou demonstrar, não havendo a formulação de demanda a respeito de um determinado elemento, sua análise não é governada pela regra da correlação, mas, na verdade, deve ocorrer na medida do imprescindível para que a decisão judicial seja adequadamente fundamentada. Disso se extrai, então, que, havendo, dentre os argumentos deduzidos pela parte como suporte de sua demanda ou de sua defesa, algum que já seja suficiente para lhe garantir um pronunciamento favorável, não há a possibilidade de exigir que outro seja apreciado, na medida em que isso não se faz necessário para uma adequada motivação da decisão, e tampouco, via de regra, é capaz de alterar os resultados concretos a serem produzidos.

Neste contexto, parece claro que razões de *interesse público* ligadas à oferta da tutela jurisdicional com o menor dispêndio de tempo e recursos possível devem prevalecer sobre a vontade da parte de ver analisada em juízo uma determinada questão específica quando isto, repita-se, não for capaz de lhe trazer nenhuma vantagem prática⁷⁰.

⁶⁸ Nessa linha, afirmando que a formulação de demanda sobre a situação jurídica prejudicial afasta a aplicação do *principio della ragione più liquida*: CONSOLO, Claudio. “Oggetto del giudicato e principio dispositivo...”, n. 2, p. 221; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. II, n. 34.9, p. 307; PACCILI, Matteo. *Il giudicato implicito: profili teorici e questioni pratiche*. Tesi (dottorato). Bologna: Università di Bologna, 2012. p. 55; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 290-291.

⁶⁹ Ver, *infra*, o item n. 3.13.

⁷⁰ Vale, a respeito, a leitura do que escreve Menchini: “Parece quase supérfluo notar que o ordenamento, dando preferência, entre os diversos parâmetros abstratamente configuráveis, àquele da *razão mais evidente*,

É importante esclarecer que não é suficiente, para desconstruir este raciocínio, a alusão ao princípio da demanda: na medida em que se refere ao monopólio das partes na iniciativa do processo e na formação de seu objeto, não há dúvidas, como se disse, de que o princípio garante ao sujeito interessado não apenas a prerrogativa de formular pretensões em juízo, como, ainda, a de *deduzir os fundamentos* (causas de pedir) que poderão ser utilizados para seu acolhimento. Com esses poderes, porém, referentes à formação do *thema decidendum*, não se podem confundir aqueles que dizem respeito à *direção do processo*, que se concentram, em regra, nas mãos do juiz.

Nessa linha, pode-se dizer que, uma vez que tenha o autor deduzido os fundamentos em que apoia a sua pretensão, a forma pela qual serão eles ordenados para fins de decisão enquadra-se no âmbito dos poderes de que é dotado o julgador na direção do processo, para os quais tem grande relevância não a vontade das partes, mas o atendimento a valores de interesse público, como o da economia processual⁷¹.

De modo semelhante, também não se poderia chegar a um resultado diverso por meio da alusão à garantia do acesso à justiça (CF/88, art. 5º, XXXV), que se deve considerar atendida a partir do momento em que é entregue a tutela jurisdicional à parte que dela seja merecedora, e em cujo conteúdo não se encontra o direito a ver apreciada uma determinada questão sem que, com isso, se produza qualquer resultado prático útil⁷².

Esse raciocínio é válido, primeiramente, para *alegações do autor*: como se afirmou no tópico anterior, havendo diversos caminhos alternativos capazes de levar ao acolhimento do pedido inicial, e não havendo diferença nos resultados a que cada um *poderá levar*, cabe ao juiz optar por aquele que de forma mais célere é capaz de levar ao

abraça uma visão de caráter marcadamente publicístico da jurisdição civil, cuja função é sim a de conceder à parte a tutela jurisdicional constitucionalmente devida [...], mas com o menor dispêndio possível de atividade e no modo mais célere possível” (“L’ordine di decisione delle questione...”, p. 978 – *tradução livre*).

⁷¹ É o que escreve Claudio Consolo: “[...] o simples apelo ao princípio da senhoria das partes sobre as alegações e sobre a escolha do material de fato a ser deduzido como fundamento do juízo não é de per si suficiente para validar e demonstrar o reconhecimento de uma [...] admissibilidade das alegações graduadas: sobre tal base, não há razão – ao menos normalmente [...] – para ir além do usual reconhecimento do poder discricionário das partes de inserir ou não na disputa, e assim no acervo fático de que a decisão poderá se valer, determinados fatos pertinentes ao *thema decidendum* delineado na demanda. Tudo aquilo que segue à realização dessa alegação, em particular a escolha da ordem em que se devem examinar, instruir e decidir as várias questões assim postas, recairá na esfera de operatividade do princípio da economia processual, do qual descende a admissibilidade de se considerar de todo modo absorvido o exame das questões concorrentes [...] com aquelas (em sentido positivo) resolvidas previamente às outras em razão de sua maior ‘liquidez’” (*Il cumulo condizionale di domande*, t. I. Padova: CEDAM, 1985. p. 477-478 – *tradução livre*).

⁷² “Pois o exercício da jurisdição, com a emissão de provimentos de mérito ou satisfativos de pretensões, só se legitima como instituição social quando for capaz de trazer alguma utilidade à pessoa que o demanda” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. n. 260, p. 416).

juízo de procedência, *ainda que o autor tenha expressamente manifestado preferência por um dos fundamentos*. Assim, como se disse, tendo sido ajuizada ação visando à anulação de um contrato com base em diversos vícios do consentimento (erro, dolo, coação etc.), poderá o juiz acolher a pretensão tão logo esteja convicto da existência de um deles. Ou, ainda, deduzida demanda visando à declaração de inexistência de débito tributário com base na ausência de fato gerador e na inconstitucionalidade da lei em que se baseia, o julgamento de procedência poderá se basear em qualquer desses fundamentos, ainda que o autor tenha requerido o contrário.

Não nos parece, assim, que seja possível, em regra – isto é: exceto quando disso puderem decorrer consequências práticas relevantes –, que, ao *cumular demandas* com base apenas na *pluralidade de causas de pedir*, o autor possa expressar preferência por alguma delas. Em outras palavras: em geral, não é admissível a *cumulação subsidiária de causas de pedir*, uma vez que, ao assim fazer, o requerente estaria obrigando o juiz a analisar um elemento que não é capaz de interferir nos resultados concretos a serem produzidos em juízo e que pode não se mostrar relevante para a inteireza da motivação da decisão⁷³.

Prosseguindo, também não se mostra em regra admissível a dedução, *pelo requerido*, de *exceções de forma condicionada*, isto é, o estabelecimento de uma ordem cogente para o juiz de apreciação de suas alegações defensivas, no sentido de que uma apenas seja analisada no caso de rejeição de outra. Isso porque, ao assim fazer, o réu estaria *obrigando* o julgador a analisar um determinado elemento de convicção que não é objeto de demanda própria, ainda que isso não seja necessário para fins de julgamento das pretensões deduzidas em juízo.

Assim, por exemplo, não tem o réu de uma ação reivindicatória o poder de exigir que apenas seja avaliada a alegação de que sua posse é justa caso seja rejeitada, anteriormente, a afirmação de que é ele o proprietário do bem. Ou, ainda, uma vez citado em ação condenatória, não tem, o requerido, a prerrogativa de que a sua exceção de pagamento apenas seja analisada após a rejeição da alegação de novação ou de nulidade do contrato.

⁷³ Em sentido semelhante, com excelente desenvolvimento: CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*, t. I, Cap. IV, n. 2, p. 467-481.

Para essas conclusões é indiferente, ainda, a natureza disponível ou indisponível de determinada alegação defensiva, ou a possibilidade de que seja ela conhecida ou não de ofício. Não se justifica, portanto, a opinião, sustentada com grande autoridade, no sentido de que, em se tratando de *exceção substancial em sentido estrito* – isto é, cujo conhecimento depende de iniciativa da parte –, poderia o réu requerer a sua análise apenas em via subordinada⁷⁴.

Parece correta, nessa linha, a construção segundo a qual a possibilidade ou a inviabilidade de que certa matéria defensiva seja conhecida de ofício é uma questão que diz respeito exclusivamente à amplitude dos poderes do juiz quanto àquele ponto, sendo *irrelevante para a posição do réu*. Isso porque, a partir do momento em que o requerido deduz determinada alegação em sede de defesa, quer se trate de matéria sujeita à sua iniciativa ou cognoscível de ofício, o objetivo a ser por ele atingido é um só: alcançar a rejeição da pretensão inicial. Desse modo, não há razão para aceitar que ele possa optar, vinculativamente, pela análise em caráter prioritário ou subsidiário de uma alegação defensiva pelo simples fato de tratar-se de matéria disponível, uma vez que não mudam, em virtude disso, as consequências práticas a serem produzidas⁷⁵.

Todas essas ideias são válidas, a nosso ver, quando o fundamento da demanda ou da defesa consistir em uma afirmação a respeito de uma *relação jurídica prejudicial*.

Assim, na linha do que se vem dizendo ao longo do presente capítulo, as partes não têm o direito de exigir que a existência, inexistência ou modo de ser de uma determinada situação jurídica incidental, que possa servir de suporte para a sua pretensão ou para a sua defesa, seja apreciada de modo prioritário em relação a outros possíveis fundamentos.

Imagine-se, por exemplo, que o réu de ação de alimentos alegue, em sua contestação, tanto que não existe o vínculo de paternidade com o autor, quanto que este não tem necessidade de receber a pensão pretendida pelo fato de já ter completado a maioridade e estar inserido no mercado de trabalho. Neste caso, então, não poderia, o requerido, sem deduzir demanda a respeito, exigir que o juiz analisasse, incidentalmente,

⁷⁴ Foi o que escreveu Liebman a respeito da *prescrição*, mas com considerações que, ao que parece, teriam alcance geral em seu pensamento: “As exceções desta categoria podem na verdade [...] limitar a liberdade do juiz na escolha da ordem lógica das questões, porque o interessado, assim como poderia discricionariamente opor ou então não opor uma exceção de tal natureza, pode também opô-la subordinadamente a outras defesas ou exceções e em tal caso o juiz não poderia examina-la em uma ordem diversa daquela almejada pelo réu” (“L’ordine delle questioni e l’eccezione di prescrizione”, p. 542 – *tradução livre*).

⁷⁵ Nesse sentido, para maior desenvolvimento deste argumento: CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*, t. I, Cap. IV, n. 5, esp. p. 521-529.

em caráter prioritário, a alegação de que não é o pai do requerente. Assim, a partir do momento em que esteja convencido de que o autor não necessita dos alimentos, poderá o juiz julgar improcedente a demanda, sem que antes precise verificar a existência do vínculo familiar, não tendo, o réu, nenhuma ingerência sobre isso.

Ainda para exemplificar o que se quer dizer, suponhamos que, citado em ação condenatória voltada à cobrança do pagamento devido pela prestação de um serviço, o requerido afirma, em sua contestação, tanto que a avença não teria chegado a se formar pela ausência de finalização das tratativas, como, ainda, que, independentemente disso, o serviço nunca teria sido prestado. Nesta hipótese, assim como se disse a respeito da situação anterior, o réu não tem a prerrogativa de escolher qual, dentre as suas alegações, deve ser apreciada prioritariamente. Desse modo, caso o juiz já esteja convicto de que, de fato, não houve a prestação do serviço, poderá, desde logo, rejeitar a demanda, não havendo a necessidade de que, antes disso, verifique se o contrato existe ou não.

Nestes casos, como se vem dizendo, para que possa ter direito à análise de uma situação jurídica prejudicial independentemente de isso se mostrar necessário para a resolução da questão prejudicada, deve a parte formular demanda voltada à declaração de sua existência, inexistência ou modo de ser: deste modo, sua apreciação será determinada pela regra da correlação, o que torna cogente que a decisão sobre ela se manifeste, sob pena de ser *citra petita*.

É necessário, todavia, reconhecer que existem exceções a este raciocínio.

Como se vem afirmando, a impossibilidade de que as partes optem pela análise de um argumento de sua demanda ou defesa em caráter prioritário se deve ao fato de que, tendo a finalidade de servir à motivação da decisão, não seria ele capaz de alterar os resultados concretos a serem produzidos. Há, entretanto, situações excepcionais em que a adoção de um específico fundamento na decisão é apta a produzir efeitos distintos daqueles que decorreriam de outros argumentos, outorgando tutela jurisdicional de maior amplitude a uma das partes.

Exemplo disso é o que ocorre com o juízo de improcedência na *ação popular* (Lei nº 4.717/65, art. 18), e, de um modo geral, nas *ações coletivas para a tutela de direitos difusos ou coletivos “stricto sensu”* (Lei nº 7.347/85, art. 16; CDC, art. 103, I e II): nessas situações específicas, diferentemente do que ocorre com as demais hipóteses de improcedência, a rejeição da pretensão inicial por *insuficiência de provas* não impede que

a demanda seja reproposta por outros legitimados com base em novos elementos de convicção.

Nestes casos, então, pode-se dizer que o requerido tem a faculdade de exigir que, antes de se valer da ausência de provas como fundamento para a improcedência, o magistrado analise seus outros argumentos defensivos, que, se acolhidos, teriam a aptidão de impedir a repositura da demanda. Nessa linha, aliás, como veremos em seguida, existe, na doutrina brasileira, sólido entendimento no sentido de que, nestas situações, o réu tem interesse em recorrer da sentença que houver julgado improcedente a demanda por insuficiência de provas para fazer valer alguma das outras alegações de sua defesa.

Nessa situação, então, pode-se dizer que o postulado segundo o qual o juiz deveria resolver o mérito com base no fundamento que, com maior facilidade, possa levar ao julgamento, deve ceder lugar à ideia de que as partes têm o direito de exigir que a decisão se faça a partir do fundamento que é capaz de outorgar a *tutela jurisdicional de maior amplitude*.

Outra hipótese frequentemente mencionada na doutrina italiana em que o *principio della ragione più liquida* poderia ser afastado se refere aos casos em que, citado em demanda condenatória, o requerido, além de apresentar defesa voltada a demonstrar a inexistência do direito do requerente, deduz *exceção de compensação*. Neste caso, é de se ter em vista que a compensação, se acolhida, conduz não apenas à extinção do crédito do autor, mas, na verdade, à *extinção recíproca* de ambos os créditos, ao menos até o limite em que se equivalham. Por tal razão é que se costuma afirmar que a compensação é uma *exceção satisfativa* ou *onerosa*, uma vez que, por meio dela, o réu efetivamente faz valer o seu direito de crédito, que, com isso, deixa de integrar o seu patrimônio jurídico⁷⁶.

Diante disso, então, parece claro que o réu tem a prerrogativa de exigir que, antes de apreciar a exceção de compensação, o juiz analise os seus demais argumentos defensivos destinados a demonstrar a inexistência do direito do autor, que, se acolhidos, além de levar à improcedência da demanda em face dele ajuizada, não afetarão a existência de seu próprio direito.

⁷⁶ Nessa linha, sobre a exceção de compensação, vale conferir, de onde retiramos os termos *exceção onerosa* e *exceção satisfativa*: MENCHINI, Sergio. “L’ordine di decisione delle questione...”, n. 5, p. 1002-1008. Ainda neste sentido: LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. II, n. 34.9, p. 307.

Há, ainda, situações em que o motivo utilizado para julgar *procedente* a pretensão é capaz de outorgar ao autor uma tutela jurisdicional de maior intensidade que aquela que decorreria de outro fundamento. Suponhamos que, tendo sofrido penalidade de demissão em virtude de suposta prática de atos de “corrupção” (Lei nº 8.112/90 art. 132, XI), um servidor público federal ajuíza, em face da União, demanda em que pretende a anulação da sanção, e, conseqüentemente, a sua reintegração no cargo. Alega, para tanto, como causas de pedir, tanto que os fatos ocorridos não caracterizariam a infração, quanto, ainda, a existência de vícios formais no procedimento administrativo disciplinar (PAD).

Nessa hipótese, é importante perceber que, a depender do motivo com que for julgada procedente a demanda, serão distintos os resultados práticos produzidos em favor do autor: acolhido o fundamento relativo à nulidade do PAD, não haverá óbice a que a administração pública dê início a novo procedimento e, com isso, volte a demitir o servidor, desde que, é claro, ainda não se tenha esgotado o prazo prescricional. Por outro lado, entendido que os atos não caracterizaram a infração imputada, não poderá, a administração, voltar a aplicar a mesma sanção ao requerente, sob pena de, com isso, desrespeitar a eficácia declaratória decorrente da sentença.

Isso não significa, vale dizer, que a coisa julgada, neste último caso, alcançará o fundamento utilizado na sentença de procedência, ou seja, não haveria que se falar na imutabilidade e na indiscutibilidade do juízo de que não ocorreram os atos de corrupção. Caso assim o fosse, seria possível ao servidor utilizar-se de modo vinculante de tal entendimento com a finalidade de embasar pretensões distintas, como, por exemplo, a de ressarcimento por danos morais em virtude dos prejuízos à sua imagem decorrentes de lhe ter sido imputada a pecha de corrupto, o que não é possível.

O que ocorre, na verdade, neste caso, é que o específico motivo em que se tenha baseado a decisão é apto a dota-la de uma eficácia normativa qualificada, capaz de regular de forma distinta a relação entre as partes. Trata-se, portanto, apenas de interpretar o comando contido no dispositivo à luz do motivo em que tenha se fundado a decisão⁷⁷.

⁷⁷ Nesse sentido, não há dúvidas de que, ainda quando não sejam aptos a adquirir a autoridade de coisa julgada, os motivos da decisão são de fundamental importância para que se possa corretamente interpretar o seu dispositivo, dimensionando o alcance de sua eficácia (sobre o ponto, vale conferir, com mais indicações bibliográficas: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 31-32; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença...*, p. 134). A situação aventada se enquadra no que a doutrina italiana vem chamando, com apoio nas lições de alguns autores alemães, com destaque para Albrecht Zeuner, de vínculo decorrente do “*motivo portante*” da decisão, a fim de retratar determinadas situações em que o específico fundamento em que se apoia a sentença é capaz de dota-la de uma força vinculante diferenciada em relação à

Algo de muito semelhante ocorrerá, por exemplo, quando, ao ajuizar ação declaratória de inexistência de débito tributário, o contribuinte suscite, como causas de pedir, a existência de vício na autuação sofrida ou no procedimento fiscal e, ainda, a inexistência dos fatos geradores do tributo. Nesses casos, enquanto a procedência com base neste último fundamento obstará um novo ato de lançamento, aquela que se fundamente em vício formal não impedirá a renovação do ato.

Nesses casos, então, em que, a depender da causa de pedir em que se basear o acolhimento da pretensão o comando decisório é capaz de produzir efeitos distintos, não se deve impedir que a parte, em sua petição inicial, expresse sua preferência por determinado fundamento em detrimento de outro, deduzindo uma espécie de *cumulação subsidiária ou eventual de causas de pedir* (e, portanto, de demandas)⁷⁸.

O que todas as situações acima suscitadas têm em comum é o fato de que, repita-se, a utilização de um fundamento em detrimento de outro é capaz de produzir *efeitos práticos distintos* em favor de uma das partes. Tratam-se, vale dizer, de hipóteses em que o possível resultado do julgamento não se enquadra, necessariamente, na dicotomia vitória-derrota, podendo, na verdade, situar-se dentro de um variável espectro de possibilidades, que podem atender em maior ou menor medida aos seus interesses⁷⁹. Nesses casos, diante de

que decorreria de outros possíveis motivos. “Segundo tal teoria” – anota Cerino Canova – “o valor da coisa julgada varia em função do motivo em que se apoia a decisão e – apenas para exemplificar, e sobretudo para acentuar a diversidade daquelas tendências que estendem a coisa julgada à motivação – a sentença que nega a existência do crédito pelo pagamento efetuado produz uma relevância diferente da inexistência do mesmo crédito porque este nunca tenha surgido” (“La domanda giudiziale ed il suo contenuto”. In: *Commentario del Codice di Procedura Civile*, vol. 2, t. I. Diretto da Enrico Allorio. Torino: Utet, 1980. p. 137 – tradução livre). A razão para isso é simples: como recentemente se destacou, “o *dictum* atributivo do bem da vida não o abstrai, não o ‘hipostatiza’ completamente em relação à realidade substancial, porque a sentença declara o direito *enquanto fruto da fattispecie deduzida em juízo*” (DE CRISTOFARO, Marco. “Giudicato e motivazione”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2017. p. 42 – tradução livre). Sobre o ponto, para ficar apenas em trabalhos que tratam do tema do presente tópico, vale conferir, com rica indicação bibliográfica: CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*, t. I, Cap. IV, n. 4, p. 500-521; MENCHINI, Sergio. “L’ordine di decisione delle questione...”, n. 3, esp., p. 986-993. É importante ressaltar, entretanto, que, na doutrina italiana, à diferença do que escrevemos, o fenômeno é em geral explicado a partir de uma extensão da coisa julgada aos motivos da decisão, que poderiam ser utilizados de modo vinculante para algumas situações específicas, em que estejam em disputa o mesmo direito já discutido ou um direito funcionalmente/teleologicamente ligado a ele. Entretanto, conforme as ideias mais aceitas na doutrina brasileira a respeito da coisa julgada, o mais correto parece ser tratar do fenômeno no contexto da *eficácia* ou do *conteúdo* da decisão, uma vez que trata justamente dos distintos alcances que esta pode ter sobre as relações de direito material e sobre a vida das pessoas. Ao que parece, o tratamento do tema à luz da coisa julgada explica-se, nas doutrinas alemã e italiana, pelo enquadramento do próprio fenômeno da coisa julgada dentre os efeitos da sentença.

⁷⁸ Nesse sentido, de onde retiramos, embora com algumas adaptações, o exemplo relativo à demissão do servidor, vale conferir, uma vez mais: MENCHINI, Sergio. “L’ordine di decisione delle questione...”, p. 989-991.

⁷⁹ Assim: CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*, t. I, p. 512-513.

um *interesse jurídico legítimo*, parece-nos que se pode afastar o princípio segundo o qual o julgamento deva ocorrer com base na razão mais evidente para que possa ocorrer com base naquela capaz de outorgar tutela jurisdicional mais abrangente⁸⁰.

É necessário, porém, fazer uma ressalva: em todos esses casos, em que o acolhimento de um fundamento específico seja capaz de outorgar tutela jurisdicional de maior amplitude a uma das partes, o afastamento do princípio de que o julgamento deve se dar com base no fundamento mais evidente pressupõe a *expressa manifestação de vontade* em sua petição inicial ou contestação, no sentido de indicar a preferência por um argumento em detrimento de outros⁸¹.

Não cabe, assim, ao magistrado, *pressupor* que a vontade da parte, naquele caso concreto, seria dirigida ao fundamento capaz de lhe outorgar tutela jurisdicional mais ampla. Pode ocorrer, ao contrário, de seu interesse ser no sentido de que o julgamento ocorra da forma mais rápida possível. Não se pode descartar, por exemplo, que o réu de ação popular almeje obter, o quanto antes, uma sentença de rejeição da pretensão inicial, ainda que, com isso, deixe aberto o caminho para a propositura de nova demanda com base outras provas. Ou, ainda, não há razão para impedir que o requerido obtenha a rejeição da demanda condenatória com base na exceção de compensação ainda que, no caso, não se tenha certeza da existência do direito do autor⁸². Finalmente, também pode ocorrer de, para o servidor demitido, ser indiferente que a sua reintegração ocorra em decorrência de vício formal no PAD ou na inexistência da infração, sendo mais relevante, na verdade, que ocorra do modo mais rápido possível.

⁸⁰ A esse respeito, vale a leitura do que escreve Menchini, que resume, à perfeição, os argumentos até aqui desenvolvidos: “O princípio do primado da questão resolutiva mais pronta, cujo concreto exercício é guiado exclusivamente pela *liquidez* do tema controvertido e que outorga ao juiz um amplo *poder discricionário* no desenvolvimento da atividade decisória, considera as questões juridicamente *equivalentes*; esse pode sofrer derrogação, porém, todas as vezes em que, ou para a *parte*, ou para a *lei*, as defesas (em sentido lato) assumem um significado diferente e, assim, por causa da valorização, em lugar do parâmetro da maior evidência, ou do *interesse da parte* ou das *peculiaridades substanciais* do seu objeto” (“L’ordine di decisione delle questione...”, p. 981 – *tradução livre*).

⁸¹ Nesse sentido: ATTARDI, Aldo. “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 505, nota n. 16; CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*, t. I, p. 495, 498-499, 506, 515-518; MENCHINI, Sergio. “L’ordine di decisione delle questione...”, p. 984-985, 993, 1005-1009.

⁸² Especificamente quanto à exceção de compensação, vale mencionar, em sentido contrário, a posição de Claudio Consolo, que entende que a alegação equivaleria, sempre, à dedução de uma demanda por parte do réu, dando ensejo à formação de um processo cumulativo. Diante disso, deveria o juiz analisa-la de modo subordinado ainda que não haja uma indicação expressa do requerido (*Il cumulo condizionale di domande*, t. I, Cap. IV, n. 5, p. 529-540).

Por tais razões é que, na ausência de indicação expressa da parte, caberá, ao juiz, adotar o fundamento que seja capaz de levar ao julgamento de forma mais rápida e simples, o que, como se disse, atende a relevantes valores de interesse público.

Diante disso, inclusive, não nos parece que a parte que *não tenha anteriormente expressado seu interesse* no julgamento com base em determinado fundamento possa vir a impugnar a decisão que, com base em outro, julgou a pretensão a seu favor. Nesses casos, ainda que não lhe tenha sido concedido tudo aquilo que do processo poderia esperar, não se pode dizer que a sentença tenha contrariado seu interesse se, ao apresentar sua demanda ou sua defesa, manifestou-se apenas no sentido de que pretendia, respectivamente, o acolhimento ou a rejeição da pretensão⁸³. Não é possível, destarte, que o interesse em que o julgamento ocorra com base em determinada razão em detrimento de outras seja manifestado *a posteriori*⁸⁴.

3.7. (Segue) Especificamente: a irrelevância da possibilidade de formação de coisa julgada sobre a situação jurídica prejudicial incidental para a ordem de enfrentamento das questões

Diante de tudo o que se disse no último tópico, poder-se-ia imaginar ser possível, por força da regra prevista no art. 503, § 1º, do CPC/15, que se deixasse de aplicar o princípio segundo o qual o julgamento da demanda deva ocorrer com base no motivo mais evidente, para que seja apreciada a existência, inexistência ou modo de ser de uma situação jurídica prejudicial *ainda que isso não fosse necessário* para a decisão das pretensões deduzidas em juízo. Com isso, se alcançaria a formação de coisa julgada sobre a análise deste elemento específico, o que, então, amplificaria os resultados decorrentes do processo.

⁸³ Afinal, “a parte, tendo proposto em primeiro grau suas defesas de modo *concorrente*, mostrou total indiferença em relação à motivação justificativa do provimento final; para ela, a única coisa que conta é obter uma decisão de mérito favorável, a prescindir do motivo que a suporta. A sentença respondeu exatamente às solicitações do sujeito; pondo em comparação o conteúdo daquela e as conclusões assumidas por este, não se registra alguma disformidade tal pela qual se possa afirmar que o juiz tenha dado ao vencedor uma tutela menos intensa em relação àquela por ele demandada” (MENCHINI, Sergio. “L’ordine di decisione delle questione...”, p. 1011-1012 – *tradução livre*).

⁸⁴ Pode-se dizer, com Consolo, que admitir o recurso, nesses casos, “significaria sancionar uma função do recurso absolutamente peculiar e distorcente: não de censura ao trabalho do juiz de primeiro grau – que versava, repita-se, de uma situação de carência de vínculos preferenciais –, mas substancialmente um instrumento com o qual à parte se consentiria articular *a posteriori* de modo diferente a própria linha defensiva, especialmente inserindo aquela gradação entre as próprias alegações que em primeiro grau não foi adotada” (*Il cumulo condizionale di domande*, t. I, p. 517 – *tradução livre*).

Isso poderia, então, ocorrer de duas formas distintas: de um lado, se poderia pensar na possibilidade de que, independentemente da vontade das partes, e mesmo que o julgamento pudesse ocorrer com base em outros fundamentos, o juiz, *sponte propria*, buscasse apreciar a questão prejudicial incidental para, com isso, possibilitar a formação de coisa julgada a seu respeito. De outro lado, se poderia cogitar da viabilidade de que uma ou ambas as partes pudessem exigir a análise da questão prejudicial ainda que não houvesse a formulação de demanda a respeito, e nada obstante isso não seja necessário para uma adequada fundamentação da decisão.

Não há como negar que, nestas hipóteses, há um relevante conflito entre os interesses públicos e privados ligados ao imperativo de que o julgamento ocorra da forma mais rápida possível, e aqueles que seriam atendidos com a formação de coisa julgada sobre a situação jurídica prejudicial. A situação, destarte, de algum modo se aproxima daquelas analisadas no tópico anterior em que a adoção de um fundamento decisório específico é capaz de outorgar a uma das partes tutela jurisdicional mais ampla do que a que decorreria de outros. Poder-se-ia pensar, assim, na esteira do que se disse anteriormente, que seria oportuno o abandono do princípio segundo o qual o julgamento deve ocorrer com base no fundamento mais evidente.

Não é isso, entretanto, o que nos parece, conclusão a que se chega com base na conjugação de alguns fatores.

Antes de tudo, é relevante perceber que, como exaustivamente tratado no capítulo anterior, a coisa julgada que pode ser formada com base no art. 503, § 1º apenas atinge questões prejudiciais que *poderiam* ser objeto de demanda autônoma⁸⁵. Tratam-se, portanto, de possíveis objetos de tutela jurisdicional, em relação aos quais é franqueado às partes, se assim desejarem, formular pretensão, caso em que, como se vem dizendo, serão enfrentados a título principal e, com isso, estarão sujeitos à formação de coisa julgada na forma do art. 503, *caput*, do CPC/15.

Não tendo havido a formulação de demanda a respeito, porém, não se pode afirmar que as partes efetivamente tenham manifestado, de forma legítima, seu interesse em que a situação jurídica prejudicial seja enfrentada por razões *autônomas*, isto é, independentemente do que se passe com o julgamento das pretensões efetivamente deduzidas.

⁸⁵ Ver, *supra*, os itens n. 2.10 a 2.14.

À mesma conclusão, por outro lado, não se pode chegar com relação a algumas das situações abordadas no tópico anterior, em que a adoção de um motivo específico é capaz de conceder a uma das partes tutela jurisdicional de maior intensidade que o acolhimento de outros. Não seria possível, por exemplo, ao réu de ação popular pretender a declaração de que não teria praticado ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa etc.: afora os problemas ligados à legitimidade passiva para uma demanda deste tipo, tal pretensão esbarraria na exigência de que o pedido de tutela jurisdicional tenha, por elemento estrutural mínimo, uma situação ou relação jurídica, não podendo alcançar a existência ou inexistência de um fato, ou sua qualificação jurídica. Esta última razão, ainda, parece excluir, em outra das situações aventadas, a viabilidade de que o servidor público demitido ajuíze demanda voltada ao reconhecimento de que não praticou ato de corrupção.

Por razões um pouco distintas, também não seria possível ao réu de ação condenatória reconvir a fim de pretender a declaração de inexistência do crédito afirmado pelo requerente: faltaria, para tanto, a nosso ver, interesse de agir, na medida em que tal resultado pode ser alcançado pela simples improcedência da pretensão em face dele deduzida.

Além disso, se por um lado *do ponto de vista do julgamento das pretensões efetivamente deduzidas pelas partes* são certos os prejuízos resultantes da obrigatoriedade da análise da situação jurídica prejudicial incidental que não seria necessária⁸⁶ – prejuízos que decorrerão da impossibilidade de uma imediata decisão com base em outra razão mais evidente –, por outro são de algum modo incertos os benefícios que disso poderiam advir.

Isso decorre do fato de que, ainda que seja a situação prejudicial enfrentada na decisão de mérito, é possível que não se forme coisa julgada a respeito, o que dependerá do preenchimento dos demais requisitos do art. 503, § 1º, do CPC/15, cuja presença, porém, não é sempre de fácil constatação. Note-se que isso não ocorre com as situações, mencionadas no tópico anterior em que a adoção de um fundamento específico é capaz de fornecer a uma das partes tutela jurisdicional de maior amplitude, que não estão sujeitas à presença de pressupostos como aqueles que existem para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental.

⁸⁶ Assim: CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*, t. I, p. 508.

Diante disso, o que se pode concluir, em primeiro lugar, é que, não tendo as partes manifestado seu interesse no sentido de que a situação jurídica prejudicial seja apreciada de modo independente das necessidades que decorrem do julgamento das pretensões deduzidas, não cabe ao juiz impor que isso venha a ocorrer. Caso contrário, estar-se-ia, por vias transversas, sujeitando as partes a uma espécie de processo cumulativo, com a formação de um objeto litigioso mais complexo do que se pretendeu, o que vai de encontro à forma como se configura, entre nós, o princípio da demanda.

Além disso, em segundo lugar, pode-se dizer que, não tendo uma das partes deduzido pedido quanto à situação jurídica prejudicial, e, assim, se exposto aos ônus e riscos envolvidos no ato de demandar⁸⁷, não tem ela a prerrogativa de exigir que referido elemento seja obrigatoriamente enfrentado na motivação da decisão sob o pretexto de que, com isso, poderia haver a formação de coisa julgada. Caso almeje garantir que uma determinada relação prejudicial seja apreciada na sentença, caberá a formulação de pretensão a seu respeito.

Isso não significa, é claro, que, dentro dos limites previstos no Código para a estabilização da demanda, as partes não possam *alterar o objeto do processo* para que, com isso, passe a ser integrado também pela pretensão à declaração de existência, inexistência ou modo de ser da situação jurídica prejudicial. Poderá o autor, assim, antes da citação do réu, deduzir pedido a este respeito (art. 329, I), assim como também poderá fazer o réu em sede de reconvenção (art. 343). Após estes momentos, nada impede que, com a anuência da parte contrária, uma das partes venha a formular pedido neste sentido, ou ainda que ambas, de comum acordo, optem pela ampliação objetiva do processo, desde que isso ocorra até o saneamento (art. 329, II)⁸⁸.

⁸⁷ Além da possibilidade de ser condenada ao pagamento dos *ônus de sucumbência* (arts. 82, § 2º e 85), ao deduzir *demanda* em relação a uma determinada situação jurídica prejudicial, a parte se sujeita ao risco de que, sendo ela resolvida a seu desfavor, haja a formação de coisa julgada de modo contrário aos seus interesses, ainda que a pretensão prejudicada lhe seja julgada favoravelmente. Isso não ocorre, como veremos, com a questão prejudicial incidental, sobre a qual, em decorrência da interpretação a ser dada ao art. 503, § 1º, I, apenas há a possibilidade de formação de coisa julgada em favor da parte vitoriosa quanto ao julgamento da pretensão prejudicada (ver, *infra*, o item n. 5.10).

⁸⁸ Diante da regra do art. 329, II, não parece que, a pretexto de formularem um *negócio jurídico processual* (art. 190), possam as partes, de comum acordo, ampliar o objeto do processo *após o saneamento*. Neste sentido: SICA, Heitor Vitor. “Comentários aos arts. 188 a 202”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 751. Em sentido contrário, por outro lado, admitindo a ampliação após o saneamento por meio de negócio processual: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 170-171. Ainda sobre o ponto, vale conferir as duras críticas dirigidas por Fredie Didier Jr. ao art. 329, II, segundo o qual o dispositivo pareceria “um fôssil legislativo, remanescente de um sistema anterior, incompatível com o sistema atual, que permite a negociação processual”, e que, ainda, estaria

Em todos esses casos, porém, em que a pretensão quanto à situação jurídica prejudicial passa a integrar o objeto do processo, a formação de coisa julgada sobre a decisão a seu respeito se dará por força do *caput* do art. 503 do CPC/15, e não de seu § 1º.

3.8. (Segue) A omissão na análise da questão prejudicial na decisão: consequências e formas de controle

Após termos compreendido os princípios que governam a análise das situações jurídicas prejudiciais na decisão de mérito, passamos, neste momento, assim como foi feito em relação aos elementos que integram o objeto do processo, a verificar as consequências da ausência de apreciação de uma dessas questões incidentais e as formas de controle de que, nestes casos, dispõem as partes. Ainda que para tanto tenhamos de repetir algumas das ideias anteriormente expostas, a realização deste objetivo parece de todo oportuna como forma de sintetizar e sistematizar o que até aqui se disse sobre o assunto.

Inicialmente, é relevante lembrar, como tantas vezes afirmado ao longo do trabalho, que, não sendo objeto de demanda autônoma, a situação jurídica prejudicial não integra o mérito da causa, e, assim, não está sujeita à regra da correlação. Deste modo, ao contrário do que ocorre com as pretensões efetivamente deduzidas, a ausência de apreciação da prejudicial incidental não faz com que a decisão seja *citra petita*⁸⁹.

Na verdade, como se disse, a apreciação das questões prejudiciais incidentais na sentença de mérito é regulada pela garantia da *motivação das decisões judiciais* (CF/88, art. 93, IX). Deste modo, é na medida do que se mostrar necessário para o atendimento dessa regra que se pode exigir a análise da situação prejudicial em uma situação concreta, podendo-se dizer, portanto, que a ausência de seu expresso enfrentamento não configura, *por si só*, qualquer irregularidade.

Com efeito, para que se possa falar na existência de um vício processual em decorrência da ausência da análise da situação jurídica prejudicial, é necessário que dessa omissão decorra um descumprimento do dever de fundamentação. E, para que se possa concluir neste sentido, é fundamental, na forma do que prevê o art. 489, § 1º, IV, do CPC/15, que a resolução da prejudicial tivesse o condão de levar a uma decisão diversa da

“completamente fora do contexto do sistema que o próprio CPC instituiu” (*Curso de direito processual civil*, vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 577).

⁸⁹ Sobre este específico ponto, vale conferir as referências que constam na nota n. 39 no item n. 3.4, *supra*.

que foi alcançada, ou seja, que se tratasse de uma questão capaz de, “em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

A partir disso, pode-se dizer que nos casos em que o juiz, com vistas a um imediato julgamento da causa, deixa de observar a ordem lógica de enfrentamento das questões que decorreria do direito substancial, e, com isso, *ultrapassa* a análise uma situação jurídica prejudicial – por meio de um raciocínio hipotético nos moldes anteriormente vistos –, não haverá que se falar na existência de qualquer vício na motivação se a questão efetivamente enfrentada seja suficiente para uma adequada fundamentação.

De toda sorte, é relevante notar que, ainda quando a omissão na análise de uma situação prejudicial efetivamente leva ao descumprimento do dever de motivação da decisão, o *vício processual* que recai sobre a decisão é de *natureza distinta* daquele que atinge a sentença *citra petita*, o que acarreta consequências diversas.

Como visto, a ausência de decisão expressa em relação a uma determinada pretensão faz com que a sentença, quanto a este ponto, seja considerada *inexistente*. Deste modo, não havendo a formação de coisa julgada a respeito, nada impede que a parte, após o encerramento do processo, ajuíze novamente a demanda, não havendo a necessidade de que, para corrigir o defeito, faça uso de ação rescisória⁹⁰.

Já nos casos de *descumprimento do dever de motivação* – seja em razão da insuficiência dos fundamentos empregados, ou, nos casos mais extremos, da total ausência de motivos –, a sentença, conquanto atingida em sua *validade*, *existe* enquanto ato processual. É essa a conclusão a que chega a maior parte da doutrina brasileira⁹¹, posição que encontra amparo no próprio texto da Constituição Federal, que expressamente impõe a sanção de *nulidade* à decisão imotivada (art. 93, IX).

Não parece adequada, nessa linha, sobretudo para o direito brasileiro, a conhecida tese de Michelle Taruffo segundo a qual, em virtude da relevância atribuída pelo texto

⁹⁰ Para uma análise mais detalhada, ver, *supra*, o item n. 3.3.

⁹¹ Neste sentido, dentre muitos outros: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1453, p. 795-797; FONSECA, João Francisco Naves. *Comentários...*, vol. IX, p. 52; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*, Cap. VII, n. 16, p. 166-168; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 311-312; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*, Cap. V, n. 13-14, p. 139-145; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, n. 3.2.3, esp. p. 323-337. Vale destacar, ainda, a posição de Rodrigo Ramina de Lucca, que, embora também afirme a *nulidade* da sentença em decorrência da falta ou inadequação da motivação, destaca que, no caso de *ausência de análise de uma causa de pedir*, a decisão será, em relação a essa específica demanda, *inexistente* (*O dever de motivação das decisões judiciais*, n. 3.2-3.3, p. 244-247), posição que também já sustentamos em estudo anterior (“A aplicação da ‘teoria da causa madura’...”, p. 518, nota n. 86).

constitucional à motivação enquanto elemento estrutural das decisões judiciais, sua ausência faria com que o ato não cumprisse os requisitos mínimos esperados da atuação jurisdicional e, assim, com que fosse inexistente⁹².

O fato, contudo, é que por mais grave que seja o vício que disso decorre, a decisão que descumpra o dever constitucional de motivação não deixa, por essa razão, de conter os atributos mínimos necessários para que se possa afirmar a sua *existência* enquanto provimento jurisdicional, uma vez que contém uma *norma concreta*, ou seja, um *comando* emitido pelo órgão judicial e que é dotado de *imperatividade*. Em outras palavras, pode-se dizer que a decisão não fundamentada corporifica, de toda forma, o exercício do poder, elemento que a caracteriza como ato jurisdicional⁹³.

Além disso, se na doutrina italiana a tese da inexistência não conta com grande adesão⁹⁴, no Brasil parece ser de todo *inviável* sua adoção, considerando, como se disse acima, que a própria Constituição Federal fulmina de *nulidade* a decisão não fundamentada. Deste modo, ao menos para a realidade brasileira, a referência ao texto constitucional – utilizada como argumento central na tese de Taruffo⁹⁵ – não se presta a justificar a ideia da inexistência, quando o que está ali expresso é precisamente o contrário.

Diante disso, verificado que, à diferença do que ocorre com a omissão no julgamento de uma pretensão, o defeito de fundamentação – vício a que pode se reconduzir, repita-se, a ausência de análise de uma situação prejudicial – *não acarreta* a inexistência da decisão, são distintas tanto as consequências processuais, quanto os meios de controle nestes casos franqueados às partes.

⁹² Assim: *A motivação da sentença civil*, Cap. VI, n. 6, esp. p. 378-386. O seguinte trecho bem retrata a ideia do autor: “[...] na medida em que se entenda que a motivação seja, no atual ordenamento em virtude do princípio constitucional fixado na primeira parte do art. 111, uma característica estrutural necessária dos provimentos em que se exerce a jurisdição, impõe-se a consequência de que a sentença carente de motivação não perfaz o ‘conteúdo mínimo’ indispensável para que nessa se reconheça o exercício legítimo do poder jurisdicional” (p. 384-385).

⁹³ Nessa linha, explica Talamini que “a ausência de motivação não impede a configuração do ato do juiz como sentença. Para tanto, é suficiente que exista o *decisum*. A sentença é, essencialmente, um modo de exercício do *poder* jurisdicional, o que se externa em seu dispositivo. A motivação, embora constitua uma importante garantia para as partes e a coletividade, é apenas elemento lógico instrumental à dicção prescritiva contida no comando jurisdicional” (*Cosa julgada e sua revisão*, p. 311).

⁹⁴ Para uma análise crítica da ideia de Taruffo na doutrina italiana, vale conferir, com rica referência bibliográfica: BESSO, Chiara. *La sentenza civile inesistente*, Cap. IV, n. 17, p. 262-271.

⁹⁵ É importante ressaltar que na Constituição italiana, ao contrário do que ocorre no Brasil, não há a expressa cominação de nulidade para a falta de motivação. Nesse sentido, o art. 111 dispõe, quanto ao ponto, apenas que “*todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados*” (*tradução livre*).

Do ponto de vista *endoprocessual*, de um lado, não há que se falar em qualquer diferença: assim como ocorre com as sentenças *citra petita*, poderão, as partes, fazer uso dos *recursos* previstos no sistema processual a fim de se insurgir contra a decisão que tenha descumprido a garantia constitucional da fundamentação. Será possível, antes de tudo, a oposição de embargos de declaração, nos quais se poderá suscitar a omissão quanto à observância do dever de motivação, conforme previsão expressa no art. 1.022, parágrafo único, II, do CPC/15. Deste modo, no que se refere ao tema que mais de perto nos interessa, poderá, a parte, requerer a apreciação da situação jurídica prejudicial por meio dos embargos, desde que, repita-se, isso se faça necessário para uma adequada fundamentação da decisão.

Poderá a parte, ainda, se valer do recurso especificamente previsto na lei para a modalidade de decisão proferida. Aliás, à semelhança do que ocorre com o descumprimento do dever de congruência, o vício decorrente do defeito na motivação poderá ser corrigido imediatamente por ocasião do julgamento do recurso, conforme regra prevista especificamente para a apelação, mas que, como se disse, é aplicável às demais espécies recursais (CPC/15, art. 1013, § 3º, IV). Deste modo, ao constatar o descumprimento da garantia da fundamentação, poderá, o tribunal, ao anular a decisão, passar desde logo a proferir novo julgamento em seu lugar, não havendo a necessidade de retorno dos autos ao juízo *a quo*⁹⁶.

De uma ótica *extraprocessual*, por outro lado, são radicalmente distintas as consequências do descumprimento do dever de motivação se comparadas àquelas que decorrem da omissão no julgamento de um pedido. Isso porque, como se disse, ao contrário do que ocorre naquelas hipóteses, a ausência de fundamentação *não torna a decisão inexistente*, de modo que, tão logo venham a precluir os recursos cabíveis, tem ela a aptidão de se tornar imutável e indiscutível por força da *coisa julgada material*.

Deste modo, uma vez que venha a adquirir aquela autoridade, a decisão deverá ser impugnada por meio de *ação rescisória*, em que se poderá afirmar, como causa de pedir, a

⁹⁶ É importante esclarecer, quanto ao ponto, que a possibilidade de resolução imediata do mérito por ocasião do julgamento do recurso não representa qualquer inconstitucionalidade por afronta ao art. 93, IX, da CF/88. Isso porque a aplicação do dispositivo pressupõe que, num momento lógico anterior, o tribunal tenha efetivamente anulado a decisão, dando aplicação, assim, à sanção constitucionalmente prevista para o descumprimento do dever de fundamentação. Para um maior desenvolvimento dessa ideia, remetemos ao que escrevemos em estudo anterior: “Duplo grau de jurisdição e ‘teoria da causa madura’ no novo Código de Processo Civil”. In: *Novo CPC: doutrina selecionada*, vol. 6. 2ª ed. Coord.: Fredie Didier Jr. [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2016. n. 4.2.3, p. 871.

violação ao dever de motivação (CPC/15, art. 966, V). O fato, entretanto, é que além de estar sujeita a regras específicas de admissibilidade, competência e processamento, a demanda rescisória deve ser ajuizada no prazo decadencial de dois anos contados do trânsito em julgado, passados os quais se torna inviável questionar, ao menos *a priori*, o descumprimento da garantia da fundamentação⁹⁷.

3.9. (Segue) Questões prejudiciais, coisa julgada e interesse recursal

Nos tópicos precedentes, procurou-se demonstrar que, uma vez que não integre o objeto do processo, uma situação jurídica prejudicial apenas será enfrentada na decisão de mérito na medida em que isso se fizer necessário para a sua adequada fundamentação. Fora disso, não teriam as partes a possibilidade de requerer, de modo vinculante, a sua apreciação em juízo, concepção que não se altera pela possibilidade de que sobre ela se forme a coisa julgada por força do art. 503, § 1º do CPC/15.

A partir disso, passamos, neste tópico, a enfrentar questão diretamente ligada a essas ideias, referente à possibilidade de que a parte *vencedora* quanto ao julgamento do mérito apresente *recurso* contra uma decisão apenas com o fim de obter, do tribunal competente, a análise, em seu benefício, de uma *questão prejudicial incidental*. Com isso, poderia alcançar a formação de coisa julgada de modo que lhe seja favorável, ou, ao menos, evitar que tal autoridade se forme em seu prejuízo.

A questão se coloca, antes de tudo, porque, conforme regra tradicional no processo civil brasileiro, não se admite que a parte vencedora venha a interpor recurso voltado exclusivamente contra a *fundamentação* da decisão⁹⁸, ideia que decorre da conjugação de dois fatores.

Em primeiro lugar, a forma como entre nós é regulada a *profundidade do efeito devolutivo dos recursos de fundamentação livre* (CPC/15, art. 1013, §§ 1º e 2º)⁹⁹ faz com

⁹⁷ Sobre o que se disse nos dois últimos parágrafos, vale conferir, dentre outros, o tópico em que Dinamarco analisa “o vício de fundamentação na teoria das nulidades”: “O dever de motivar e a inteireza da motivação”, n. 529, p. 945-946.

⁹⁸ Sobre o ponto, vale conferir, com ampla referência doutrinária: JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2017. n. 9.2.3.3, p. 144-148.

⁹⁹ Vale dizer que, apesar de o art. 1013 estar localizado, no Código, em capítulo destinado ao tratamento do recurso de apelação, não há dúvidas de que as normas ali contidas regulamentam o efeito devolutivo de todas as demais modalidades de recurso, sobretudo as de fundamentação livre. Neste sentido, dentre muitos outros, já à luz do CPC/15: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários...*, vol. XX, p. 107.

que, ao julgar o recurso, a fim de concluir pelo acerto ou pelo desacerto do capítulo impugnado, o tribunal possa se valer de todos os elementos de cognição que já estivessem à disposição do juízo *a quo*. Deste modo, para fins de motivação da decisão do recurso, o tribunal poderá analisar um fundamento da demanda ou da defesa ainda que a decisão não o tenha enfrentado expressamente, e mesmo que o recorrente não faça qualquer menção a seu respeito. Diante disso, *não há necessidade* de que a parte vencedora, em virtude do risco de ver reformada ou anulada a decisão, impugne a decisão apenas para que o tribunal possa reanalisar uma questão contida em sua motivação, uma vez que isso já decorrerá do recurso de seu adversário¹⁰⁰.

À mesma conclusão se pode chegar, ainda que por vias distintas, em relação aos *recursos excepcionais*. Não há dúvidas, por um lado, de que por se tratarem de recursos de fundamentação vinculada, voltados em primeiro plano à correção da violação ao direito objetivo, tanto o recurso extraordinário quanto o recurso especial têm seus efeitos devolutivos limitados, respectivamente, à questão constitucional e à questão federal arguida (CF/88, art. 102, III e art. 105, III).

Por outro lado, todavia, uma vez que seja *provido* o recurso, e, assim, que seja cassado o acórdão que tenha violado a norma constitucional ou infraconstitucional (*juízo rescindente*), passará o tribunal superior, num segundo momento, a *julgar a causa*, como determina o art. 1034 do CPC/15, e na linha da orientação já consolidada na Súmula nº 456 do Supremo Tribunal Federal (*juízo rescisório*)¹⁰¹. Para que possa, então, desempenhar adequadamente esta função, poderá o STF ou o STJ conhecer de qualquer fundamento da demanda ou da defesa pertinente ao capítulo impugnado, mesmo que não tenha sido ele enfrentado na decisão recorrida, e ainda que não tenha sido objeto de recurso. Isso apenas não será possível caso haja a necessidade de produção de prova a respeito de determinada questão, caso em que haverá a necessidade de retorno dos autos ao juízo *a quo*.

¹⁰⁰ Neste sentido, ensina Barbosa Moreira que “o vencedor no principal não precisa recorrer só para levar alguma questão prévia, resolvida em seu desfavor, à cognição do órgão *ad quem*, se este já se investirá do poder de reexaminá-la graças ao efeito devolutivo do eventual recurso *da parte contrária*. Uma de duas: ou o adversário não recorre, e com o trânsito em julgado fica o litigante vitorioso protegido em definitivo, ou o adversário recorre, e isso basta para ensejar o reexame” (*Comentários...*, vol. V, n. 168, p. 304).

¹⁰¹ Neste sentido, afirmando a possibilidade de se divisar um *juízo rescindente* e um *juízo rescisório* no julgamento do mérito dos recursos especial e extraordinário: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...*, vol. V, n. 226, p. 402-404; COSTA, Guilherme Recena. *Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. p. 14-15.

Diante disso, então, a conclusão a que se chega é a de que, assim como se disse em relação aos recursos de fundamentação livre, *não há a necessidade* de que a parte que, nos termos do acórdão, tenha sido vencedora quanto ao julgamento do mérito, venha a recorrer de determinado fundamento que lhe tenha sido desfavorável. Afinal, caso seja *provido* o recurso especial ou extraordinário, poderá, o tribunal superior, conhecer de referida questão ainda que não tenha sido ela impugnada¹⁰².

Em segundo lugar, ainda mais relevante que a configuração do efeito devolutivo parece ser o fato de que, ao menos da forma como era regulamentada até a vigência do CPC/15, a coisa julgada *não alcançava* os fundamentos da decisão. Deste modo, não

¹⁰² A questão, como se sabe, está longe de ser pacífica, não sendo este o espaço adequado para um enfrentamento mais aprofundado. De toda sorte, vale lembrar que há, por um lado, quem entenda que a Súmula nº 456 do Supremo e o art. 1034 do CPC/15 teriam, apenas, a função de explicitar que o Brasil não teria adotado, quanto a seus tribunais superiores, o modelo de *cortes de cassação*, mas sim o de *cortes de revisão*. Deste modo, constatada a violação à CF/88 ou à lei federal, o próprio STF ou STJ deve dar a interpretação correta para a questão constitucional ou federal, sem a necessidade de reenvio obrigatório dos autos ao tribunal de origem. Por outro lado, de acordo com esse modo de pensar, não poderia o tribunal ir além disso para conhecer de outras *causas de pedir* ou outros *fundamentos da defesa* que não tenham sido objeto da decisão ou de recurso. A partir dessas premissas, então, há autores que entendem que caberia à parte vencedora, em caso de recurso de seu adversário, manejar *recurso extraordinário/especial adesivo eventual*, a fim de levar ao conhecimento do STF ou do STJ algum fundamento que tenha sido rejeitado no acórdão, *para o caso de provimento do recurso principal*. Era isso o que, à luz do CPC/73, defendiam José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários...*, vol. V, n. 179, p. 327-330) e, mais recentemente, Guilherme Recena Costa (*Superior Tribunal de Justiça e recurso especial*, p. 8.1.2-8.1.3, p. 215-223), tese que, já na vigência do CPC/15, contou com a adesão de Eduardo Talamini e Felipe Wladeck (“Comentários aos arts. 994 a 1008”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 327-328). Por outro lado, no extremo oposto, há autores que sustentam que a simples *admissão* do RE ou do REsp seria suficiente para devolver ao tribunal superior o conhecimento de qualquer fundamento da demanda ou da defesa, que, então, poderia ser utilizado para a manutenção, reforma ou anulação do capítulo impugnado. Nessa linha, a limitação do recurso à matéria decidida e à questão constitucional ou federal seria um filtro atinente, apenas, à sua *admissibilidade*, não havendo qualquer restrição em relação ao julgamento do mérito, tese que inegavelmente tem apoio na literalidade do art. 1034, *caput* e parágrafo único, do CPC/15, mas, segundo nos parece, conflita com o texto dos arts. 102, III e 105, III da CF/88 (neste sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. n. 12.1, p. 321-326). Ao que nos parece, porém, deve-se adotar caminho intermediário: num primeiro momento, a fim de verificar o acerto ou não do acórdão recorrido, o tribunal ficará restrito à questão constitucional ou federal arguida. Ultrapassada essa primeira etapa, porém, e cassado o acórdão, o STF ou o STJ poderão, ao julgar a causa, se valer de outros elementos de cognição constantes dos autos, desde que *não haja a necessidade de produção de outras provas* quanto a eles (do contrário, há necessidade de reenvio às instâncias ordinárias), e desde que, ainda, *não haja o reexame dos fatos afirmados no acórdão* (o que, por outro lado, não impede o *exame de questões de fato ainda não apreciadas*). É esta, a nosso ver, a interpretação que melhor harmoniza o art. 1034 do CPC/15 com o texto da Constituição Federal, que condiciona o *julgamento da causa* pelo STF ou pelo STJ em sede de recursos excepcionais à *constatação da violação da norma constitucional ou infraconstitucional*. Neste sentido, ainda na vigência do CPC/73, vale conferir, com ampla análise das diversas posições encontradas na doutrina e na jurisprudência: FONSECA, João Francisco Naves da. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Saraiva, 2012. n. 24, p. 98-108. Na mesma linha, já à luz do CPC/15, embora com alguma variação: ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário...*, n. 17.3, p. 387-401; FONSECA, João Francisco Naves da. “A profundidade do efeito devolutivo nos recursos extraordinário e especial: o que significa a expressão ‘julgará o processo, aplicando o direito’ (CPC/2015, art. 1.034)?”. In: *Revista do advogado*, n. 126. São Paulo: AASP, 2015. n. 3, p. 126-129; NERY Jr., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7ª ed. São Paulo: RT. 2016. p. 465-466.

haveria, ao menos sob essa ótica, a necessidade de que a parte interpusesse recurso apenas com o fim de evitar a formação daquela autoridade sobre uma questão incidental decidida em seu desfavor¹⁰³.

É importante ter em vista, entretanto, como afirmado anteriormente¹⁰⁴, que em determinadas situações o próprio sistema processual empresta relevância à fundamentação da decisão para fins de determinação do alcance da coisa julgada. É o que ocorre, por exemplo, como dito acima, nos casos em que a ação popular é julgada improcedente por falta de provas, que não impede a repositura da demanda fundada em novos elementos de convicção (Lei nº 4.717/65, art. 18). Nestas hipóteses, então, é possível que o réu, mesmo diante da sentença de improcedência, interponha recurso com vistas à modificação da motivação da decisão, levando à rejeição do pedido por outra causa, que impeça a repositura da ação.

Algo de semelhante pode ser dito, ainda, nas outras situações mencionadas em que o específico fundamento em que se basear a decisão for capaz de outorgar, a uma das partes, tutela jurisdicional mais intensa do que aquela que decorreria do acolhimento de outros argumentos. É o que ocorre, por exemplo, na situação em que a demissão do servidor público é anulada pela constatação da ausência da infração que lhe tenha sido imputada, que, ao contrário do que ocorre com o fundamento relativo à nulidade do PAD, impede que, por este fato, venha a ser ele novamente demitido.

Foi, então, com base nestas situações, que José Carlos Barbosa Moreira formulou, entre nós, o conhecido critério para avaliar a existência de interesse recursal segundo o qual não se deveria analisar se, de acordo com as pretensões deduzidas em juízo, o recorrente tenha sido ou não derrotado, mas, na verdade, se, em uma ótica *prospectiva*, o julgamento do recurso poderia lhe colocar numa *situação prática mais vantajosa* que aquela outorgada pela decisão¹⁰⁵. Trata-se do critério que, na doutrina italiana, é conhecido como *sucumbência material*, que se contrapõe ao da *sucumbência formal*¹⁰⁶.

¹⁰³ Nesse sentido, é o que escreve Flávio Cheim Jorge: “De um modo geral, o interesse em recorrer deve ser aferido em função da *conclusão* – parte dispositiva – da sentença e não de seus fundamentos, eis que somente aquela é que fica coberta pela coisa julgada. Se as razões de decidir não transitam em julgado, a parte poderá rediscuti-las em qualquer outro processo, não acarretando, portanto, qualquer interesse prático o fato de o juiz apesar de acolher o requerimento da parte, fazê-lo com outro argumento” (*Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 144).

¹⁰⁴ Ver, *supra*, o item n. 3.6.

¹⁰⁵ O critério foi desenvolvido inicialmente em tese com a qual o autor conquistou o grau de livre-docente na Universidade do Estado da Guanabara (*O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de

Aplicando tais ideias ao tema de que nos ocupamos neste momento, poder-se-ia, então, chegar à conclusão de que, no sistema do CPC/15, a parte *vitoriosa* em relação à questão principal estivesse autorizada a recorrer *apenas quanto à questão prejudicial*, tendo em vista a possibilidade de que esta venha a se tornar imutável e indiscutível para processos futuros, com fulcro no art. 503, § 1º. Nessa linha, encontra-se, na doutrina, quem afirme expressamente que o novo regime relativo aos limites objetivos da coisa julgada teria alterado a lógica existente quanto à sucumbência para fins de admissibilidade dos recursos¹⁰⁷.

A questão, porém, merece uma análise mais detalhada, a partir, inclusive, de algumas das ideias acima desenvolvidas a respeito da forma como é regulada a análise da

Janeiro: s/ed, 1968. n. 58-59, p. 74-76). Posteriormente, foi aprimorado em obra de maior fôlego (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V), de onde se extrai o seguinte trecho, que bem explica a ideia: “A construção de um conceito *unitário* de interesse em recorrer, ao que nos parece, exige a adoção de uma óptica antes *prospectiva* do que *retrospectiva*: a ênfase incidirá mais sobre o que é possível ao recorrente *esperar que se decida*, no novo julgamento, do que sobre o teor daquilo que *se decidiu*, no julgamento impugnado. Daí preferirmos aludir à *utilidade*, como outros aludem, como fórmula afim, ao *proveito* ou ao *benefício* que a futura decisão seja capaz de proporcionar ao recorrente” (n. 167, p. 299).

¹⁰⁶ Com efeito, é comum, na doutrina italiana, que se contraponha, para fins de admissibilidade dos recursos, a *sucumbência formal* à *sucumbência material*, assim definidas por Menchini: “a) *sucumbência formal*, respectivamente do autor e do réu, se a demanda tenha sido integralmente ou em parte rejeitada ou então se essa tenha sido totalmente ou parcialmente acolhida; b) *sucumbência material* (ou substancial), se a parte, embora vencedora no mérito, tenha recebido da decisão uma tutela inferior àquela requerida; a *sucumbência substancial*, em relação às defesas e à decisão de mérito depende da diferença eficácia objetiva da coisa julgada, a partir do motivo que a sustenta” (“L’ordine di decisione delle questione...”, p. 1013 – *tradução livre*). No mesmo sentido, também se utilizando dos conceitos, dentre outros: CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*, t. I, p. 492, nota n. 9; *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II. 10ª ed. Torino: Giappichelli, 2015. p. 423-424; RICCI, Gian Franco. *Diritto processuale civile*, vol. II. 3ª ed. Torino: Giappichelli, 2012. Cap. VIII, n. 4, p. 206-208; SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 13ª ed (a cura di Carmine Punzi). Padova: CEDAM, 2000. n. 243, p. 424, nota n. 10. Na doutrina brasileira, os conceitos de sucumbência formal e sucumbência material foram utilizados de modo pioneiro por Flávio Cheim Jorge (*Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002. n. 5.1.3, esp. p. 123-128; *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 140-143).

¹⁰⁷ Neste sentido, por exemplo: “Por fim, deve-se salientar que a extensão da coisa julgada às prejudiciais muda a lógica do que significa vitória e derrota no processo. Tradicionalmente, a sucumbência era verificada pela derrota no que se refere ao pedido principal. Na sistemática do novo CPC, ainda que vencedor em relação ao pedido (e portanto não podendo ser considerada sucumbente), é possível que a derrota no que tange à principal possa ser ainda mais deletéria para a parte. A vitória e derrota num processo passarão a compreender algo mais que a mera sucumbência. Muda também o interesse recursal: o vencedor na lide, vendo julgado procedente seu pedido, mesmo assim pode ter interesse em apelar da sentença para desfazer o entendimento sobre uma prejudicial sobre a qual o juiz concluiu em seu desfavor, evitando que aquela questão seja incorporada em outros processos (efeito positivo da coisa julgada)” (CABRAL, Antonio do Passo. “Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: RT, 2015.p. 1294). De modo semelhante, ainda: CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso...*, vol. 3, p. 118; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, n. 9.2.3.5, p. 149-150; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1515-1516; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais*. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016. n. 4.3.11, p. 172.

situação jurídica prejudicial incidental na decisão de mérito. Para tanto, parece-nos importante verificar, separadamente, o que ocorre em duas situações distintas, a saber: (i) *a parte é vitoriosa quanto ao mérito, e uma questão prejudicial foi decidida de modo contrário aos seus interesses*; (ii) *a parte é vitoriosa quanto ao mérito, e não foi analisada uma questão prejudicial*.

A fim de ilustrar as duas possibilidades, basta que recorramos a um singelo exemplo: suponhamos que, ajuizada demanda condenatória voltada ao adimplemento de uma prestação contratual, o réu, quando citado, afirma não apenas que já teria quitado a dívida, como, ainda, que o contrato seria nulo por ausência de formalidade essencial.

Neste caso, então, pode ocorrer de o juiz, em sua sentença: (i) rejeitar expressamente a alegação de nulidade, mas acolher a exceção de pagamento, e, com isso, julgar improcedente a demanda; ou (ii) verificar, desde logo, que houve o pagamento, e, com isso, rejeitar a pretensão condenatória sem analisar a questão referente à nulidade.

Na primeira das hipóteses, em que o réu sagra-se vitorioso quanto ao julgamento da pretensão inicial, mas a situação jurídica prejudicial é resolvida de modo desfavorável, não teríamos dúvidas em afirmar que, *caso houvesse a possibilidade de que a coisa julgada recaísse sobre este último elemento por força do art. 503, § 1º*, não lhe poderia ser negada a viabilidade de apresentar recurso *exclusivamente* com o fim de obter a revisão daquele juízo. Caso contrário, não lhe seria franqueado qualquer meio apto a evitar o grave prejuízo decorrente da formação de coisa julgada de modo contrário aos seus interesses¹⁰⁸.

Afinal, neste caso o recurso se prestaria a evitar um prejuízo à sua esfera jurídica – decorrente da impossibilidade de que, no futuro, volte a rediscutir a questão – o que seria suficiente para a configuração do interesse recursal (CPC/15, art. 996). Poderia a parte, nessa linha, apresentar sua impugnação contra a resolução da questão prejudicial tanto de modo *independente* quanto, ainda, pela via do *recurso adesivo* (CPC/15, art. 997), ante a

¹⁰⁸ Nesse sentido, embora tratasse especificamente da rejeição de exceções prejudiciais deduzidas pelo réu, mas com considerações que, ao que parece, teriam alcance geral: GARBAGNATI, Edoardo. “Questioni preliminar di merito e parti della sentenza”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1977. p. 408. Na mesma linha, ao analisar o sistema norte-americano, Diego Volpino também afirma que, caso se entendesse que poderia haver a formação de coisa julgada sobre uma questão decidida de modo desfavorável ao vencedor “não se poderia não convir (se não por outras, por razões de garantia das partes) sobre o fato de que aquela que restou sucumbente quanto à questão seja portadora de um preciso interesse a impugnar a relativa decisão, já que apenas por meio de sua reforma ou sua anulação ela poderá evitar futuras consequências prejudiciais em termos de *issue preclusion*” (*L’oggetto del giudicato...*, p. 366 – *tradução livre*).

inegável *sucumbência recíproca*, uma vez que, malgrado tenha obtido êxito quanto ao principal, experimentou um gravame quanto àquela.

Ainda conforme a hipótese cogitada, parece relevante destacar que, a fim de constatar a existência do interesse recursal, não deveria o tribunal competente para a realização do juízo de admissibilidade do recurso aferir se estão presentes os *demais requisitos* para a formação de coisa julgada sobre análise da situação jurídica prejudicial incidental, previstos no art. 503, §§ 1º e 2º do CPC/15. Como veremos adiante, a existência ou não de coisa julgada sobre determinada prejudicial *não é uma questão a ser verificada no processo em que ela é resolvida*, mas sim a ser decidida quando a respectiva situação jurídica for suscitada em processos futuros, se isso porventura vier a ocorrer¹⁰⁹.

Bastaria, então, para que ficasse configurado o interesse recursal, que a questão prejudicial houvesse sido resolvida de modo *desfavorável* ao recorrente. Neste caso, parece-nos que a simples *possibilidade* de que, no futuro, se venha a entender que houve a formação de coisa julgada a respeito daquele elemento, aliada à presença dos demais requisitos de admissibilidade do recurso, seria suficiente para permitir o acesso à via recursal.

Caso contrário, correr-se-ia o risco de antecipar, para o processo em curso, a discussão – por vezes intrincada – a respeito da formação de coisa julgada sobre um determinado elemento que sequer se sabe se será novamente recolocado em juízo, com prejuízos à duração razoável do processo e à eficiência na prestação da tutela jurisdicional. Melhor seria, neste caso, que se franqueasse à parte a via do recurso, com a permissão de que rediscutisse a questão. Posteriormente, então, a partir da forma como tenha sido resolvida a situação prejudicial, seria verificado, se e quando isso se mostrasse pertinente, se estavam presentes os requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º do CPC/15¹¹⁰.

¹⁰⁹ A este respeito, ver, *infra*, o item n. 5.15.

¹¹⁰ Esta solução, como nos parece, evita alguns dos inconvenientes que Rodrigo Ramina de Lucca argutamente enxerga na admissibilidade do recurso contra a questão prejudicial: “A permissão tem ainda um gravíssimo inconveniente: antecipa, em âmbito recursal, a discussão sobre a extensão da coisa julgada à questão incidental. É ela prejudicial? Houve contraditório? O juiz era competente? O julgamento dependeu de sua resolução? Etc. Tudo isso deveria ser diferido, caso necessário, a um novo processo, pois é a tentativa de rediscussão da questão já decidida incidentalmente que legitimará a objeção de coisa julgada e iniciará o debate necessário sobre a incidência do art. 503, § 1.º. Aceito o recurso exclusivo contra questões incidentais, ficará o tribunal responsável por toda essa análise apenas para averiguar se a parte possui interesse recursal. Os tribunais seriam inundados de recursos voltados a discutir, como *principais*, questões que muitas vezes não são nem mesmo *prejudiciais*” (“Os limites objetivos da coisa julgada...”, n. 5.2.).

Nessa linha, partindo do pressuposto de que a decisão a que se chegasse quanto ao preenchimento daqueles pressupostos não vincularia os juízes de processo futuros em que surgisse a discussão a respeito da formação da coisa julgada – do contrário, estaria negada a premissa assumida acima a respeito da competência desses últimos para referida definição –, haveria claro desperdício de atividade processual, tanto no caso em que os entendimentos a esse respeito convergissem, quanto nas situações em que divergissem.

Além disso, tendo o órgão julgador do recurso entendido que *não estavam presentes os requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º*, o que impediria a rediscussão da questão na via recursal, poderia haver o *risco* de que, posteriormente, quando a questão prejudicial fosse suscitada em um novo processo, se chegasse a uma solução distinta. Deste modo, poderia se entender que houve a formação de coisa julgada sobre a solução de uma questão que *a parte não teve a oportunidade de rediscutir em via recursal*¹¹¹.

Esta última solução, porém, não parece ser aceitável: haveria, neste caso, uma evidente violação à cláusula da *boa-fé objetiva* (CPC/15, art. 5º), decorrente da frustração da legítima expectativa criada na parte de que a reanálise da questão prejudicial em processos futuros não seria impedida. Ainda mais evidente seria o fato de que, ante a vedação à utilização do recurso para rediscutir a questão prejudicial incidental, não estaria preenchido o requisito do *contraditório efetivo* (CPC/15, art. 503, § 1º, II), o que, então, *impediria a formação de coisa julgada* a respeito. Deste modo, por vias oblíquas, seria dotada de *definitividade* a decisão, proferida por ocasião da inadmissão do recurso, a respeito da *ausência dos pressupostos* para a formação de coisa julgada sobre a situação prejudicial, o que, acabaria por contrariar a premissa acima fixada a respeito da competência para verificar o preenchimento dos requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º.

Por todas essas razões, repita-se, não parece que a presença dos requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º deveria ser analisada para fins de admissibilidade do recurso interposto exclusivamente contra a resolução da questão prejudicial incidental.

¹¹¹ O mesmo risco é vislumbrado por Consolo: “De todo modo, a própria carência de um prejuízo extraprocessual em ordem à solução de determinadas questões, por ter sido aquela solução absorvida, ou resultado negativa mas não vinculante, dificilmente se poderia considerar definida pelo juiz da impugnação da primeira sentença: a avaliação a respeito realizada para negar a sucumbência e assim a admissibilidade do gravame [...] parece inidônea a vincular os juízes dos sucessivos novos processos quanto à determinação do alcance objetivo da coisa julgada precedente; fácil é assim imaginar a possibilidade de opiniões conflitantes com consequentes graves iniquidades sobre a parte privada do direito de impugnar uma decisão que poderia depois resultar para ela efetivamente prejudicial” (*Il cumulo condizionale di domande*, t. I, Cap. IV, n. 3, p. 493-494 – *tradução livre*).

Todas essas considerações seriam válidas, repita-se, *caso houvesse a possibilidade* de formação de coisa julgada sobre a situação jurídica incidental na primeira das situações aventadas, em que a questão tenha sido resolvida de modo *desfavorável* ao vencedor. Nesta hipótese, como se disse, não se poderia negar à parte o direito ao recurso com vistas a evitar que aquela autoridade viesse futuramente a repercutir de modo prejudicial a seus interesses.

O fato, porém, é que, como veremos mais à frente¹¹², a interpretação a ser dada ao requisito previsto no art. 503, § 1º, I, do CPC/15, segundo o qual a coisa julgada somente recai sobre a questão prejudicial de cuja resolução *depende o julgamento do mérito*, faz com que apenas exista a possibilidade de formação daquela autoridade em relação às situações jurídicas decididas de modo *favorável* ao vencedor. Ou, a partir das noções anteriormente desenvolvidas, não haverá que se falar em coisa julgada sobre uma prejudicial cuja resolução tenha sido *irrelevante* para o resultado final da causa, por não ter provocado qualquer influência concreta sobre a situação prejudicada¹¹³, o que ocorre invariavelmente com as questões resolvidas desfavoravelmente à parte exitosa quanto ao julgamento das pretensões que compõem o objeto do processo¹¹⁴.

Diante disso, então, não havendo a possibilidade de que a coisa julgada venha a recair sobre a análise de uma situação jurídica prejudicial resolvida de modo desfavorável ao vencedor, não haverá interesse em recorrer apenas com a o fim de *evitar* o prejuízo que disso decorreria.

As razões para referida interpretação para o requisito do art. 503, § 1º, I, decorrentes sobretudo da economia processual e da garantia do contraditório, serão vistas adiante, mas é de se mencionar ao menos uma circunstância, ligada diretamente ao tema do presente tópico: ao impedir a formação de coisa julgada sobre um elemento prejudicial

¹¹² Ver, *infra*, o item n. 5.10.

¹¹³ Neste sentido, sobre as razões pelas quais a potencial influência que o elemento prejudicial provoca sobre o prejudicado pode não se converter em influência efetiva, ver, *supra*, o item n. 2.3.

¹¹⁴ É interessante notar que, ao analisar o mesmo tema de que nos ocupamos no presente tópico, Menchini também destacou a irrelevância das hipóteses em que a questão incidental é resolvida em sentido contrário ao vencedor, o que, à semelhança dos casos em que a questão simplesmente não é analisada, levaria à impossibilidade de formação de coisa julgada a seu respeito: “Não assume relevo a circunstância de que a questão tenha sido rejeitada ou então tenha restado absorvida; na verdade, a defesa mais vantajosa, ainda que tenha sido expressamente tratada e decidida (de modo desfavorável à parte que de qualquer forma tenha se tornado vencedora), não constituindo o motivo determinante da sentença, não desempenha papel algum sobre a determinação do alcance objetivo da coisa julgada” (“L’ordine di decisione delle questione...”, p. 1011, nota n. 83 – *tradução livre*).

resolvido de modo desfavorável ao vencedor, evita-se que ele tenha de interpor recurso apenas contra este específico ponto. E isso, por sua vez, evita o prolongamento do estado de litispendência para que seja apreciada uma situação jurídica em relação à qual nenhuma das partes optou por formular demanda específica, e que, portanto, seria meramente instrumental em relação às pretensões deduzidas.

Não se ignora que tal raciocínio é de certo modo tautológico, na medida em que parte da premissa de que a ausência de formação de coisa julgada em uma situação específica impede a interposição de recurso, o que, por sua vez, justifica a opção interpretativa que leva a este mesmo resultado. De todo modo, como será a seu tempo demonstrado são justamente as *consequências* da adoção dessa premissa o que faz com que seja ela preferível em relação a outras opções.

Essas considerações, porém, não esgotam o tema que é objeto de nossas preocupações no presente tópico. Por um lado, a premissa de que não haverá a formação de coisa julgada de modo desfavorável ao vencedor explica o porquê de ele não precisar recorrer apenas com o fim de *evitar* um resultado contrário aos seus interesses. Por outro lado, porém, a mesma premissa *nada diz quanto à possibilidade de que, com o recurso, a parte vitoriosa vise a que, em seu benefício, se torne imutável uma questão prejudicial que, até então, não teria tal aptidão.*

É necessário, então, averiguar se haveria algum empecilho a que a parte vitoriosa interpusesse recurso apenas com a finalidade de obter, em seu favor, a formação de coisa julgada sobre a situação jurídica prejudicial.

Com isso, então, voltamos à segunda das situações que nos propusemos a analisar, em que *não tenha sido analisada* uma situação jurídica prejudicial que *poderia* ter sido resolvida em favor da parte vencedora. É o que ocorreria, no exemplo dado, com a hipótese em que a demanda condenatória tenha sido julgada improcedência em virtude do acolhimento da exceção de pagamento, e que não tenha sido apreciada a alegação de nulidade do contrato.

Neste caso, então, é de se cogitar da possibilidade de que o requerido interponha recurso não com o objetivo de evitar a formação de coisa julgada sobre a alegação de nulidade em seu desfavor, mas sim com vistas a que ela seja analisada pelo tribunal para que, a partir de então, sendo adotado como fundamento determinante do julgamento, venha adquirir a autoridade de coisa julgada.

Em tal hipótese, não há como negar que, a partir da noção de *sucumbência material*, configurada quando o julgamento do recurso puder outorgar à parte uma situação mais vantajosa do ponto de vista prático que aquela que deflui da decisão impugnada, estaria presente o *interesse recursal*.

Nestes casos, porém, é necessário retornar à ideia, tantas vezes afirmada ao longo do trabalho, de que, *não constando a questão prejudicial do objeto do processo*, as partes não têm o direito de vê-la analisada senão enquanto fundamento para o julgamento do mérito. Como se disse, a partir do momento em que, podendo ter deduzido demanda específica a respeito, a parte tenha deixado de fazê-lo, não parece ser possível, *a posteriori*, impugnar a resolução da situação jurídica *apenas* com vistas à obtenção de coisa julgada a seu respeito¹¹⁵. Caso contrário, um elemento que originariamente era *incidental* – e, portanto, instrumental em relação ao julgamento do mérito – se transmudaria, para fins recursais, em *questão principal*¹¹⁶.

3.10. Ação declaratória, questões prejudiciais e interesse de agir

Uma vez que tenhamos deixado clara a distinção de tratamento que se deve estabelecer entre as pretensões que constam do objeto do processo e as questões

¹¹⁵ Em sentido contrário é a opinião de Claudio Consolo, quando, por hipótese, analisa a questão do interesse recursal a partir da tese – *com a qual não concorda* – de que, no direito italiano, a coisa julgada se estenderia às questões prejudiciais, nos moldes do que ocorre no direito norte-americano, e à semelhança do que restou consagrado no art. 503, § 1º, do CPC/15: “[...] em caso de formulação no curso do juízo de primeiro grau de alegações, uma à outra subordinada, será legitimado a impugnar a sentença que acolhe a demanda também o autor onde tal decisão se funda sob a alegação subordinada e assim não se preste a atribuir-lhe também a desejada decisão positivamente vinculante sobre a ‘questão preliminar principal’. Mais à frente, ainda, o autor procura rebater a ideia de que a ausência de formulação de demanda impediria semelhante solução: “justamente a iniciativa da parte de estruturar gradualmente as próprias alegações mostra na verdade, ao menos em via de máxima, o empenho e o interesse colocado em vista da sua solução, na medida em que essa deva ocorrer apenas incidentalmente em relação à decisão sobre o direito, constituindo uma espécie de *subproduto*” (*Il cumulo condizionale di domande*, t. I, Cap. IV, n. 3, p. 490-491 – *tradução livre*). É justamente da adoção dessa última premissa que decorre a discordância do que sustentou o autor em relação ao que defendemos no texto, já que, segundo procuramos esclarecer acima, o fato de não formular demanda sobre a situação jurídica prejudicial *impediria* a parte de buscar a sua análise apenas com o fim de obter a formação de coisa julgada a seu respeito.

¹¹⁶ Em sentido semelhante parece ser também a opinião de Rodrigo Ramina de Lucca, segundo o qual “não se pode ignorar a falta de coerência lógica em se permitir o recurso de uma questão *incidental*, analisada única e tão somente como pressuposto necessário da decisão principal. A mesma questão será *incidental* em primeiro grau, mas *principal* no âmbito recursal. Apesar da inegável gravidade da consequência imposta à parte pelo art. 503, § 1º, deve-se buscar uma solução mais pragmática, vedando-se recursos que busquem única e exclusivamente a reforma das decisões prejudiciais incidentais. O raciocínio é similar ao desenvolvido anteriormente [...]. Se a parte quer discutir especificamente a questão prejudicial, então deve incluí-la no mérito do processo pela via adequada (demandando, reconvindo etc.) e dar-lhe *status* de questão *principal*. Enquanto a questão for *incidental*, assim deverá ser tratada” (“Os limites objetivos da coisa julgada...”, n. 5.3.).

prejudiciais incidentais, é relevante, neste momento, assentar algumas noções referentes à viabilidade de que seja proposta *ação declaratória* sobre uma determinada relação jurídica prejudicial – que, assim, conforme a classificação vista anteriormente, faria surgir uma *causa prejudicial* –, a despeito da previsão do art. 503, § 1º do CPC/15.

A questão se coloca pelo fato de que, levando em consideração que, no sistema do CPC/15, a coisa julgada pode recair sobre a questão prejudicial independentemente da existência de pretensão a este respeito, poder-se-ia questionar se haveria *interesse de agir* (*necessidade*) para a formulação de tal pedido.¹¹⁷

A resposta, como a esta altura já deve ter ficado evidente, somente pode ser positiva.

Como se procurou deixar claro, não integrando o objeto do processo, a situação jurídica prejudicial será analisada apenas na medida do estritamente necessário para fins de fundamentação da decisão de mérito. Para além destes limites, as partes não têm qualquer possibilidade de controlar se a questão será ou não apreciada e, portanto, se sobre ela recairá a autoridade de coisa julgada. Como visto, com exceção de algumas hipóteses específicas, a ordem de enfrentamento das questões relevantes para a decisão de mérito é em geral determinada por imperativos ligados à duração razoável do processo, não tendo, a vontade das partes, qualquer relevância para tanto.

Além disso, é de se lembrar de que os §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC/15 exigem a presença de alguns requisitos específicos para que a questão prejudicial se torne imutável e indiscutível. Como será adiante aprofundado, algumas destas condições, como as dos incisos I e II do § 1º do art. 503, escapam claramente ao controle das partes, o que diminui, ainda mais, a margem de certeza sobre a formação, ou não, de coisa julgada material.

Neste cenário, é perfeitamente possível que a um dos sujeitos envolvidos na situação litigiosa interesse *garantir* que a existência, inexistência ou modo de ser de determinada relação jurídica prejudicial seja objeto de análise pelo órgão julgador e que tal

¹¹⁷ Neste sentido, expressamente, é o que afirma Ricardo Alexandre da Silva: “Como o código vigente, nos termos do art. 503, §§1º e 2º, autoriza a extensão da res judicata à questão prejudicial, indaga-se se ainda haveria interesse na propositura de ação declaratória incidental. [...] A resposta é negativa” (*Limites objetivos da coisa julgada...*, p. 166-167). Vale dizer que, a despeito de tratar especificamente da *ação declaratória incidental* – tema de que nos ocuparemos no próximo tópico –, o autor desenvolve considerações de ordem mais geral, no sentido de recusar a existência de *interesse de agir* na propositura de demanda declaratória sobre a situação jurídica prejudicial.

decisão se torne definitiva. Neste caso, considerando a autorização contida no art. 19, I, do CPC/15, não parece lícito recusar ao interessado a via da ação declaratória¹¹⁸.

Deste modo, o fato de, no sistema do CPC/15, ser possível a formação de coisa julgada sobre uma situação jurídica prejudicial sem que ela conste do objeto do processo não pode servir de obstáculo para que, respeitadas as regras processuais referentes à formulação de demanda, uma das partes efetivamente deduza pretensão declaratória em relação a ela. Assim, repita-se, a relação jurídica deverá ser, inexoravelmente, analisada em caráter principal, caso em que sobre ela recairá a autoridade de coisa julgada na forma do art. 503, *caput*.

Segundo nos parece, ainda, a pretensão declaratória sobre a questão prejudicial pode ser formulada no *mesmo processo* em que se discute a questão prejudicada, por meio de alguma das formas de cumulação de pedidos, ou, ainda, em *outro processo*, fazendo surgir o fenômeno da prejudicialidade externa, com consequências que veremos adiante.

3.11. (Segue) Permanência da ação declaratória incidental?

A partir dessa constatação, pode-se enfrentar outra questão, concernente à manutenção, ou não, da *ação declaratória incidental* no sistema do CPC/15.

Como se sabe, no sistema do CPC/73, não tendo as questões prejudiciais decididas incidentalmente a capacidade de adquirir a autoridade de coisa julgada material (art. 469, III), era possível a qualquer das partes, na forma dos arts. 5º, 325 e 470, requerer, no curso do processo, sua resolução também a título principal, para que, assim, se tornassem indiscutíveis em processos futuros.

Por outro lado, considerando que, no sistema do Código de 2015, as questões prejudiciais incidentais têm a aptidão de transitar materialmente em julgado,

¹¹⁸ No mesmo sentido: “Não há falta de interesse no ajuizamento dessa ação declaratória, exatamente porque o regime da coisa julgada relativa à questão principal é diferente (mais rigoroso) do regime da coisa julgada relativa à questão prejudicial incidental” (DIDIER Jr., Fredie. “Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro”. In: *Civil Procedure Review*, v.6, n.1: 81-94, jan-apr., 2015. n. 6.6, p. 93). Na mesma linha, ainda: CABRAL, Antonio do Passo. “Comentários aos arts. 502 a 508”, p. 1295-1297; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1154.

independentemente de pedido, seria de se imaginar, como vem sustentando maciçamente a doutrina, que não mais subsiste o instituto da ação declaratória incidental¹¹⁹.

Trata-se, segundo nos parece, de afirmação correta. É necessário, entretanto, entender exatamente qual é o seu significado.

Como visto acima, subsiste, não obstante a previsão do art. 503, § 1º, o interesse de agir na propositura de ação declaratória quanto à relação jurídica prejudicial. É de se notar, inclusive, que referido interesse pode surgir *apenas no curso do processo* em que se discute a questão prejudicada, ante a existência da criação de controvérsia por uma das partes sobre a existência, inexistência e modo de ser da prejudicial.

Por outro lado, a análise do texto do CPC/15 revela, claramente, que, com exceção da autenticidade ou falsidade de documento (art. 433), não foi prevista a figura da ação declaratória incidental.

Diante disso, pode-se dizer que a propositura de ação declaratória sobre a questão prejudicial, no curso do processo, *deve respeitar as regras relativas à estabilização objetiva da demanda* (CPC/15, art. 329). Isto é: a formulação da pretensão declaratória, nestes casos, deve respeitar as regras preclusivas que se impõem à dedução de qualquer outro pedido.

É de se notar, a este respeito, que a ação declaratória incidental representava, no sistema do CPC/73, uma atenuação, *sobretudo em favor do autor*, das regras de estabilização da demanda. E isto, porque permitia que, *após a contestação*, na fase das providências preliminares (art. 325), o requerente ampliasse o objeto do processo *independentemente da concordância do réu*, excetuando, dessa forma, a regra do art. 264, *caput*.

O réu, por sua vez, conforme doutrina majoritária, deveria se valer da ação declaratória incidental quando da apresentação de sua resposta, momento em que, pela via

¹¹⁹ Assim, por exemplo: AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do Novo CPC*. São Paulo: RT, 2015. p. 609; BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual...*, p. 403-405; FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários...*, vol. IX, p. 141; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 335; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 696-697; TALAMINI, Eduardo. “Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Código de Processo Civil anotado*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci [et al.]. Rio de Janeiro: GZ, 2016. p. 716-717; THEODORO Jr., Humberto. *Curso...*, vol. I, n. 810, p. 1151-1154.

da reconvenção, já lhe seria lícito ampliar o objeto do processo¹²⁰. Nesta linha, inclusive, sustentava-se que o pedido declaratório sobre a relação jurídica prejudicial formulado pelo réu era uma verdadeira reconvenção¹²¹.

No sistema do CPC/15, como dito, o desaparecimento da ação declaratória incidental significa, apenas, que os pedidos declaratórios quanto à relação jurídica prejudicial devem respeitar as regras gerais de estabilização objetiva da demanda¹²². Sendo assim, em primeiro lugar, nada obsta a que o réu, como ocorria no Código revogado, se utilize da reconvenção para deduzir a sua pretensão declaratória, ante a clara relação de conexão decorrente da prejudicialidade¹²³.

Quanto ao autor, poderá, antes de tudo, deduzir, já em sua petição inicial, o pedido declaratório quanto à relação jurídica prejudicial, cumulado com as demais pretensões. Por

¹²⁰ Neste sentido: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. n. 76, p. 66; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012; BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 396. p. 93; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. n. 86, p. 140-142. Para um panorama doutrinário da questão, ver, com proveito: SICA, Heitor Vitor. *O direito de defesa no processo civil*, p. 186-188.

¹²¹ “Como já dito, a reconvenção se presta à formulação de pedido de sentença de qualquer natureza (declaratória, constitutiva ou condenatória). Quando a reconvenção traz pedido de sentença declaratória da existência ou da inexistência de relação jurídica influente no julgamento da demanda inicial, ela desempenha a mesma função que o ordenamento reserva à ação declaratória incidental [...]. Tendo em vista essa aptidão da reconvenção, o legislador sequer se preocupa em disponibilizar a especial ação declaratória incidental para o réu que, já por ocasião da resposta, tem interesse em ver declarada a existência ou a inexistência de relação jurídica da qual depende a sorte da demanda inicial: a demanda reconvençional é o veículo adequado para a formulação de pedido de tutela jurisdicional nessas circunstâncias. Desse modo, despontam como fenômenos substancialmente iguais a reconvenção com esse específico conteúdo declaratório e a ação declaratória incidental” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33-34). No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. n. 1109, p. 542-543; SICA, Heitor Vitor. *O direito de defesa no processo civil...*, p. 187-188.

¹²² É interessante notar que, na vigência do Código de 1939, Ada Pellegrini Grinover referia-se justamente às regras concernentes à estabilização da demanda a fim de negar a admissibilidade da ação declaratória incidental: “Diremos, então, que o sistema do Direito brasileiro, consagrando o princípio da estabilização do pedido, impede a acolhida de declaratória incidental, em casos outros que não os expressamente previstos pelo legislador” (*Ação declaratória incidental*. São Paulo: RT, 1972. n. 75, p. 110).

¹²³ Neste sentido, já sobre o CPC/15: “Ao réu, contudo, continua sendo facultada a possibilidade de propor, pela via da reconvenção, uma verdadeira ação declaratória incidental com pedido de declaração *principaliter* sobre eventual causa prejudicial, desde que conexa com a demanda principal ou com os fundamentos da defesa (art. 343) – e, como é natural, a sentença que julgar essa demanda reconvençional juntamente com a principal, será uma decisão *principaliter* e portanto suscetível de obter aquela autoridade em ambos os seus capítulos (inclusive o reconvençional)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 53-54). No mesmo sentido: DIDIER Jr., Fredie. “Extensão da coisa julgada à resolução...” p. 93; TUCCI, José Rogério Cruz e. “Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 493.

outro lado, não mais poderá formular tal pretensão após a citação do réu sem a concordância deste, em respeito à regra do art. 329, II do CPC/15¹²⁴.

Nada impede, por outro lado, que, estando em curso o processo, o autor ou o réu ajuíze a ação declaratória autônoma em relação à questão prejudicial, requerendo a sua distribuição por dependência, ante a existência de conexão entre as causas (CPC/15, art. 286, I)¹²⁵, o que, então, pode levar ao surgimento de processo cumulativo em torno das pretensões prejudicial e prejudicada¹²⁶.

3.12. (Segue) Questões prejudiciais, litispendência e prejudicialidade externa

Ainda no mesmo contexto, outra questão que se poderia colocar diz respeito à possibilidade de que a *questão prejudicial incidental* capaz de adquirir autoridade de coisa julgada por força do art. 503, § 1º, do CPC/15 induza *litispendência*, de modo a impedir a propositura de demanda em relação ao seu objeto, e o *momento* em que isso ocorreria.

Poder-se-ia imaginar, nessa linha, que, uma vez tendo surgido em juízo uma dada situação jurídica prejudicial, a possibilidade de formação de coisa julgada a seu respeito obstaría o ajuizamento de demanda que tenha aquela situação como objeto principal. Isso poderia ocorrer, por exemplo, desde o instante em que a questão é suscitada no processo, ou, ainda, a partir de algum momento em que juiz constatasse a presença dos requisitos do art. 503, § 1º, do CPC/15.

¹²⁴ Na mesma linha, também afirmando que a supressão da ação declaratória incidental no CPC/15 afeta apenas o autor, é o que escreve Cândido Dinamarco: “No estado atual do direito positivo brasileiro, sendo omissa o Código vigente a esse respeito, já não se poderá sustentar a oferta do caminho da ação declaratória incidental *ao autor*, com a mesma amplitude que antes [...]. *O réu*, porém, terá sempre a oportunidade de pedir de modo incidental uma declaração como essa, o que fará pela via da *reconvenção*” (*Instituições...*, vol. III, n. 1093, p. 271).

¹²⁵ Sobre a prejudicialidade como forma de conexão entre demandas: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. n. 39, p. 241-245; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2007. p. 114-122; MONTESANO, Luigi. “Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del Codice di Procedura Civile”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1988. n. 5, p. 303; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, Cap. IV, n. 8, esp. p. 374-377.

¹²⁶ Curioso notar que, na vigência do CPC/39, ante a ausência de previsão da ação declaratória incidental, Ada Pellegrini Grinover sugeriu a mesma possibilidade: “[...] no Direito pátrio, ao autor e ao réu nada mais resta senão ajuizar ação declaratória em apartado, a qual, em face das regras da competência por conexão, será cumulável com a ação em que surgiu a questão prejudicial” (*Ação declaratória incidental*, p. 111).

Por tudo o que se disse, porém, nos parece que, *não tendo sido formulada pretensão específica* quanto à questão prejudicial, a circunstância de que sobre sua resolução pode vir a se formar coisa julgada *não induz litispendência*.

Afinal, como se sabe, *a litispendência é efeito da propositura de uma demanda*¹²⁷, responsável por trazer a juízo uma determinada pretensão, fazendo com que fique ela pendente de apreciação. Enquanto durar, este *estado processual* traz, como consequência, a *impossibilidade* de se repropor a mesma demanda em juízo, a fim de evitar a *duplicidade* daquele objeto¹²⁸.

No caso de que se cogita, porém, *não há demanda* em relação à situação jurídica prejudicial incidental, de modo que, em um sentido estritamente técnico, não se pode falar que exista, a seu respeito, uma pretensão pendente de análise. Não há, assim, quanto à prejudicial incidental, a pendência das *aspirações e expectativas* quanto à obtenção de um dado pronunciamento de que falava Chiovenda ao definir a litispendência, uma vez que, como visto, não têm as partes o *poder* de exigir o enfrentamento da questão prejudicial em caráter principal¹²⁹. Deste modo, o fato de estar em curso um processo em que se discuta, incidentalmente, uma relação jurídica prejudicial não impede, se esta não integrar o seu objeto litigioso, que se ajuíze outra ação tendo como objeto principal a mesma questão.

Além de refletir tais concepções teóricas, essa tomada de posição se justifica no fato de que, como tantas vezes afirmado ao longo do trabalho, não estando a questão prejudicial incidental submetida à regra da correlação, não se sabe se ela será efetivamente analisada em juízo. Ainda que o seja, aliás, não há como afiançar se estarão preenchidos os requisitos necessários à formação da coisa julgada a seu respeito. Desse modo, impedir que se ajuíze demanda em relação àquela situação jurídica poderia redundar na *violação da*

¹²⁷ Neste sentido, sobre a litispendência como *efeito da demanda*, que configura um *estado processual* consistente na pendência de uma pretensão, o que, por sua vez, impede a repositura da mesma ação, vale conferir, com mais referências doutrinárias: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013. n. 5.2.1, p. 217-218.

¹²⁸ Nessa linha, são elucidativas as palavras de Carnelutti, segundo o qual “um dos efeitos da *litispendência* (dedução do litígio em um processo) é, precisamente, o de privar a qualquer outro juiz do poder de julgar o mesmo assunto” (*Sistema de derecho procesal civil*, vol. I. Trad.: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944. n. 107, p. 358 – *tradução livre*).

¹²⁹ Vale, a este respeito, a leitura da definição de Chiovenda para a litispendência: “A *litispendência* consiste exatamente nessa pendência de *aspirações e expectativas*; e dura enquanto uma parte, a serviço de suas próprias *aspirações*, pode pretender um pronunciamento da autoridade judiciária” (*Instituições...*, vol. I, n. 17, p. 56). Como afirmado no texto, falta, em relação à prejudicial incidental, justamente essa *aspiração de poder pretender um pronunciamento* a seu respeito, uma vez que, como visto no presente capítulo, não há um dever decisório do juiz em analisa-la em caráter principal.

garantia do acesso à justiça (CF/88, art. 5º, XXXV), na medida em que, com isso, se estaria obstando a prestação da tutela jurisdicional em relação a um direito com vistas a um resultado que não se sabe se efetivamente será alcançado.

É interessante notar que, diante dessa ideia, podem se dissociar os *requisitos* necessários à constatação da presença de *litispendência* e da *coisa julgada* enquanto pressupostos processuais negativos (CPC/15, art. 337, §§ 1º a 4º; art. 485, V)¹³⁰. Isso porque, se por um lado, como dito, a existência de controvérsia sobre a questão prejudicial não induz litispendência, por outro, *uma vez que tenha sido aquela situação jurídica analisada na decisão de mérito, presentes os requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º do CPC/15, e preclusas as vias recursais*, formar-se-á coisa julgada material, que impedirá, com seus efeitos negativos, a renovação da questão em juízo.

Não há como negar, todavia, que a visão agora sustentada pode acarretar certos problemas, decorrentes da tramitação simultânea de processos que, ainda que não tenham um mesmo objeto – fato que, como se disse, impede que se possa falar em duplicidade de litispendências –, *podem resultar em coisas julgadas sobre um mesmo elemento*.

Antes de tudo, não parece haver dúvidas, como indicado ao final do tópico anterior, que, tendo sido proposta demanda que tenha, como objeto principal, um elemento que seja prejudicial à pretensão deduzida em outro processo, deverão os feitos, se possível, ser *reunidos para julgamento conjunto*, em decorrência da *conexão* (CPC/15, art. 55, § 1º). Nestes casos, fundidos os objetos dos dois processos em um só, não haverá maiores problemas, uma vez que será possível tratar de forma coordenada tanto do elemento prejudicial quanto do prejudicado, estando ambos sujeitos à coisa julgada na forma do art. 503, *caput*¹³¹.

¹³⁰ Embora não trate especificamente da questão de que agora nos ocupamos, Marcelo Abelha Rodrigues também nota a possibilidade de que nem sempre coincidam os alcances da coisa julgada e da litispendência: “Conquanto a litispendência e a coisa julgada sejam figuras muito próximas (*res in iudicium deducta* e *res iudicata*), nem sempre existe uma perfeita simetria entre os institutos, de forma que não será lícito afirmar que a litispendência é a coisa julgada que ainda não ocorreu, como acaba por sugerir o art. 337, § 3º, do CPC. Essa ausência de simetria justifica-se precipuamente pelo fato de que, enquanto a coisa julgada é um instituto profundamente preso ao direito material constitucional, a litispendência é, inversamente, atrelada ao direito processual” (*Manual de direito processual civil*, p. 441). Em sentido semelhante, ainda: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa...*, p. 246, nota n. 143.

¹³¹ “Reúnem-se processos que já estejam em curso em juízos separados, dentre outras hipóteses, quando se relacionem pela *prejudicialidade*, de modo que o teor da decisão de um deles dependa daquilo que for decidido no outro. Transforma-se num único processo, objetivamente mais *largo* e logicamente mais *profundo*, aquilo que se realizaria em dois, permitindo-se que uma única instrução probatória seja realizada (economia) e que o mesmo juiz decida as duas causas simultaneamente (harmonia)” (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, p. 229).

O problema, entretanto, ocorrerá em hipóteses nas quais o processo em que se tenha deduzido a pretensão prejudicada esteja em estágio de desenvolvimento *incompatível* com a reunião¹³².

Isso ocorrerá, primeiramente, de modo claro, em hipótese na qual, no momento em que proposta a demanda prejudicial, já tenha sido julgada a pretensão prejudicada. Neste caso, nos termos do art. 55, § 1º, do CPC/15 – dispositivo que encampou a orientação consagrada na Súmula nº 235 do STJ –, não há a possibilidade de reunir, num mesmo procedimento, ambas as demandas.

Nestas situações, em que se mostra inviável a reunião de demandas conexas por prejudicialidade, a solução geralmente apontada pela doutrina¹³³ e indicada pelo Código, a fim de evitar a prolação de decisões conflitantes, é a da *suspensão da causa prejudicada* pelo prazo máximo de um ano, a fim de aguardar o julgamento da demanda prejudicial (art. 313, V, “a”)¹³⁴.

Trata-se, entretanto, de solução que deve ser vista com certos cuidados, tendo em vista os evidentes prejuízos decorrentes da paralização da tramitação da causa prejudicada. Neste sentido, inclusive, parte da doutrina aponta que a suspensão não deve ser vista como

¹³² É de se notar que, para os fins do presente tópico, é *irrelevante* o outro dos impedimentos que pode existir para a reunião de demandas conexas, decorrente das regras de *competência absoluta*, que, como se sabe, não se prorroga em virtude da conexão (CPC/15, art. 54). Isso porque, caso tal situação se verifique entre demandas ligadas por um vínculo de prejudicialidade externa, não haverá a possibilidade de que, na demanda prejudicada, se forme coisa julgada sobre o elemento prejudicial incidental, considerando o requisito do art. 503, § 1º, III. Neste caso, ainda que exista a necessidade de buscar a harmonia entre os respectivos julgados, *não haverá a possibilidade de formação de coisa julgadas conflitantes sobre uma mesma situação jurídica*, que é, ao mesmo tempo, objeto principal de um processo, e incidental ao de outro.

¹³³ A este respeito, afirma Recchioni que, a fim de buscar a coordenação das decisões sobre elementos ligados por relações de prejudicialidade, para que, assim, seja respeitado o vínculo substancial entre os respectivos objetos, o legislador pode trabalhar com duas técnicas distintas, “impondo o a paralização do procedimento condicionado ou prejudicado à espera da definição do procedimento prejudicante, ou então buscar realizar aquela coordenação entre juízos mediante o instrumento do *simultaneous process*, agrupando em um único juízo de natureza cumulativa os dois processos separadamente propostos” (*Pregiudizialità processuale...*, p. 410-411 – *tradução livre*). Nessa linha, então, a doutrina brasileira costuma afirmar que, entre os dois instrumentos, o da reunião de demandas seria prioritário, apenas se devendo recorrer à suspensão caso não seja possível realizar aquela (assim, por exemplo: LEITE, Clárisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, p. 230-231; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 132; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*, p. 250).

¹³⁴ Sobre a possibilidade de suspensão da causa prejudicada em virtude da propositura de demanda prejudicial, *mesmo que aquela já esteja em grau de recurso*: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. n. 485, p. 89.

medida obrigatória, devendo o juiz avaliar a conveniência da adoção de tal providência¹³⁵. É exatamente o que, a nosso ver, deve ocorrer na situação de que tratamos neste tópico.

Em primeiro lugar, na medida em que já tenha sido julgada a pretensão prejudicada, é possível verificar se a questão prejudicial, que constitui o objeto principal da demanda posteriormente deduzida, mostrou-se realmente relevante para a definição daquela primeira. Com efeito, pode ocorrer, na linha do que foi visto, que a situação prejudicial sequer tenha sido apreciada na sentença, em virtude de o juiz ter optado por algum outro caminho lógico disponível para alcançar a mesma conclusão.

No caso, então, de a situação jurídica prejudicial ter se mostrado *irrelevante* para a solução da demanda prejudicada, não faz sentido determinar a suspensão de seu processamento, tendo em vista a possibilidade de que a controvérsia seja encerrada sem que, para isso, seja necessário enfrentar aquela questão¹³⁶. Nesta hipótese, ambos os processos poderão, ao menos num primeiro momento, prosseguir de modo independente.

Já na hipótese oposta, em que a situação prejudicial – objeto do processo posteriormente iniciado – tenha sido *efetivamente enfrentada* na decisão da demanda prejudicada, mostrando-se relevante para a solução nela adotada, a questão merece uma análise mais cautelosa.

Nestes casos, poder-se-ia pensar, é claro, que a solução a ser adotada seria a suspensão da tramitação da demanda prejudicada, a fim de aguardar o julgamento da causa prejudicial, na forma do art. 313, V, “a”, do CPC/15. Com isso, se poderia garantir a harmonia entre as respectivas decisões, tendo em vista a relevância que o objeto de uma tem para o de outra. Esta medida provoca, entretanto, logo à primeira vista, o grave inconveniente de retardar o desfecho de um processo em que *já houve julgamento*, o que

¹³⁵ Assim, dentre outros: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. II, n. 485, p. 90.

¹³⁶ Nesse sentido, Clarisse Frechiani Lara Leite afirma que, a fim de decidir a respeito da suspensão, “o juiz deverá analisar a indispensabilidade da premissa representada pela causa prejudicial para decidir o processo prejudicado. Assim, se a decisão puder ser alcançada com base em caminhos alternativos à conclusão, o juiz afastará *momentaneamente* a suspensão” (*Prejudicialidade no processo civil*, p. 278). Vale dizer que, na hipótese de que cogitamos no texto, pelo fato de *já ter havido decisão* na causa prejudicada, o juiz pode verificar, efetivamente, se a análise da prejudicial foi ou não um elemento relevante para a sua análise. É claro que, ainda assim, pode ocorrer de, em grau de recurso, o tribunal afastar o fundamento utilizado na sentença, fazendo com que, com isso, passe a ser relevante um elemento prejudicial que até então não o era. Neste caso, então, caberá uma nova avaliação a respeito da conveniência da suspensão.

durará possivelmente um ano, prazo dentro do qual não é possível afiançar que efetivamente será julgada a pretensão prejudicial¹³⁷.

Tendo em vista, todavia, a regra do art. 503, § 1º, do CPC/15, parece-nos possível cogitar de solução diferente.

Tradicionalmente, a doutrina entende, com razão, que o surgimento, em caráter *incidental*, de uma questão que seja *prejudicial* a uma demanda a ser julgada em outro processo, não seria suficiente para levar à *suspensão* da tramitação deste último. Isso porque, em geral, os elementos analisados em caráter incidental não são capazes de produzir efeitos exteriores ao processo, o que afasta a utilidade da suspensão de outro procedimento por prejudicialidade externa¹³⁸.

Por outro lado, a partir do momento em que a análise incidental de determinado elemento é capaz de projetar efeitos externos ao processo, torna-se possível imaginar a hipótese de que, em virtude disso, seja suspenso o curso de procedimento em que esteja em jogo pretensão dele dependente. É precisamente isso, aliás, o que ocorre com a suspensão do processo civil em virtude da prejudicial penal, que é composta de conteúdos que não serão analisados em caráter principal no juízo criminal¹³⁹.

Deste modo, diante da *possibilidade* de que, por força do art. 503, § 1º, do CPC/15, a coisa julgada venha a atingir uma questão analisada em caráter *incidental*, o que fará com que sua solução produza *efeitos externos* ao processo, se pode ao menos cogitar da possibilidade de que, em vez de paralisar o curso da demanda prejudicada – já sentenciada, na hipótese imaginada – seja suspenso o andamento do processo em que se analisaria a questão prejudicial a título principal.

¹³⁷ A este respeito, vale a leitura das críticas de Dinamarco ao prazo estabelecido pelo legislador: “Com realismo, todavia, percebe-se facilmente que um ano é muito pouco para que um processo chegue ao fim, com uma decisão de mérito passada em julgado. Esperar durante um ano e logo em seguida dar prosseguimento ao processo, muito provavelmente sem que a causa prejudicial haja sido julgada, na maioria dos casos não passaria de uma ou e simples *perda de tempo*. Seria preferível não ter esperado” (*Instituições...*, vol. III, n. 1041, p. 197-198).

¹³⁸ Nessa linha, uma vez mais, é o que escreve Clarisse Frechiani Lara Leite: “[...] é preciso que a prejudicial integre o *objeto* de outro processo, e não apenas o *objeto de conhecimento do juiz*. Não se suspende o curso do procedimento para aguardar a solução de uma questão de mérito prejudicial em outro processo, porque essa ‘decisão’ não tem o condão de produzir efeitos para além do processo em que proferida, não condicionando o juízo da causa prejudicada” (*Prejudicialidade no processo civil*, p. 276).

¹³⁹ Assim: “A prejudicialidade que se configura em tais hipóteses é em grande parte das vezes do raro tipo de *motivo prejudicial externo*, porque algumas questões que podem influenciar a decisão do juiz civil são resolvidas no âmbito da *motivação* da sentença penal, e não em seu dispositivo (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, n. 47, p. 270).

Neste caso, uma vez que transitasse em julgado a decisão que tenha tratado, incidentalmente, da questão prejudicial, se poderia verificar se foram preenchidos os requisitos necessários para a formação de coisa julgada a seu respeito, o que, então, repercutiria sobre o julgamento do processo em que aquele elemento é objeto principal, levando à sua inadmissibilidade (CPC/15, art. 485, V)¹⁴⁰.

Não se trata, vale dizer, de solução a ser adotada em todos os casos, isto é, sempre que a demanda prejudicial seja proposta em um momento em que seu objeto já tenha sido anteriormente analisado em outro processo, de forma incidental. Caso contrário, seria produzido efeito semelhante ao que decorreria da existência de litispendência em relação à questão prejudicial, na medida em que se impediria o prosseguimento do processo em que tenha sido a situação jurídica prejudicial deduzida como objeto principal.

É necessário, assim, ao juiz da causa prejudicial proposta posteriormente, avaliar a conveniência de proceder à sua suspensão, análise em que terá relevância estimar qual é a probabilidade de que venha a se formar a coisa julgada sobre a situação jurídica resolvida incidentalmente no outro processo, o que dependerá do preenchimento dos requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC/15. Assim, por exemplo, caso o magistrado verifique que aquela outra demanda foi julgada à *revelia*, não haverá razão para a suspensão, tendo em vista a vedação do art. 503, § 1º, II.

Nestes casos, então, em que se entender não ser conveniente proceder à suspensão da causa prejudicial diante do prognóstico de que a análise de seu objeto em caráter incidental na demanda prejudicada não estará apta à formação da coisa julgada na forma do art. 503, § 1º, do CPC/15, restam duas soluções: suspender a tramitação deste último processo, a fim de aguardar o julgamento da pretensão prejudicial, ou, então, permitir que

¹⁴⁰ Nessa linha, Cândido Dinamarco cogita da possibilidade de que a coisa julgada formada sobre a questão prejudicial incidental venha a repercutir sobre o processo em que tal elemento seja objeto principal: “pode acontecer que, estando presentes os requisitos enunciados no art. 503, § 1º, do Código de Processo Civil, uma sentença que examine expressamente essa questão prejudicial fique acobertada pela autoridade da coisa julgada. Essa coisa julgada impor-se-á ao processo onde a própria questão prejudicial esteja posta com o pedido de uma decisão *principaliter* a seu respeito” (*Instituições...*, vol. II, n. 485, p. 89). Vale dizer, por outro lado, que o mesmo autor afirma, em outra passagem, que não haveria a possibilidade de formação de coisa julgada sobre uma questão prejudicial incidental, na forma do art. 503, § 1º, quando essa mesma questão for objeto principal de outro processo que esteja pendente: “nesses casos a litispendência [...] determinada pela instauração [...] do outro processo” impediria “a aplicação da técnica instituída no art. 503, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC, art. 485, inc. V)” (*Instituições...*, vol. III, n. 1155, p. 379-380). Na linha do que expusemos no texto, porém, não nos parece que a litispendência sobre a situação prejudicial seja obstáculo à formação de coisa julgada sobre sua análise incidental.

as demandas tramitem paralelamente, com o risco da prolação de decisões logicamente contraditórias.

Além desses casos, em que uma das pretensões conexas já tenha sido julgada, a doutrina também costuma apontar, como hipótese de impossibilidade de reunião, a situação em que, *mesmo estando ambas as demandas em tramitação perante o juízo de origem, uma esteja em um estágio de desenvolvimento muito mais avançado que a outra*. É o que ocorre, por exemplo, quando, proposta uma das ações, a outra já esteja pronta para julgamento, por ter sido encerrada a instrução probatória¹⁴¹.

Nestas situações, porém, parece correta a avaliação de que, em se tratando de conexão por prejudicialidade, em que o risco de decisões conflitantes é grande, os prejuízos porventura decorrentes da maior demora no julgamento da demanda já instruída não devem impedir, *por si só*, a reunião. Aqui, o imperativo de obter maior *harmonia* entre as decisões pode se sobrepor a eventuais perdas em termos de economia processual¹⁴².

Ainda nesses casos, porém, haverá hipóteses em que a reunião pode não se mostrar conveniente. Isso ocorrerá quando, pelo desenvolvimento do processo em que tramita a demanda prejudicada, sobretudo pela fixação das questões controvertidas e pelo objeto da atividade instrutória realizada, já se possa vislumbrar que, ao menos num primeiro momento, *a questão prejudicial não será relevante para o julgamento do mérito*. Isto é: em casos nos quais se tenha adotado determinada linha de raciocínio que torne, *a priori*, desnecessária a análise da situação jurídica prejudicial, pode ser contraproducente a reunião dos processos, o que apenas retardará a solução de um deles.

Nas demais situações, porém, em que não seja possível afiançar, com alguma segurança, que a questão prejudicial incidental não será relevante para o julgamento do mérito, parece-nos que deve ser determinada a reunião das demandas, a fim de evitar a prolação de decisões contraditórias.

¹⁴¹ Nessa linha: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. I, n. 366, p. 781-782; MARCATO, Antonio Carlos. “Prorrogação da competência”. In: *Revista de processo*, n. 65. São Paulo: RT, 1992. p. 8-9. Para uma minuciosa e inovadora análise dessa questão específica, estabelecendo critério para determinar os momentos do procedimento em primeiro grau em que ainda se mostra proveitosa a reunião, vale conferir, com grande proveito: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*, n. 3.16, p. 316-327.

¹⁴² Assim: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, p. 256.

3.13. Retomada: questões prejudiciais incidentais e objeto do processo

Desde seu início, o presente trabalho assumiu, como *premissa*, a ideia de que as situações jurídicas prejudiciais sobre as quais pode recair a coisa julgada na forma do art. 503, § 1º, do CPC/15 *não fazem parte do objeto do processo e tampouco integram o objeto da decisão*. Nessa linha, como se disse em diversas oportunidades, o dispositivo representaria uma exceção à regra geral de que a coisa julgada apenas imunizaria os elementos decididos em caráter principal, ao permitir que aquela autoridade se formasse sobre questões analisadas incidentalmente, como razões de decidir.

Indo além de simplesmente afirmar essa ideia, procuramos, na sequência, *desenvolver algumas de suas consequências*, culminando, no presente capítulo, no estudo dos princípios que governam a análise da questão prejudicial incidental na decisão de mérito, em comparação com aqueles que se aplicam ao objeto do processo. Nos últimos tópicos, inclusive, procuramos afastar qualquer dúvida quanto à possibilidade de que a situação prejudicial seja alvo de pretensão de uma das partes, e, que, assim, seja incluída no objeto litigioso.

De início, aquela premissa se baseou na concepção, majoritária na doutrina brasileira, de que o objeto do processo seria formado pelas pretensões deduzidas em juízo, de modo que, não tendo sido objeto de demanda expressa de qualquer das partes, a questão prejudicial incidental não seria analisada em caráter principal.

Se bem analisado, porém, este raciocínio – assentado na relação formal entre demanda, objeto do processo e objeto da sentença – não explica as razões pelas quais *não seria conveniente* entender que, na verdade, a prejudicial de que fala o art. 503, § 1º seria, sim, julgada em caráter principal. Não justifica, assim, o porquê de não se compreender, como já se chegou a sustentar, que, a partir do momento em que surja em juízo uma dada situação prejudicial, e que estejam preenchidos os requisitos dos §§ 1º e 2º do art. 503, aquela passe, *por força de lei*, a integrar o objeto litigioso, de modo a ser resolvida *principaliter* independentemente de pedido de qualquer das partes¹⁴³.

¹⁴³ É o que sustenta Alexandre Câmara: “Duas considerações, porém, se impõem. A primeira é que – ao contrário do que pode parecer – a solução proposta pelo novo CPC não implica afirmar-se que a coisa julgada alcançará também a fundamentação da sentença (ou uma parte dela). O que o novo CPC na verdade estabelece é que, tendo surgido no processo uma questão prejudicial ao mérito, a resolução da mesma passe a integrar o objeto do processo, devendo a mesma ser resolvida *principaliter*. Há, pois, um equívoco na redação do § 1º do art. 503. É que ali se afirma que a resolução da questão prejudicial transitará em julgado quando se der ‘expressa e incidentalmente’. Ora, não se trata de decidir incidentalmente, mas de se decidir *principaliter*, independentemente de ter havido pedido expresso quanto ao ponto. Ter-se-á, pois, aí, uma

É necessário, então, uma vez mais, voltar, em caráter conclusivo, a tratar das relações entre a situação jurídica prejudicial apta à coisa julgada na forma do art. 503, § 1º do CPC/15 e o objeto do processo, para que possamos *justificar* as razões pelas quais entendemos que o mais adequado não é trata-la a título principal, mas em caráter incidental. A oportunidade de fazê-lo neste momento se deve ao fato de que a correta compreensão da questão tem, segundo nos parece, relação muito próxima com o que se disse no presente capítulo a respeito da distinção que, para fins de tratamento na decisão de mérito, se deve estabelecer entre as pretensões deduzidas em caráter principal e as questões incidentais que podem servir de fundamento para o seu julgamento. Será relevante, além disso, retornar a algumas noções expostas a respeito do princípio da demanda.

Como se procurou esclarecer anteriormente, pelo princípio da demanda é, em geral, outorgada às partes a prerrogativa não somente de dar início a um processo, como, ainda, de determinar as pretensões que nele devem ser julgadas. Por isso é que, como se disse, por meio dele se garante às partes o monopólio da *formação do objeto do processo*, podendo elas optar por que ele tenha uma estrutura mais simples ou mais complexa. Nessa linha, como visto, o princípio decorre não somente de imperativos ligados à imparcialidade do juiz e ao escopo de pacificação social, como também da *autonomia da vontade*, no sentido de que cabe ao sujeito interessado dimensionar os limites da intervenção jurisdicional numa dada situação litigiosa¹⁴⁴.

Neste contexto, a partir do momento em que se deduzem determinadas pretensões em juízo, o procedimento e os esforços dos sujeitos processuais serão todos direcionados ao seu julgamento. É justamente na medida do que se fizer necessário para atingir este

questão que, por força de lei, integra o objeto do processo independentemente de pedido (como se dá como relação à inclusão, na condenação, de correção monetária ou juros moratórios legais). Há quem fale, em casos assim, em ‘pedido implícito’. Esta, com todas as vênias devidas, não parece a melhor terminologia. Nesses casos não se deve considerar que o pedido tenha sido feito implicitamente, mas que a matéria integra o objeto do processo independentemente de pedido. Assim, é de se reconhecer que, no novo sistema, haverá uma resolução *principaliter* das questões prejudiciais, independentemente de se ter formulado pedido neste sentido. E, proferida a resolução *principaliter* da questão prejudicial, está será alcançada pela autoridade de coisa julgada material” (“Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil Brasileiro”. In: *Novo CPC: doutrina selecionada*, vol. 2. Coord.: Fredie Didier Jr. [et al.]. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 703). Semelhante, ainda, é a opinião de Eduardo Talamini, quando afirma que: “Não se trata de exceção à regra que limita a coisa julgada aos dispositivos. A hipótese constitui exceção, isso sim, à norma que permite que o juiz apenas decida as pretensões efetivamente postas pelas partes. Nesse caso, basta que se estabeleça o contraditório sobre questão prejudicial no âmbito de competência absoluta do juízo para que o juiz sobre ela emita *decisum*. Ou seja, em contraste com o CPC/1973, a novidade não está em estender-se a coisa julgada à fundamentação, mas sim em dispensar-se a ação declaratória incidental para que o juiz possa proferir comando sobre a questão prejudicial” (“Comentários aos arts. 502 a 508”, p. 716).

¹⁴⁴ Sobre o princípio da demanda e suas repercussões no objeto do processo, ver, *supra*, os itens n. 1.7 a 1.9.

objetivo que serão analisados os elementos de cognição constantes dos autos, e é precisamente isto o que permite que se abandone a ordem lógica de enfrentamento das questões que decorreria do direito material a fim de que se resolva o mérito com base no fundamento que de forma mais rápida e simples permita que isso venha a ocorrer. *Tudo isso porque, repita-se, a vontade manifestada pelas partes, traduzida nas demandas por elas formuladas, é voltada ao julgamento das pretensões efetivamente deduzidas.*

Neste quadro, a fim de privilegiar o princípio da demanda e as escolhas feitas pelas partes, a formação de coisa julgada sobre uma situação jurídica prejudicial incidental – *justamente porque recai sobre um elemento que poderia ter sido objeto de demanda própria, mas não o foi* – não deve ser tratada como um *objetivo* em si mesmo, que se sobreponha às necessidades decorrentes do julgamento do mérito e à conveniência de que isso ocorra da forma mais eficiente possível.

Na verdade, pode-se dizer que a coisa julgada decorrente do art. 503, § 1º, do CPC/15 deve ser vista como um *subproduto do julgamento da causa*¹⁴⁵, como algo que *acidentalmente* recai sobre a análise de um elemento que é analisado *em virtude da decisão do mérito*¹⁴⁶, e que, por força de lei, têm a capacidade de se tornar imutável e indiscutível para processos futuros.

É interessante, neste ponto, associar a formação de coisa julgada sobre a situação prejudicial incidental aos chamados *efeitos anexos* (ou *secundários*) da sentença: ainda que aquela autoridade não possa, como se sabe, ser confundida com a eficácia da decisão, pode-se dizer que, assim como ocorre nos efeitos anexos, a análise da prejudicial com observância dos requisitos previstos no art. 503, §§ 1º e 2º atua como *fato jurídico* que, *independentemente de manifestação específica do juiz a respeito*, é capaz de produzir um *efeito jurídico* sobre aquele juízo, tornando-o imutável e indiscutível¹⁴⁷.

¹⁴⁵ O termo foi utilizado por Claudio Consolo em trecho acima citado (nota n. 115), que, ao analisar a tese de que, no sistema italiano, a coisa julgada alcançaria as questões prejudiciais, fala na formação daquela autoridade como uma espécie de “*by-product*” (*Il cumulo condizionale di domande*, t. I, p. 491).

¹⁴⁶ De modo semelhante, Rodrigo Ramina de Lucca afirma que “a extensão dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais deve ser compreendida como consequência do *ocasional* julgamento *incidental* de uma questão prejudicial. Isso significa rejeitar o tratamento de tais questões incidentais como se principais fossem, afastando tanto o dever do juiz de decidir questões prejudiciais que não sejam determinantes ao julgamento do mérito [...], quanto o interesse recursal para impugnação específica de questões incidentais” (“Os limites objetivos da coisa julgada...”, n. 7).

¹⁴⁷ Voltaremos a essa associação no tópico n. 3.16, *infra*.

Diferente disso, como se procurou deixar claro, é o que ocorre nas hipóteses em que uma determinada situação jurídica prejudicial tenha sido objeto de pretensão própria, cumulada com aquela concernente ao direito prejudicado. Neste caso, *justamente por ter sido objeto de demanda de uma das partes*, a questão precisará ser obrigatoriamente analisada pelo juiz, o que é determinado pela regra da correlação. E isso, como se disse, afasta a aplicação do princípio da razão mais evidente, impedindo que o julgamento da pretensão prejudicada ocorra sem que seja analisada a questão prejudicial.

É precisamente esta distinção de tratamento da situação jurídica prejudicial conforme ela tenha sido objeto de demanda ou não, e a necessidade de se preservar a escolha feita pelas partes a respeito, o que explica, a nosso ver, o porquê de não se dever considerar incluída no objeto litigioso a questão incidental: dar a ela tratamento de questão principal levaria, em muitas situações, a um indesejável “desvio de rota”, obrigando os sujeitos do processo a centrar seus esforços na discussão e julgamento de uma situação jurídica que não foi objeto da demanda de qualquer das partes, mesmo que isso não seja necessário para o julgamento das pretensões efetivamente deduzidas.

Essa é, a nosso ver, a melhor forma de compatibilizar a formação de coisa julgada sobre um elemento que não tenha sido objeto de pretensão com o princípio da demanda. Garante-se, com isso, que o processo seja direcionado efetivamente ao julgamento dos pedidos deduzidos em juízo, o que privilegia a vontade manifestada pelas partes ao demandar, e, ao mesmo tempo, permite-se a formação de coisa julgada sobre uma situação jurídica que, em virtude deste julgamento, tenha sido suficientemente debatida e analisada.

Neste quadro, tem razão Claudio Consolo quando afirma que incluir no objeto do processo uma determinada questão apenas em virtude da possibilidade de formação de coisa julgada a seu respeito levaria à *sobrecarga* e um *enrijecimento* desnecessário da atividade decisória¹⁴⁸, o que, então, vulnera o princípio da demanda e a liberdade por ele outorgada às partes de trazer para julgamento as pretensões que julgarem convenientes. De modo semelhante, Cerino Canova afirma que a possível formação de coisa julgada não determina a noção de *res in iudicium deducta*¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Assim: “Oggetto del giudicato e principio dispositivo...”, p. 235.

¹⁴⁹ “[...] o processo se desenvolve para a atribuição de um bem da vida e desafia as partes a realizar todas as alegações para tanto necessárias. A relevância futura e hipotética da coisa julgada, se pode exercitar algum influxo sobre os comportamentos defensivos, não determina a noção de *res in iudicium deducta*”. Isso porque, como afirmou pouco antes o autor, “nada seria mais artificial e arbitrário do que uma prevalente importância atribuída a desenvolvimentos hipotéticos e futuros em relação ao conflito atual. Uma visão tal

Além desse desvio concernente à própria análise da questão prejudicial incidental, haveria ainda outro, que não menos transtornos traria para o julgamento das demandas formuladas, concernente à *definição da presença, ou não, dos requisitos necessários à formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial* (CPC/15, art. 503, §§ 1º e 2º). Afinal, para que se pudesse tratar como elemento principal uma determinada situação prejudicial seria necessário definir se houve contraditório prévio e efetivo, se se trata de elemento determinante para o julgamento etc., *questões que não têm relação com o julgamento das pretensões efetivamente deduzidas em juízo*.

Tudo isso justifica, como se disse, que, não tendo sido objeto das pretensões das partes, a situação jurídica prejudicial incidental não seja tratada como se elemento principal da demanda fosse. A formação de coisa julgada a seu respeito deve ser, repita-se, uma *consequência* do fato de que, para julgar o mérito da causa, é necessária a sua análise.

3.14. Questão prejudicial incidental e tutela jurisdicional (“eficácia e autoridade da questão prejudicial”)

Após termos procurado deixar clara a ideia de que as questões prejudiciais de que fala o art. 503, § 1º, do CPC/15 não integram o objeto do processo, e que sua análise tampouco faz parte do objeto da decisão, passamos, como etapa final deste capítulo, a buscar compreender *o que significa, da perspectiva da tutela jurisdicional, a formação de coisa julgada sobre a análise incidental de uma situação jurídica*.

A conveniência de tratar do assunto neste momento se deve ao fato de que, tradicionalmente, como se disse no início do capítulo, entende-se que a apreciação de determinado elemento em caráter *incidental* não é capaz de produzir *efeitos externos* ao processo, uma vez que resultaria de *mera cognição*, e não de atividade verdadeiramente *decisória*. Naquela mesma ocasião, porém, foi visto que a diferença entre *conhecer* e *decidir* não decorre de uma distinção da natureza das atividades, mas, apenas, dos *efeitos* que lhes são atribuídos pelo sistema processual.

não corresponde às intenções expressadas pelas partes, as quais mostraram querer disputar sobre aquele direito e sobre aquele direito apenas. A mesma visão ainda menos corresponde à função do processo que é a de regulamentar a situação feita valer, e não a de definir para sempre toda a relação intercorrente entre as partes” (“La domanda giudiziale...”, p. 139 – *tradução livre*).

A partir do momento, então, em que o próprio Código de Processo Civil, em seu art. 503, § 1º, passa a atribuir a autoridade de *coisa julgada material* a um elemento analisado incidentalmente, não parece haver dúvidas de que seus efeitos não ficarão restritos ao processo em que proferida a respectiva decisão, mas, na verdade, repercutirão externamente.

Diante dessa constatação, torna-se necessário entender de que modo a formação de coisa julgada sobre a situação prejudicial incidental é capaz de repercutir para além das fronteiras do processo em que prolatada a respectiva decisão.

3.15. (Segue) Preliminarmente: conceito de coisa julgada material adotado

Para tanto, é necessário, antes de tudo, esclarecer o que se entende por coisa julgada material. O objetivo, neste ponto, não é o de enfrentar cada uma das inúmeras posições que sobre o assunto se formaram, mas explicitar qual é a concepção de que se parte no presente trabalho, justificando a sua adoção.

Neste objetivo, parece oportuno tomar, como ponto de partida, as ideias de Enrico Tullio Liebman a respeito do tema, sobretudo pela decisiva repercussão que tiveram na doutrina brasileira. Antes do autor, como se sabe, a coisa julgada era confundida com os *efeitos da sentença*, ora ligada à sua *eficácia declaratória*¹⁵⁰, ora à sua *imperatividade*¹⁵¹, isto é, à sua capacidade de se impor como ato de autoridade.

¹⁵⁰ Era isso o que se podia extrair da obra de Giuseppe Chiovenda, a partir da associação por ele feita da coisa julgada à *vontade concreta da lei* (*Instituições...*, vol. I, n. 115, p. 369-372). Essa ideia fica clara, ainda, quando se analisa o que escreve o autor a respeito da sentença constitutiva, no sentido de que a coisa julgada alcançaria apenas o seu elemento declaratório: “No concernente ao efeito comum da sentença de mérito, isto é, a ‘coisa julgada’, acompanha as sentenças constitutivas tanto quanto às outras; o que, porém, passa em julgado, não é o ato do juiz enquanto produz um novo estado jurídico, mas enquanto *afirma* ou *nega* a vontade da lei de que o novo estado se produza” (n. 53, p. 199). Na doutrina alemã, era essa, também, a visão de Konrad Hellwig, que concebia a coisa julgada como *eficácia da declaração*, ideia à qual Liebman se opôs frontalmente (sobre o pensamento de Hellwig, vale conferir: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013. n. 1.6.3.2, p. 70-73). Posteriormente, tem sido essa, ainda, a posição prevalente na doutrina alemã, que costuma diferenciar a *coisa julgada*, que recai sobre o efeito declaratório da decisão, de seu *efeito constitutivo*, como se vê, por exemplo, em: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad.: Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. § 63, n. 7, p. 395-396; JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad.: F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 1998. §65, p. 341-343; LEIBLE, Stefan. *Proceso civil alemán*. 2ª ed. Medellín: Diké, 1999. p. 376-378; LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*, vol. I. Trad.: Edoardo Ricci. Napoli: Morano, 1962. § 65, p. 259-260. Para uma análise dessa questão de perspectiva comparatística, anotando que além da Alemanha, também na Áustria, Suíça e em antigos países socialistas (à exceção da União Soviética) se costuma distinguir entre a coisa julgada e os efeitos constitutivos da sentença: KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. “Effects of judgments (res judicata)”. In: *International encyclopedia of comparative law: civil procedure*, vol. XVI, chapter 9. Chief editor: Mauro

Coube a Liebman, então, em obra fundamental sobre o assunto¹⁵², a distinção entre os fenômenos. A imperatividade da sentença, de um lado, decorreria do fato de ser ela um ato por meio do qual se manifesta o poder do Estado, capaz de projetar sua autoridade às partes e a terceiros independentemente de sua imutabilidade. Neste particular, a decisão judicial não seria distinta de outros atos estatais, que, dotados de presunção de legitimidade, impõem-se de modo inevitável a seus destinatários, ainda quando sujeitos à modificação¹⁵³. Disso decorre, então, a aptidão da sentença para produzir os efeitos programados, sejam eles de caráter declaratório, constitutivo ou condenatório, e, com isso, atuar sobre a vida das pessoas e sobre suas relações jurídicas.

Fenômeno distinto, por sua vez, é a coisa julgada, que, com vistas à segurança das relações jurídicas e à certeza do direito, procura imunizar a decisão, protegendo-a de questionamentos futuros. A coisa julgada, então, não seria um efeito da sentença, mas, na verdade, uma *qualidade que recai sobre a sentença e seus efeitos, tornando-os imutáveis e indiscutíveis*¹⁵⁴. Não seria, assim, um fenômeno *produzido pela sentença*, mas, antes disso,

Cappelletti. Tübingen/Dordrecht/Boston: Mohr Siebeck/Martinus Nijhoff, 2012. n. 147, p. 72-73. Para a adesão a essas ideias na doutrina brasileira, ver, logo adiante, a nota n. 172.

¹⁵¹ Era o que sustentava Carnelutti, para quem a coisa julgada *material* seria a *imperatividade* da sentença, ao passo que em sua *imutabilidade* consistiria a coisa julgada *formal*. É o que se vê em obra posterior ao trabalho de Liebman, mas que reflete o pensamento que o autor já havia antes expressado em suas *Lezioni*, às quais Liebman se opôs: *Sistema...*, vol. I, n. 91-107, esp. n. 95-96 (p. 323-325) e n. 105 (p. 349-352).

¹⁵² “Eficácia e autoridade da sentença”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. *passim*, esp. §§ 1º a 3º, p. 3-70. A edição original da obra é de 1935. Recentemente, na doutrina brasileira, Antonio do Passo Cabral (“Alguns mitos do processo (II): Liebman e a coisa julgada”. In: *Revista de processo*, n. 217. São Paulo: RT, 2013. n. 3.3) questionou a originalidade da tese de Liebman no que diz respeito à distinção entre coisa julgada e efeitos da sentença, que já estaria presente, anteriormente, na obra de alguns autores alemães. Em sentido semelhante, José Rogério Cruz e Tucci afirma que “Ugo Rocco, duas décadas antes, intuía essa distinção” (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006. p. 90-92. p. 25, nota n 6). Ainda que isso seja verdade, não nos parece que se deva retirar, de Liebman, o mérito de haver não apenas sistematizado e divulgado referida distinção, mas de extrair dela relevantes consequências, como aquelas referentes aos limites subjetivos da coisa julgada, adiante mencionadas. Além disso, o enorme impacto que as ideias do autor tiveram na doutrina brasileira justifica que sejam elas tomadas como ponto de partida na presente investigação.

¹⁵³ Vale a leitura das críticas de Liebman a Carnelutti, que confundia a imperatividade da sentença com a coisa julgada: “A verdade é que nessa teoria se dilui e desaparece simplesmente a noção da autoridade da coisa julgada: ela não pode consistir realmente na *imperatividade* da sentença, que é a sua eficácia natural, e constante, independente da sua *definitividade* e própria da decisão judicial, na sua qualidade de ato ditado pela autoridade do Estado, se bem que sujeito a ser reformado, ou mudado e contraditado por outro ato da mesma autoridade” (“Eficácia e autoridade da sentença”, n. 14, p. 49).

¹⁵⁴ Nas palavras de Liebman, a autoridade a coisa julgada “se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato” (“Eficácia e autoridade da sentença”, n. 15, p. 51).

um efeito jurídico que *sobre ela se produz*. Como já se disse entre nós, “*a sentença é, aí, mais paciente que agente*”¹⁵⁵.

Esse atributo, como procura deixar claro Liebman, não se limita à eficácia declaratória da sentença, mas, na verdade, alcança todos os seus efeitos, sejam eles declaratórios, constitutivos, condenatórios e, até mesmo, seus efeitos secundários (ou anexos). Não haveria, portanto, razão para restringir a coisa julgada ao momento declaratório da decisão, uma vez que, a partir do trânsito em julgado, também a condenação ou a modificação de uma situação jurídica tornar-se-iam estáveis¹⁵⁶.

Em seu país de origem, conquanto tenha encontrado certa acolhida¹⁵⁷⁻¹⁵⁸, a teoria de Liebman foi – e ainda é – objeto de forte contestação. Tem grande prestígio, na doutrina italiana, a concepção que associa a coisa julgada à declaração de uma situação jurídica concreta contida na sentença e aos efeitos imperativos que disso decorrem, tese que, de certo modo, encontra suporte no art. 2909 do Código Civil¹⁵⁹. Não estaria, assim, na

¹⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Coisa julgada e declaração”. In: *Temas de direito processual: primeira série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 88.

¹⁵⁶ Vale a leitura do seguinte trecho, que bem resume a ideia do autor quanto ao ponto: “[...] na realidade, a declaração contida na sentença faz derivar a sua força obrigatória, ou mais genericamente, a sua eficácia jurídica, da natureza imperativa e ‘autoritativa’ do ato que a produz, nem mais nem menos do que advém pela mudança da relação jurídica produzida pela sentença constitutiva, ou pelo título executório oriundo da sentença condenatória. Uma coisa é distinguir os efeitos da sentença segundo sua natureza declaratória ou constitutiva, outra é verificar se eles se produzem de modo mais ou menos perene e imutável. De fato, todos os efeitos possíveis da sentença (declaratório, constitutivo, executório) podem, de igual modo, imaginar-se, pelo menos em sentido puramente hipotético, produzidos independentemente da autoridade da coisa julgada, sem que por isso se lhe desnature a essência. A coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhes a estabilidade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis das sentenças. Identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica” (“Eficácia e autoridade da sentença”, n. 3, p. 23).

¹⁵⁷ Aderem, na doutrina italiana, ao pensamento de Liebman, dentre outros: FAZZALARI, Elio. “Cosa giudicata e convalida di sfratto”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1956. n. 3-4, p. 1309-1326; “Il camino dela sentenza e della ‘cosa giudicata’”. In: *Rivista di diritto processual*. Padova: CEDAM, 1988. *passim*, esp. n. 1, p. 589-591; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. I, n. 18.1, p. 153; MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I. 4 ed. Padova: CEDAM, 2007. p. 528-530; RICCI, Edoardo F. “Accertamento giudiziale”. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. I Torino: UTET, 1993. n. 2, p. 17-18.

¹⁵⁸ Na mesma linha, na doutrina portuguesa, aderindo à ideia de que a coisa julgada não seria um efeito da sentença, mas uma qualidade que reveste a sentença, ainda que com algumas objeções à teoria de Liebman: CAPELO, Maria José. *A sentença entre a autoridade e a prova: em buscas de traços distintivos do caso julgado civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016. p. 43; CUNHA, António Júlio. *Limites subjectivos do caso julgado e a intervenção de terceiros*. Lisboa: Quid Juris, 2010. n. 6, p. 85-96.

¹⁵⁹ Isso porque, ao tratar da coisa julgada, o art. 2909 se refere, em sua primeira parte, à “*declaração contida na sentença passada em julgado*”. Para uma crítica ao dispositivo, vale conferir, com proveito: FAZZALARI, Elio. “Cosa giudicata e convalida di sfratto”, n. 3, p. 1309-1321. Ainda sobre o dispositivo, é interessante o que escreveu Barbosa Moreira, ao criticar quem, no Brasil, vincula a coisa julgada à declaração, uma vez que não existe, entre nós, disposição semelhante à do art. 2909: “Por que, então,

imutabilidade da decisão a nota característica da coisa julgada material, mas, na verdade, em sua *imperatividade*, ou seja, em sua *força vinculante*, em seu *efeito normativo*. A associação da coisa julgada à imutabilidade seria uma perspectiva *incompleta*, na medida em que esta última representaria, apenas, seu aspecto *formal*¹⁶⁰⁻¹⁶¹.

Como afirmam alguns autores, a própria ideia de que a coisa julgada seria uma *autoridade* levaria a essa conclusão, na medida em que este é um conceito que se liga à *imperatividade* da sentença – isto é: sua força, seu peso, sua vinculatividade –, e não à sua imutabilidade¹⁶². Além disso, diferentemente do que ocorre com seus outros efeitos, afirma-se que não seria possível distinguir a *eficácia declaratória* da sentença em seu estado “puro”, de sua *incontrovertibilidade*¹⁶³.

importarmos um problema que não existe, e uma solução que não satisfaz?” (“Coisa julgada e declaração”, p. 85).

¹⁶⁰ Logo no ano em que publicado, o trabalho de Liebman foi contestado por Allorio (*La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1935. n. 15-bis, p. 37-40), e foi alvo de severas críticas por parte de Carnelutti (“Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza”. In: *Rivista di diritto processuale civile*. Padova, CEDAM, 1935. *passim*, p. 205-214). Em sentido semelhante, posteriormente, ainda que com alguma variação: ATTARDI, Aldo. “Il giudicato e um recente progetto di riforma”. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*, vol. 1. Padova: CEDAM, 1982. *passim*, esp. n. 13-14, p. 141-152 CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni...*, vol. I, p. 89-92; HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: CEDAM, 1937. § III, n. 4, p. 20-25; MENCHINI, Sergio. “Regiudicata civile”. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. XVI. Torino: UTET, 1997. n. 4, esp. p. 413; PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civil*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2006. Cap. 2, n. 7, p. 63-65; PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (dir. vig.)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969. n. 8, p. 810-812; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 137.

¹⁶¹ Também na doutrina espanhola mais recente, verifica-se a tendência de tratar a coisa julgada como um efeito da sentença, ligado à vinculatividade da solução nela contida em processos futuros, como se vê em: FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000. p. 135; SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso...*, p. 94-95 e 103.

¹⁶² Foi o que escreveu Carnelutti no artigo acima mencionado (“Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza”, *passim*), no sentido de que “entre os vários significados de *auctoritas* ou *autoridade*, não há nenhum que corresponda à imutabilidade ou, ainda, sequer à estabilidade; ao invés, todos giram em torno do conceito de *validade*, *peso*, *crédito* [...]. O valor ou o peso de uma sentença é precisamente aquilo que nós chamamos de sua eficácia, isto é a medida de seu valor frente a alguém” (p. 205 – *tradução livre*). Mais à frente, então, conclui: “a autoridade, assim da sentença como do contrato, consiste na *força de lei*” (p. 207). A essas críticas aderiu, ainda: PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (dir. vig.)”, p. 811.

¹⁶³ Esta específica questão foi analisada com grande profundidade por Aldo Attardi em estudo acima referido (“Il giudicato e um recente progetto di riforma”, *passim*, esp. n. 8, p. 118-125). O seguinte trecho bem resume o que quis dizer o autor: “[...] a eficácia declaratória da sentença se resolve no vínculo pleno, ‘para aqueles que a essa são sujeitos’, ao próprio conteúdo da declaração, sem possibilidade então que esses reexaminem – total ou parcialmente – as questões (de mérito), de fato ou de direito, resolvidas na própria sentença; nos casos em que o juiz diante do qual a sentença seja invocada possa avaliar se subsista ou não um *error in iudicando*, deve excluir-se que a própria sentença opere em relação a ele com a sua eficácia declaratória. Isso permite afirmar, como se viu, que não é configurável uma eficácia declaratória na sua forma pura e natural a entender-se, segundo a definição de Liebman, como força vinculante da declaração judicial que opera até que não se convença que a sentença é injusta, ou então, fruto de um *error in iudicando*” (p. 141 – *tradução livre*). Argumento semelhante foi muito bem desenvolvido, ainda, por Giovanni Pugliese (“Giudicato civile (dir. vig.)”, p. 811-812). Vale dizer, quanto ao ponto, que o próprio Liebman, num primeiro momento, havia externado a dificuldade de distinguir os fenômenos, quando afirmou, em célebre

Esta concepção, como se argumenta, seria amparada nas fontes históricas do instituto, em que teria se firmado a noção da coisa julgada como *lex specialis*, isto é, como norma concreta que “faria direito” (*sententia facit ius*) e passaria a regulamentar a relação entre as partes¹⁶⁴. A ideia seria corroborada, ainda, por uma observação do direito comparado, em que se verifica a existência de sistemas em que a sentença é apta a produzir sua força vinculante – e, assim, de se impor obrigatoriamente a outros juízes – antes do trânsito em julgado, ou seja, antes de se tornar imutável e indiscutível no âmbito do processo em que proferida, o que demonstraria a distinção entre os fenômenos¹⁶⁵.

Diferentemente do que se passou na Itália, foi maciça a acolhida da teoria de Liebman na doutrina brasileira, havendo um grande número de autores que aderem

passagem, que “uma declaração destituída de autoridade de coisa julgada é para quem a obteve pouco menos que inútil [...]; e não é improvável que a própria figura da sentença declaratória esteja ligada ao instituto da coisa julgada, e que, se esta viesse a desaparecer, também aquela faltaria” (“Eficácia e autoridade da sentença”, n. 3, p. 23). Posteriormente, porém, em ensaio voltado a responder algumas das críticas à sua obra, Liebman voltou a reafirmar, com argumentos convincentes a possibilidade de distinção entre os fenômenos, e, mais de quarenta anos depois, voltou ao tema, em ensaio em que responde às objeções de Attardi, dirigindo duras críticas ao texto acima referido (é o que se vê, respectivamente, em: “Ainda sobre a sentença e sobre a coisa julgada”, n. I, p. 165-174; “Sentença e coisa julgada: recentes polêmicas”, n. 4-7, p. 292-306. Ambos os textos constam da obra: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007). Entre nós, Barbosa Moreira também demonstrou, de modo satisfatório, que é possível, sim, falar-se em eficácia declaratória em provimentos que não sejam imutáveis, respondendo diretamente ao estudo de Attardi acima referido, ao afirmar que “enquanto não sobrevenha outro pronunciamento que a nulifique, ela [a declaração] valerá como norma de conduta para as partes; e a possibilidade de que venha a cair nem sequer diminui a força com que atua durante o tempo de sua existência, do mesmo modo que a lei não vale *menos* como lei, enquanto vigora, pelo mero fato de ser revogável!” (“Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. n. 3, p. 104). Ainda do mesmo autor, para uma análise mais minuciosa da questão: “Coisa julgada e declaração”, *passim*, p. 81-89.

¹⁶⁴ É o que escreve Giovanni Pugliese: [...] a romana *auctoritas rei iudicatae*, progenitora da moderna ‘autoridade’, e a francesa *autorité de la chose jugée* [...] se referiam a sentenças não necessariamente imutáveis, das quais ao invés indicavam a eficácia vinculante” (“Giudicato civile (dir. vig.)”, p. 811 – *tradução livre*). Em outra passagem, ainda, o autor demonstra como em Roma, desde o período formulário e especialmente no da cognição extraordinária, a máxima ‘*sententia facit ius*’, exprimia com fidelidade o que se entendia por coisa julgada, no sentido de que a sentença passaria a ser a fonte do direito nela reconhecida. Explica, ainda, que a máxima ‘*res iudicata pro veritate accipitur*’, da forma como originariamente formulada por Ulpiano, não significava, ao contrário do que posteriormente se chegou a sustentar, que “os fatos reconhecidos e declarados na sentença se deveriam considerar verdadeiros”, mas, na verdade, “que a *res iudicata* era uma fonte autônoma da situação jurídica declarada na sentença, fazendo as vezes da ocorrência dos atos ou fatos idôneos normalmente a produzi-la” (“Giudicato civile (storia)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969. n. 11, p. 748-750 – *tradução livre*). Essa questão, por outro lado, não passou despercebida por Liebman, que consente que a noção de coisa julgada como efeito da sentença era, de fato, adequada à “concepção, que tinham os romanos clássicos, das relações entre direito e processo”, o que, entretanto, não significa que seria ela adequada à visão atual, em que se distingue, com clareza, os planos do direito substancial e do direito processual (“Eficácia e autoridade da sentença”, § 1º, p. 3-6). Na doutrina brasileira, adere a uma concepção da coisa julgada enquanto fonte da situação jurídica substancial, o que leva a entender que se trata de instituto de direito material: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “A coisa julgada nas ações de alimentos”. In: *Revista de processo*, n. 62. São Paulo: RT, 1992. n. 3-4, p. 10-13.

¹⁶⁵ Para esse argumento específico: PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (dir. vig.)”, p. 805.

integralmente às suas ideias¹⁶⁶. De toda sorte, mesmo entre os processualistas que se propõem a questionar algum aspecto daquela tese, é em geral aceito seu argumento central, de que a coisa julgada não se confunde com os efeitos da sentença, mas seria um elemento ulterior que a ela se agregaria, dotando-a de imutabilidade e indiscutibilidade.

Dentre esses processualistas, tem destaque José Carlos Barbosa Moreira, que dirigiu penetrantes críticas ao modo como formuladas as ideias de Liebman. Com isso, não buscava o professor carioca questionar a distinção entre efeitos da sentença e coisa julgada, mas, na verdade, *aprofundar* essa diferença¹⁶⁷.

Segundo Barbosa Moreira, o erro da teoria de Liebman estaria em afirmar que a coisa julgada recairia sobre os *efeitos* da sentença, tornando-os imutáveis e indiscutíveis. Como bem demonstrou, estes efeitos, entendidos como as alterações provocadas pela atuação jurisdicional no mundo dos fatos, estariam inevitavelmente sujeitos à modificação¹⁶⁸. E isso, seja porque em certos casos estes efeitos são programados para se exaurir tão logo atinjam o seu objetivo (p. ex.: com a execução da sentença, estaria exaurido seu efeito condenatório), seja porque as partes poderiam alterá-los no âmbito de suas relações privadas (p. ex.: uma vez decretado o divórcio, nada impediria que os ex-cônjuges voltassem a se casar).

¹⁶⁶ Aderem *in totum* às ideias de Liebman, dentre outros: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1147-1149, p. 363-367; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. § 181, esp. n. 1085, p. 323-324. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 3. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. n. 753-754, p. 54-56; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. n. 796-797, p. 1116-1121. Ainda que sua adesão não seja total, pode-se mencionar, também, aqueles autores que, ao concordarem com as críticas de Barbosa Moreira (ver nota n. 169, *infra*), adotam, de toda forma, a distinção entre coisa julgada e efeitos da sentença proposta por Liebman. Sobre a influência do pensamento de Liebman no direito brasileiro quanto à questão: DINAMARCO, Cândido Rangel. “100 anos de Liebman”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. n. 10, p. 50-52.

¹⁶⁷ É o que fica muito claro na seguinte passagem do pensamento de Barbosa Moreira: “Tem razão, pois, Liebman em fixar-se no ângulo da imutabilidade, para dêle, e só dêle, visualizar a coisa julgada. Menos feliz parece, entretanto, a escolha da direção em que se projetou o feixe luminoso. O mestre, que deu um passo decisivo no sentido de libertar a problemática da *res iudicata* da inoportuna vinculação com a da eficácia da sentença, não conseguiu libertar-se totalmente, êle mesmo, do pêso de um equívoco em má hora feito tradição. Tendo demonstrado que a coisa julgada não se podia equiparar a um efeito da sentença, hesitou em atravessar o Rubicon, para assentar, como cumpria, a absoluta independência, no plano dos conceitos, entre *auctoritas rei iudicatae* e eficácia da decisão” (“Ainda e sempre a coisa julgada”. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. n. 5, p. 138).

¹⁶⁸ Essa circunstância, vale dizer, já havia sido ressaltada por Allorio: “*Por obra das partes*, pois, os efeitos jurídicos, quaisquer que sejam, produzidos pela sentença, não são, na verdade, subtraídos de futuras modificações: esses submetem-se assim, *in toto*, ao livre poder de disposição das partes, com o único limite que pode derivar da natureza das próprias relações” (*La cosa giudicata...*, p. 40 – *tradução livre*).

Por outro lado, o que não se modificaria na sentença transitada em julgado seria a *norma concreta* nela contida, isto é, a *disciplina* por ela estabelecida para a situação litigiosa submetida a juízo. Destarte, ainda que, posteriormente ao trânsito em julgado, a realidade concreta sobre a qual tenha incidido a decisão venha a se alterar, aquele regulamento continuará sendo válido para a situação da forma como ela se apresentou à apreciação jurisdicional.

Diante disso, então, concluía Barbosa Moreira que a coisa julgada não recairia sobre os efeitos da sentença, mas, na verdade, sobre seu *conteúdo*, constituído justamente pela *norma jurídica concreta* estabelecida pelo juiz para a situação litigiosa, que, por sua vez, poderia ter natureza *declaratória*, *constitutiva* ou *condenatória*¹⁶⁹.

Ambas as teorias foram, por sua vez, contraditadas por Ovídio Baptista da Silva, que, à semelhança do que ocorre com a doutrina italiana acima referida e do que se vê na processualística alemã, liga a coisa julgada exclusivamente ao elemento declaratório da decisão. Essas ideias, vale dizer, forma expostas em uma série de estudos que estabeleceram um rico debate com Barbosa Moreira¹⁷⁰.

É necessário, antes de tudo, esclarecer que em um ponto o processualista gaúcho parece concordar com Liebman e, assim, distanciar-se daquelas noções tradicionais acima referidas: para ele, a coisa julgada, de fato, não se confundiria com os efeitos da decisão¹⁷¹. Diverge, todavia, das ideias do jurista italiano e de Barbosa Moreira, por entender que a coisa julgada não recairia sobre todo o conteúdo ou sobre todos os efeitos da sentença,

¹⁶⁹ As ideias de Barbosa Moreira referidas no texto foram desenvolvidas em uma série de estudos, com destaque para: “Ainda e sempre a coisa julgada”, *passim*, esp. n. 4-8, p. 136-145; “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, *passim*, p. 99-113; “Coisa julgada e declaração”, *passim*, p. 81-89. Aderem, na doutrina brasileira, à concepção de Barbosa Moreira, dentre outros: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, n. 1.6.4.5, p. 82-83; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.1.3-2.1.4, p. 32-43; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos...*, p. 90-92.

¹⁷⁰ As ideias de Ovídio Baptista a respeito do tema constam, especialmente, em: “Conteúdo da sentença e coisa julgada”, *passim*, p. 163-183; “Eficácias da sentença e coisa julgada”, *passim*, p. 71-102 (ambos integrantes da coletânea: *Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006). Já as ideias de Barbosa Moreira foram desenvolvidas nos textos referidos na nota anterior.

¹⁷¹ Assim, expressamente: “Eis, pois, a grande novidade da doutrina de Liebman, ao mostrar que não se pode confundir efeito declaratório com coisa julgada. Pode haver, efetivamente, efeito declaratório sem coisa julgada. [...] Este momento *declaratório* deve estar invariavelmente presente, ainda que de modo implícito, em todas as sentenças” (“Conteúdo da sentença e coisa julgada”, p. 172). Em igual sentido, ainda, é o que escreveu o autor em: “Eficácias da sentença e coisa julgada”, p. 74.

mas, apenas, sobre seu *elemento* ou sua *eficácia declaratória*, que é onde estaria contido o regulamento da situação litigiosa¹⁷².

Do confronto dessas ideias – sem dúvidas as principais concepções entre nós desenvolvidas para conceituar o instituto –, o que se extrai, acima de tudo, é que a distinção entre a *coisa julgada* e os *efeitos da sentença* é um ponto que conta com relativo consenso na doutrina brasileira. Tem-se, atualmente, a consciência de que a nota característica da coisa julgada não estaria nos efeitos concretos da decisão, mas na sua *imunização*, ou seja, na sua proteção a questionamentos futuros, noção esta que de algum modo é consagrada na própria lei processual, que define o fenômeno a partir das ideias de *imutabilidade* e de *indiscutibilidade* (CPC/15, art. 502).

Não há, dessa forma, que se falar na existência de uma relação natural ou incindível entre a eficácia da sentença e a coisa julgada, ideia que é constatada com clareza quando se observa que, não sendo dotado de efeito suspensivo o recurso cabível contra determinada decisão, está ela apta a produzir seus efeitos, mesmo que seja ainda passível de modificação. Compete, então, ao direito positivo, por razões de conveniência prática, regular a forma como se dará essa relação, o que se faz na medida em que atribui ou não, em maior ou menor medida, eficácia a uma decisão ainda sujeita a recurso¹⁷³.

Também não parece haver razão para confundir a imperatividade da sentença com a sua imutabilidade¹⁷⁴, na medida em que, como demonstrou Liebman, a capacidade da decisão de se impor coativamente a seus destinatários é consequência do fato de ser ela um ato de posituação do poder do Estado, o que ocorre mesmo que seja ela passível de

¹⁷² Na doutrina brasileira, também restringem a coisa julgada à declaração contida na sentença, embora com variação nessa formulação: ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*, vol. III. São Paulo: RT, 2015. n. 2129, p. 1357-1365; MACÊDO, Lucas Buriel de. “Coisa julgada sobre fato? Análise comparativa com o *collateral estoppel* de sua possibilidade de *lege lata* ou de *lege ferenda*”. In: *Revista de processo*, n. 260. São Paulo: RT, 2016. n. 3; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “A coisa julgada”. In: *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. n. 4.1, p. 13-14; MITIDIERO, Daniel. “Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva”. In: *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004. n. 2.2.5, p. 198-201; NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*. Tese (titularidade). São Paulo: Universidade de São Paulo, 1970. Parte 5, Cap. II, p. 443-468; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 122-143, esp. p. 126-127; *Tratado das ações*, t. I. São Paulo: RT, 2016. § 34, p. 241-243; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada...*, n. 2.6, p. 65-67.

¹⁷³ Para essa questão específica, é de se conferir, com grande clareza: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, n. 3-4, p. 102-106.

¹⁷⁴ Essa distinção, como visto acima (*supra*, nota n. 151), era muito clara já no pensamento de Carnelutti, que distinguia a *imperatividade* da *imutabilidade* da sentença. A questão, entretanto, é saber *em qual dos dois atributos consiste a coisa julgada material*. Diferentemente do que ocorre na Itália, no direito positivo brasileiro a definição do art. 502, *caput*, do CPC/15 parece se inclinar para a *imutabilidade*.

questionamento¹⁷⁵. Esta é, inclusive, uma ideia fundamental para uma correta compreensão do tema dos limites subjetivos da coisa julgada, uma vez que a sentença, conquanto projete seus efeitos perante terceiros, apenas é indiscutível, em regra, para aqueles que tenham participado do processo (CPC/15, art. 506)¹⁷⁶.

Neste quadro, as distinções que se podem estabelecer entre as concepções analisadas não parecem ser assim tão grandes, sendo escassa a relevância prática na adoção de uma ou de outra¹⁷⁷.

De toda sorte, parece ter razão Barbosa Moreira quando afirma que os efeitos da decisão não se podem considerar imutáveis, uma vez que, além de muitas vezes serem já desde o seu nascedouro programados para se exaurir tão logo cumpram o seu objetivo, incidem sobre uma situação concreta e, assim, estão sujeitos às vicissitudes da realidade.

O próprio Liebman, aliás, chegou, posteriormente, a reconhecer que a situação jurídica sobre a qual tenha incidido a sentença poderia, sim, ser modificada; o que a coisa julgada impediria seria a obtenção de um novo pronunciamento judicial sobre o mesmo objeto¹⁷⁸. Ao que parece, na verdade, em sua formulação inicial, o autor confundia os

¹⁷⁵ Para a distinção entre *imperatividade* e *imunização* a partir de noções mais amplas ligadas à teoria do Estado e à ciência política, vale conferir, com grande proveito: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. n. 12-13, p. 108-116. É importante deixar claro, porém, como ensina o autor, que não apenas a imperatividade, mas *também a imunização* “constitui enérgica afirmação do poder mesmo” (p. 112), embora de caráter distinto daquela.

¹⁷⁶ Ao desenvolvimento dessa específica repercussão de sua teoria são dedicados os quatro últimos capítulos da obra de Liebman (“Eficácia e autoridade da sentença”, §§ 5º a 8º, p. 79-162), cuja análise fugiria ao escopo do presente trabalho. O seguinte trecho retrata adequadamente o que se quis dizer no texto: “[...] a sentença produz normalmente seus efeitos também para os terceiros, mas com intensidade menor do que para as partes; porque, para estas, os efeitos se tornam imutáveis pela autoridade da coisa julgada, ao passo que para os terceiros podem ser combatidos com a demonstração da injustiça da sentença” (p. 144). Para a demonstração da relevância da distinção entre eficácia da sentença e coisa julgada para a correta compreensão dos limites subjetivos desta, vale conferir, na recente doutrina brasileira: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.5.1, p. 96-98; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos...*, n. 6.7, p. 85-92. Em recente trabalho, embora sem questionar a distinção entre efeitos da sentença e coisa julgada, a proposta de Liebman foi submetida a análise crítica, sobretudo a partir da ideia de que não se pode falar numa eficácia natural *erga omnes* da sentença; essa eficácia seria sempre mediada pela lei, no que teria (ou deveria ter...) relevância avaliar se o terceiro por ela atingido dispõe de meios adequados para afastar os efeitos que lhe são prejudiciais (BATISTA CINTRA, Lia Carolina. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2017. Cap. 3, p. 59-76).

¹⁷⁷ Isso não significa que não existam tais consequências práticas. Neste sentido, por exemplo, Talamini desenvolve interessante raciocínio no sentido de que, a depender de se entender que a coisa julgada atinge os efeitos declaratórios ou o conteúdo da sentença, alterar-se-ia a margem de disponibilidade das partes frente a um comando transitado em julgado (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 38-43).

¹⁷⁸ Foi o que afirmou Liebman expressamente em estudo publicado inicialmente em língua alemã em 1978, ou seja, mais de quarenta anos após sua obra, em trecho que vale ser lido, por se aproximar muito do que escreveu Barbosa Moreira: “Ainda é necessário esclarecer melhor o que se entende por imutabilidade (ou incontestabilidade) dos efeitos da sentença. Não significa, naturalmente, que fatos sucessivos não possam modificar a situação e as relações entre as partes. Ao contrário, significa que, com referência à situação

efeitos concretos da sentença com a sua *eficácia*, isto, é, a sua *capacidade* de produzir aqueles mesmos efeitos, de algum modo, se pode dizer ser imutável.

De outro lado, também parece preferível entender, como fazem Liebman e Barbosa Moreira, que a coisa julgada atinge todas as eficácias ou todo o conteúdo da sentença, e não somente seu elemento declaratório, como afirmava Ovídio Baptista. Não há razão para restringir a imutabilidade e a indiscutibilidade à declaração de certeza contida na decisão, quando a coisa julgada tem o condão de imunizar todas as modalidades de tutela jurisdicional.

De qualquer modo, dessa última conclusão não se distanciava Ovídio Baptista. Isto é: o fato de entender que a coisa julgada recairia sobre o elemento declaratório da decisão não faz com que, em suas ideias, fosse reduzido o grau de proteção às sentenças constitutivas, condenatórias (e, na linha de seu pensamento, mandamentais e executivas *lato sensu*), o que, entretanto, ocorreria na medida em que se protegesse aquela eficácia. Em última análise, pode-se dizer que a divergência com Barbosa Moreira era eminentemente terminológica, na medida em que aquilo que este último reputava ser, *tout court*, o conteúdo da sentença – ou seja, a norma concreta nela contida – era, para o processualista gaúcho, seu elemento declaratório¹⁷⁹.

existente ao tempo em que a sentença foi prolatada, os efeitos por ela produzidos são e permanecem tais como nela estabelecidos, sem que se possa novamente discuti-los, em juízo ou até fora dele, até que fatos novos intervenham criando situação diversa, que tome o lugar daquela que foi objeto da sentença. Isso porque, nem mesmo a força do julgado pode obviamente impedir que fatos novos produzam consequências que lhes são próprias. Assim, em primeiro lugar, as partes podem pagar o seu débito, extinguindo a obrigação declarada na sentença e tornando impossível a execução fundada na sentença condenatória; as duas partes podem, mesmo depois da sentença, entrar em acordo e acertar suas relações de modo diverso do declarado pelo juiz, e assim por diante. Mas o que não poderiam fazer, é pretender um novo juízo sobre o que foi validamente decidido por intermédio de uma sentença que representa a disciplina concreta da relação jurídica controvertida, tal como resulta do efetivo funcionamento dos mecanismos previstos e regulados pelo ordenamento jurídico” (“Efeitos da sentença e coisa julgada”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. n. 4, p. 281).

¹⁷⁹ É o que fica muito claro, por exemplo, da leitura do seguinte trecho do que escreveu Ovídio Baptista, em que explica o que entende por elemento declaratório: “Segundo entendemos, o chamado efeito declaratório da sentença, ou sua eficácia declaratória, corresponde ao *juízo de subsunção* praticado pelo julgador, ao considerar *incidente* no caso concreto a regra normativa constante da lei. Declarar, em sentença judicial, outra coisa não é senão afirmar que a espécie submetida à decisão, está sujeita a determinada disciplina legal”. Logo em seguida, então, se referindo ao pensamento de Barbosa Moreira, anota que: “Entende, todavia, o escritor, que o obstáculo que ao segundo litígio se antepõe, não decorre do efeito declaratório, mas da imutabilidade da ‘sentença mesma’. Esta condição de imutabilidade do ‘conteúdo’ da sentença, porém, é identificada como *a nova controvérsia sobre a existência ou inexistência* da obrigação, que outra coisa não é senão o efeito declaratório da sentença de condenação!” (“Conteúdo da sentença e coisa julgada”, n. 8, p. 172-173).

Diante de tudo isso, para os fins do presente trabalho se pode definir a *coisa julgada material* como a *qualidade que, com o trânsito em julgado, torna imutável e indiscutível o conteúdo da decisão de mérito, impedindo que seja ele objeto de nova decisão*.

Essa qualidade, como não há dúvidas, vincula não apenas o juiz do processo em que proferida a sentença, como, ainda, os juízes de processos distintos, que não poderão novamente apreciar o mesmo objeto. Com isso, a coisa julgada material diferencia-se da *coisa julgada formal*, que se restringe ao específico processo em que se prolatou a decisão¹⁸⁰.

A fim de garantir essa proteção, a coisa julgada é dotada de uma *função negativa*, consistente em impedir a resolução do mérito da *mesma demanda* em relação à qual já tenha havido decisão transitada em julgado (CPC/15, art. 337, §§ 1º, 2º e 4º). Nestes casos, a existência de coisa julgada anterior atua como *pressuposto processual negativo*, que leva à prolação de decisão terminativa (CPC/15, art. 485, V). Pode-se enxergar, além disso, uma *função positiva* na coisa julgada, que impõe que o conteúdo seja adotado como *premissa* no julgamento do mérito de *outras demandas* em que aquele elemento se mostrar relevante¹⁸¹.

Ademais, a coisa julgada é dotada de uma *eficácia preclusiva* (CPC/15, art. 508), que, a fim de proteger o conteúdo sobre o qual tenha recaído sua autoridade, impede que seja ele submetido a nova decisão por meio da *rediscussão das premissas* que foram ou poderiam ter sido adotadas na decisão, ou, ainda, por meio do julgamento de demandas *praticamente incompatíveis* com aquele comando¹⁸².

Finalmente, vale dizer que esta é uma concepção eminentemente *processual* da coisa julgada, segundo a qual a função por ela exercida restringe-se ao campo do processo,

¹⁸⁰ Para a distinção entre coisa julgada formal e material nos termos indicados no texto, vale conferir, dentre muitos outros: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, n. 1144, p. 358-359; LIEBMAN, Enrico Tullio. “Eficácia e autoridade da sentença”, n. 19, p. 55-56; MENCHINI, Sergio. “Regiudicata civile”, p. 408-409; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.7, p. 131-132.

¹⁸¹ Sobre a contraposição entre a função negativa e a função positiva da coisa julgada, vale conferir, dentre outros: PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (dir. vig.)”, n. 11, p. 818-822; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, Cap. III, n. 2, p. 129-147; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.6, p. 130-131. No próximo tópico voltamos brevemente ao tema, para analisar a ideia, sustentada por Liebman, que era contrário à noção de que a coisa julgada produziria um efeito positivo, que, na verdade, decorreria da *eficácia natural* da sentença (“Eficácia e autoridade da sentença”, n. 18, p. 53-55).

¹⁸² Sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, remetemos ao que consta da nota n. 214, no item n. 2.20, *supra*.

impedindo a prolação de uma nova decisão sobre o mesmo objeto, e, ainda, obrigando os juízes de processos futuros a tomar o conteúdo acobertado por sua autoridade como premissa para o julgamento dos casos em que seja ele relevante.

Essas ideias, destarte, se afastam de uma noção material do fenômeno, segundo o qual a coisa julgada seria responsável por *criar* a disciplina da situação litigiosa submetida à apreciação jurisdicional, interferindo diretamente nas relações substanciais das partes. Conforme o que aqui se defende a coisa julgada tem apenas a função de imunizar um provimento jurisdicional, que, por sua vez, tem condão de incidir na esfera de direito material das partes¹⁸³.

3.16. (Segue) A atribuição de efeitos substanciais à análise incidental da situação jurídica prejudicial

Visto o conceito de coisa julgada de que se parte no presente trabalho, passamos, neste momento, a enfrentar a questão a que nos propusemos, relativa à compreensão do significado, do ponto de vista processual e material, da extensão da coisa julgada a uma questão prejudicial analisada a título incidental.

Tendo em vista a noção de coisa julgada que foi sustentada no tópico anterior, sobretudo a adesão à distinção proposta por Liebman entre a *coisa julgada* e os *efeitos da sentença*, a conclusão a que se poderia chegar, num primeiro momento, é a de que a atribuição daquela autoridade à apreciação incidental de uma situação jurídica, na forma do art. 503, § 1º, do CPC/15, não teria, por si só, o condão de fazer com que se produzisse qualquer eficácia substancial.

¹⁸³ Sobre a discussão a respeito da natureza processual ou material da coisa julgada, com extensa resenha e análise crítica das diversas teorias que surgiram a respeito, vale conferir, por todos: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, n. 1.6, p. 61-83; PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (dir. vig.)”, n. 9-13, p. 812-832. A adesão à natureza *processual* da coisa julgada não significa, é claro, que o instituto não tenha qualquer repercussão material, na medida em que, como lembra Talamini, a coisa julgada “perpetua um ato de poder jurisdicional que *incidiu sobre a esfera jurídico-material, sobre a vida do jurisdicionado*” (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 46). Em sentido muito semelhante, ainda, é o que afirmou Fazzalari, ao rebater as críticas de Redenti de que a teoria processual deixaria a coisa julgada “fechada ‘em uma gaiola’, isolada do mundo dos fenômenos do direito substancial”: “fora da gaiola do processo, naquele mundo, o provimento jurisdicional, como aquele de qualquer agente público, desenvolve os próprios efeitos. Mas a eficácia substancial não é a coisa julgada. A coisa julgada é, ao invés, aquilo que torna irretroatável tais efeitos [...]: e é um fenômeno que relaciona os juízes e as partes; que pertence, precisamente, ao mundo processo e nesse opera” (“Cosa giudicata e convalida di sfratto”, n. 4, p. 1325-1326 – *tradução livre*).

Na medida em que a análise de determinado elemento não teria, por si só, a aptidão de produzir nenhuma eficácia no plano das relações substanciais, interferindo na vida das pessoas, não seria a atribuição de coisa julgada o que levaria a uma consequência diversa. Afinal, uma vez adotada uma concepção processual para o instituto, sobretudo nos moldes propostos por Liebman, a coisa julgada levaria, apenas, à *impossibilidade de reanalisar*, em juízo, um determinado conteúdo sobre o qual tenha recaído sua autoridade, e que, por isso, tenha se tornado imutável e indiscutível. Não seria, assim, um efeito produzido *pela sentença*, mas, apenas, uma eficácia jurídica que *recai sobre a sentença* e sobre os seus efeitos, *na medida em que estes já seriam produzidos*.

Nesta linha, aliás, Liebman afirmou que, por mais relevante que fosse, a coisa julgada seria “*neutra e incolor*”, no sentido de que age sobre a sentença para estabilizá-la, “*sem todavia alterar seu conteúdo, de modo algum*”¹⁸⁴. Também no mesmo sentido, Cândido Dinamarco sustenta que a coisa julgada *não tem dimensão própria*, mas a da sentença e de seus efeitos, dando a entender justamente que aquela autoridade, por si só, não inferiria no conteúdo e na eficácia da decisão¹⁸⁵.

Deste modo, ainda conforme esta linha de raciocínio, ou um conteúdo da decisão tem, por si só, o condão de produzir determinados efeitos, ou não o tem, *realidade que não é alterada pela atribuição de coisa julgada*. Portanto, como a análise incidental de uma questão prejudicial não teria, *a priori*, eficácia sobre as relações de direito material das partes, a atribuição de coisa julgada na forma do art. 503, § 1º levaria, apenas, a tornar essa análise imutável e indiscutível *em outros processos*. Não teria, portanto, a capacidade de estabelecer uma ligação entre a motivação e a realidade substancial, assim como não o faz em relação à parte dispositiva¹⁸⁶.

Essa seria, como dito, uma consequência a que se poderia chegar pela aplicação dos princípios vistos acima a respeito da relação entre coisa julgada e os efeitos substanciais das decisões. Ao que nos parece, entretanto, a questão merece uma solução mais auspiciosa, capaz de dotar a regra do art. 503, § 1º, do CPC/15 de maior utilidade.

¹⁸⁴ “Efeitos da sentença e coisa julgada”, n. 2, p. 278.

¹⁸⁵ *Instituições...*, vol. III, n. 1149, p. 366.

¹⁸⁶ Sobre essa última observação, vale a leitura do que escreve Elio Fazzalari, ao sustentar que a coisa julgada não é capaz de atribuir eficácia substancial às “respostas às questões de mérito colocadas em juízo, que se encontram na motivação”: “a ‘coisa julgada’, como não poderia [...] constituir a ligação entre o dispositivo e o mundo substancial, assim não poderia projetar-lhe a eficácia que aquelas respostas desempenham, de per se, apenas na esfera do processo” (“Il camino dela sentenza...”, p. 593-594 – *tradução livre*).

Para chegar a essa conclusão, é necessário, antes de tudo, compreender o que significaria, de um ponto de vista prático, a adoção de um raciocínio como o desenvolvido acima, no sentido de negar a atribuição de qualquer efeito externo à situação jurídica substancial analisada incidentalmente.

Imagine-se, por exemplo, que, citado em demanda destinada à cobrança de juros decorrentes de determinada dívida, o réu demonstre que, na verdade, já havia quitado o débito, o que, então, leva à rejeição da pretensão condenatória. Cogite-se, ainda, que o juízo realizado quanto à inexistência do crédito principal tenha preenchido os requisitos do art. 503, § 1º, do CPC/15, e, assim, esteja apto à coisa julgada material.

Ainda neste caso, suponhamos que, após o trânsito em julgado, o mesmo autor volte a exigir do réu o pagamento de outros encargos decorrentes daquela dívida, ou, ainda, a quitação do próprio crédito principal, inscrevendo seu nome nos cadastros de proteção ao crédito. Nesta hipótese, então, é de se indagar: estaria o requerente descumprindo o que ficou decidido no processo anterior? O que poderia fazer, o requerido, para evitar ser novamente molestado pelo autor?

A se aceitar a tese de que, mesmo tendo sido formada coisa julgada a seu respeito, o juízo de inexistência da dívida não produziria efeitos substanciais, a resposta a que se chegaria é a de que o credor não estaria descumprindo a decisão. Afinal, não haveria, segundo essa ideia, qualquer eficácia declaratória a ser imposta às pessoas no plano do direito material, no sentido de que deveriam considerar inexistente a obrigação.

Para fazer valer aquele juízo, seria necessário, então, que o primitivo réu propusesse, em face do autor, demanda de natureza cognitiva, que pudesse levar à prolação de uma *sentença declaratória*, capaz, aí sim, de projetar eficácia nas em suas relações substantivas. Neste processo, uma vez que se constatasse a existência de coisa julgada sobre o reconhecimento da inexistência do débito, não haveria o que discutir, cabendo ao juiz tão somente *adicionar eficácia substancial* àquele conteúdo da decisão que, até então, tinha seus efeitos externos restritos ao campo do processo.

Recorramos a mais um exemplo, costumeiramente mencionado pela doutrina. Suponhamos que em ação de petição de herança fique demonstrado que o autor é, de fato, filho do *de cuius*, o que leva à procedência da pretensão por ele deduzida, e que a análise da relação de filiação tenha observado os requisitos do art. 503, § 1º, do CPC/15. Neste caso, adotada a ideia de que aquele conteúdo não produziria eficácia material, não poderia

o requerente levar a registro o reconhecimento da paternidade ou dele extrair qualquer outro efeito substancial, como a obtenção de uma pensão previdenciária ou de indenização securitária, por exemplo. Para tanto, precisaria ajuizar outra demanda em que, partindo da coisa julgada existente, se poderia dotar o juízo anterior de eficácia declaratória..

Deste modo, o que fica claro é que negar a produção de efeitos substanciais à situação jurídica cuja análise tenha se tornado imutável por força do art. 503, § 1º, do CPC/15 significa, antes de tudo, tornar necessário o ajuizamento de demanda com o exclusivo fim de *adicionar eficácia material* à coisa julgada já formada. E isso, como parece claro, vai de encontro ao ideal de eficiência na prestação da tutela jurisdicional, valor que está à base da extensão da coisa julgada às questões prejudiciais.

A fim de sustentar, como nós, a necessidade de se atribuir, à decisão sobre a situação prejudicial, efeitos materiais idênticos àqueles de que seria dotada a sua análise a título principal, afirmou-se, recentemente, que a existência de coisa julgada impediria, por meio de seus *efeitos negativos*, a propositura de demanda como esta de que se cogita, voltada a obter uma declaração sobre a relação jurídica já alcançada pela coisa julgada. E, diante disso, não haveria como negar a produção de eficácia à análise da questão prejudicial, sob pena de retirar qualquer utilidade prática do art. 503, § 1º¹⁸⁷.

Não é, entretanto, o que nos parece: ao se partir da premissa – que reputamos equivocada, vale dizer – de que a análise incidente da questão prejudicial *não produz* efeitos substanciais, a conclusão a que se chegaria é a de que *não há declaração* a respeito da situação jurídica tornada imutável. Deste modo, os efeitos negativos da coisa julgada não representariam óbice à propositura de demanda com estes fins, vez que se estaria deduzindo pretensão a um provimento jurisdicional ainda não obtido.

Na verdade, a coisa julgada, nestes casos, manifestar-se-ia em sua *função positiva*, de modo a tornar impositivo que o juiz deste novo processo tomasse, como premissa de sua decisão, a existência, inexistência ou modo de ser da relação jurídica cuja análise, ainda que incidental, tenha se tornado imutável.

Mesmo essa última visão, porém, apresentaria problemas, a depender da noção que se adote quanto à função positiva da coisa julgada. Vale lembrar, sobre o ponto, do pensamento de Liebman, que, ao menos num primeiro momento, era contrário à ideia de

¹⁸⁷ Neste sentido: FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários...*, vol. IX, n. 7.14, p. 140.

que a coisa julgada seria dotada de efeitos positivos, que, na verdade, decorreriam da própria eficácia natural da sentença. Seriam, assim, os próprios efeitos da sentença que fariam com que as conclusões nela contidas devessem ser observadas como premissas em outros processos; da coisa julgada decorreria apenas a proibição de rediscutir tal conteúdo¹⁸⁸.

Não se trata, a nosso ver, de visão que esteja correta, ao menos não em sua totalidade. Por um lado, é de se concordar que, ao se referir à sua capacidade de se fazer valer para além do processo em que proferida, a função positiva da coisa julgada expressa, de algum modo, a eficácia da sentença. De outro lado, todavia, sem a referência à imutabilidade daquele conteúdo – ou seja, à própria *coisa julgada* – não se consegue explicar o que faz com que o juiz do processo em que seja ele invocado de modo prejudicial esteja vinculado a observá-lo de modo cogente e indiscutível.

Deste modo, dessas considerações se pode concluir, com Talamini, que a assim chamada função positiva da coisa julgada “*não é expressão exclusiva do fenômeno da coisa julgada*”, referindo-se, também, a ao menos uma parte da eficácia da sentença – como nos parece, à sua *imperatividade* -, à qual se junta a imutabilidade decorrente do trânsito em julgado¹⁸⁹.

A partir disso, então, se pode concluir que, para que a coisa julgada formada a partir do art. 503, § 1º, do CPC/15 possa ter alguma operatividade, de modo a se poder fazer valer *em outros processos*, é necessário entender que o elemento analisado em caráter

¹⁸⁸ É o que se vê em: “Eficácia e autoridade da sentença”, n. 18, p. 53-55. A afirmação de que este seria o pensamento de Liebman “ao menos num primeiro momento” se deve ao fato de que, em escrito posterior, o autor trata da função positiva da coisa julgada sem fazer qualquer ressalva: “Giudicato: I”. In: *Enciclopedia giuridica*, vol. XV. Roma: Treccani, 1988. n. 3.4, p. 4. No Brasil, aderindo à ideia de Liebman para negar a existência da função positiva da coisa julgada: LEITE, Clarisse Frechaini Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, p. 110-111, 146-147 e 293.

¹⁸⁹ Pela clareza com que trata dessa intrincada questão, vale a leitura do que escreve Talamini: “Segundo Liebman, essa *eficácia positiva* ‘não tem nada que ver’ com a coisa julgada. Seria ‘simplesmente a eficácia natural da sentença’: a simples produção dos efeitos da sentença perante outro juiz. Porém, esse outro juiz só está obrigado a observar tais efeitos, só se vincula cogentemente a eles, se o comando de que eles advêm estiver acobertado pela coisa julgada – conforme constata o próprio Liebman. Com efeito, daí se pode extrair que a chamada ‘eficácia positiva da coisa julgada’ não é expressão exclusiva do fenômeno da coisa julgada. Expressa *também os efeitos* (declaratórios, constitutivos) da sentença. Mas certamente, sem a coisa julgada, a ‘eficácia positiva’ não se poria como tal: o juiz do segundo processo não ficaria vinculado à solução já dada pelo *decisum* da sentença anterior à questão que ora funciona como prejudicial. Enfim, é sempre a autoridade da coisa julgada que faz o juiz ficar vinculado ao conteúdo do comando anterior seja para negar novo julgamento, seja para decidir tomando aquele comando como premissa necessária. O mesmo e único fenômeno – a coisa julgada – apresenta esses dois aspectos, expressa-se dessas duas maneiras” (*Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.6, p. 131).

incidental é dotado de ao menos *alguma eficácia própria*, mais especificamente de *imperatividade*, ainda que dirigida a outros juízes.

Isso não significa, vale dizer, que se deva *confundir* a imperatividade da decisão com a imutabilidade que sobre ela se forma, e tampouco abandonar a distinção entre efeitos da sentença e coisa julgada. Esses são, na linha do que procuramos deixar claro no tópico anterior, conceitos distintos, noção corrente na doutrina brasileira ao menos.

O que se quer afirmar, apenas, é que os elementos analisados na motivação da decisão são dotados da capacidade de produzir *imperatividade*, como, inclusive, se chegou a sustentar recente doutrina¹⁹⁰. Ou, de outro modo, se quer dizer que não faria muito sentido atribuir a qualidade de coisa julgada a um conteúdo sentencial cujos efeitos ficassem restritos ao processo em que proferido¹⁹¹.

¹⁹⁰ Na doutrina brasileira, foi o que afirmou Heitor Sica, ao sustentar que a antiga *ação declaratória incidental* serviria, apenas, para atribuir a autoridade de coisa julgada à questão prejudicial, e não para dotá-la de *imperatividade*, o que já ocorreria independentemente do ajuizamento de demanda própria. É o que se vê do seguinte trecho: “[...] a *única* utilidade da demanda declaratória incidental é obter a extensão da coisa julgada sobre o julgamento da questão prejudicial que envolva a existência ou inexistência de relação jurídica, a qual já seria de qualquer modo examinada pelo juiz. Segundo a doutrina praticamente uníssona, a *localização* dessa solução está na fundamentação, e não no dispositivo da decisão, de tal modo que não se trata de uma diferença *quanto à decisão* em si, mas sim quanto ao grau de *imutabilidade* que sobre ela recairá. Disso decorre, em primeiro lugar, que a solução da questão prejudicial que não foi objeto de demanda declaratória incidental tem, sim, imperatividade, em que pesem opiniões contrárias. Imperatividade há, pois a solução de tais questões vincula as partes e produz consequências jurídicas sobre elas. E não é porque a solução da questão não se torna imutável extraprocessualmente que ela não será eficaz, como decorre da teoria de Liebman sobre a coisa julgada, que ao menos no Brasil triunfa sobre todas as demais, ainda que com alguns temperamentos por nós já referidos. A ausência imutabilidade extraprocessual não impede, enfim, que a resolução da questão prejudicial seja portadora de eficácia, ainda que seja inegável que a principal utilidade da declaração seja sua perenidade” (*O direito de defesa no processo civil brasileiro...*, n. 10.4, p. 223-224). Já na doutrina estrangeira, em contexto ligado ao tema dos próximos tópicos, em que tratava da possibilidade de cognição incidental sobre um elemento constitutivo (*infra*, n. 3.18), foi o que também escreveu Alessandro Motto, com base na doutrina alemã: “É, de fato, princípio conhecido e compartilhado, que o conteúdo imperativo da sentença não emerge apenas do dispositivo, mas também da motivação sob a qual é fundado” (*Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*. Torino: Giappichelli, 2012. p. 297 – *tradução livre*).

¹⁹¹ Nesta linha, embora com base em premissas distintas, ao rebater a ideia de que seria impossível a formação de coisa julgada sobre questões prejudiciais incidentais pela suposição de que elas seriam objeto de *mera cognição*, e não de atividade *decisória*, na linha do que também sustentamos anteriormente (*supra*, item n. 3.2), Giovanni Pugliese é categórico ao afirmar que “é claro que, se se confere eficácia de coisa julgada à decisão de uma questão prejudicial, se pressupõe que essa contenha, além de um elemento lógico, um elemento imperativo ou autoritativo” (“Giudicato civile (dir. vig.)”, n. 25, p. 867 – *tradução livre*), posição que é expressamente endossada por Bruno Lopes (*Limites objetivos...*, p. 75). Ainda que em contexto bem diverso, Robert Wyness Millar sustenta algo semelhante, ao afirmar que “sempre que, sob o sistema atual, qualquer parte das premissas [*da decisão*] adquira força vinculante para um processo futuro sobre uma demanda distinta, é em virtude de uma declaração judicial, expressa ou implícita” (“The premises of judgment as res judicata in continental and Anglo-American law” (2ª parte). In: *Michigan law review*, vol. 39, n. 2, dez. 1940. n. III, E, p. 265 – *tradução livre*). Na ocasião, vale dizer, o autor sustentava a possibilidade da proliferação de *provimentos declaratórios* nos sistemas norte-americano e inglês, o que, no que se refere aos Estados Unidos, como mencionamos anteriormente (*supra*, n. 1.9, nota n. 177), apenas passou a ser aceito pela Suprema Corte a partir da década de 1930. Assim, o que procurou afirmar Millar foi que,

Dando um passo adiante neste raciocínio, admitida a necessidade de que a situação jurídica prejudicial sobre a qual recai a autoridade de coisa julgada produza certa eficácia externa ao processo em que analisada, parece de todo *contraproducente* restringir tais efeitos a *outros processos*, ou seja, à necessidade de que seja aquele juízo observado de modo cogente no julgamento de outras demandas.

Não negamos que, do ponto de vista conceitual, essa seria uma concepção viável, na medida em que seja adotado, como fizemos no tópico anterior, uma noção processual de coisa julgada, que se restringe à impossibilidade de se rediscutir, em juízo, determinado conteúdo de uma decisão judicial. Assim, os efeitos externos produzidos pela questão prejudicial incidental – sua imperatividade – seriam restritos ao campo processual.

Uma visão deste tipo, porém, a nosso ver, seria o fruto de um *exagerado dogmatismo*, que levaria às últimas consequências a distinção teórica entre eficácia da sentença e coisa julgada, sem trazer qualquer resultado útil, e impedindo que do art. 503, § 1º, do CPC/15 se possam extrair os resultados esperados. Não se trata, repita-se, de negar a diferença entre os efeitos da decisão e a coisa julgada, mas, apenas, de entender que aquele dispositivo deve ter um alcance maior do que aquele indicado pela sua literalidade, indo além de apenas atribuir coisa julgada à questão prejudicial, para também dota-la de eficácia¹⁹².

Diante disso, pode-se concluir que a regra do art. 503, § 1º, do CPC/15 não trata apenas da extensão de coisa julgada à questão prejudicial, mas, também, da atribuição de efeitos substanciais à apreciação de uma situação jurídica a título incidental. Ou, em outras palavras, o dispositivo é responsável por ampliar o alcance da tutela jurisdicional prestada em um determinado processo, que passa a ir além do objeto do processo e do objeto da decisão.

ainda que isso não fosse aceito expressamente, a obtenção de provimento com eficácia declaratória seria consequência inexorável da formação de coisa julgada sobre as premissas da decisão (*issue estoppel* ou *collateral estoppel*).

¹⁹² A título de comparação, pode-se dizer que algo de semelhante ocorre com a sentença penal condenatória: conquanto o juiz criminal não se pronuncie expressamente sobre a *responsabilidade civil* do acusado, o Código Penal agrega à sentença a eficácia de *tornar certa* a obrigação de indenizar (art. 91, I), e o Código de Processo Civil, por sua vez, atribui *força executiva* àquela decisão a partir de seu trânsito em julgado (art. 515, VI). Nesse sentido, afirmando que tais dispositivos atribuem, respectivamente, eficácia *declaratória* e *eficácia condenatória* à sentença penal: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. n. 1471, p. 258.

É isso, vale dizer, o que sustentam os poucos autores que, na doutrina brasileira, se propuseram, até o momento, a enfrentar o problema de que cuidamos no presente tópico, que têm afirmado que a questão prejudicial de que fala o art. 503, § 1º não seria apenas imunizada pela coisa julgada material, mas passaria a produzir todos os efeitos de que seria dotada a análise daquela situação jurídica em caráter principal¹⁹³.

Para isso, não se faz necessário - esclareça-se - que a resolução da situação jurídica prejudicial seja inserida na *parte dispositiva* da decisão de mérito. Como se procurou exaustivamente sustentar ao longo do presente trabalho, a questão prejudicial mencionada no art. 503, § 1º deve ser analisada a título *incidental*, constatação que não se altera pelo fato de ter ela a aptidão de adquirir a autoridade de coisa julgada, ou, ainda, de produzir efeitos substanciais. O caráter principal ou incidental de um determinado elemento tem relação com o modo pelo qual será ele tratado na decisão, no sentido de se tratar de um elemento que *deve ser objeto da decisão*, ou, por outro lado, que deve ser apreciado de modo *instrumental*, com o fim de *justificar* aquele julgamento.

Mais uma vez, parece útil associar a regra do art. 503, § 1º, do CPC/15 aos chamados *efeitos anexos* (ou *secundários*) da sentença, que dela decorrem por força de lei de modo automático, isto é, *independentemente* de manifestação específica do juiz neste sentido. É exatamente o que ocorre com a análise da situação jurídica de modo incidental, que, uma vez preenchidos os requisitos dos §§ 1º e 2º do art. 503, atua como *fato jurídico* que faz com tal resolução não apenas se torne *imutável e indiscutível para outros processos*, como, ainda, passe a produzir *efeitos substanciais*¹⁹⁴.

¹⁹³ É o que escreve Talamini: “Observados os requisitos do art. 503, a resolução da questão prejudicial não só recebe a autoridade de decisor (coisa julgada) como produz todos os efeitos deste. P. ex., se na ação de petição de herança constatar-se a filiação em resolução de questão prejudicial, tal reconhecimento, preenchidos os pressupostos do art. 503, fará coisa julgada e terá a eficácia de comando sentencial declaratório da filiação: poderá ser levado a registro no cartório competente etc.” (“Comentários aos arts. 502 a 508”, p. 718). Tal posição é endossada, como indicado acima, por João Francisco Naves da Fonseca (*Comentários...*, vol. IX, n. 7.14, p. 140). Parece ser essa, também, a posição de Dinamarco no trecho citado na próxima nota, em que afirma que, com a presença dos requisitos do art. 503, § 1º, a resolução da prejudicial “valerá como uma decisão tomada *principaliter*”.

¹⁹⁴ É exatamente isso o que ensina Cândido Dinamarco: “Essa técnica remete-nos à teoria dos *efeitos secundários da sentença* ou dos atos jurídicos em geral. Todos eles são efeitos exteriores agregados por determinação legal e independentemente de qualquer postura volitiva do agente. Exemplo emblemático é a sentença penal condenatória, dotada por lei da eficácia declaratória da obrigação do condenado a ressarcir os danos causados pelo crime e valendo também como título executivo para a execução civil – efeitos que ela terá sem que a seu respeito o juiz criminal emita qualquer pronunciamento ou sequer cogite deles. Do mesmo modo, quando presentes os requisitos indicados no art. 503, § 1º, do Código de Processo Civil o pronunciamento judicial *incidenter tantum* a respeito da questão prejudicial valerá como uma decisão tomada *principaliter*, independentemente de qualquer intenção do juiz, e sobre ele incidirá a autoridade da coisa julgada material” (*Instituições...*, vol. III, n. 1155, p. 379-380).

A grande questão, porém, é procurar identificar os tipos de eficácia que podem ser produzidos a partir da regra do art. 503, § 1º, do CPC/15, ou, dito de outro modo, as *modalidades de tutela jurisdicional* que por esta via podem ser prestadas. O problema se coloca em virtude do fato de que, como se tem afirmado, o elemento sobre o qual recairá a coisa julgada por força do dispositivo é analisado de modo incidental, o que, como sustenta parte da doutrina, não é compatível com a produção de determinados efeitos substanciais.

A essa análise dedicaremos os próximos tópicos.

3.17. (Segue) Questão prejudicial e tutela declaratória

Assumida a premissa de que a análise incidental de uma situação jurídica, uma vez que preencha os requisitos do art. 503, § 1º, do CPC/15, é capaz de levar à produção de efeitos substanciais, parece natural a conclusão de que, por esta via, se pode chegar à prestação de *tutela declaratória*.

Afinal, quando se pensa na cognição que o juiz exerce sobre uma situação jurídica que estabelece uma relação de prejudicialidade com a pretensão a ser decidida em caráter principal, parece claro que essa atividade terá como *resultado* a conclusão pela *existência*, pela *inexistência* ou por um determinado *modo de ser* daquela situação. Como foi visto no início do capítulo, ainda, esta operação lógica não se distingue, em sua natureza, daquela que o juiz realiza quando *declara* a existência, a inexistência ou o modo de ser de um direito em caráter principal; a diferença, como dito, está nos *efeitos* pela lei atribuídos a cada uma das atividades¹⁹⁵.

A partir do momento, então, em que a própria lei passa a atribuir efeitos substanciais a tal operação, chega-se à compreensão de que as conclusões contidas na motivação da decisão a respeito da questão prejudicial equivalerão, para todos os fins, à *declaração judicial* a respeito dessa situação jurídica. Referido juízo, então, passará a valer

¹⁹⁵ Em sentido de certo modo semelhante, afirma Clarisse Lara Leite que “a adoção de uma premissa pelo juiz no *iter* de seu raciocínio consiste já na *declaração* de que existe um fato, uma norma ou uma situação jurídica. A declaração apenas não é imperativa porque, como visto, o *eixo de imperatividade* só abrange a resposta aos pedidos formulados pelas partes” (*Prejudicialidade no processo civil*, n. 29, p. 186-187).

para as partes e para terceiros¹⁹⁶ como *preceito concreto e imperativo*, a ser observado em suas relações recíprocas¹⁹⁷.

Essa declaração, então, poderá se referir à *existência*, à *inexistência* ou ao *modo de ser* de uma situação jurídica (CPC/15, art. 19, I). Os exemplos de que se pode cogitar são muitos, como fica claro da análise realizada na parte final do capítulo anterior a respeito das diversas categorias de prejudicialidade, em que, na grande maior parte das hipóteses cogitadas, tinha-se, como prejudicial, um elemento de caráter declaratório, trecho ao qual se remete a fim de evitar repetições desnecessárias¹⁹⁸.

De toda sorte, parece-nos oportuno, neste momento, tecer algumas considerações a respeito do significado atual dos provimentos declaratórios no contexto mais geral da tutela jurisdicional.

Em etapa anterior deste trabalho, ao analisarmos o conceito de tutela jurisdicional e sua relação com o objeto do processo, foi mencionado que, ao lado das decisões constitutivas, os *provimentos declaratórios*, ao contrário do que ocorre com os comandos condenatórios, têm a aptidão de levar à plena satisfação do interesse a ser protegido, na medida em que prescindiriam de atuação no plano dos fatos. Seriam eles, como na ocasião se referiu, *autossuficientes*, por serem aptos à prestação da tutela almejada independentemente de nova atuação processual¹⁹⁹.

De fato, quando se pensa na existência de uma *crise de certeza*, em que a situação conflituosa levada a juízo caracteriza-se pela contestação a respeito de um direito, basta a emissão de um provimento declaratório para que, obtida a certificação oficial da existência, inexistência ou modo de ser da situação jurídica, seja satisfeito o interesse que levou o sujeito a buscar a prestação da tutela jurisdicional. Trata-se, como dito, de uma crise que se resolve no plano dos enunciados jurídicos.

¹⁹⁶ Ainda que não estejam submetidos à coisa julgada formada sobre referida declaração, os terceiros, tanto quanto as partes, estão sujeitos aos efeitos dela decorrentes, como resulta da teoria de Liebman. A este respeito, ver, *supra*, a nota n. 176 no item n. 3.16.

¹⁹⁷ Como ensina Dinamarco, “*declarar*, em sentido processual, é afirmar essa existência, inexistência, *etc.* [de uma relação jurídica], com a força imperativa de que se revestem os atos estatais – de modo que, emitida a declaração pelo juiz em sentença, ela se impõe às partes como preceito concreto a ser observado em suas relações recíprocas ou nas relações delas com um bem da vida” (“Sentença meramente declaratória, sentença condenatória e coisa julgada”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. n. 538, p. 973).

¹⁹⁸ *Supra*, itens n. 2.15 a 2.21.

¹⁹⁹ Ver, *supra*, n. 1.5.

Pode ocorrer, entretanto, de essa declaração de certeza recair sobre a *existência* de um direito para cuja efetivação seja necessária a prática de atos concretos, no plano dos fatos, por parte de outrem. É o que ocorre quando se reconhece em juízo, por exemplo, a existência de uma *obrigação* ou de um *direito real de gozo*: ainda que, num primeiro momento, a declaração judicial seja capaz de colocar fim à crise de certeza e, assim, de satisfazer o interesse da forma como se apresentou à jurisdição, nada impede que, posteriormente, diante da falta de colaboração do sujeito passivo, surja um novo conflito (*crise de adimplemento*), para cuja resolução seja necessária a prática de atos de execução forçada.

Nesses casos, na versão originária do CPC/73, era necessário, como se sabe, que, após a obtenção da sentença declaratória, o titular de um desses *direitos à prestação*²⁰⁰ voltasse a juízo para que, a partir daquele provimento, obtivesse a *condenação* do réu, para que, só então, pudesse dar início ao procedimento executivo. Afinal, nos termos do art. 584, I, apenas a *sentença condenatória* – e não a declaratória²⁰¹ – era considerada título executivo, regra que, de resto, seguia a tradição do direito brasileiro, e do que se vê no direito comparado²⁰².

É certo que, neste segundo processo, o provimento declaratório anterior, uma vez que houvesse se tornado definitivo, serviria, por força da eficácia positiva da coisa julgada, como premissa vinculante para o julgamento do mérito da ação condenatória. Tal fato,

²⁰⁰ Com base na classificação proposta por Chiovenda, falamos, aqui, em *direitos à prestação* para tratar de todos os direitos “tendentes a um bem da vida a conseguir-se, antes de tudo, mediante a prestação positiva ou negativa de outros”, o que engloba “direitos *absolutos e relativos, reais e pessoais*”. A eles, se contrapõem, no pensamento do autor, os *direitos potestativos*, de que falaremos no próximo tópico (*Instituições...*, vol. I, n. 4, p. 10-17).

²⁰¹ Necessário registrar, todavia, a posição de Teori Albino Zavascki, no sentido de que quando a sentença declaratória individualizasse todos os elementos da relação obrigacional necessários à sua efetivação em juízo (sujeitos, prestação, liquidez e exigibilidade), não haveria razão para negar-lhe imediata executividade. O autor, dessa forma, coerente com a sua definição de título executivo como a representação documental de uma norma jurídica concreta, atribuía tal qualidade aos provimentos declaratórios (*Título executivo e liquidação*. São Paulo: RT, 1999. p. 52-64 e 101-106; “Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados”. In: *Revista de Processo*, vol. 109. São Paulo: RT, 2003).

²⁰² É o que anotava Dinamarco: “A sentença condenatória civil ordinária é universalmente proclamada como sentença o título executivo por excelência [...]” (*Execução civil*, p. 523). Sobre a questão nos direitos espanhol, argentino, uruguaio, francês, italiano, bem como no antigo e atual direito português, ver: LUCCA, Rodrigo Ramina de. “Inexequibilidade das sentenças declaratórias”. In: *Revista dialética de direito processual*, n. 92. São Paulo: Dialética, 2010. p. 109.

todavia, não ilidia a necessidade de que, efetivamente, fosse buscada a condenação do réu para que se tornasse admissível a tutela executiva²⁰³

Esta realidade, todavia, teria sido aparentemente alterada pela Lei nº 11.232/2005, que, ao revogar o art. 584 do CPC/73, e instituir novo rol para os títulos executivos judiciais no art. 475-N, elencou, em seu inciso I, “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. Suprimida a referência à sentença condenatória, bastaria o *reconhecimento* da existência da obrigação, o que levava à conclusão de que, a partir de então, como passou a sustentar parte da doutrina, também as sentenças *declaratórias* poderiam conduzir, de imediato, ao processo executivo, desde que preenchidos os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade do crédito (CPC/73, art. 586)²⁰⁴.

O fato, porém, é que, como identificaram alguns autores, havia, em relação ao art. 475-N, I, do CPC/73, vício de *inconstitucionalidade formal* – decorrente da violação do art. 65, parágrafo único, da CF/88 –, o que deveria impedir que se considerasse, àquela época, a sentença declaratória como título executivo²⁰⁵. Era outra, contudo, a postura adotada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que vinha aplicando o

²⁰³ Neste sentido, era o que sustentavam, dentre outros: ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 435-436; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários...*, vol. I. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. n. 61, p. 51-52; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil”. In: *Temas de direito processual: primeira série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 72; DINAMARCO, Cândido Rangel. “Sentença meramente declaratória, sentença condenatória e coisa julgada, n. 542, p. 980-982. A realidade é a mesma no direito comparado, como demonstra Eduardo Talamini (“Sentença que reconhece obrigação’ como título executivo (CPC, art. 475-N, I – acrescido pela Lei 11.232/2005)”. In: *Execução civil e cumprimento de sentença*. Coord.: Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: Método, 2006. p. 149, nota n. 32).

²⁰⁴ Neste sentido, foi o que passaram a afirmar, dentre outros: ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, p. 436; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 126-128; THEODORO Jr., Humberto. *Processo de execução e cumprimento da sentença*. 24ª ed. São Paulo: LEUD, 2007. 592-594. Em sentido contrário, sustentando que às sentenças declaratórias continuou a faltar eficácia executiva: ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 171-176; BATISTA CINTRA, Lia Carolina. “Relevância da vontade no processo, interpretação do ato declaratório e pedido ‘meramente’ declaratório”. In: *Revista de processo*, n. 239. São Paulo: RT, 2015. n. 6, p. 48-58; GRINOVER, Ada Pellegrini. “Cumprimento da sentença”. In: *Execução civil e cumprimento de sentença*. Coord.: Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: Método, 2006. p. 17-19; TALAMINI, Eduardo. “Sentença que reconhece obrigação...”, p. 155-157.

²⁰⁵ Isso, porque, na versão do projeto de lei aprovada na Câmara dos Deputados, o art. 475-N, I, repetia a fórmula do revogado art. 584, I, falando em sentença *condenatória*. Foi, então, no Senado Federal que a redação do dispositivo foi alterada para a que acabou constando da versão final, de modo que, tendo havido alteração de conteúdo, o art. 65, parágrafo único, da CF/88, determinaria o retorno do projeto à casa de origem. Restaria, assim, para salvar a constitucionalidade do dispositivo, entender que a alteração fora meramente redacional, e que, assim, as sentenças declaratórias continuariam a carecer de eficácia executiva. Neste sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. IV, n. 1462-A, p. 246-247; TALAMINI, Eduardo. “Sentença que reconhece obrigação...”, p. 156-157.

dispositivo para entender que, em certos casos, a sentença declaratória poderia aparelhar o procedimento executivo, tendo, inclusive, fixado tese a respeito em sede de recurso especial repetitivo²⁰⁶.

Com a promulgação do Código de 2015, contudo, referido problema deixa de existir, e, assim, tendo sido arroladas, como título executivo judicial, as decisões que “reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa” (art. 515, I), pode-se dizer que, no sistema atualmente vigente, as sentenças *declaratórias* são aptas a tornar adequada a prática de execução forçada a fim de dar cumprimento a um determinado direito²⁰⁷. Trata-se, vale dizer, de *eficácia anexa* a essas decisões, que lhes é acrescentada por força de lei, ainda que elas não contenham, em seu conteúdo, a aplicação da *sanção executiva*, que caracteriza a condenação²⁰⁸.

Conquanto, a nosso ver, se trate de opção criticável tanto do ponto de vista teórico como pragmático²⁰⁹, não se pode negar que, cabendo ao legislador determinar quando um ato ou fato jurídico terá força executiva, poderia estender tal eficácia, por razões de conveniência, aos provimentos declaratórios. Deste modo, diante da inequívoca opção que foi feita no art. 515, I, e não existindo o vício de inconstitucionalidade que antes afetava o art. 475-N, I, do CPC/73, “agora só resta conviver com esta novidade”²¹⁰.

²⁰⁶ REsp 1114404/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/02/2010, DJe 01/03/2010.

²⁰⁷ Nesse sentido, afirmando a eficácia executiva das sentenças declaratórias já à luz do CPC/15, dentre outros: BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 5. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 265-269; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, vol. III, ns. 1088 (p. 263-264), 1094 (p. 273-274) e 1096-1098 (p. 277-279); RODRIGUES: Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. n. 9.1, p. 148-149; SICA, Heitor Vitor. “Comentários aos arts. 513 a 527”. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 802-804. Em sentido parcialmente diverso, é a opinião de Cassio Scarpinella Bueno, que ressalta não bastar que a sentença declare a *existência* da obrigação, sendo necessário, ainda, o reconhecimento de sua *exigibilidade*, como indica a literalidade do art. 515, I, do CPC/15 (*Manual...*, p. 426), posição que é semelhante à sustentada pelo autor em relação ao art. 475-N, I, do CPC/73, no sentido de que apenas a sentença que reconhecesse o *inadimplemento* da obrigação seria dotada de força executiva (*Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 3. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111-115). Em relação ao Código de 2015, porém, parece ter razão Dinamarco (*Instituições...*, vol. III, n. 1098, p. 279) e Heitor Sica (“Comentários...”, p. 804), ao criticarem a exigência de declaração da *exigibilidade* da obrigação, que nada tem a ver com a existência do próprio direito, sobretudo porque, como lembra este último autor, o art. 514 “permite que se execute uma obrigação que, originalmente, foi reconhecida como inexigível, desde que o autor apresente prova do implemento do termo ou condição”.

²⁰⁸ Para referências sobre o assunto, ver, *infra*, o item n. 3.19.

²⁰⁹ Sobre alguns dos inconvenientes práticos que decorreriam de tal modificação, ver, com grande proveito: TALAMINI, Eduardo. “Sentença que reconhece obrigação...”, p. 151-155.

²¹⁰ São as palavras de Dinamarco ao se manifestar sobre o tema (*Instituições...*, vol. III, n. 1088, p. 263).

Aproximando tais considerações do tema de que nos ocupamos no presente tópico, pode-se dizer que, a partir do momento em que seja dotado, por força do art. 503, § 1º, de efeitos substanciais, o juízo incidentalmente feito a respeito de uma situação jurídica prejudicial, caso resulte no reconhecimento da existência de um direito à prestação, poderá autorizar a *prática de atos de execução forçada* no intuito de dar efetividade a esse mesmo direito. Basta, para tanto, que todos os elementos necessários à identificação do direito tenham sido devidamente especificados, de modo a individualizar, de forma completa, a norma jurídica concreta em favor do exequente.

Afinal, diante da regra do art. 515, I, do CPC/15, basta, para aparelhar um procedimento executivo, que exista uma *declaração judicial* a respeito do direito a determinada prestação, eficácia esta que, como se disse, é atribuída à questão prejudicial de que fala o art. 503, § 1º.

Caso assim não se entenda, a consequência será a de que, mesmo tendo obtido o reconhecimento da existência de determinado direito, o sujeito precise ajuizar demanda tão somente para atribuir força executiva àquela declaração, na linha, como se disse, da posição antigamente sustentada na doutrina brasileira, mas que parece ter sido superada ante a expressa opção legislativa.

Essa constatação, então, é capaz de dotar a regra do art. 503, § 1º, do CPC/15 de grande potencial aplicativo, na medida em que, sempre que se reconhecer, a favor do autor ou do réu, a existência de um direito apto a ser levado à execução forçada, será desnecessário o ajuizamento de nova demanda cognitiva a fim de obter título executivo.

São muitas as situações em que isso pode ocorrer.

Pode-se mencionar, por exemplo, a hipótese em que, ajuizada demanda visando à cobrança de juros decorrentes de uma dívida, o juízo feito sobre a existência do crédito principal preencha os requisitos do art. 503, § 1º: neste caso, poderá, o credor, a partir de tal declaração, dar início a procedimento de cumprimento de sentença também com vistas à efetivação deste direito. Ou, ainda, suponhamos que seja ajuizada ação de rescisão contratual com base na alegação de que o réu teria inadimplido determinada prestação que lhe cabia: neste caso, julgada procedente a pretensão desconstitutiva por ter ficado comprovada a pendência da obrigação por parte do demandado, poderá, o requerente, dar início a cumprimento de sentença com vistas à execução do crédito.

Ou, por outro lado, pode-se lembrar da situação, anteriormente mencionada, em que, citado em ação possessória, o requerido demonstre ter direito a ser indenizado por benfeitorias necessárias ou úteis realizadas sobre a área. Imaginemos, ainda, que, mesmo tendo retido o bem, o requerido não recebe, do devedor, a indenização que lhe seria devida, e que, num determinado momento, passe a ser para ele mais interessante a obtenção de referidos valores do que continuar na posse da coisa. Nesse caso, então, poderá, a partir do juízo feito quanto à existência do direito de crédito, dar início a procedimento executivo com vistas à sua efetivação.

É claro que, em todos esses casos, uma vez que seja dado início ao procedimento executivo, deverá, o juiz, ao realizar o controle de sua admissibilidade, verificar se, de fato, há título executivo capaz de tornar adequada aquela atuação processual. Para isso, precisará verificar, então, se o juízo incidentalmente feito sobre o direito de crédito efetivamente observou os requisitos do art. 503, § 1º, condição para que, como se vem defendendo, seja ele dotado não apenas da autoridade de coisa julgada, mas, também, de eficácia substancial.

3.18. (Segue) Questão prejudicial e tutela constitutiva

Ao contrário do que ocorre com a eficácia declaratória, questão que oferece grande dificuldade se refere à possibilidade de que seja prestada *tutela constitutiva* a partir da análise de uma situação jurídica na forma do art. 503, § 1º, do CPC/15. Isso ocorre porque, como será adiante referido, há autorizada doutrina que entende ser *impossível* o exercício, pelo juiz, de *cognição incidental* sobre um elemento de caráter *constitutivo*.

Antes de adentrar na análise deste problema, é relevante lembrar que, conforme célebre lição de Chiovenda²¹¹, aceita de modo relativamente tranquilo na doutrina brasileira²¹² – embora contestada em seu país de origem²¹³ –, a tutela constitutiva tem lugar

²¹¹ Como se sabe, deve-se a Chiovenda a sistematização da categoria dos direitos potestativos e a sua ligação com a tutela constitutiva, o que foi feito, inicialmente, na célebre “*prolusione*” proferida na Universidade de Bolonha em 1903 (“*La acción en el sistema de los derechos*”). In: *Ensayos de derecho procesal civil*, vol. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1949. n. 11-14, p. 25-32; nota n. 118, p. 125-128), e se encontra, posteriormente, nas obras sistemáticas do autor (p. ex.: *Instituições...*, vol. I, n. 4, esp. p. 14-17).

²¹² Na doutrina brasileira, não se costuma questionar a ligação da tutela constitutiva com os direitos potestativos, como se vê, dentre muitos outros, em: AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”. In: *Revista Forense Comemorativa – 100 anos*, t. 5. Coord.: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. n. 3-7, p. 103-112; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema”. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989. n. 4, p. 178-179; DINAMARCO,

quando é deduzido em juízo um *direito potestativo*, que se caracteriza como o *poder de um sujeito de influir, com a sua manifestação de vontade, sobre a condição jurídica de outro, mediante a criação, a extinção ou a modificação de uma situação jurídica*. Para a realização de tal poder, não é necessária qualquer prestação ou a manifestação de vontade do sujeito passivo, que se encontra em estado de sujeição frente ao titular do direito potestativo.

É de se pensar, por exemplo, no que ocorre em uma ação de divórcio, em que um dos cônjuges busca o desfazimento da sociedade conjugal, ou, então, em uma ação de rescisão ou anulação de um contrato, em que se pretende pôr fim à relação contratual. É isso, também, o que ocorre em uma ação revisional de aluguel, em que se pretende a alteração do valor a ser pago ao locador, ou, ainda, em uma ação renovatória, em que o locatário requer a extensão do vínculo locatício. Pode-se pensar, finalmente, em uma demanda que visa à anulação de um ato administrativo. Em todos esses casos, enfim, o demandante busca a emissão de um provimento apto a *alterar a realidade jurídica*, seja mediante a extinção, a criação, ou, ainda, a modificação de uma situação jurídica.

Nem sempre, porém, é correta a associação entre *direito potestativo* e *demandanda constitutiva*, havendo situações em que o exercício daquele leva à prestação de tutela de

Cândido Rangel. “Momento de eficácia da sentença constitutiva”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. n. 531, p. 950-955; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2006. n. 5.9, p. 156-159.

²¹³ Entre os autores italianos, existe, é certo, boa aceitação da ideia de que a tutela constitutiva se explica na existência de um direito potestativo substancial, em que um indivíduo tem o poder de sujeitar outro a uma modificação jurídica, como se vê, dentre outros, em: ANDOLINA, Italo. *Cognizione' ed 'esecuzione forzata' nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983. p. 5-6; FERRI, Corrado. *Profili dell'accertamento costitutivo*. Padova: CEDAM, 1970. Cap. I, p. 17-70; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, vol. I. 3ª ed. Trad.: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 246, nota n. 25; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. I, n. 3.6, p. 14-16; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, Cap. III, esp. n. 3-6, p. 147-172; PISANI, Andrea Proto. “La tutela c.d. constitutiva”. In: *Le tutele giurisdizionale dei diritti (studi)*. Napoli: Jovene, 2003. n. 2.3, p. 212-213. Por outro lado, verifica-se, em importantes setores da doutrina, uma tendência a *negar*, nos casos de tutela constitutiva, a existência de um direito substantivo potestativo de titularidade do indivíduo, dirigido diretamente à modificação jurídica (assim: DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2001. Cap. V, n. 1, p. 341-349; FAZZALARI, Elio. “Cosa giudicata e convalida di sfratto”, p. 1311-1313; HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi...*, p. 103-105; MONTESANO, Luigi. *La tutela giurisdizionale dei diritti*. 2ª ed (ristampa). Torino: UTET, 1997. n. 52, p. 143-145), o que culmina na construção desenvolvida por Claudio Consolo, no sentido de que se trataria de um *direito à emissão do provimento constitutivo*, uma espécie de *direito concreto de ação*, de natureza processual e material, *dirigido diretamente ao Estado-juiz*, que, por sua vez, tem a capacidade de submeter o réu à modificação jurídica (“Domanda giudiziale”. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. VII. Torino: UTET, 1998. n. 21-23, p. 79-86; “Oggetto del giudicato e principio dispositivo...”, n. 7, p. 246-261). De toda sorte, essa última construção não altera a linha de raciocínio que pretendemos desenvolver, na medida em que, também para esses últimos autores (em verdade, de modo ainda mais enfático), é necessária a emissão do provimento a fim de que se possa produzir a alteração jurídica.

índole distinta. É necessário, assim, divisar três situações diversas, conforme características que decorrem da realidade substancial e que se refletem no campo do processo²¹⁴.

Há, em primeiro lugar, situações em que o poder atribuído pela ordem substancial a um sujeito de influir na esfera jurídica alheia é de tamanha intensidade que a produção da modificação é deflagrada pela simples *manifestação unilateral de vontade* do titular do direito. Exemplo disso é o que ocorre com a possibilidade de *resilição unilateral* de um contrato mediante *denúncia* (CC/02, art.473), geralmente presente em negócios de prazo indeterminado, ou, ainda, com a *revogação* ou a *renúncia* do contrato de mandato (CC/02, art. 682, I). O mesmo se verifica, ainda, nos contratados bilaterais em que se tenha estipulado *cláusula resolutiva expressa*, caso em que qualquer dos contratantes pode, diante do inadimplemento do outro, dar por resolvido o pacto, o que se “opera de pleno direito” (CC/02, art. 474, primeira parte). Finalmente, pode-se mencionar a *rescisão unilateral* do contrato de trabalho, ou, ainda, a *exoneração “ad nutum”* de servidor ocupante de cargo comissionado (CF/88, art. 37, II, parte final), em que, desde que respeitados os requisitos legais, basta a manifestação de vontade para que seja rompido o vínculo contratual ou estatutário.

Nestes casos, em que, presentes os requisitos, basta a manifestação de vontade de um sujeito a fim de afetar os direitos de outro, a nova situação jurídica se produz *extrajudicialmente*, a partir do momento em que praticado o ato ao qual a lei atribui aquela eficácia modificativa. Nestas situações, então, o conflito que pode surgir diz respeito à ocorrência, ou não, da modificação jurídica, o que pode decorrer de controvérsia quanto à existência do direito potestativo ou da legitimidade da manifestação de vontade. Surgirá, enfim, uma *crise de certeza* em torno da contestação da existência da nova realidade jurídica, o que dará ensejo à prestação de *tutela declaratória*²¹⁵.

²¹⁴ Para essas três situações, na doutrina brasileira: AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério científico...”, n. 5, p. 107-109; DINAMARCO, Cândido Rangel. “Momento de eficácia da sentença constitutiva”, p. 956, nota n. 24.

²¹⁵ Neste sentido, na doutrina italiana, é o que já havia dito Chiovenda (“La acción en el sistema de los derechos”, n. 13, p. 30-31), ideia que, posteriormente, foi reafirmada por diversos autores, como se vê, por exemplo, em: DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*, p. 343; FAZZALARI, Elio. “Cosa giudicata e convalida di sfratto”, p. 1312; FERRI, Corrado. *Profili dell’accertamento costitutivo*, p. 18-19 e 59; HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi...*, p. 103-104; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. I, p. 15; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, p. 143, nota n. 6; PISANI, Andrea Proto. “La tutela c.d. constitutiva”, n. 2.3, p. 204-211. No mesmo sentido, na doutrina brasileira, dentre outros: AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério científico...”, n. 7, p. 111-112; DINAMARCO, Cândido Rangel. “Momento de eficácia da sentença constitutiva”, p. 955-956; YARSHELL, Flávio Luiz. “Tutela jurisdicional meramente declaratória”. In: *Revista de processo*, n. 76. São Paulo: RT, 1994. p. 53. A mesma orientação se vê, ainda, na doutrina espanhola: SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso...*, p. 43, nota n. 26.

Em segundo lugar, podem-se vislumbrar situações em que, malgrado a modificação jurídica não possa ser obtida por ato unilateral, *efeito idêntico ou equivalente* pode ser alcançado mediante o *concurso da vontade* das partes. É o que ocorre, por exemplo, com a *resolução* de um contrato em que não se tenha previsto cláusula resolutória expressa (CC/02, art. 474, parte final)²¹⁶, ou, ainda, com a invalidação de um negócio em virtude de anulabilidade (CC/02, art. 177): conquanto um dos contratantes não tenha a possibilidade de obter, por si só, tal resultado extrajudicialmente, nada obsta a que, mediante acordo com outra parte, se desfaça o vínculo.

Pode-se pensar, também, no direito do doador de *revogar a doação* (CC/02, arts. 555 e ss.), ou, ainda, no direito à *revisão do contrato* por onerosidade excessiva superveniente (CC/02, art. 479)²¹⁷. O mesmo pode ser dito quanto ao direito de qualquer das partes à *revisão do aluguel* (Lei nº 8.245/91, art. 19), ou, ainda, sobre a possibilidade de que o locatário obtenha a *renovação da locação* (Lei nº 8.245, art. 51). Em todos esses casos, a mesma modificação a que conduz o exercício do direito potestativo poderia ser alcançada mediante acordo das partes.

Nestas situações, uma vez que não obtenha extrajudicialmente o efeito a que julga fazer jus, poderá, o titular do direito potestativo, ajuizar demanda com vistas à prolação de uma decisão judicial que *provoque a modificação* pretendida. Nesta hipótese, então, o caso será de prestação de *tutela constitutiva*, uma vez que é o provimento judicial o responsável pela alteração jurídica.

Finalmente, há casos em que um determinado efeito jurídico não pode ser obtido de modo algum por via extrajudicial, seja mediante ato unilateral, seja por meio de acordo de vontades. É o que ocorre, por exemplo, com os casos de *anulação de casamento* (CC/02, art. 1.550), *destituição de poder familiar* (CC/02, art. 1.638), *instituição de curatela* (CC/02, arts. 1767 e ss.), dentre outros. Nestas hipóteses, tendo em vista a importância dos

²¹⁶ A distinção entre os casos em que há pacto comissório expresso e aqueles em que sua presença é tácita se deve ao fato de que, quanto ao ponto, o Código Civil brasileiro adotou o *sistema francês*, em que a, ausente o prévio acerto das partes, a resolução apenas ocorre mediante *sentença judicial*, ao contrário do *modelo alemão*, em que se dá de pleno direito. Neste sentido, sobre a distinção entre os sistemas, e as vantagens e desvantagens de cada um: GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. n. 136-137, p. 206-209.

²¹⁷ Cumpre esclarecer que, conquanto o art. 479 dê a entender que apenas com a anuência do credor é que se poderia obter a revisão, entende-se que tal providência pode ser determinada pelo juiz a pedido do devedor. (neste sentido: BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 134), podendo-se, portanto, enxergar a existência de um *direito potestativo à revisão* uma vez que estejam presentes os requisitos legais.

interesses em jogo, o legislador opta por tornar necessária a atuação jurisdicional para que se obtenha determinado resultado.

Assim como ocorre na situação anterior, também nestes casos é o provimento jurisdicional quem dá atuação ao direito, provocando a modificação, podendo-se falar, então, em *tutela constitutiva*. Tendo em vista, ainda, a imprescindibilidade da atuação judicial a fim de que se chegue ao efeito desejado, fala-se, nestas hipóteses, em *ações constitutivas necessárias*.

Retornando ao objeto de nossas preocupações no presente tópico, é importante frisar que, nos casos de verdadeira tutela constitutiva, em que o direito potestativo não atua unilateralmente, a modificação jurídica é efetivamente *produzida pelo provimento judicial*, em cuja estrutura se podem vislumbrar dois elementos ou momentos lógicos distintos: trata-se, primeiramente, de reconhecer a existência do direito à modificação jurídica (*elemento declaratório*), para, no mesmo ato, efetivar a própria alteração (*elemento constitutivo*)²¹⁸.

A partir de uma visão analítica, pode-se dizer que, nesses casos, *o provimento jurisdicional integra o suporte fático* que leva à produção do efeito jurídico. Ou seja, sem a decisão judicial, não se completam os elementos necessários a que se realize a modificação na situação jurídica²¹⁹. Assim, ao mesmo tempo em que atesta a presença dos elementos que fazem com que o requerente seja titular do direito potestativo, a própria sentença se junta a esses elementos para que, então, possam dar atuação ao poder de modificação e levar à criação, extinção ou alteração de uma situação jurídica.

É interessante, a respeito, a ideia sustentada por Sergio Menchini de que haveria, nestes casos, em relação à alteração jurídica, uma *fattispecie procedimental*, que se completa mediante uma *sequência de atos* coordenados a uma finalidade comum. A

²¹⁸ A respeito da dupla estrutura da sentença constitutiva, vale conferir: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Conteúdo e efeitos da sentença...”, p. 178-179; DINAMARCO, Cândido Rangel. “Momento de eficácia da sentença constitutiva”, n. 533, p. 957-962; LIEBMAN, “Eficácia e autoridade da sentença”, n. 6, p. 28-31; RICCI, Edoardo F. “Accertamento giudiziale”, n. 8, p. 23; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, p. 156.

²¹⁹ Nesse sentido, é o que, de modo muito claro, escreve Proto Pisani: “O efeito jurídico, isto é, é reconduzido pelo legislador a uma *fattispecie* complexa, da qual são elementos constitutivos além do fato e do exercício do poder, também o prévio reconhecimento judicial da existência dos fatos aos quais o exercício do poder pretende atribuir relevância” (“La tutela c.d. costitutiva”, p. 212 – *tradução livre*). No mesmo sentido, dentre outros: ANDOLINA, Italo. *Cognizione’ ed ‘esecuzione forzata’...*, p. 6; CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni...*, vol. I, p. 33-34; DINAMARCO, Cândido Rangel. “Momento de eficácia da sentença constitutiva”, p. 958; MOTTO, Alessandro. *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, p. 283.

formação do suporte fático que leva à produção do efeito jurídico inicia-se no plano extrajudicial, quando se verificam as circunstâncias que dão a um sujeito o direito a uma modificação jurídica, ou seja, que fazem com que surja o seu *direito potestativo* (p. ex.: a existência de determinado vício do consentimento em um contrato; as circunstâncias que permitem a renovação compulsória da locação; uma das causas de anulabilidade do casamento etc.). Prossegue, então, no momento em que o sujeito apresenta uma *demand*, ato por meio do qual, além de exercer seu direito de ação, *exerce o direito potestativo*. Este exercício, todavia, *não é suficiente* para a liberação dos efeitos pretendidos, o que apenas virá a ocorrer com a *prolação da decisão constitutiva*, ato que, então, faz com que se completem os pressupostos de fato necessários à produção da alteração jurídica²²⁰.

Ao que interessa ao raciocínio neste momento desenvolvido, é importante perceber que, sendo a sentença o elemento final dessa cadeia de atos, responsável por deflagrar produção do efeito jurídico, a nova situação jurídica decorrente do exercício do direito potestativo só passa a existir *após o provimento jurisdicional*. Por tal razão, aliás, é que em geral se diz, corretamente, que a tutela constitutiva apenas produz efeitos *ex nunc*, ainda que o legislador possa disciplinar a questão de modo diverso, fazendo aquela eficácia retroagir para momento anterior, como ocorre com as hipóteses de anulabilidade de negócios jurídicos (CC/02, art. 182)²²¹.

A partir dessa constatação, parte da doutrina, como anunciado, sustenta a *impossibilidade* de se analisar *incidenter tantum* uma *situação jurídica* que resultaria da prestação de tutela constitutiva, pelo simples fato de que, antes do respectivo provimento, *não haveria o que conhecer*. De acordo com essa forma de pensar, sempre que a modificação decorrente do direito potestativo for *prejudicial* a uma pretensão deduzida em

²²⁰ Assim: MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, Cap. III, esp. n. 5, p. 158-167. Cumpre esclarecer, porém, que, como faz questão de ressaltar o autor, os componentes da *fattispecie* não estão no mesmo patamar: “os elementos da *fattispecie* não são colocados pelo legislador no mesmo plano, mas são articulados de modo tal que apenas um desses (a sentença), como ato conclusivo do evento constitutivo, assume relevância externa. O ordenamento assim configura uma estrutura procedimental, caracterizada por aquilo que é o ato final a incidir diretamente sobre a realidade substancial, enquanto as outras circunstâncias se conectam apenas mediatamente ao efeito produzido; disso decorre que, por um lado, estes últimos elementos se colocam como meros pressupostos, ou seja, como fatos preparatórios, do ato conclusivo e, por outro lado, o seu eventual defeito tem relevância externa exclusivamente como motivo de invalidade desse” (p. 165-166 – *tradução livre*).

²²¹ Mesmo nestes casos excepcionais, porém, como explica Menchini, se pode dizer que é a sentença quem cria o efeito jurídico, embora com eficácia retroativa a momento anterior (*I limiti oggettivi...*, p. 163-164).

juízo, a análise daquela pressupõe que este direito *também seja deduzido em caráter principal*, sob pena de não poder ser considerado em juízo²²².

Assim, nessa linha de raciocínio, a anulabilidade de um negócio jurídico não poderia ser suscitada como matéria de defesa em ação em que se pretende a efetivação de uma obrigação dele decorrente²²³. Ou, analogamente, não poderia o réu deduzir defesa para sustentar o seu direito à revisão do contrato a fim de reduzir o valor da dívida que esteja lhe sendo cobrada. Ao que parece, ainda, é esse o fundamento que já foi utilizado por autorizada doutrina, no Brasil, a fim de sustentar a impossibilidade de que a fraude contra credores seja suscitada como matéria de defesa em embargos de terceiro, posição que acabou por ser encampada na jurisprudência do STJ, por meio da Súmula nº 195²²⁴.

De semelhante modo, não poderia, o autor, deduzir demanda em que visa à restituição dos valores pagos em virtude de um contrato anulável, sem que pretendesse, em caráter principal, a anulação da avença. Ou, ainda, não se poderia ajuizar ação de petição

²²² Neste sentido, é o que escreveu Claudio Consolo: “na presença de ‘prejudicialidade constitutiva’, se se quer obter tutela para a ação consequencial, torna-se de certo modo *necessária* a escolha de cumular as duas ações [...] em um único juízo. Não se pode, isto é, fazer valer apenas a segunda ação, sem requerer também uma decisão constitutiva, limitando-se então a solicitar ao juiz uma cognição incidental sobre a posição jurídica, com eficácia constitutiva, ‘condicionante’ da decisão sobre a causa dependente [...]” (*Il cumulo condizionale di domande*, t. I, p. 292 – tradução livre). É importante esclarecer, apenas, que o autor entende ser aceitável a análise de elementos constitutivos deduzidos pelo réu por via de *exceção*, como dá a entender em nota ao trecho acima citado (p. 292, nota n. 43), e na linha do que, com maior amplitude, escreveu posteriormente a respeito das causas de impugnação contratual (“Oggetto del giudicato e principio dispositivo...”, n. 11, esp. p. 280-283, nota n. 147). Na mesma linha, entendendo ser inaceitável a cognição incidental constitutiva, sem fazer qualquer ressalva, é o que afirmam Vittorio Denti (“Questioni pregiudiziale (diritto processuale civile)”. In: *Novissimo digesto italiano*, vol. XIV. Torino: UTET, 1969. n. 2, p. 676), Stefano Recchioni (*Pregiudizialità processuale...*, p. 59-62, nota n. 8; p. 325-336; p. 429-452) e, na doutrina brasileira, em tratamento ao que parece inédito entre nós, Clarisse Frechiani Lara Leite (*Prejudicialidade no processo civil*, p. 186, nota n. 516).

²²³ A respeito da admissibilidade da *exceção de anulabilidade*, bem como de seus reflexos na dinâmica do processo, vale conferir, com grande proveito: SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo civil de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. n. 8.3, p. 332-344.

²²⁴ Foi o que sustentou Cândido Dinamarco em conhecido estudo (“Fraude contra credores alegada nos embargos de terceiro”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. *passim*, esp. n. 851-853, p. 1492-1501), de onde se extrai que “a fraude contra credores não é suscetível de discussão nos embargos de terceiro (ou seja, não se admite eventual defesa do embargado fundada nessa fraude) porque o negócio fraudulento é originariamente eficaz e só uma sentença constitutiva negativa tem o poder de lhe retrain a eficácia prejudicial ao credor. Essa sentença de desconstituição é a que acolhe a ação pauliana, e sem ou antes que ela seja dada o bem não responde pela obrigação do vendedor e a penhora é indevida e ilegal” (p. 1501). Em ocasião anterior, já tivemos a oportunidade de criticar referida posição, com base no argumento de que a fraude contra credores seria reconhecida por provimento *declaratório* (*A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: RT, 2016. n. 9.1.3, p. 307-316). A esse argumento poderíamos acrescentar, a partir das considerações desenvolvidas no presente tópico, a possibilidade de conhecimento da ineficácia do negócio jurídico incidentalmente *ainda que* se tratasse de elemento constitutivo, na linha do que, inclusive, já sustentou Liebman para o direito italiano (“L’eccezione revocatoria e il suo significato processuale”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. *passim*, p. 76-87).

de herança com base na alegação de invalidade de testamento sem que se requeresse também, a título principal, a anulação deste último. Na mesma linha, não poderia, o servidor público que tenha sido demitido mediante procedimento administrativo disciplinar que considera irregular, pretender a sua reintegração ao cargo sem que requeresse, também, em caráter principal, a anulação do PAD ou de sua decisão final.

Isso não significa – é importante ressaltar – que uma situação deste tipo não poderia ocupar o papel de elemento prejudicial a um direito. Na verdade, é perfeitamente possível que a situação jurídica resultante do exercício de um direito potestativo exerça, sobre a pretensão deduzida em juízo, uma influência lógica e jurídica que ostente as características da prejudicialidade. O que sustenta a doutrina acima referida é, apenas, que, para que possa ser conhecido em juízo, este elemento teria que ser apresentado por meio de *demanda*, constituindo, portanto, uma *causa prejudicial*²²⁵.

Essa ideia, todavia, está longe de ser unânime, havendo relevante doutrina que, ao enfrentar o tema, sustenta a possibilidade de cognição incidental constitutiva²²⁶.

Na doutrina italiana, conhecida, a respeito, é a posição de Corrado Ferri, que sustenta que seria perfeitamente possível conhecer de um elemento constitutivo em caráter incidental. Isso ocorreria na medida em que o próprio *direito potestativo* fosse analisado incidentalmente, o que seria suficiente para que o respectivo efeito pudesse ser utilizado como fundamento para o julgamento da pretensão prejudicada²²⁷.

²²⁵ Nesse sentido, esclarecendo a questão: RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 336.

²²⁶ Nesse sentido, admitindo a cognição incidental sobre elementos constitutivos, além de Corrado Ferri e Alessandro Motto, cujas ideias serão expressamente referidas adiante, é o que já sustentaram: CAPPELLETTI, Mauro. *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*. Ristampa. Milano: Giuffrè, 1972. § 6, n. III e IV, p. 42-48 (cabe ressaltar, porém, que o autor teria mudado radicalmente de ideia em estudo posterior, como salientou Recchioni: *Pregiudizialità processuale...*, p. 60, nota n. 8); LIEBMAN, Enrico Tullio. “L’eccezione revocatoria e il suo significato processuale”, *passim*, esp. n. 5, p. 84-86; LOCATELLI, Francesca. *L’accertamento incidentale ex lege: profili*. Milano: Giuffrè, 2008. Cap. III, Sez. I, n. 1.3, p. 84-86.

²²⁷ Foi o que sustentou o autor, primeiramente, em sua conhecida monografia sobre a tutela constitutiva (*Profili dell’accertamento costitutivo*, Cap. III, p. 127-159, esp. n. 2, p. 130-133), e, posteriormente, de modo ainda mais claro, ao comentar decisão da Corte de Cassação italiana (“Sulla cognizione incidentale com effetti costitutivi”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1971. *passim*, esp. n. 2, p. 748-752), de onde se extrai o seguinte trecho, que bem explica o pensamento do autor: “Quando se afirma a impossibilidade de fazer valer *incidenter tantum* ‘um direito derivado de uma relação ainda não surgida (comunhão forçada de um muro etc.) ou não ainda modificado (separação legal)’, se negligencia que o objeto do reconhecimento *incidenter tantum* não é (e não poderia ser logicamente) o efeito constitutivo já verificado da ‘comunhão forçada do muro’ ou da ‘separação legal’, mas a existência ou a inexistência do poder de modificação jurídica, dirigido à produção de tais efeitos por meio da sentença” (p. 749 – *tradução livre*).

Em outras palavras: para o processualista, não haveria a necessidade da prolação de um provimento constitutivo em caráter principal a fim de que se produzisse o respectivo efeito, na medida em que isso *decorreria do simples reconhecimento incidental do direito potestativo*.

Nesses casos, porém, de acordo com o que sustenta Ferri, a modificação jurídica teria sua eficácia restrita ao julgamento daquela específica demanda, o que pode se manifestar no mesmo processo em que reconhecido o direito potestativo, ou, excepcionalmente, em processos futuros em que se deduza novamente o mesmo pedido, caso o feito anterior tenha sido extinto de forma terminativa. Por outro lado, a nova situação jurídica não se pode fazer valer no julgamento de outras demandas²²⁸.

Não nos parece, porém, que se possa aderir a semelhante construção. Ao partir do pressuposto de que *bastaria a análise incidental do direito potestativo*, o autor ignora a circunstância de que, como ele próprio sustenta, a alteração jurídica decorrente do direito potestativo depende, efetivamente, de uma *atuação judicial* destinada a esse fim. Isso porque o suporte fático da norma que leva a essa alteração só estará completo com o provimento judicial. Em outras palavras: não basta que o juiz *reconheça o direito à modificação*; é necessário que ele mesmo *produza essa modificação*.

Sem essa modificação, por sua vez, não se produz a *nova situação jurídica*, que é justamente o elemento que pode exercer relação de prejudicialidade com a pretensão deduzida em juízo em caráter principal. Não basta, assim, o reconhecimento do direito potestativo para que isso possa influenciar o julgamento do direito prejudicado; é necessário que se produza a modificação para que essa nova situação jurídica atue sobre o elemento dependente. Em outras palavras: a decisão judicial é o elemento da *fattispecie* que leva à alteração jurídica; por sua vez, é a nova situação decorrente da atuação do direito potestativo – e não o próprio direito ou a sentença – quem pode influenciar no julgamento da pretensão deduzida em caráter principal²²⁹.

²²⁸ Para um desenvolvimento dessa ideia específica: *Profili dell'accertamento costitutivo*, Cap. III, n. 3-4, p. 133-143.

²²⁹ São certas, a respeito, as críticas de Recchioni à construção de Corrado Ferri: “Como ressaltado, quanto à *fattispecie* dependente, é elemento constitutivo a relação constitutiva ou a situação modificada, e não mais a sentença que conduz a esse efeito. [...] Então, onde se considera admissível uma mera declaração sobre o poder de modificação substancial de um sujeito – e, por consequência, a mera *cognitio incidenter tantum* da existência de tal poder –, isso não seria suficiente a considerar integrada a *fattispecie* legal da situação dependente” (*Pregiudizialità processuale...*, p. 326 – tradução livre).

Assim, por exemplo, o reconhecimento do *direito à anulação* de um contrato em decorrência de vício de consentimento não é suficiente para se afastar a pretensão à cobrança de uma prestação dele decorrente; é necessário que a avença seja efetivamente considerada *anulada*, para que, tolhida de sua eficácia, se entenda que não é devido o seu cumprimento. Ou, ainda, não basta que se entenda que o autor tem o *direito à rescisão* contratual para que seja determinada a restituição das parcelas pagas; é necessário que o juiz considere *rescindido* o pacto, para que disso possa extrair os devidos efeitos.

Em suma: não basta, para que a influência prejudicial possa se manifestar concretamente, que seja reconhecido o direito à modificação jurídica, como propunha Ferri. É necessário, efetivamente, que este direito seja atuado, e, assim, que seja produzida a nova situação jurídica dele decorrente.

Mais recentemente, ao sustentar a viabilidade de que o *poder substancial de modificação jurídica* seja deduzido por meio de *exceção*, Alessandro Motto colocou a questão, a nosso ver, em seus devidos termos. Vale dizer que, embora tratasse, na ocasião, especificamente da possibilidade de que o requerido fizesse valer o direito potestativo em sede defensiva, as considerações do autor têm alcance geral, e permitem afirmar a compatibilidade entre a atividade realizada *incidenter tantum* e a produção da nova situação jurídica²³⁰.

De início, é importante esclarecer que o autor parte do pressuposto de que é necessária, sim, uma atuação judicial tendente a dar efetividade ao que ele chama de *poder substancial* a fim de que se produza a nova situação jurídica. Nisso, então, ele se distancia daqueles que, como Corrado Ferri, sustentam que bastaria a cognição a respeito do próprio direito potestativo a fim de que houvesse a modificação jurídica.

O que demonstra o autor, porém, é que não há a necessidade de que essa atuação jurisdicional se dê em caráter principal, como resposta a uma específica demanda deduzida em juízo. Não há, assim, qualquer vedação expressa a que essa modificação seja provocada por meio de exceção. Faz, assim, alusão ao art. 2908 do Código Civil italiano, que, ao prever a possibilidade de que a sentença produza efeitos constitutivos, exige apenas que a constituição, modificação ou extinção da relação jurídica seja realizada pela *autoridade*

²³⁰ Para o desenvolvimento das ideias a que nos referimos na sequência: *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Cap. III, n. 13-14, p. 277-299.

judiciária, não fazendo qualquer referência à necessidade de dedução de demanda para este fim.

O autor faz, ainda, uma interessante comparação com o dispositivo anterior do Código Civil (art. 2907), que exige, expressamente, para a *tutela jurisdicional dos direitos*, a proposição de uma demanda. Disso, então, extrai que, se por um lado, a tutela de um direito potestativo pode ser obtida por meio de demanda, nada impede que este mesmo direito seja suscitado pelo réu, por via de exceção, *a fim de que se obtenha a rejeição de uma pretensão em face de si formulada*²³¹.

Além disso, como demonstra Motto, não há incompatibilidade entre a produção dos efeitos constitutivos e a ausência de coisa julgada sobre o elemento sentencial por ela responsável. Como afirma o autor, é a decisão, e não a coisa julgada, quem provoca a modificação jurídica.

Não haveria óbice, portanto, voltando a um dos exemplos dados, que, ao constatar a anulabilidade do negócio jurídico em que se funda a pretensão condenatória, o juiz possa considerar, para os fins daquele processo, anulado o contrato para que, com isso, rejeite a pretensão inicial. Ou, ainda, ao entender que circunstâncias supervenientes à formação da avença levaram a um desequilíbrio das prestações contratuais, não haveria impedimento a que a revisão dos termos do acordo fosse levada em conta para o seu julgamento.

²³¹ Sobre o ponto, vale a leitura do que escreve o autor: “Antes de tudo, não é irrelevante observar que a lei não impõe absolutamente que a produção em via jurisdicional de efeitos jurídicos substanciais seja condicionada ao exercício do poder de ação, de forma que se deva excluir que essa possa decorrer do exercício de um diverso poder processual e, notavelmente, em virtude da proposição da exceção. Na verdade, o art. 2908 c.c. se limita a estabelecer que ‘nos casos previstos pela lei, a autoridade judiciária pode constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas’: a norma não exige, ao fim indicado, o exercício do poder de ação. O que assume uma relevância ainda mais significativa, a nosso ver, se se observa que o precedente art. 2907 c.c., de modo diverso, faz explícita referência a tal poder, condicionando à propositura da demanda judicial a tutela jurisdicional dos direitos. Se, então, a nível dos poderes processuais das partes, subsiste uma biunívoca correspondência entre o exercício do poder de ação e a tutela jurisdicional do direito, no sentido de que esta não pode produzir-se senão em decorrência da proposição de uma demanda [...]; o mesmo não se pode dizer em ordem à possibilidade de obter em via jurisdicional uma modificação jurídica. Indubitavelmente, esta pode decorrer da demanda da parte, com a qual é requerida a emanção de uma sentença constitutiva, de modo que a atuação do efeito substancial é colocada em relação com a formulação de um pedido de tutela; todavia, nada impede de entender que a modificação jurídica se reconecte com o exercício da exceção, todas as vezes em que essa não seja direcionada a um pedido de tutela da parte, mas seja preordenada a obter a rejeição da demanda proposta contra ele. Esclarecido isso, ao que interessa aos nossos propósitos, entre o poder de ação e o poder de exceção, ambos dirigidos suscitar a produção, em via jurisdicional, da modificação jurídica, existe a seguinte relevante diferença: com o ato de exercício da ação, e, assim, com a demanda judicial, a parte coloca no objeto do processo uma situação jurídica, que vem resolvida com autoridade de coisa julgada; o que não ocorre quando a parte propõe uma exceção, com a qual se limita a fazer valer um fato jurídico de relevância impeditiva, extintiva, modificativa do direito acionado pelo autor, em função meramente defensiva, ou seja, apenas ao fim, mediante o condicionamento do poder decisório do juiz que o segue, de obter a rejeição da demanda, pela inexistência da situação jurídica feita valer” (*Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, p. 284 – tradução livre).

De semelhante modo, a partir das premissas do autor, se poderia entender que nada impediria que se julgasse procedente a pretensão visando à restituição de parcelas contratuais com base no reconhecimento incidental de que a avença seria inválida, ou de que estaria rescindida, ainda que este efeito não fosse produzido a título principal.

Nesses casos, à semelhança do que sustentou Corrado Ferri, Motto entende que os efeitos da modificação jurídica ficarão restritos ao específico direito que havia sido deduzido a título principal, não produzindo repercussões externas para outros processos ou para outras situações jurídicas distintas, para as quais a mesma alteração pudesse se mostrar relevante. Afinal, a coisa julgada e os efeitos substanciais da sentença restringem-se à pretensão deduzida como objeto do processo, não alcançando as premissas de seu julgamento²³².

Como acima adiantado, parece-nos que esta última construção teórica resolve adequadamente a questão, sendo capaz de superar os problemas da concepção de Corrado Ferri, que, ao admitir que bastaria o reconhecimento da existência do direito potestativo para a realização da modificação jurídica, acaba por negligenciar a relevância da decisão judicial neste esquema. Para Alessandro Motto, como se disse, a produção da nova situação jurídica é efetivamente o resultado de uma atuação do juiz específica neste sentido, o que, por outro lado, não precisa decorrer do exercício do direito de ação.

Trata-se, ainda, a nosso ver, de uma construção perfeitamente adequada ao ordenamento jurídico brasileiro: ainda que não exista, entre nós, uma disposição como aquela do art. 2908 do Código Civil italiano, que exerce o papel de norma geral a respeito da tutela constitutiva, não há, por outro lado, disposição em sentido contrário, a exigir a formulação de demanda para que o juiz possa dar atuação a um direito potestativo.

O que existe, no direito brasileiro, é um conjunto de normas que, ao estruturar o princípio da demanda no sistema processual civil, deixam claro que a *prestação da tutela jurisdicional* está sujeita a um ato de iniciativa da parte. Na linha do que escreve Motto, porém, a cognição incidental constitutiva não se destina, autonomamente, à tutela jurisdicional de um direito, ou, de modo mais exato, *não amplia os limites da tutela jurisdicional* a ser prestada em um determinado processo. Seu objetivo é, apenas, o de servir de fundamento para o acolhimento ou para a rejeição da pretensão deduzida pelo

²³² Sobre a questão referente ao alcance dos efeitos produzidos incidentalmente: MOTTO, Alessandro. *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, n. 16, “F”, p. 318-321.

autor, o que não exige – ou sequer admite, ante a clara falta de interesse – a propositura de uma demanda.

De igual modo, o fato de que a modificação jurídica seria realizada na fundamentação da decisão, e não em sua parte dispositiva, também não pode servir de óbice ao raciocínio agora desenvolvido. A localização do ato pelo qual o juiz atua o direito potestativo é consequência do papel que lhe é atribuído na decisão judicial, ou seja, o de levar à tutela jurisdicional ou, apenas, o de justificar a sua prestação em um sentido ou em outro²³³.

Insistir no contrário, a nosso ver, seria supervalorizar a distinção entre decisão *principaliter* e cognição *incidenter tantum*, que, como procuramos demonstrar no início do capítulo, não encontra apoio em uma real distinção da natureza das atividades judiciais realizadas em cada um daqueles momentos. A diferença, como se disse, se limita aos *efeitos* que a lei atribui a cada uma das operações.

Analisando a questão, ainda, de uma perspectiva mais ampla, é de se questionar as razões pelas quais, em determinados casos, a ordem substancial impede que um sujeito, mediante sua simples manifestação de vontade, possa provocar a modificação da situação jurídica alheia, fazendo, assim, com que o direito potestativo apenas possa ser efetivado por meio da atuação jurisdicional constitutiva.

A questão se coloca porque, como se disse no início do tópico, nos casos em que o direito potestativo pode ser efetivado mediante simples manifestação unilateral de vontade, eventual conflito poderia dar azo à prestação de tutela *declaratória*, caso em que não haveria dúvidas de que a situação jurídica poderia ser conhecida incidentalmente. É, assim, apenas nas hipóteses em que o poder de modificação não pode ser atuado por ato unilateral – e, assim, em que seria adequada a demanda *constitutiva* – que se questiona a possibilidade de sua análise *incidenter tantum*. Diante disso, torna-se relevante

²³³ Em sentido semelhante, ao rebater a objeção decorrente do fato de que a modificação jurídica não estaria no dispositivo da decisão, Alessandro Motto escreve que “quem pretendesse lançar mão dessa argumentação a fim de negar a validade da tese sustentada, a nosso ver se moveria sobre um terreno frágil, como é aquele constituído da argumentação de caráter meramente formal”. Mais à frente, arremata: “Aqui, coerentemente com a natureza do poder processual exercido, a mudança jurídica é requerida com finalidade apenas defensiva, ao fim de obter a rejeição da demanda do autor, e não é, ao invés, funcional a satisfazer a um pedido de tutela jurídica, que, na espécie, falta: o acolhimento da exceção provoca um mero condicionamento do conteúdo da sentença de mérito, que provê sobre o pedido de tutela postulada pelo autor. Coerentemente, portanto, a modificação jurídica atuada com o acolhimento da exceção não emerge do dispositivo, que responde à demanda judicial, e, então, contém apenas o comando declaratório da inexistência da situação jurídica feita valer em juízo pelo autor” (*Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, p. 297-298 – tradução livre).

compreender o que faz com que se prevejam distintos meios de atuação para os direitos potestativos, a fim de verificar se essas razões podem justificar, em alguns casos, a impossibilidade de seu conhecimento incidental.

A resposta, como costuma apontar a doutrina, está no fato de que, em alguns casos, os efeitos jurídicos a serem produzidos se revestem de uma importância tal que as normas de direito material, por razões de conveniência²³⁴, ligadas sobretudo à *segurança jurídica*, optam por submeter a alteração jurídica a uma *verificação jurisdicional prévia de seus pressupostos*, como forma de salvaguardar interesses relevantes. Em outras palavras: tendo em vista os direitos que podem ser atingidos pela atuação do direito potestativo, o ordenamento jurídico impede a sua atuação unilateral em determinados casos, permitindo-a em outros. Esse raciocínio, vale dizer, pode ser aplicado a todas as hipóteses de prestação de tutela constitutiva, ainda que esteja presente de forma mais marcante nas chamadas ações constitutivas necessárias²³⁵.

Tendo isso em vista, o que nos parece relevante destacar, sob tal perspectiva, é que esse controle estará presente não apenas nos casos em que o direito potestativo é apreciado em caráter principal, como, ainda, nas hipóteses em que o juiz avalie a sua existência de forma incidental para que, a partir da situação jurídica dele decorrente, possa julgar a pretensão deduzida em juízo.

²³⁴ Demonstração de que a escolha entre possibilitar ou não o exercício unilateral extrajudicial do direito potestativo se dá por razões de conveniência está na diversidade de formas pelas quais a questão é regulada de um ordenamento a outro. Neste sentido, Menchini demonstra que, enquanto no sistema jurídico italiano a alteração, em regra, ocorre por meio da sentença constitutiva, na Alemanha se dá mediante o exercício extrajudicial do poder de modificação, sobretudo em matéria de impugnação de negócios jurídicos e de rescisão contratual (MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, p. 140-141, nota n. 3). Na mesma linha, Claudio Consolo demonstra como o legislador italiano, ao longo do tempo, “muito sensível aos corolários que neste campo se quer extrair do veto à autotutela privada, cerceou – especialmente no campo contratual – os poderes formativos unilaterais e extrajudiciais, e multiplicou as hipóteses de verdadeiras e próprias ações constitutivas” (*Spiegazioni...*, vol. I, p. 32 – tradução livre). Ao menos no campo contratual, pode-se dizer que a realidade brasileira é semelhante àquela que se vê na Itália, considerando, como indicado acima (*supra*, nota n. 216), termos adotado o modelo francês no que tange à rescisão do contrato por inadimplemento, em que, na ausência de pacto comissório expresso, exige-se a prolação de sentença para este fim.

²³⁵ Em sentido semelhante, são precisas as palavras de Francesco Paolo Luiso: “Do ponto de vista jurídico-político, o legislador escolhe a via do exercício extrajudicial do direito potestativo quando privilegia a exigência do imediatismo em relação à exigência da certeza; ao contrário, o legislador escolhe a via do exercício judicial do direito, quando considera preeminente a exigência de certeza sob aquela do imediatismo. Na verdade, se o efeito é produzido pelo provimento jurisdicional, é necessário mais tempo para que esse se produza (é necessário, na verdade, desenvolver um processo), mas ao mesmo tempo o mesmo ato que o produz – o provimento jurisdicional – é mais perceptível (tem forma escrita, data certa, sua proveniência é segura etc.) que o ato extrajudicial de exercício do mesmo direito” (*Diritto processuale civile*, vol. I, p. 16 – tradução livre). Na mesma linha, apontando razões semelhantes a essas, ligadas à maior segurança trazida pela atuação judicial do direito potestativo: AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério científico...”, p. 108-109; FERRI, Corrado. *Profili dell'accertamento costitutivo*, p. 17-19; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, p. 140-141.

Em suma, de um ponto de vista *teleológico*, não há razão para limitar a produção de efeitos constitutivos à prestação de tutela em caráter principal: o importante, em última análise, é que o juiz, em sua decisão, *verifique a presença dos pressupostos necessários à alteração jurídica, e com isso passe a dar atuação ao respectivo poder*, o que ocorrerá tanto nos casos em que a modificação seja o objeto principal da demanda, quanto naqueles em que ela possa ser um fundamento para o julgamento do mérito²³⁶.

Em última análise, como já se disse, a prestação da tutela *declaratória* e da tutela *constitutiva* se aproximam pelo fato de que, em ambos os casos, a efetividade do provimento se resolve no plano *ideal*, ou seja, no campo dos *enunciados jurídicos*, prescindindo de atuação material. Trata-se, em resumo, simplesmente de *linguagem*, a que a lei, por razões de oportunidade, atribui efeitos distintos, não havendo, porém, razão para uma radical distinção ontológica entre *declarar* e *constituir*.

Diante de tudo isso, parece-nos perfeitamente possível admitir a realização de cognição incidental sobre elementos de caráter constitutivo, a fim de que, se necessário, a situação jurídica resultante da atuação de um direito potestativo possa ser levada em conta no julgamento das pretensões deduzidas em juízo.

Os efeitos dessa atividade, como ocorre em geral com os elementos incidentais, ficarão, a princípio, restritos ao processo em que ela venha a ocorrer, não estando sujeitos, ainda, à autoridade de coisa julgada. Assim, a situação jurídica consequente à atuação do direito potestativo se prestaria, apenas, a justificar o julgamento do mérito em um ou em outro sentido.

Não se ignora que essa última constatação pode trazer problemas, na medida em que, ao não submeter à coisa julgada a nova situação jurídica resultante da cognição incidental constitutiva, corre-se o risco de que, em processos futuros, se entenda inexistente o direito potestativo, e, assim, que não haveria razão para a modificação da situação anterior. Assim, por exemplo, pode ocorrer de, num primeiro processo, se

²³⁶ Nesse sentido, anota Alessandro Motto que “aquilo que deve reputar-se necessário e suficiente aos fins da produção do efeito jurídico inovador da realidade substancial, é que o juiz verifique (reconheça) os pressupostos a cuja existência é condicionada a realização da atividade que lhe é requerida – a emanção do provimento que contém a modificação jurídica -, operando então um reconhecimento das condições na presença das quais uma determinada atividade é admitida; sob tal aspecto, a verificação operada pelo juiz não diverge daquela realizada por qualquer outro sujeito de direito, que, antes de agir, verifica se são dadas as condições em presença das quais um certo ato ou comportamento pode ser tido como adequado ao ordenamento jurídico” (*Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, p. 286-287 – tradução livre).

entender que determinado contrato seria anulável e, em outra ocasião, se concluir inexistente o vício.

Trata-se, entretanto, de mera incompatibilidade lógica entre as respectivas decisões, que, como já se disse, é de certo modo aceita pelo sistema a partir do momento em que opta por não estender a coisa julgada às premissas da decisão em todos os casos. Este risco, como parece claro, não é exclusivo das hipóteses em que o elemento incidental seja de caráter constitutivo, também se verificando, de igual modo, quando a atividade cognitiva recai sobre uma situação jurídica já existente.

De toda sorte, a partir do momento, em que, por meio da regra do art. 503, § 1º, do CPC/15, o sistema processual passa a atribuir não apenas a autoridade de coisa julgada, mas também eficácia substancial à situação jurídica incidental cuja análise respeite aqueles requisitos, é possível se cogitar que essas repercussões extrapolem o âmbito interno do processo.

Assim, por exemplo, uma vez que o juiz acolha a exceção de anulabilidade, e, com base nisso, julgue improcedente a pretensão condenatória por considerar tolhido de qualquer eficácia o contrato, este juízo, uma vez preenchidos os requisitos do art. 503, § 1º, repercutirá externamente ao processo. Poderá, com isso, ser utilizado no julgamento de outras pretensões e, ainda, passará a regular as relações substanciais das partes, que deverão considerar invalidado o pacto.

Ou, ainda, uma vez julgada procedente a ação de petição de herança com base no entendimento de que o testamento deixado pelo *de cuius* em favor dos réus seria inválido, este elemento, caso sua análise tenha respeitado os requisitos do art. 503, § 1º, do CPC/15, passará a vincular as partes não apenas em outros processos, mas, também, em suas relações substanciais.

3.19. (Segue) Questão prejudicial e tutela condenatória

Uma vez demonstrada a viabilidade de que, por meio do art. 503, § 1º, do CPC/15, sejam prestadas tutelas declaratória e constitutiva, resta verificar se haveria a possibilidade de que o dispositivo recaísse sobre elementos de caráter *condenatório*, com o fim de imunizá-los e permitir que produzam efeitos externos ao processo em que analisados.

Para que isso fosse viável, seria necessário, antes de tudo, admitir a possibilidade de que elementos tipicamente condenatórios fossem submetidos à *cognição incidental*, ou seja, que fossem analisados não em caráter principal, mas como *premissas* para que se pudesse chegar ao julgamento de alguma pretensão deduzida em juízo.

É grande, como se sabe, a controvérsia sobre o conceito de condenação civil, sendo muitas as teorias voltadas a identificar o elemento típico que caracteriza as sentenças condenatórias e as distingue das demais modalidades de provimentos judiciais.

A esse respeito, conhecido é o pensamento de Enrico Tullio Liebman, que enxergava a sentença condenatória como o ato jurídico que, além de *reconhecer a existência de uma obrigação*, aplicaria a chamada *sanção executiva*, criando para o devedor o estado de sujeição ao poder executivo estatal (*responsabilidade executiva*), e para o credor a faculdade de provocar a atuação de tal poder (*ação executiva*)²³⁷.

Ainda que referida ideia tenha sido objeto de duras críticas, tanto em seu país de origem quanto na doutrina brasileira²³⁸, o que importa ressaltar, para os fins do presente raciocínio, é que, na linha do que sustenta Liebman, as sentenças condenatórias, à semelhança do que se passa com as decisões constitutivas, contêm em sua estrutura *dois elementos distintos*: primeiramente, reconhecem a existência do direito a uma prestação (*elemento declaratório*) e, no momento lógico subsequente, autorizam a prática de atos de execução para fins de satisfação daquele direito (*elemento condenatório*).

²³⁷ É o que consta da clássica monografia de Liebman (*Embargos do executado*, 2ª ed. Trad.: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968. Cap. IV, n. 63-87, p. 93-148 (esp. n. 68-72 e 84-87), ideia que, na doutrina brasileira, é adotada, por exemplo, por Frederico Marques (*Instituições de direito processual civil*, vol. V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. n. 1118, p. 23-24), Amaral Santos (*Primeiras linhas...*, vol. 3, n. 730, p. 32-33) e Cândido Dinamarco (*Execução civil*, § 20, esp. n. 147-149, p. 249-253), e à qual já manifestamos nossa adesão em ocasião anterior (*A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*, Cap. 1, p. 37-81).

²³⁸ São conhecidas as críticas formuladas por Piero Calamandrei à teoria de Liebman, fundadas no fato de que o autor teria restringido todo o universo das sanções a uma de suas espécies, a *coaço*. De toda sorte, ao final, caracteriza a sentença condenatória justamente com base na ideia de que ela criaria um estado de sujeição para o devedor (“La condanna”. In: *Opere giuridiche*, vol. V. Napoli: Morano, 1972. p. 483-494). Na doutrina brasileira, a teoria de Liebman foi objeto também de arguta análise crítica por Barbosa Moreira, a partir da constatação de que haveria hipóteses de condenação que não decorreriam do descumprimento de qualquer preceito (o que afastaria a ideia de sanção), e, ainda, hipóteses de sanções aplicadas por provimentos declaratórios e constitutivos (“Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil”, *passim*, esp. n. 4-5, p. 74-76). Recentemente, ainda, a teoria de Liebman foi criticada por Heitor Sica, que, no intuito de demonstrar que as atividades cognitiva e executiva perseguiriam um mesmo bem da vida, buscou afastar a ideia de que a condenação acrescentaria um elemento externo à obrigação, como é o caso da sanção executiva nos moldes propostos por Liebman (*Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: RT, 2017. p. 102-103, nota n. 44).

Assim, pode-se dizer que, independentemente das discussões quanto à precisa caracterização desse segundo elemento, sua *finalidade* é a de dar ao titular do direito à prestação o *acesso aos meios de execução forçada*, com o fim de obter a sua satisfação coativa. Ou, em outras palavras, a sentença condenatória tem o objetivo de *preparar a execução*²³⁹.

A partir dessas considerações, não parece fazer sentido a possibilidade de que um comando condenatório se coloque como elemento incidental ao julgamento de uma pretensão deduzida em juízo. Afinal, trata-se de elemento com eficácia eminentemente *processual*, que apenas está presente na sentença com o intuito de *tornar adequada* a prática de atos executivos para o fim de satisfazer o direito de crédito reconhecido no momento lógico anterior.

O que pode se verificar, sem maiores problemas, é que o próprio direito à prestação, que poderia dar azo ao provimento condenatório, se coloque como elemento prejudicial ao julgamento de determinada pretensão. Ao longo do presente trabalho, foram dados diversos exemplos de situações em que isso poderia ocorrer, podendo-se mencionar, a título ilustrativo, o crédito principal em relação à cobrança de juros ou outros encargos moratórios, ou o direito ao ressarcimento por benfeitorias em relação à pretensão possessória.

O fato, porém, é que o reconhecimento incidental desses direitos ocorre por meio de atividade de índole *declaratória*, sem que seja necessário falar em condenação. É o direito de crédito, e não a autorização para sua execução, o elemento submetido à cognição judicial cuja existência ou inexistência pode mostrar-se relevante para o julgamento de uma pretensão deduzida em caráter principal.

Não parece, destarte, que exista a possibilidade de que o juiz *condene* uma das partes em caráter incidental a fim de que, com isso, possa julgar uma pretensão deduzida em a título principal. A condenação, em que pese a infundável polêmica a respeito de sua caracterização, é, como dito, uma atividade que visa apenas a possibilitar a prática de atos

²³⁹ Nessa linha, Marcelo Lima Guerra, ao analisar a condenação, parte justamente de uma perspectiva funcional, ao afirmar que “as sentenças deste grupo desempenham, no ordenamento jurídico, uma função instrumental com relação à tutela executiva”. Mais à frente, então, define a sentença condenatória como a “*declaração de certeza de um direito preparatório da tutela executiva desse mesmo direito*” (*Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 25)

de execução forçada, não havendo sentido em se pensar que ela possa ser simplesmente analisada em caráter instrumental ao julgamento do mérito.

Diante dessas breves considerações, não parece possível que elementos de caráter condenatório estejam sujeitos à formação de coisa julgada – e, acrescentaríamos, à produção de efeitos substanciais – por força do art. 503, § 1º, do CPC/15.

A questão, de toda sorte, perde importância a partir do momento em que, como se disse anteriormente²⁴⁰, o Código de Processo Civil, em seu art. 515, I, dotou os provimentos *declaratórios* de *eficácia executiva*, tornando possível que o simples *reconhecimento* da existência de um direito à prestação autorize a prática de atos concretos tendentes à sua satisfação, independentemente do acréscimo de um elemento condenatório. Nesse caso, a autorização para a execução vem diretamente da lei, como *efeito anexo* à declaração, e não de um ato do juiz específico neste sentido.

Desse modo, ainda que, pelas razões expostas neste tópico, não se possa cogitar de uma *condenação incidental* apta à coisa julgada na forma do art. 503, § 1º, o simples *reconhecimento incidental* da existência do direito de crédito, uma vez que preencha os requisitos previstos no dispositivo, é capaz de tornar adequada a prática de atos executivos²⁴¹.

3.20. Conclusões referentes à primeira parte e transição para a segunda parte

Ao longo da primeira parte deste trabalho, além de traçar um perfil minucioso do objeto do processo e das questões prejudiciais, procuramos estabelecer de que maneira cada um desses elementos se relaciona com a decisão de mérito.

Como foi visto no primeiro capítulo, pode-se dizer que, no direito processual civil brasileiro, o objeto do processo é formado pelas pretensões processuais deduzidas em caráter principal pelas partes. É, assim, por meio dos pedidos formulados em juízo que um

²⁴⁰ *Supra*, item n. 3.17.

²⁴¹ Neste ponto, é inevitável concordar com Dinamarco quando afirma que “a teoria da sentença condenatória sofreu significativo desgaste e perdeu parte da importância sistemática que sempre teve, a partir do momento em que o vigente Código de Processo Civil se dispôs a alçar a sentença meramente declaratória à dignidade de título executivo” (*Instituições...*, vol. III, p. 273). Isso fica bem demonstrado a partir da situação analisada no presente tópico, em que, apesar de estruturalmente as sentenças condenatórias não serem compatíveis com a cognição incidental, o mesmo resultado que disso poderia decorrer é obtido por meio do *reconhecimento incidental* de um direito.

dado conflito de interesses é levado à apreciação jurisdicional, e é na medida em que são eles julgados que se pode dar proteção a um determinado direito carente de tutela.

Tem relevância fundamental neste esquema o princípio da demanda, que, no intuito de preservar valores muito caros ao sistema processual, submete ao monopólio das partes a formação do objeto litigioso, cabendo apenas a elas deduzir em juízo os pedidos de tutela jurisdicional que lhes interessam ver julgados (ou efetivados).

Isso garante, ainda, às partes, a prerrogativa de, ao menos a princípio, definir os elementos que serão apreciados em caráter principal na decisão de mérito: como foi visto, a relação entre o objeto do processo e o objeto da decisão é mediada pela regra da correlação, que determina que o juiz não possa, em sua decisão, deixar de julgar nada do que foi objeto de demanda, e tampouco ir além dos pedidos das partes. As exceções a esse esquema devem estar previstas expressamente em lei.

No caso de descumprimento desse dever por parte do juiz, bastará às partes fazer uso de algum dos instrumentos previstos em lei aptos a impugnar a respectiva decisão, caso em que o reconhecimento do vício processual não dependerá da cogitação de qualquer prejuízo além da própria violação à regra da correlação.

Diante disso, quando se pensa na coisa julgada que recai sobre a questão principal (CPC/15, art. 503, *caput*), a conclusão a que se chega é que as partes são dotadas de certa possibilidade de controle a respeito do alcance da imutabilidade a ser formada.

Bem diferente disso, como se procurou demonstrar, é o que ocorre com as questões prejudiciais incidentais aptas a serem imunizadas pela coisa julgada na forma do art. 503, § 1º, do CPC/15.

Na medida em que não tenham sido objeto das demandas das partes, referidas questões não integram o *meritum causae*. Tratam-se, como dito, de elementos submetidos à cognição judicial que têm, como finalidade, subsidiar o julgamento das pretensões deduzidas em juízo em caráter principal.

Isso significa, como se viu, que a relação dessas questões com o julgamento do mérito é governada não pela regra da correlação, mas pela garantia da fundamentação das decisões judiciais. Desse modo, não se impõe ao juiz a obrigação de resolvê-las em caráter principal; sua apreciação se dará na medida do necessário para que o julgamento das pretensões deduzidas pelas partes seja adequadamente motivado. Em outras palavras,

nenhum dos litigantes tem o direito de que uma questão prejudicial seja analisada se ela não tiver o condão de interferir nos resultados concretos a serem produzidos pela decisão.

Como se procurou deixar claro, ainda, o fato de ter surgido em juízo uma questão prejudicial ao mérito não significa que o julgamento desse tenha de passar, necessariamente, pela análise daquela. Como visto, há situações em que a influência potencial que caracteriza o vínculo de prejudicialidade não se converte em uma efetiva e concreta influência, o que pode ocorrer pelo fato de o juiz optar, para fins de julgamento, por um caminho lógico distinto daquele integrado pela prejudicial.

Desse modo, a ausência de análise de uma questão prejudicial surgida em juízo não faz com que a decisão de mérito contenha, necessariamente, qualquer vício processual. Isso ocorrerá, apenas, quando a resolução daquele elemento pudesse, em tese, levar a um resultado distinto daquele a que se tenha chegado, caso em que, então, ficará configurada a nulidade da decisão por falta de fundamentação (CPC/15, art. 489, § 1º, IV).

Além disso, como se procurou demonstrar, as partes não têm, em regra, a possibilidade de interferir no sequenciamento das questões que devem ser analisadas para que se possa julgar o mérito da causa. A ordem em que devem ser elas enfrentadas é regulada, na maior parte dos casos, por aquilo que na doutrina italiana é conhecido como *principio della ragione più liquida*, que determina a adoção do caminho argumentativo que, de forma mais rápida e simples, possa levar à solução da causa.

Diante de tudo isso, quando se pensa na formação de coisa julgada sobre as questões prejudiciais incidentais (CPC/15, art. 503, § 1º), a conclusão a que se chega é a de que é *reduzido* o grau de controle das partes a respeito dos conteúdos cuja análise se tornará vinculante para processos futuros e que, conforme as ideias sustentadas no presente capítulo, terão a aptidão de produzir efeitos substanciais.

Como será mais bem explorado adiante, não parece haver dúvidas de que essa situação pode causar problemas. É de se imaginar, primeiramente, a possibilidade de que as partes se vejam futuramente vinculadas à resolução de uma questão em relação à qual não fizeram valer todas as razões que poderiam levar a uma solução que lhes fosse favorável, o que traria prejuízos à garantia do contraditório.

Por outro lado, justamente em virtude da dificuldade de se identificar o que poderá se tornar vinculante no futuro, é possível que as partes centrem esforços em relação a elementos de cognição cujo enfrentamento não seja relevante para o julgamento da causa,

o que traria prejuízos à garantia da duração razoável do processo e à ideia de eficiência na administração da justiça.

A segunda parte do trabalho, então, será dedicada a analisar a relação entre questões prejudiciais incidentais e coisa julgada, a partir da premissa de que aquelas não integram o objeto do processo, o que traz todas as consequências vistas especialmente no presente capítulo. Nossa intenção, nesta etapa, será, acima de tudo, a de verificar as consequências negativas que disso podem decorrer, e verificar de que forma o sistema processual lida com elas.

Para isso, será realizado, num primeiro momento, estudo de direito comparado, a fim de verificar de que modo alguns dos principais sistemas processuais estrangeiros tratam da relação entre questões prejudiciais e coisa julgada. Trata-se de pesquisa que é capaz de fornecer importantes subsídios para o presente trabalho, na medida em que permite a identificação dos problemas porventura encontrados naqueles ordenamentos, e das soluções para tanto construídas.

Na sequência, então, nossa análise será dedicada ao sistema estatuído pelo Código de Processo Civil de 2015, a fim de verificar as consequências da formação de coisa julgada coisa sobre elementos que não constam do objeto do processo, e de que forma a lei lida com elas.

PARTE II – QUESTÕES PREJUDICIAIS E COISA JULGADA

§ 4º - OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO DIREITO COMPARADO

4.1. Objetivos e limites do capítulo

O presente capítulo tem por fim analisar a forma pela qual alguns dos mais importantes sistemas processuais estrangeiros disciplinam os limites objetivos da coisa julgada.

Como vem ressaltando a doutrina¹, a expansão da coisa julgada para além dos limites das demandas das partes, longe de ser uma realidade exclusivamente brasileira, é uma verdadeira *tendência* verificada em diversos ordenamentos jurídicos, seja em decorrência de expressa previsão legislativa, seja de evolução jurisprudencial. Nesse quadro, a análise de outras experiências jurídicas pode mostrar-se extremamente proveitosa para os fins deste trabalho, como forma de verificar quais os problemas nelas existentes e as soluções porventura encontradas².

Optamos, para tanto, por analisar a forma como os limites objetivos da coisa julgada vêm sendo tratados nos sistemas processuais alemão (n. 4.2), francês (n. 4.3), italiano (n. 4.4), português (n. 4.5), espanhol (n. 4.6), inglês (n. 4.7), e norte-americano (n. 4.8).

¹ Também afirmaram esta tendência recentemente na doutrina brasileira: BONATO, Giovanni. “Algumas considerações sobre coisa julgada no novo Código de Processo Civil Brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva”. In: *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 173; GIDI, Antonio; PRATES, Marília Zanella; TESHEINER, José Maria Rosa. “Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil”. In: *Revista de processo*, vol. 194. São Paulo: RT, 2011. p. 127-128; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 36-38; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. n. 808.3, p. 1144-1146; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança”. In: *Revista de processo*, n. 230. São Paulo: RT, 2014. n. 4.

² “Deste modo, não só poderemos adotar as ideias exitosas, como ainda alertar para as opções mal sucedidas no estrangeiro, colhendo o que há de bom e evitando as desventuras que a história e a prática de outros ordenamentos jurídicos já experimentaram” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 175).

O objetivo não será o de analisar a disciplina que é dada a outros aspectos da coisa julgada em cada um desses sistemas, e tampouco o de realizar um minucioso estudo da evolução histórica do tratamento legislativo e doutrinário que o tema recebeu naqueles ordenamentos. Nosso intuito, como dito, é o de verificar como atualmente são regulamentados os limites objetivos da coisa julgada em tais países.

A escolha desses ordenamentos específicos, em detrimento de outros, dá-se por razões variadas. Em alguns casos, como ocorre com a Alemanha e com a França, ela se justifica na influência que, em determinados momentos históricos, referidos países tiveram na regulamentação da coisa julgada em diversos outros sistemas ao redor do mundo. Já o estudo da forma como o tema é tratado na Itália e em Portugal têm relevância especial para o direito brasileiro, considerando a notória relevância que ideias e institutos oriundos daqueles países tiveram no desenvolvimento de nosso processo civil. A análise do ordenamento espanhol, por sua vez, pode oferecer interessantes perspectivas tendo em vista as profundas mudanças pelas quais, recentemente, passou a sua lei processual, tendo havido, inclusive, uma notável modernização no tratamento da coisa julgada.

Um destaque especial será dado ao estudo da forma como atualmente são disciplinados os limites objetivos da coisa julgada na tradição do *common law*, especialmente nos Estados Unidos da América. Isso se explica, primeiramente, pela circunstância de que tanto o processo civil inglês quanto o norte-americano conhecem, há tempos, mecanismos voltados a vincular as partes de um processo às premissas das decisões nele proferidas, análogos, de certo modo, à extensão da coisa julgada a questões prejudiciais.

A isso se soma, ainda, o fato de que, pelas características inerentes à formação do direito naqueles países, a disciplina da *res judicata* está sujeita a uma contínua evolução por obra da jurisprudência de seus tribunais, o que decorre sobretudo de uma permanente preocupação com valores ligados às garantias processuais dos litigantes e à eficiência na administração da justiça. Tais circunstâncias, então, seriam por si só suficientes para justificar o estudo do tratamento que o tema tem merecido naqueles sistemas, em que a experiência acumulada por longo tempo pode, sem dúvidas, fornecer interessantes subsídios para o presente trabalho.

Mais relevante do que isso, porém, é perceber que, mais recentemente, tem sido notada uma significativa influência da forma como o tema é tratado nos Estados Unidos da

América sobre a doutrina e a jurisprudência de outros países, como ficará claro ao longo do presente capítulo.

No caso brasileiro, aliás, essa influência manifestou-se de forma ainda mais penetrante, uma vez que, como se verá, o Código de Processo Civil de 2015, ao prever a formação de coisa julgada sobre as questões prejudiciais, parece ter se inspirado diretamente na forma como o instituto da *issue preclusion* é tratado no direito norte-americano, sobretudo no que tange aos requisitos necessários à sua incidência. Essa circunstância, então, justifica a especial atenção que será dada ao estudo dos limites da coisa julgada naquele sistema.

4.2. Direito alemão

Ao contrário do que ocorre com os outros sistemas que serão adiante analisados, o processo civil alemão mantém-se, ao menos até o momento, refratário à tendência de expandir a coisa julgada para além dos limites do objeto do processo.

O tema é regulamentado pelo § 322 (1) da ZPO de 1877, que é expresso no sentido de que a coisa julgada restringe-se ao julgamento da *pretensão* que tenha sido deduzida na demanda ou na reconvenção³. A partir disso, a doutrina afirma, de modo claro, que o sistema alemão teria adotado uma postura *restritiva* quanto aos limites objetivos da coisa julgada, que apenas alcançaria a parte *dispositiva* da sentença, embora se esclareça, em geral, que a sua motivação é um importante vetor a ser utilizado na interpretação do alcance daquela autoridade⁴.

³ Para a consulta aos dispositivos da ZPO, utilizamos, aqui, a tradução para o espanhol realizada por Álvaro Pérez Ragone e Juan Carlos Pradillo (*Código procesal civil alemán (ZPO): traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006).

⁴ “Os limites objetivos da coisa julgada material restringem-se ao dispositivo (*Tenor*) da sentença, sem se estenderem à fundamentação (*Entscheidungsgünde*), que serve, todavia, para a interpretação (*Auslegung*) do dispositivo e, por consequência, para a determinação da extensão da coisa julgada. [...] O direito alemão, por fim, ao menos até o momento, é refratário à ideia de *issue preclusion* norte-americana” (BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 110). No mesmo sentido, afirmando o alcance restritivo da coisa julgada no sistema alemão: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; TANIGUCHI, Yashuei; VARANO, Vincenzo; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil litigation in comparative context*. St Paul: Thomson West, 2007. 447-449; CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. “Direito processual civil alemão”. In: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: LEX, 2010. n. 11, p. 42; KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. “Effects of judgments (res judicata)”. In: *International encyclopedia of comparative law: civil procedure*, vol. XVI, chapter 9. Chief editor: Mauro Cappelletti. Tübingen/Dordrecht/Boston: Mohr Siebeck/Martinus Nijhoff, 2012. p. 23-24; JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad.: F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 1998. p. 323-328; LEIBLE, Stefan. *Proceso civil alemán*. 2ª ed. Medellín: Diké, 1999. 349-356; LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*, vol. I. Trad.: Edoardo Ricci. Napoli: Morano, 1962. § 63, II e III, p. 247-251.

Daquele dispositivo, a doutrina costuma extrair, como corolários, as regras de que a coisa julgada não alcança os *factos* analisados na sentença e a *interpretação jurídica* que lhes tenha sido dada. De igual modo, a imutabilidade também não atingiria a análise das *exceções* deduzidas pelo réu em sua defesa.

Quanto a estas últimas, porém, existe disposição expressa em sentido contrário a respeito da *exceção de compensação*: nos termos do § 322 (2) da ZPO, caso a sentença entenda pela *inexistência* da contraprestação, haverá a formação de coisa julgada sobre tal conclusão até a quantia máxima que tenha sido invocada pelo réu. Vale dizer que, conquanto o dispositivo dê a entender que a coisa julgada apenas se formaria nas hipóteses de *rejeição* da exceção de compensação, a doutrina mais recentemente tem destacado que a mesma regra valeria para os casos de seu *acolhimento*, uma vez que, a partir disso, seria extinto o crédito de titularidade do demandado⁵.

Ao que interessa ainda mais de perto ao tema do presente trabalho, a doutrina é, ainda, enfática no sentido de que a coisa julgada tampouco alcançaria as *relações prejudiciais* que tenham se mostrado relevantes para o julgamento do mérito. A fim de ilustrar a regra, menciona-se como exemplo a ausência de coisa julgada sobre o direito à propriedade ou o direito sucessório, em demanda voltada à entrega de coisa deles decorrente⁶, ou, ainda, a possibilidade de rediscussão da existência do contrato de compra e venda após o julgamento de demanda voltada ao pagamento do preço do bem⁷.

A fim de compensar a ausência de coisa julgada sobre as relações jurídicas prejudiciais e os resultados inequívocos que disso podem decorrer, o § 256 (2) da ZPO, à semelhança do que ocorria em nosso Código de 1973, permite que, até o encerramento da audiência oral, tanto o autor quanto o réu ajuízem *ação declaratória incidental*, com o fim de que seja reconhecida, mediante sentença, a existência ou a inexistência da relação

⁵ “De acordo com a visão moderna, este princípio se aplica não apenas quando o autor tenha sido totalmente vitorioso com o fundamento de que não havia razão para a compensação, mas também em situações nas quais a pretensão autoral tenha sido rejeitada sob o fundamento de que a demanda e a compensação deduzidas tenham mutuamente cancelado uma à outra. Em ambas as situações, a coisa julgada impede o réu – até o montante da compensação originariamente deduzida – de novamente deduzir a pretensão que tenha sido a base para a compensação” (KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. “Effects of judgments (res judicata)”, p. 26 – tradução livre). No mesmo sentido: LEIBLÉ, Stefan. *Proceso civil alemán*, p. 353.

⁶ Assim: JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*, p. 326.

⁷ Assim: LEIBLÉ, Stefan. *Proceso civil alemán*, p. 351.

jurídica que tenha se tornado controvertida durante o curso do processo, da qual dependa o julgamento do mérito⁸.

É interessante notar, neste quadro, que a ZPO buscou, intencionalmente, se afastar das ideias de Windscheid e Savigny, dois dos maiores juristas de seu tempo, que sustentavam a extensão da coisa julgada às razões da sentença. Além de refletir a influência que a legislação francesa teve naquela codificação⁹, essa postura teria sido justificada, segundo a doutrina alemã, na conveniência de que o julgamento *não fosse além da vontade das partes, e tampouco produzisse consequências por elas não previstas*¹⁰.

4.3. Direito francês

Assim como ocorre com o diploma alemão, o Código de Processo Civil francês de 1975 também possui norma voltada a regulamentar o alcance objetivo da coisa julgada. Com efeito, o art. 480 determina que aquela autoridade atinja o *dispositivo* da decisão que decida o mérito ou, ainda, que resolva uma exceção processual, uma causa de inadmissibilidade ou qualquer outro incidente.

Tem relevância, ainda, na regulamentação da matéria, o atual art. 1355 do Código Civil¹¹, que, ao tratar da prova das obrigações, determina inicialmente que a autoridade de

⁸ “As partes podem é claro ter interesse em obter uma resposta em uma relação jurídica preliminar, que então será vinculante se a mesma questão surge em um processo futuro e terá um impacto decisivo neste. Para tornar isso possível, o § 256 par. 2 do CCProc. alemão autoriza qualquer parte a requer ao tribunal, mesmo após o procedimento ter se iniciado, que profira uma decisão formal sobre a relação jurídica em questão [...]. Pela chamada *Zwischenfeststellungsklage* (ação declaratória incidental) a relação jurídica envolvida se torna um formal e separado objeto do processo e a decisão é apta ao efeito de coisa julgada” (KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. “Effects of judgments (res judicata)”, p. 27 – tradução livre).

⁹ Destacando a influência francesa nesta específica questão: MILLAR, Robert Wyness. “The premises of judgment as res judicata in continental and Anglo-American law” (1ª parte). In: *Michigan law review*, vol. 39, n. 1, nov. 1940. p. 13.

¹⁰ “Ao tempo da elaboração do Código de Processo Civil alemão, esta regra foi explicitamente adotada no objetivo de significar um afastamento de visões teóricas anteriores, segundo as quais o efeito de *coisa julgada* se agregaria não apenas à específica matéria decidida, mas também a quaisquer conclusões concernentes às questões individuais que formassem as bases necessárias da decisão. *Friedrich Carl v. Savigny* adotou esta visão particularmente em relação às situações jurídicas cuja existência fosse uma premissa para a demanda julgada (como a existência da propriedade em um processo por danos pela interferência nos direitos de dono). Outros [*Windscheid*] fizeram afirmativas similares também para as premissas puramente factuais da demanda. Todavia, quando o Código de Processo Civil alemão foi desenvolvido, esta solução foi rejeitada. [...] Neste contexto, foi declarado que noção básica por trás da nova regra era a de que o julgamento não deveria ir além daquilo que as partes tenham pretendido, nem deveriam ter consequências de que as partes não estavam cientes durante a condução do processo” (KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. “Effects of judgments (res judicata)”, p. 24 – tradução livre).

¹¹ É importante esclarecer que o art. 1355 tem exatamente a mesma redação do antigo art. 1351 do Código Civil Napoleônico de 1804, cuja numeração foi alterada pela *Ordonnance n° 131* de fevereiro de 2016, que

coisa julgada recaia apenas sobre o que tenha sido *objeto do julgamento*. Na sequência, o mesmo dispositivo exige a *tríplice identidade* para a incidência da coisa julgada, ou seja, que a *coisa demandada* seja a mesma, que a ação se baseie na *mesma causa*, e que estejam presentes as *mesmas partes*.

A partir disso, é comum a afirmação de que o processo civil francês teria adotado, assim como ocorre na Alemanha, uma concepção *restritiva* quanto à coisa julgada, que apenas imunizaria o *dispositivo* da decisão, não alcançando a sua *motivação*¹². A razão para isso, segundo explica autorizada doutrina, estaria na conveniência de se possibilitar que se identifique, com clareza, o alcance da coisa julgada, o que se obtém mediante a adoção de um critério formal como aquele referente à distinção entre dispositivo e motivação¹³.

Diferentemente, porém, do que ocorre na Alemanha, há tempos identifica-se, na jurisprudência francesa, uma tendência à expansão da coisa julgada para além do dispositivo da decisão¹⁴. Embora haja grande vacilação a respeito, fala-se, nessa linha, na possibilidade de que os chamados *motivos decisivos da sentença*, “que são o suporte

realizou ampla reforma na parte do Código referente aos contratos e às obrigações. Em ambas as versões, como indicado no texto, a coisa julgada é tratada como um *meio de prova* das obrigações, o que se deve à influência de Pothier. Como explica Taruffo, tendo sido recuperada na França por Domat na segunda metade do Sec. XVII, a teoria da coisa julgada como presunção de verdade foi adotada, por meio do pensamento de Pothier, pelo Código Civil Napoleônico, a partir do qual se difundiu para diversas codificações do sec. XIX inspiradas no modelo francês, como ocorreu com o CPC italiano de 1865 e com o Código Civil espanhol de 1889 (“Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni” (parte II). In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1972. p. 274-275). Para as diversas críticas que esse enquadramento recebeu na doutrina francesa: CAPELO, Maria José. *A sentença entre a autoridade e a prova: em buscas de traços distintivos do caso julgado civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016. p. 32-37.

¹² Neste sentido: CADIET, Loïc; MEKKI, Saraya Amrani; NORMAND, Jacques. *Théorie générale du procès*. 2ª ed. Paris: PUF, 2013. n. 269, p. 903; CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; TANIGUCHI, Yashuei; VARANO, Vincenzo; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil litigation in comparative context*, p. 455-456; CROZE, Hervé; MOREL, Christian. *Procédure civile*. Paris: PUF, 1988. n. 66, p. 75-76; KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. “Effects of judgments (res judicata)”, p. 29; LEONEL, Ricardo de Barros. “Direito processual civil francês”. In: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: LEX, 2010. n. 11, p. 137-138.

¹³ Neste sentido: CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 10ª ed. Paris: LexisNexis, 2017. n. 724, p. 623. Como explica Yves Strickler, não era este o critério que prevalecia *antes* do Código de 1975, em que se adotava uma “abordagem substancial da estrutura do julgamento”. Foi apenas com o Novo Código, então, que o “critério formal” se tornou dominante (“La localisation de l’autorité de la chose jugée”. In: *L’autorité de la chose jugée*. Coord.: Loïc Cadiet e Dominique Loriferne. Paris: IRJS, 2012. p. 47 – tradução livre).

¹⁴ Não se trata, vale dizer, de tendência nova, tendo a doutrina registrado a existência de precedentes da Corte de Cassação que, já na década de 1950, admitiam que “os motivos participem da autoridade do dispositivo todas as vezes em que constituam a sua base necessária” (PERROT, Roger. *Cours de droit judiciaire privé*. Paris: les Cours de droit, 1966. p. 700 – tradução livre).

necessário ou o antecedente lógico da decisão”¹⁵, venham a se tornar imutáveis e indiscutíveis.

Extraí-se da jurisprudência, por exemplo, a situação em que, tendo sido afirmada incidentalmente a *validade* de um determinado contrato em demanda em que se buscava o seu cumprimento, não se pôde rediscutir tal conclusão em outro processo entre as mesmas partes, em que se pretendia a resolução do mesmo contrato por inadimplemento e a condenação do réu ao pagamento de indenização¹⁶.

No mesmo contexto, menciona-se situação em que, tendo sido afirmada a *propriedade* de um bem em favor do autor em *embargos de terceiro*, referido júízo teria se tornado vinculante para outra demanda em que se voltou a discutir o domínio da coisa. No caso, entendeu-se que, naquele primeiro processo, teria sido definido o direito de propriedade, uma vez que a pretensão deduzida nada mais era do que um “aspecto particular” do domínio.

Além dessas situações – em que a questão incidental se enquadraria na categoria das *prejudiciais lógicas*, por dizerem respeito à *relação jurídica fundamental*¹⁷ -, alude a doutrina, ainda, a hipóteses em que se considerou que a coisa julgada teria atingido a resolução de *questões de fato* que tenham sido relevantes para o julgamento do mérito. Como exemplo, menciona-se a situação em que, tendo sido aferida a culpa do réu em ação de responsabilidade civil decorrente de acidente automobilístico, não se pôde voltar a discutir tal questão em outra demanda, em que se buscava a reparação por outros danos causados pelo mesmo evento¹⁸.

Vale dizer que, conquanto seja antiga, referida tendência não é de modo algum unânime na jurisprudência francesa. Na verdade, como recentemente se destacou, a partir dos anos 2000 teria prevalecido, na Corte de Cassação, posicionamento em sentido contrário, o que culminou em decisão, datada de 2009, pela qual o tribunal, reunido em

¹⁵ CADIET, Loïc; MEKKI, Saraya Amrani; NORMAND, Jacques. *Théorie générale du procès*, p. 903 – tradução livre.

¹⁶ Assim: PERROT, Roger. “La cosa giudicata: recenti sviluppi nel diritto francese”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1982. n. 14, p. 13.

¹⁷ Sobre referida categoria, ver, *supra*, o item n. 2.18.

¹⁸ Para as últimas duas situações narradas: KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. “Effects of judgments (res judicata)”, p. 31.

Assembleia Plenária, teria entendido que a coisa julgada deve recair apenas sobre a parte dispositiva do julgamento¹⁹.

Por outro lado, na jurisprudência da Corte de Cassação há uma tendência à expansão do alcance da coisa julgada em um sentido um tanto quanto diverso.

Tradicionalmente, em decorrência da exigência da tríplice identidade para a incidência da coisa julgada, entendia-se que, julgada improcedente determinada demanda, não estaria o autor impedido de voltar a juízo para deduzir novamente o mesmo pedido com base em outro fundamento de direito²⁰. Assim, por exemplo, rejeitada a pretensão à anulação de um contrato fundada em vício do consentimento, não haveria óbice para que o demandante deduzisse novamente o mesmo pedido com base na alegação de sua incapacidade²¹. Ou, ainda, em ações voltadas à reparação de um dano, entendia-se que cada um dos fundamentos legais tendentes a este resultado consistiria em uma causa de pedir distinta e que, portanto, poderiam levar a diferentes demandas²².

No ano de 2006, todavia, a Corte de Cassação francesa, em decisão de sua Assembleia Plenária (precedente *Cesareo*, de 7 de julho), alterou profundamente esta realidade. Na ocasião, analisava demanda proposta pelo autor em face de seu irmão, em que pretendia a cobrança por serviços que teriam sido prestados ao pai de ambos. O pedido, que havia sido embasado na afirmação da existência de contrato de exploração agrícola, foi julgado improcedente. O requerente, então, voltou a juízo, deduzindo a mesma pretensão com base, desta vez, na alegação de enriquecimento sem causa do réu.

Este segundo processo, porém, foi extinto em decorrência da coisa julgada anterior, pronunciamento que foi mantido pela Corte de Cassação ao analisar recurso fundamentado na violação do art. 480 do Código de Processo Civil e no art. 1351 do Código Civil Napoleônico, sob a alegação de que seriam distintas as causas de pedir. Conforme entendeu o tribunal, caberia ao autor deduzir, num só processo, todos os fundamentos

¹⁹ STRICKLER, Yves. “La localisation de l’autorité de la chose jugée”, n. 26, p. 50-51, e n. 32, p. 55.

²⁰ Como explica Tony Moussa, conselheiro da Corte de Cassação, a jurisprudência do tribunal adotou, durante muito tempo, uma concepção *estreita* de causa de pedir, segundo a qual ela corresponderia “ao fundamento jurídico invocado em apoio da demanda”, razão pela qual a alteração de tal fundamento permitiria o ajuizamento de nova demanda. Este entendimento teria sido reafirmado em julgamento da Assembleia Plenária da Corte em junho de 1994 (“La délimitation de la chose jugée au regard de la matière litigieuse (demande et moyens, objet et cause)”. In: *L’autorité de la chose jugée*. Coord.: Loïc Cadiet e Dominique Loriferne. Paris: IRJS, 2012. p. 24 – tradução livre).

²¹ O exemplo foi retirado de: PERROT, Roger. *Cours de droit judiciaire privé*, p. 704.

²² Assim: KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. “Effects of judgments (res judicata)”, p. 29-30.

jurídicos que poderiam amparar sua pretensão, sob pena de não poder fazê-lo posteriormente²³.

Esse julgamento representou uma profunda alteração da forma como a Corte de Cassação vinha aplicando, até então, aquilo que chamaríamos de eficácia preclusiva da coisa julgada, para entender que ela alcançaria qualquer fundamento jurídico que pudesse suportar a pretensão deduzida.

Mais ainda, a decisão representa uma nova forma de enxergar a *causa de pedir* na jurisprudência francesa: não se trata, é importante esclarecer, de entender que o elemento tenha se tornado irrelevante para fins de incidência dos efeitos negativos da coisa julgada, posicionamento que seria *contra legem* diante do texto do atual art. 1355 do Código Civil (antigo art. 1352)²⁴. Trata-se, na verdade, de assumir que a causa de pedir, na linha do que sustentamos para o direito brasileiro, centra-se nos fatos narrados que seriam aptos a levar ao acolhimento do pedido. Assim, se, por um lado, a mera alteração da fundamentação jurídica não permite o ajuizamento de nova ação, não está o autor impedido de voltar a juízo para postular a mesma consequência jurídica a partir de novos fatos fundamentais²⁵.

Tendo sido aplicado posteriormente em diversas outras ocasiões²⁶, referido entendimento recebeu o aplauso de autorizada doutrina, que destaca o fato de que, com isso, a Corte de Cassação demonstraria a vontade de lutar contra as *manobras dilatórias* e a *negligência* das partes, em aderência à exigência geral de *lealdade processual*, noção central do processo civil francês. Afirma-se, ainda, que a jurisprudência *Cesareo* seria uma decisão de *política processual*, que permitiria um maior controle das demandas - uma

²³ Para a descrição do caso: SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais*. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016. n. 4.4.2, p. 183.

²⁴ Em sentido contrário, é o que escreve Roger Perrot, dirigindo críticas à nova interpretação, que seria, em seu entendimento, contrária à lei: “Esta solução é justificada em nome de um princípio de concentração que não está escrito em qualquer parte da lei. Praticamente, o resultado é que o fato de invocar uma causa diferente já não permite escapar da coisa julgada, apesar do que determina o art. 1351 do C. civ.”. (*Institutions judiciaires*. 14^a ed. Paris: Montchrestien, 2010. n. 604, p. 488 – *tradução livre*). Na linha do texto, por outro lado, Tony Moussa responde *negativamente* à questão de saber se, para a autoridade da coisa julgada, teria se tornado irrelevante a causa de pedir (“La délimitation de la chose jugée...”, p. 28).

²⁵ Assim: CADIET, Loïc; MEKKI, Saraya Amrani; NORMAND, Jacques. *Théorie générale du procès*, p. 908.

²⁶ Para referência a diversos precedentes posteriores: BONATO, Giovanni. “Algumas considerações sobre coisa...”, p. 183, nota n. 53.

gestão de fluxo -, o que demonstraria que a coisa julgada serviria também a razões de *interesse público*²⁷.

4.4. Direito italiano

Diferentemente do que ocorre na Alemanha e na França, o Código de Processo Civil italiano de 1940, em vigor desde 1942, não conta com dispositivo que explicita, com clareza, qual seria o alcance objetivo da coisa julgada naquele sistema.

Esse papel, conforme sustenta grande parte da doutrina, é exercido por seu art. 34, dispositivo inserido em seção destinada a tratar de hipóteses de modificação da competência em razão da conexão²⁸. Nos termos do artigo, sempre que, *por força de lei* ou por *explícita demanda* de uma das partes, o juiz precisar resolver, com eficácia de *coisa julgada*, uma *questão prejudicial* cuja competência, em razão da matéria ou do valor, pertença a órgão de hierarquia superior, a causa deve ser remetida a este último.

Do dispositivo, então, costuma-se extrair que, em regra, as questões prejudiciais, e, mais amplamente, os elementos analisados na motivação da sentença, *não estariam sujeitos à coisa julgada*, que recairia apenas sobre o julgamento das demandas deduzidas em juízo, realizado na parte dispositiva da decisão. Apenas excepcionalmente, diante de expressa disposição legal, é que, mesmo na ausência de pedido, as prejudiciais estariam sujeitas àquela autoridade²⁹.

²⁷ Para essas considerações, com grande proveito: CADIET, Loïc; MEKKI, Saraya Amrani; NORMAND, Jacques. *Théorie générale du procès*, p. 907-908.

²⁸ Nessa linha, Recchioni afirma que o art. 34 “transcende notavelmente o âmbito no qual o legislador colocou a própria norma”, e contém “a codificação do real alcance dos limites objetivos da coisa julgada” (*Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*. Padova: CEDAM, 1999. p. 119 – *tradução livre*).

²⁹ Neste sentido, afirmando a restrição da coisa julgada ao julgamento da demanda, contido no dispositivo, e a exclusão da motivação dessa autoridade: ATTARDI, Aldo. “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1990. n. 3, p. 481-483; CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I. 10ª ed. Torino: Giappichelli, 2015. p. 92; LIEBMAN, Enrico Tullio. “Giudicato: I”. In: *Enciclopedia giuridica*, vol. XV. Roma: Treccani, 1988. n. 6, p. 12-14; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*, vol. I. Torino: Giappichelli, 2000. § 29, p. 160-161; MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I. 4 ed. Padova: CEDAM, 2007. p. 541-543; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 123. No mesmo contexto, ainda, se pode enquadrar o pensamento de Fazzalari, que, embora afirmasse que a coisa julgada atingiria o *juízo* contido na *motivação* da sentença, deixava claro que este teria valor meramente interno ao processo, e serviria para salvaguardar o comando contido no dispositivo (*Istituzioni di diritto processuale*. 5ª ed. Padova: CEDAM, 1989. Cap. X, § 4º, esp. p. 442-444). Ao que parece, ao se referir à formação de coisa julgada sobre a motivação, o autor tratava daquilo que chamamos de *eficácia preclusiva* da coisa julgada.

Costuma-se invocar, ainda, em reforço a esta interpretação, a influência que o pensamento de Chiovenda teria tido na elaboração do Código e, em especial, na regulamentação da coisa julgada. O art. 34, então, refletiria com fidelidade as ideias do autor, marcadamente contrário à extensão da coisa julgada às premissas da decisão, uma vez que o instituto teria por finalidade, apenas, assegurar o gozo do bem da vida outorgado à parte amparada pelo direito material³⁰. A coisa julgada, portanto, recairia tão somente sobre a parte dispositiva da decisão, ainda que a motivação pudesse auxiliar na interpretação de seu alcance³¹.

Nessa linha de raciocínio, a fim de dotar a análise de relações prejudiciais da autoridade de coisa julgada, qualquer das partes poderia, no curso do processo, requerer a sua decisão em caráter principal, por via da ação declaratória incidental³². Excepcionalmente³³, ainda, a própria lei estabelecería hipóteses em que uma questão prejudicial, independentemente de demanda, seria decidida com força de coisa julgada, como ocorre, por exemplo, com a definição da controvérsia relativa aos *status* jurídicos e à capacidade das pessoas, com a exceção de compensação, e com a alegação de falsidade de um documento³⁴.

Fora dessas hipóteses, porém, segundo a doutrina majoritária, não havería a formação daquela autoridade sobre as premissas da decisão, tendo o sistema italiano adotado uma concepção eminentemente *restritiva* quanto ao objeto da coisa julgada.

Não é isso, porém, o que se verifica na jurisprudência, em que existe uma marcante orientação, apoiada por alguns setores da doutrina, no sentido de expandir a coisa julgada

³⁰ Sobre as ideias de Chiovenda a respeito do tema, ver, *infra*, o item n. 5.4.

³¹ Neste sentido, recorrendo às ideias de Chiovenda na interpretação do art. 34: CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni...*, vol. I, p. 92; MONTESANO, Luigi. “Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del Codice di Procedura Civile”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1988. n. 6, p. 304-305.

³² Segundo registra Consolo, Corte de Cassação, no ano de 2014, por meio de suas Seções Unidas, teria passado a entender que a ação declaratória incidental poderia ser proposta durante todo o procedimento em primeiro grau, até que ocorra a audiência de *precisazione delle conclusioni*, que marca o fim da fase instrutória e o início da fase decisória (*Spiegazioni...*, vol. I, p. 93).

³³ Nessa linha, afirmando o caráter excepcional do mecanismo da declaração incidental *ex legge*, o que confirmaria a relevância do princípio da demanda na delimitação da coisa julgada: RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 363.

³⁴ Para estes e outros exemplos: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. Trad.: J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969. n. 127, p. 403-406; MENCHINI, Sergio. “Accertamento incidentale”. In: *Enciclopedia giuridica*. Roma: Treccani, 1995. n. 6.2, p. 10.

para além do dispositivo da decisão. Não se trata, vale dizer, de fenômeno de manifestação unívoca, sendo várias as construções por meio das quais se chega a este resultado.

A primeira delas é, na linha do que vimos anteriormente, a extensão da coisa julgada à *relação jurídica fundamental*, orientação que foi sustentada por Salvatore Satta e, mais recentemente, por Sergio Menchini³⁵. Trata-se, como se disse, de posição que conta com apoio de setores relevantes da doutrina, e que recebe acolhida de boa parte da jurisprudência³⁶.

Vale lembrar que o que se sustenta nestes casos não é, de modo direto, uma extensão da coisa julgada para além do julgamento do mérito. Na verdade, o que defende Menchini, antes de tudo, é a ampliação do próprio *objeto do processo*, para que nele sejam incluídas as relações jurídicas, ditas fundamentais, que mantêm com a pretensão deduzida em juízo um vínculo de *prejudicialidade lógica*. Isso ocorreria em hipóteses nas quais o direito postulado em juízo seja um aspecto particular de uma relação jurídica complexa, como se vê, por exemplo, em demandas fundadas no direito de propriedade ou, ainda, em contratos sinalagmáticos.

Este raciocínio, destarte, mantém-se de certo modo fiel às ideias de Chiovenda e à interpretação segundo a qual o art. 34 do Código teria o papel de regulamentar os limites objetivos da coisa julgada e, com isso, excluir de seu alcance elementos analisados na motivação da sentença³⁷. O que se defende, repita-se, é tão somente a inclusão das prejudiciais lógicas no âmbito do objeto do processo.

³⁵ Para uma análise das ideias de Satta e Menchini, bem como das críticas que lhes foram dirigidas na doutrina posterior, ver, *supra*, o item n. 2.18.

³⁶ Para a adesão a essas ideias na jurisprudência: BONATO, Giovanni. “Algumas considerações sobre coisa julgada no novo Código de Processo Civil Brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva”. In: *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 177-179; CRISAFI, Marina; TRUNFIO, Eugenia. *L'azione e il giudicato: presupposti, condizioni ed effetti*. Milano: Giuffrè, 2015. p. 124-125; DALFINO, Domenico. *Questioni di diritto e giudicato: contributo allo studio dell'accertamento delle fattispecie preliminari*. Torino: Giappichelli, 2008. p. 73-75, nota n. 15; RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale...*, p. 238-240. Segundo ressalta Consolo, todavia, a tese teria sido rejeitada em julgados da Corte de Cassação do ano de 2014 (ns. 26242 e 26243/2014), em que se teria valorizado o papel da ação declaratória incidental na extensão da coisa julgada às prejudiciais lógicas (*Spiegazioni...*, vol. I, p. 95). É curioso notar, porém, em sentido diametralmente oposto, que Sergio Menchini se refere justamente a essas decisões para afirmar que a Corte de Cassação teria adotado a construção por ele sugerida (“L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo del primo grado”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2016. p. 991).

³⁷ É o que fica claro do que escreve o próprio Menchini, que manifesta sua adesão à ideia de que o art. 34 não se destina apenas a tratar de competência, mas, também, dos limites objetivos da coisa julgada (*I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 76-77).

Indo ainda mais além, há outros setores da doutrina italiana que defendem que a coisa julgada deva se formar sobre *questões* que tenham se mostrado relevantes no julgamento da causa, ainda que elas, declaradamente, não integrem o objeto do processo. Isso ocorreria, inclusive, sobre a análise de elementos que não constituem, por si só, uma relação ou situação jurídica e que, por isso mesmo não poderiam ser objeto de demanda autônoma, como questões de fato ou de direito³⁸.

Para chegar a esta conclusão, afirma-se que o art. 34 do Código, em que pese a suposta influência de Chiovenda, não teria o condão de disciplinar os limites objetivos da coisa julgada no sistema italiano. O dispositivo, segundo esta linha de raciocínio, traria *apenas uma regra de competência*, que determinaria o envio da causa ao juízo de hierarquia superior nos casos em que, tendo sido formulada ação declaratória incidental ou havendo norma determinando a declaração *ex legge*, a apreciação da questão fugisse aos limites das atribuições do juízo originário.

Nas demais situações, porém, uma vez que o juízo em que tramita o processo detivesse competência para a análise da questão, haveria a formação de coisa julgada a seu respeito *independentemente* da formulação de demanda específica ou da presença de regra que, expressamente, determinasse a sua análise em caráter principal.

Para que isso pudesse ocorrer, seria necessário que estivessem presentes alguns requisitos, notadamente, segundo Taruffo, (i) a *identidade* entre a questão anteriormente decidida e a que venha a surgir no novo processo, (ii) a *idoneidade* da questão a *definir o juízo* e, finalmente, (iii) a existência de *efetiva discussão* e *decisão* a respeito da questão. Na mesma linha, além de acrescentar a exigência de que o juízo seja competente para resolver a questão como se principal fosse e que estejam presentes os legitimados para discuti-la, Pugliese afirma a relevância de que a questão tenha sido *debatida* e *resolvida* com a *seriedade* e com o *razoável aprofundamento* característicos das decisões jurisdicionais, e não de modo marginal e sumário³⁹.

³⁸ Embora com algumas variações, é isso o que, notoriamente, sustentam Giovanni Pugliese (“Giudicato civile (dir. vig.)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969. p. 868-869), Michele Taruffo (“Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni” (parte II). In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1972. n. 8-9, p. 282-292), Vittorio Denti (“Questioni pregiudiziale (diritto processuale civile)”. In: *Novissimo digesto italiano*, vol. XIV. Torino: UTET, 1969. p. 678) e Luigi Paolo Comoglio (*Il principio di economia processuale*, vol. II. Padova: CEDAM, 1982. Cap. VII, n. 3, esp. p. 129-132).

³⁹ Assim, respectivamente: TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni” (parte II), n. 9, p. 288-292; PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (dir. vig.)”, p. 868.

É muito nítida, nesta ideia, a influência do regime de formação de coisa julgada sobre questões existente no direito norte-americano (*issue preclusion* ou *collateral estoppel*). Fala-se, nesta linha, assim como ocorre nos Estados Unidos, que a coisa julgada deve atingir apenas as questões cuja análise tenha sido *determinante* para o julgamento do mérito, que tenham sido submetidas ao *contraditório* e que tenham sido *expressamente decididas*.

Esta não é, todavia, uma concepção que se possa dizer majoritária na doutrina italiana, em que se continua a sustentar, com base no art. 34, que, não havendo regra em sentido contrário, a coisa julgada deve ater-se à parte dispositiva da decisão e, portanto, ao julgamento das demandas das partes. Nesta linha, dirigem-se críticas àquela ideia, que, além de carecer de respaldo legal, acaba por ignorar que o art. 34 distingue, claramente, as hipóteses em que a prejudicial seria resolvida com força de coisa julgada e aquelas em que sua análise não teria esta aptidão: apenas naquelas primeiras situações é se torna relevante saber se o juízo detém ou não competência para o julgamento da questão⁴⁰.

Na jurisprudência, por outro lado, a realidade parece ser diferente: como anotam alguns autores, ainda que existam decisões em sentido contrário⁴¹, haveria uma clara tendência à expansão da coisa julgada aos *pressupostos lógicos necessários* do julgamento⁴², o que incluiria não apenas *relações jurídicas prejudiciais*, mas sobretudo *questões de fato e de direito*⁴³. Trata-se, inclusive, de orientação que já se via na Corte de

⁴⁰ Neste sentido, criticando a concepção analisada, dentre outros autores: GARBAGNATI, Edoardo. “Questioni pregiudiziali (diritto processuale civile)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII. Milano: Giuffrè, 1987. p. 73; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi...*, p. 78-82; MONTELEONE, Girolamo. *I limiti soggettivi del giudicato civile*. Padova: CEDAM, 1978. Cap. 7, p. 74-91.

⁴¹ Para uma análise da jurisprudência formada no sentido de limitar a coisa julgada à parte dispositiva da decisão: *Pregiudizialità processuale...*, p. 235-238. Trata-se, porém, como ressalta Menchini, de orientação “claramente minoritária” (*Il giudicato civile*. Torino: UTET, 1988. Cap. III, Sez. I, n. 3, p. 50-52).

⁴² É importante ressaltar que, como anota Menchini, em alguns casos, referida fórmula é utilizada para explicar a preclusão do exame das questões que foram ou poderiam ser relevantes para o julgamento em processos futuros, cujo objeto seja idêntico ou dependente daquele já decidido (*Il giudicato civile*, p. 60). Nestas situações, então, a fórmula seria utilizada para justificar a “*preclusão do deduzido e do dedutível*”, ou seja, aquilo que chamamos de *eficácia preclusiva da coisa julgada*, que, entretanto, não se confunde com a ampliação de seus limites objetivos.

⁴³ Neste sentido, Recchioni critica o uso da fórmula segundo a qual a coisa julgada alcançaria “os *pressupostos lógico-necessários da decisão final*”, justamente por que, ante a sua “*abstração e generalidade*”, permitiria que a jurisprudência nela enquadrasse situações muito diversas, como a análise de elementos *de fato, de direito*, além de situações jurídicas *prejudiciais* (*Pregiudizialità processuale...*, p. 227-232). Como demonstra o autor, aliás, “se prevalente é a orientação que estende a coisa julgada aos assim chamados antecedentes ou pressupostos lógicos da decisão, com tal conceito ‘onicompreensivo’, a jurisprudência se refere, prevalentemente, às premissas de fato e de direito da *fattispecie* objeto do juízo. Apenas em alguns casos a Cassação compreende no conceito questões reconduzíveis ao fenômeno da prejudicialidade em sentido estrito (ou seja, à prejudicialidade lógica ou técnica)” (p. 242 – *tradução livre*).

Cassação antes mesmo do Código de 1940 e que, segundo anota a doutrina, seria ainda hoje prevalente⁴⁴.

Finalmente, é importante tecer breves considerações em relação a uma outra tendência, verificada há tempos na jurisprudência italiana, de se entender que a coisa julgada atingiria elementos *implicitamente analisados* na decisão⁴⁵. Ou seja, que aquela autoridade se formaria sobre premissas que estariam presentes no raciocínio judicial, ainda que não tenham sido explicitadas pelo julgador. É o que ocorreria, por exemplo, com a validade de um contrato quando houvesse sido julgada procedente a demanda voltada ao cumprimento de uma de suas prestações, ou, ainda, em que se pretendesse a sua resolução⁴⁶.

Tal ideia, entretanto, é alvo de veementes críticas da doutrina, que afirma a impossibilidade da formação de coisa julgada em relação a um elemento que sequer tenha sido objeto de decisão, e quanto ao qual, além disso, não teria sido estabelecido contraditório entre as partes e tampouco haveria fundamentação por parte do juiz⁴⁷.

A coisa julgada implícita, além disso, iria de encontro ao *principio della ragione più liquida*, que, como visto, permite que o juiz, no intuito de julgar de forma mais rápida o mérito da causa, *deixe de analisar* uma determinada questão que, conforme a estrutura do

⁴⁴ Com efeito, já no ano de 1937, em sua monografia sobre os limites objetivos da coisa julgada, Ernesto Heinitz apontava ser este o entendimento dominante na jurisprudência, referindo-se a julgados da Corte de Cassação das décadas de 1920 e 1930 neste sentido (*I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: CEDAM, 1937. p. 204-205). Na mesma linha, recentemente, foi o que apontaram, dentre outros, Recchioni (*Pregiudizialità processuale...*, p. 227-242), e Domenico Dalfino (*Questioni di diritto e giudicato...*, p. 58-60, nota n. 70, p. 123-127, p. 162-163).

⁴⁵ De modo semelhante ao que se disse quanto à ampliação da coisa julgada aos antecedentes lógicos necessários (*supra*, nota n. 42), a fórmula da *coisa julgada implícita* às vezes é utilizada na jurisprudência para justificar a “*preclusão do deduzido e do dedutível*”, ou, como se prefere no Brasil, a *eficácia preclusiva da coisa julgada* (é o que registram: ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 2005. n. 203, p. 516). Tratam-se, porém, de fenômenos distintos, na medida em que, como se disse, a eficácia preclusiva não importa em ampliação do âmbito objetivo da coisa julgada; trata-se, apenas, de impedir que aquela autoridade seja colocada em risco *por meio da rediscussão de suas premissas*. Mais preocupante, porém, parece ser a tendência que se vê, no sentido diametralmente oposto, de utilizar-se da fórmula da preclusão do deduzido e do dedutível *para, na verdade, ampliar a coisa julgada para premissas não analisadas na decisão*, que, então, passariam a ser utilizadas no julgamento de *demandas distintas* (assim, em sentido crítico a essa orientação: PISANI, Andrea Proto. “Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1990. p. 394).

⁴⁶ Para referências a essa tendência na recente jurisprudência da Corte de Cassação: CRISAFI, Marina; TRUNFIO, Eugenia. *L'azione e il giudicato...*, p. 132-134; DE CRISTOFARO, Marco. “Giudicato e motivazione”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2017. n. 4-5, p. 51-71.

⁴⁷ Nessa linha, criticando a coisa julgada implícita com base em semelhantes argumentos: DE CRISTOFARO, Marco. “Giudicato e motivazione”, n. 5, esp. p. 56-63; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni...*, p. 444-445, nota n. 29.

direito material, seria logicamente antecedente a outras, quando, pelo sentido em que resolvida a demanda, aquela tenha se mostrado irrelevante. A rigor, a ideia da coisa julgada implícita *pressupõe* uma rígida observância da ordem lógica de enfrentamento das questões que decorreria da realidade substancial, sem a qual não haveria como *presumir* que um determinado antecedente da decisão teria sido tacitamente resolvido em determinado sentido⁴⁸.

4.5. Direito português

À semelhança do Código de 1961, o CPC português do ano de 2013 preocupa-se em delimitar o alcance objetivo da coisa julgada, contendo, inclusive, dispositivo destinado a tratar especificamente do que ocorre em relação às questões prejudiciais. Importam, para tanto, as regras constantes dos arts. 619 (1) e 621, e, especialmente, do art. 91 (2). Tais dispositivos, vale dizer, são idênticos, respectivamente, aos arts. 671 (1), 673 e 96 (2) do diploma revogado, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência desenvolvidas ao longo de sua vigência permanecem, ao menos *a priori*, úteis para a compreensão do sistema atual.

Inserido em capítulo voltado ao tratamento dos “efeitos da sentença”, o art. 619 (1) dispõe que, transitada em julgado a sentença de mérito, a “*decisão sobre a relação material controvertida*” passa a ter “força obrigatória” dentro e fora do processo em que proferida. Constante do mesmo setor do Código, o art. 621, por sua vez, ao tratar do “alcance do caso julgado”, determinar que a sentença constitui essa autoridade “*nos precisos limites e termos em que julga*”.

Muito mais relevante, porém, que estes dispositivos – que, em sua literalidade, não parecem ser suficientes à delimitação do alcance da coisa julgada – é a regra que se pode extrair do art. 91 (2) do Código de 2013. O dispositivo, cabe salientar, está inserido em capítulo dedicado ao tratamento da “extensão e modificações da competência”. Por meio

⁴⁸ Neste sentido, afirmando a incompatibilidade entre o *principio della ragione più liquida* e a coisa julgada implícita: BIAVATI, Paolo. “Appunti sulla struttura della decisione e l’ordine delle questioni”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2010. n. 4; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. II. 9ª ed. Milano: Giuffrè, 2017. n. 8.8, p. 68; MENCHINI, Sergio. “L’ordine di decisione delle questioni...”, p. 977, nota n. 7; PACCILI, Matteo. *Il giudicato implicito: profili teorici e questioni pratiche*. Tesi (doutorado). Bologna: Università di Bologna, 2012. Cap. II, p. 49-60. Na mesma linha, Allorio já havia criticado a teoria da coisa julgada implícita *em relação às questões de fato*, justamente por afirmar que não haveria que se falar, entre elas, em uma relação de *subordinação lógica*, mas, sim, em uma relação de *coordenação* (“Critica della teoria del giudicato implicito”. In: *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1938. n. 2, p. 246-249).

do parágrafo anterior do mesmo art. 91, o Código consagra o princípio segundo o qual o juízo competente para o julgamento da causa também o é para a resolução dos incidentes que nela venham a surgir, bem como para a análise das questões que o réu venha a suscitar como matéria de defesa.

Em seguida, então, o art. 91 (2) deixa claro que a decisão de referidas “questões e incidentes” *não constitui coisa julgada* para além do processo em que proferidas, *exceto nos casos em que “alguma das partes requerer o julgamento com essa amplitude”* e seja o juízo competente para tanto.

A partir desse último dispositivo – e, de modo equivalente, do art. 96 (2) do Código de 1961 - a conclusão a que chega parte da doutrina é a de que o ordenamento português teria adotado, quanto aos limites objetivos da coisa julgada, um sistema eminentemente *restritivo*, no sentido de *excluir* a formação daquela autoridade sobre as premissas da decisão, inclusive quanto às relações jurídicas prejudiciais ao mérito. Seria isso, ainda, o que justificaria a possibilidade de que as partes, visando a uma solução mais abrangente da controvérsia, requeiram a apreciação da questão incidental a título principal, por meio de expediente semelhante à ação declaratória incidental prevista em nosso Código de 1973⁴⁹.

A razão para isso, segundo aponta autorizada doutrina, estaria não apenas no respeito ao princípio dispositivo, mas, acima de tudo, na conveniência de que a coisa julgada não extrapole aquilo que as partes previram ao formularem sua demanda e sua defesa. Nessa linha, estender o âmbito da imutabilidade para além do julgamento da questão central do processo traria, como efeito colateral, a necessidade de que os litigantes desenvolvam um esforço muito superior àquele necessário ao julgamento de suas pretensões⁵⁰.

⁴⁹ Nesta linha, na doutrina mais recente, é o que afirma Maria José Capelo: “Os ‘passos lógicos’ de uma decisão – que contendem com a apreciação prévia e prejudicial de determinadas matérias – integram a matéria sujeita a conhecimento judicial, ampliando-a. Não merecem, no entanto, salvo se as partes nisso manifestarem interesse (artigo 96, n.º 2, do CPC) [artigo 91.º, n.º 2, do NCPC], adquirir o estatuto da indiscutibilidade fora daquele processo. Transparece do regime legal a opção por um sistema restritivo (não extensão do caso julgado à motivação), embora sejam atraentes as vantagens de economia e harmonização de julgados emergentes de um sistema que estenda a indiscutibilidade aos fundamentos” (*A sentença entre...*, p. 60-62). Neste sentido, escrevendo à luz do Código de 1961, foi o que sustentaram, ainda: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra, 1976. p. 316-335; ANTUNES VARELA, João de Matos; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1985. n. 233-235, 710-719. Na mesma linha, escrevendo já após o Código de 2013: CUNHA, António Júlio. *Direito processual civil declarativo*. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2015. p. 380-390.

⁵⁰ É o que explica Antunes Varela, coordenador dos trabalhos que levaram à edição do Código de 1961: “Considerou-se ser esta, apesar dos seus inconvenientes, a tese *mais justa e mais prudente*, por ser a que

O fato, porém, é que, mesmo diante da regra – clara, ao que parece – decorrente do art. 91 (2) do Código de 2013 (assim como do art. 96 (2) do Código anterior), há marcante tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de que, ao menos em algumas situações, a coisa julgada alcançaria a resolução incidental de questões prejudiciais.

Antes de tudo, observa-se em alguns autores, de modo semelhante ao que ocorre na doutrina de outros países, certa confusão entre a ideia de se estender a coisa julgada à fundamentação da decisão e o conceito de eficácia preclusiva da coisa julgada, que, com o fim de proteger a conclusão da decisão, proclama a impossibilidade de se recolocar em discussão os seus fundamentos⁵¹.

É isso, segundo nos parece, o que se vê na conhecida tese de João de Castro Mendes⁵², segundo a qual o processo civil português se caracterizaria, quanto aos limites objetivos da coisa julgada, como um “*sistema intermédio*”, no sentido de que, não teria, por um lado, optado pela extensão da daquela autoridade de modo indiscriminado a todos os fundamentos da decisão (“*sistema amplexivo*”), e, tampouco, por outro, teria confinado a imutabilidade à sua parte dispositiva (“*sistema restritivo*”).

Sustenta o autor, então, a ideia de que os fundamentos da decisão estariam sujeitos ao que ele chama de *caso julgado relativo*, no sentido de que se tornariam indiscutíveis apenas *na medida em que se relacionam com o dispositivo*, ou seja, *enquanto pressupostos da decisão*. Não teriam eles, portanto, força de coisa julgada “em si mesma”, ou seja, desvinculada do contexto daquela específica decisão e com a possibilidade de se fazer valer no julgamento de outras pretensões.

Diferente disso, segundo Castro Mendes, é o que ocorreria com o chamado *caso julgado absoluto*, que em geral recai sobre a parte dispositiva da decisão, que se torna

limita a eficácia do caso julgado aos efeitos concretos que as partes tiveram realmente em vista ao litigarem na acção. Estender a força do caso julgado a outros efeitos decorrentes dos factos apurados na acção, das situações ou relações jurídicas pressupostas na decisão, significaria ampliar a autoridade da decisão a consequências em que as partes podem não ter cogitado, ao *formularem* as suas *pretensões* ou ao *organizarem* a sua *defesa*. Esse empolamento da dimensão do caso julgado [...] obrigaria a parte que quisesse defender-se eficazmente contra a força de expansão da sentença a desenvolver um esforço de previsão e de impugnação muito superior ao exigido pelos interesses efetivamente postos em jogo na acção em curso” (*Manual de processo civil*, p. 719). No mesmo sentido, ainda, são os argumentos desenvolvidos em: CAPELO, Maria José. *A sentença entre...*, p. 62-63.

⁵¹ Além do pensamento de Castro Mendes, adiante analisado, a mesma confusão, ao que parece, está presente em algumas hipóteses nas quais Remédio Marques propõe a expansão da coisa julgada aos fundamentos da decisão (*Acção declarativa à luz do Código revisto*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 689-690).

⁵² MENDES, João de Castro. *Limites objectivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968. Parte I, Cap. II, §§ 2º e 3º, n. 26-42, p. 152-231.

indiscutível por si só, podendo-se fazer valer em outros contextos distintos daquele do qual tenha decorrido.

Como anunciado, o que parece animar o autor a recorrer à figura da coisa julgada relativa sobre os fundamentos da decisão é a necessidade de que estes não sejam recolocados em discussão *com o fim de manter a integridade da parte dispositiva*. É por isso, então, que Castro Mendes afirma que “*os pressupostos da decisão transitada em julgado são indiscutíveis como pressupostos da decisão, e só nessa medida*”⁵³.

Para alcançar este resultado, porém, não se faz necessário sustentar a existência de coisa julgada sobre os fundamentos da decisão. Na verdade, já integra a própria noção de coisa julgada – mais especificamente, a sua *eficácia preclusiva* - a ideia de que não se admite a rediscussão da decisão *por meio da reanálise de suas premissas*.

Diante disso, o que se pode concluir é que, malgrado afirme que o sistema português seria intermédio, o que Castro Mendes defende é uma visão eminentemente *restritiva* dos limites objetivos da coisa julgada, uma vez que, repita-se, o autor é categoricamente contrário à ideia de que os fundamentos da decisão possam ter valor autônomo externamente ao processo⁵⁴.

Diferente disso é o que sustentam alguns autores que defendem, de fato, em determinadas situações, a ampliação da coisa julgada às premissas da decisão.

Neste sentido, é conhecido o pensamento de Miguel Teixeira de Sousa, que tem, na matéria, grande influência sobre o restante da doutrina portuguesa. Conquanto suas ideias tenham evoluído com o passar do tempo, é de certo modo constante a intenção de sustentar a necessidade de que, em alguns casos, a coisa julgada vá além da parte dispositiva da decisão.

Num primeiro momento, partindo do pressuposto de que haveria um *princípio implícito* de que o sistema processual deve evitar a ocorrência de julgamentos contraditórios, o autor sustentava, de um lado, que o art. 673 do Código de 1961 – atual art. 621 – determinaria a extensão da coisa julgada aos *fundamentos diretos* da decisão, ou seja, aos motivos que *condicionam o julgamento do mérito*.

⁵³ Assim, expressamente: *Limites objetivos...*, p. 152.

⁵⁴ Para críticas semelhantes à teoria de Castro Mendes: CUNHA, António Júlio. *Direito processual civil declarativo*, p. 385-388.

Por outro lado, a fim de não inutilizar o art. 96 (2) – atual art. 91 (2) -, que, como visto, é expresso no sentido de que a decisão de *questões e incidentes* não faz coisa julgada se nenhuma das partes o requerer, Teixeira de Sousa sustenta a sua aplicabilidade aos elementos que *não condicionam julgamento do mérito*, ou seja, que não sejam fundamentos *determinantes* da solução a que se chegue.

Em resumo, para o autor, enquanto o art. 673 do Código de 1961 determinaria a extensão da coisa julgada aos *fundamentos diretos da decisão*, independentemente de demanda das partes, o art. 96 (2) se aplicaria às *demais questões e incidentes*, que apenas se tornariam indiscutíveis mediante pedido de qualquer das partes⁵⁵.

Essa ideia, vale dizer, coincide com orientação que há tempos se manifesta na jurisprudência dos tribunais portugueses, que têm proclamado a extensão da coisa julgada aos *fundamentos indispensáveis* da decisão. Trata-se, é importante notar, de entendimento que existia ao tempo do Código de 1961, e que se mostra majoritário após a promulgação do novo diploma⁵⁶.

Na doutrina, por outro lado, referida orientação, que defende a extensão da coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão, recebe críticas pelo fato de que não encontraria respaldo legal. Afirma-se, nessa linha, de modo bastante convincente, que carece de demonstração a premissa de que o art. 621 do Código de 2013 – antigo art. 673 – teria determinado a extensão da coisa julgada aos pressupostos indispensáveis da decisão quando, na verdade, o que consta do dispositivo é, apenas, que aquela autoridade se forma “nos precisos limites e termos” do julgamento.

Dessa forma, não parece haver explicação para a conclusão de que a norma do art. 91 (2) – que exige a formulação de pedido para a incidência da coisa julgada – *não se aplica aos fundamentos necessários*, mas apenas a questões e incidentes que não condicionem o julgamento do mérito⁵⁷.

⁵⁵ Para o desenvolvimento dessa ideia: SOUSA, Miguel Teixeira de. “Prejudicialidade e limites objectivos do caso julgado”. In: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXIV, nº 4. Coimbra, 1980. n. 4, p. 309-313. A mesma interpretação para o art. 96 (2) foi adotada, ainda, por Mariana Gouveia (*A causa de pedir na ação declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 500-501).

⁵⁶ Nesta linha, Castro Mendes, já em 1969, refere-se a diversos julgados neste sentido (*Limites objectivos...*, p. 133-138), assim como Miguel Teixeira de Sousa em 1997 (*Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: LEX, 1997. p. 580-581), Mariana Gouveia em 2004 (*A causa de pedir...*, p.413-420), e António Cunha em 2015 (*Direito processual civil declarativo*, p. 383-384, nota n. 625).

⁵⁷ Para uma precisa análise dos dispositivos, vale conferir: CUNHA, António Júlio. *Direito processual civil declarativo*, p. 383-385. Na mesma linha, ainda, criticando a extensão automática da coisa julgada aos fundamentos determinantes: LEBRE DE FREITAS, José. “Caso julgado e causa de pedir. O enriquecimento

Mais recentemente, Miguel Teixeira de Sousa voltou novamente a tratar do assunto, após a grande reforma por que passou o processo civil português no ano de 1995, tendo defendido, mais uma vez, a possibilidade de extensão da coisa julgada às premissas da decisão. Nesta ocasião, porém, o autor partiu do pressuposto de que, em regra, os fundamentos da decisão não seriam alcançados pela coisa julgada e referiu-se, para tanto, justamente ao art. 96 (2) do Código então em vigor, equivalente, como se vem dizendo, ao art. 91 (2) da lei de 2013.

Na sequência, porém, passa a afirmar que é possível a extensão da coisa julgada aos fundamentos da decisão em decorrência de *conexões* entre o objeto de um processo e o objeto de outro. Mais especificamente, refere-se, Teixeira de Sousa, sem excluir outros tipos de vínculo, às *relações de prejudicialidade entre objetos* e às *relações sinalagmáticas entre prestações*. Na verdade, o que fica claro, da leitura do texto, é a preocupação do autor com a preservação dos vínculos de direito material que podem se estabelecer entre as situações jurídicas discutidas em um processo e em outro.

De toda sorte, ainda mais interessante é notar a exigência, mencionada pelo autor, de que, para que os fundamentos da decisão proferida em um processo possam se mostrar vinculantes em outro, seria necessário que aquele primeiro oferecesse ao menos as *mesmas garantias* que seriam concedidas às partes no segundo. Com essa expressão, na verdade, o autor se refere à necessidade de que o *grau de cognição* possível no processo anterior seja ao menos *equivalente* àquele que se poderia verificar no segundo; caso contrário, não se poderia impedir as partes de demonstrar as suas razões diante de uma nova iniciativa processual⁵⁸.

4.6. Direito espanhol

Malgrado tenha dedicado à coisa julgada um tratamento muito mais minudente do que aquele até então existente⁵⁹, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola de 2000, assim

sem causa perante o art. 1229 do Código Civil". In: *Estudos sobre direito civil e processo civil*, vol. I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2009. n. 3.1, p. 668-670.

⁵⁸ Para o desenvolvimento dessas ideias: SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, Cap. VIII, § 2º, n. II, p. 578-583. Aderindo expressamente às ideias de Teixeira de Sousa: MARQUES, J. P. Remédio. *Acção declarativa à luz do Código revisto*, p. 688-690.

⁵⁹ Até a entrada em vigor da LEC/2000, a coisa julgada era regulamentada, na Espanha, sobretudo pelo Código Civil de 1889, que, sob a influência francesa, consagrava o instituto como uma *presunção* (art. 1251), e exigia a *tríplice identidade* para a sua incidência (art. 1252). Segundo a doutrina que escrevia à luz daquele

como ocorre com o sistema italiano, não contém dispositivo para tratar de forma clara dos limites objetivos daquela autoridade, especialmente a respeito de sua extensão, ou não, às questões prejudiciais e à motivação da decisão⁶⁰.

Por outro lado, a nova lei disciplinou de modo inovador alguns outros aspectos ligados ao alcance objetivo da coisa julgada. Deste modo, parece-nos oportuno iniciar a análise do tratamento do tema no sistema espanhol por estas outras questões, para que, posteriormente, possamos nos aproximar mais diretamente do assunto que mais nos interessa.

Neste contexto, é muito conhecida, na atual lei processual espanhola, a regra constante de seu art. 400, que integra a seção do código destinada a tratar “da demanda e seu objeto”. Nos termos do dispositivo, quando o pedido formulado puder se fundar em *diferentes fatos* ou em *distintos fundamentos ou títulos jurídicos*, o demandante tem o ônus de trazer todos a juízo numa só iniciativa processual, sem que possa reservar a sua alegação para um processo posterior (art. 400.1).

A regra, como deixa claro o art. 400.2, vale tanto para fins de litispendência quanto, ainda, para a *coisa julgada*, no sentido de que, uma vez ajuizada demanda com base em uma determinada causa de pedir, não se pode, durante o seu curso, ou - ao que nos interessa mais de perto - *após o seu trânsito em julgado*, deduzir *novamente a mesma pretensão com base em outro fundamento*.

Essa ideia é reforçada, ainda, pelo disposto no art. 222.1 do Código, segundo o qual a coisa julgada exclui que se dê início a um novo processo cujo *objeto* seja *idêntico* ao do anterior. O dispositivo, por outro lado, nada menciona a respeito da *identidade de causas* como pressuposto para a incidência do instituto, de onde se pode extrair que, sendo idêntico o objeto, atuariam os efeitos negativos da coisa julgada *mesmo que os fundamentos sejam distintos*. A única exceção a isso se daria, nos termos do art. 222.2, quanto aos *fatos novos e distintos* com relação àqueles em que se tenha baseado a

diploma, a coisa julgada seria restrita ao *dispositivo* (“fallo”) da decisão, como se vê, por exemplo, em: FERRÁNDIZ, Leonardo Prieto-Castro Y. *Derecho procesal civil*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 1988. n. 181, p. 206-207; GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*, t. I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968. p. 562. Na mesma linha, ainda, é o que afirma Robert Millar, com base na análise da doutrina mais antiga (“The premises of judgment as res judicata in continental and Anglo-American law” (1ª parte), p. 32-33).

⁶⁰ Nesta linha, Isabel Tapia Fernández afirma que “a nova lei não aborda o tema das questões prejudiciais civis (nem homogêneas nem heterogêneas) dentro do mesmo processo civil” (*El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000. p. 167 – tradução livre).

pretensão anterior, expressão que englobaria os acontecimentos posteriores à fase processual em que ocorre a preclusão das alegações.

A intenção da regra, como fica claro da própria exposição de motivos da lei, é a de criar uma preclusão ampla quanto aos fundamentos fáticos e jurídicos da demanda, sob o pressuposto de que não haveria razão para provocar a repetição da atividade judicial e para submeter os jurisdicionados a diferentes processos em relação a um mesmo litígio⁶¹.

A doutrina, então, vem aplaudindo aqueles dispositivos, que evitam que o demandado seja constantemente molestado com a repetição de uma mesma pretensão e, ainda, permitem uma melhor utilização dos limitados recursos destinados à administração da justiça. Afirma-se, além disso, que não haveria prejuízo ao requerente, que não poderia ser considerado ignorante em relação à iniciativa processual, uma vez que estaria assistido por advogado, a quem caberia estudar cuidadosamente o caso e determinar todos os possíveis fundamentos de fato e de direito que poderiam ser deduzidos como suporte da pretensão⁶².

É importante, todavia, deixar claro que aqueles dispositivos não representam uma extensão da coisa julgada para a motivação da decisão judicial, mas apenas levam a uma ampliação daquilo que chamaríamos de *eficácia preclusiva da coisa julgada*, a fim de que ela passe a alcançar *causas de pedir* não deduzidas pelo requerente⁶³.

Ainda a respeito daquela regra, é interessante notar que, indo além do que prevê a lei, e contrariando o que afirma categoricamente a doutrina⁶⁴, a jurisprudência dos tribunais espanhóis por vezes interpreta *extensivamente* o art. 400, a fim de entender que a coisa julgada impediria até mesmo que, posteriormente, fossem deduzidos *outros pedidos* decorrentes do mesmo contexto litigioso. Conforme tal orientação, veementemente

⁶¹ A respeito do tratamento dado ao *objeto do processo*, assim se manifesta a exposição de motivos: “Se parte aqui de dois critérios inspiradores: por um lado, a necessidade de segurança jurídica e, por outro, a escassa justificação de submeter os mesmos jurisdicionados a diferentes processos e de provocar a correspondente atividade dos órgãos jurisdicionais, quando a questão ou o assunto litigioso razoavelmente resolver-se em um só” (*tradução livre*).

⁶² Neste sentido: SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005. n. 53-54, p. 61-63,

⁶³ Nessa linha, Tapia Fernandez afirma que o art. 400 se presta a determinar o que seria o “*dedutível*”, em relação à regra de que a coisa julgada torna precluso o “*deduzido e o dedutível*” (*El objeto del proceso...*, p. 159).

⁶⁴ Neste sentido, por exemplo, Oliva Santos faz questão de afirmar, com clareza, que a regra do art. 400 se refere apenas aos fundamentos da demanda, e nunca aos possíveis pedidos: *Objeto del proceso...*, n. 33, p. 44-45, e n. 70, p. 79-80.

criticada por alguns autores, a obrigação de concentração recairia não apenas sobre os fundamentos de fato ou de direito da pretensão, como, ainda, sobre *outras pretensões* relacionadas à mesma situação fática⁶⁵.

Prosseguindo, pode-se mencionar, ainda, regra que visa a cuidar diretamente da relação entre a coisa julgada e os *fundamentos da defesa*: neste sentido, o art. 408 do Código dá tratamento especial às *alegações de compensação* e de *nulidade do negócio em que se funda a demanda*. De acordo com o dispositivo, ainda que referidas questões tenham sido suscitadas como matéria de defesa, o autor poderá respondê-las como se reconvenções fossem, o que leva a crer que tais alegações teriam *conteúdo reconvenicional*. Na sequência, o mesmo artigo deixa claro, ainda, que a resolução dessas questões seria alcançada pela *coisa julgada*⁶⁶.

Desse dispositivo, o que se poderia extrair, *a contrario sensu*, é que as *demais defesas* arguidas pelo réu seriam analisadas em caráter meramente incidental, e, assim, *não estariam sujeitas à coisa julgada*. É isso, inclusive, o que se deduz da regra do art. 406.3, que, ao disciplinar a reconvenção, é expressa no sentido de que não se pode considerar deduzido o pedido reconvenicional quando o réu conclua sua defesa “solicitando sua absolvição em relação à pretensão ou às pretensões da demanda principal”.

Parte da doutrina, no entanto, vem sustentando precisamente o contrário, ao afirmar que a análise de *qualquer exceção material* deduzida pelo réu tem a aptidão de se tornar imutável por força da coisa julgada. A razão pela qual o Código teria disciplinado expressamente as alegações de compensação e de nulidade estaria na circunstância de que estas defesas, ao contrário do que ocorre com as demais, teriam cunho *reconvenicional*, resultando, portanto, numa ampliação do objeto do processo. Isso não excluiria, porém, que as demais alegações do réu também fossem aptas a transitar materialmente em julgado, na medida em que fossem analisadas para o fim de julgar a pretensão que dá forma ao

⁶⁵ Para uma ampla análise crítica de tal entendimento jurisprudencial, que seria, inclusive, majoritário nos tribunais espanhóis, vale a leitura do que escreveu Isabel Tapia Fernández (*La cosa juzgada – estudio de jurisprudencia civil*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 117-124 e p. 136-157). Conforme anota a autora, o equívoco dessa orientação estaria no fato de que realiza interpretação *extensiva* de uma *norma restritiva de direitos* (p. 137). Em sentido semelhante, ainda, Jordi Nieva-Fenoll afirma que referida interpretação redundaria em “denegação de justiça” (*Coisa julgada*. Trad.: Antonio do Passo Cabral. São Paulo: RT, 2016. p. 187).

⁶⁶ Assim, ao analisar o dispositivo, Heitor Sica afirma que “a compensação e a nulidade do negócio jurídico, mesmo se alegados pelo réu como matéria de simples defesa, serão consideradas como pedido de caráter reconvenicional (seja quanto ao procedimento, seja, em especial, quanto à extensão da coisa julgada)” (“Direito processual civil espanhol”. In: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: LEX, 2010. p. 87-88). Na mesma linha, ainda, Tapia Fernández recorre à figura das “exceções reconvencionais” para explicar a regra (*El objeto del proceso...*, p. 39).

meritum causae. Também nesta linha seria, ainda, a jurisprudência “sempre uniforme” do Tribunal Supremo e, em geral, das demais cortes espanholas⁶⁷.

Vistos estes dois aspectos, passemos, então, a analisar as relações entre coisa julgada e motivação da decisão no processo civil espanhol, tema do qual, como se disse, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* não trata com grande clareza.

Na verdade, do art. 222.2, consta a afirmação de que a coisa julgada alcançaria *as pretensões da demanda e da reconvenção*, assim como as alegações de *compensação e nulidade*, na forma do mencionado art. 408. A partir deste dispositivo, então, se poderia até imaginar que o sistema espanhol teria adotado uma concepção *restritiva* quanto aos limites objetivos da coisa julgada, que não se formaria em relação a outros elementos que não aqueles.

Não é dessa forma, entretanto, que a doutrina e a jurisprudência vêm interpretando a questão.

Nessa linha, é muito frequente, nos autores que escreveram já após a Lei de 2000, a ideia de que se deva descartar a antiga concepção segundo a qual a coisa julgada ficaria restrita à parte dispositiva da decisão. Sustenta-se, assim, que a imutabilidade também deve alcançar as conclusões quanto à existência ou à inexistência de relações ou situações jurídicas que tenham se colocado como fundamento da decisão, ou seja, que estabelecem um vínculo de prejudicialidade com o julgamento da pretensão⁶⁸⁻⁶⁹.

⁶⁷ Para a argumentação descrita no texto, e, ainda, para uma copiosa análise da jurisprudência existente a respeito, vale conferir o que escreve, com clareza, Isabel Tapia Fernández (*La cosa juzgada...*, p. 98-107). No mesmo sentido, ainda, sustentando a extensão da coisa julgada às defesas suscitadas pelo réu: AROCA, Juan Montero. *Derecho jurisdiccional*, vol. II. 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 474-475; SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso...*, n. 33, n. 206-209, p. 231-234.

⁶⁸ Nesta linha, é o que escreve Renée Rivero Hurtado, com base em ampla análise da doutrina espanhola: “A respeito, existe uma tendência cada vez mais majoritária em ordem a atribuir eficácia de coisa julgada às alegações fáticas e jurídicas que servem para individualizar ou delimitar o pedido de tutela (causa de pedir), assim como às exceções materiais do demandado, e em particular em relação a certas decisões prejudiciais, sempre que isso não importe em vulnerar o direito de defesa das partes” (*La prejudicialidad en el proceso civil. Medios procesales para la coherencia de sentencias dictadas en procesos con objetos conexos. Estudio comparado del derecho español y chileno*. Tesis doctoral. València: Universitat de València, 2015. p. 213-214 – tradução livre). Neste sentido, por exemplo, defendendo a ampliação da coisa julgada à motivação, além dos autores que serão adiante analisados: AROCA, Juan Montero. *Derecho jurisdiccional*, vol. II, p. 473.

⁶⁹ Assim como se observou nas doutrinas italiana e portuguesa, há, na processualística espanhola, autores que, embora afirmem ser favoráveis à extensão da coisa julgada à motivação, acabam por confundir o fenômeno com outros correlatos. É o que ocorre, por exemplo, no pensamento de Jordi Nieva-Fenoll, que, a pretexto de sustentar a necessidade de que a coisa julgada alcance as premissas da decisão, acaba por se referir a situações distintas, como a relevância de que o dispositivo seja *interpretado à luz da fundamentação*, e a *eficácia preclusiva da coisa julgada*. É o que fica claro da leitura do seguinte trecho: “É impossível

No mesmo sentido, há quem sustente que a coisa julgada deveria se estender para a análise de questões prejudiciais quando estejam presentes requisitos muito semelhantes àqueles que, na doutrina italiana, Taruffo e Pugliese estabelecem para que haja a formação de coisa julgada sobre as premissas da decisão. Fala-se, assim, na necessidade de que o juízo seja *competente* para resolver a questão, que as partes sejam *legítimas* para a sua discussão, e, finalmente, que tenha ela sido tratada *em contraditório* e com *razoável profundidade*. Presentes, então, todas essas condições, não haveria sentido em negar a formação de coisa julgada e, destarte, em obrigar reanálise do elemento em processos futuros⁷⁰.

Autorizada doutrina vai ainda mais longe e entende que, presentes os requisitos da *competência*, da *legitimação* e da *adequação do procedimento*, a coisa julgada poderia se estender, inclusive, para pressupostos da decisão que *não tenham sido debatidos ou analisados expressamente pelo juiz*. Neste contexto, se defende que o fato de a questão não ter sido questionada em juízo legitimaria a formação de coisa julgada a seu respeito ainda que não tenha sido ela decidida. Como exemplo, menciona-se a situação em que, em demanda voltada ao cumprimento de uma prestação contratual, não se teria questionado a validade da avença, que, então, transitaria materialmente em julgado⁷¹.

entender uma sentença lendo apenas a sua conclusão. Ademais, se apenas tivesse efeitos de coisa julgada aquilo que se incluí na parte dispositiva das resoluções judiciais, sem dúvida em muitos casos seria impossível manter a integridade de tais sentenças frente a pronunciamentos futuros. Possuem força de coisa julgada todos aqueles elementos da sentença que dão estabilidade a seus pronunciamentos, e sem os quais sua firmeza poderia ser questionada. Em cada caso concreto, haverá que determinar ditos elementos formulando-se a seguinte pergunta: se no futuro se modifica este extremo da sentença, os pronunciamentos da mesma se tornarão desautorizados? Se a resposta é afirmativa, existe coisa julgada (“La cosa juzgada y las desorientaciones jurisprudenciales”. In: *Jurisdicción y proceso: estudios di ciencia jurisdiccional*. Madrid: Marcial Pons, 2009. n. 7, p. 82 – *tradução livre*). Parece ser a mesma confusão, ainda, o que leva o autor a defender a formação de coisa julgada sobre *pronunciamentos implícitos*, que seriam necessários para “alcançar a estabilidade da sentença, de modo a impedir, de novo, a repetição do juízo (n. 8, p. 82-83 – *tradução livre*).

⁷⁰ Neste sentido, é o que sustenta Isabel Tapia Fernández (*El objeto del proceso...*, p. 166-169). Em texto posterior, a autora, além de indicar a necessidade de que estejam presentes estes requisitos, afirma que a extensão da coisa julgada apenas seria possível para as *prejudiciais lógicas*, aludindo expressamente à construção de Salvatore Satta, que analisamos anteriormente (*supra*, item n. 2.18): *La cosa juzgada...*, p. 170-179.

⁷¹ É o que sustenta Andrés de la Oliva Santos (*Objeto del proceso...*, n. 188-192), de onde se extrai que: “Se a validade da compra e venda ou de qualquer outro contrato [...] não é debatida e não requer um pronunciamento expresso na sentença é porque, voluntariamente, o litigante a quem prejudica o negócio ou a existência de um direito sem origem jurídico-negocial não questionou sua existência, sua validade e sua eficácia. Não questionar ou aceitar a existência, validade e eficácia da relação jurídica (ou de uma situação distinta) legitima por completo considerar declaradamente julgados, em sentido afirmativo, esses elementos básicos (ou, cabalmente, fundamentos) do pronunciamento da sentença” (p. 218 – *tradução livre*).

Não é apenas, porém, na doutrina espanhola que se pode enxergar referida tendência: ao realizar minuciosa análise da jurisprudência do Tribunal Supremo daquele país, Tapia Fernández demonstrou que, malgrado afirme geralmente que a coisa julgada seria restrita à parte dispositiva da sentença, a corte frequentemente se contradiz e, assim, estende a imutabilidade a questões analisadas na motivação da decisão⁷².

Menciona, dentre diversos outros exemplos, aresto do ano de 2002, em que o Tribunal Supremo, após ter julgado improcedente uma demanda em que se pleiteava o reconhecimento da existência de contrato de compra e venda, sob o fundamento de que, na verdade, o caso seria de opção de compra não exercida pelo autor, entendeu que esta qualificação do negócio seria vinculante para um processo futuro em que o mesmo demandante pretendia a reivindicação da coisa.

Ainda a título ilustrativo, a autora menciona outro julgado, do ano de 2001, em que, após ter julgado improcedente o pedido de rescisão de um contrato, o Tribunal Supremo considerou que a constatação da ausência de inadimplemento, que havia fundado a sentença, seria vinculante para processo ulterior em que se buscava o cumprimento daquela mesma prestação.

4.7. Direito inglês

Uma vez analisada a forma como os principais sistemas processuais integrantes da tradição romano-germânica disciplinam o assunto, passamos, neste momento, a cuidar da maneira como os limites objetivos da coisa julgada são tratados no *common law*. Trata-se de pesquisa fundamental para os propósitos deste trabalho, vez que, como afirmado no início do capítulo, tanto o processo civil inglês quanto o norte-americano conhecem formas de vinculação extraprocessual das premissas da decisão⁷³. Neste sentido, inclusive, veremos que o tratamento da matéria no direito estadunidense teve influência decisiva sobre novo Código de Processo Civil brasileiro.

⁷² Neste sentido, com a análise das decisões abaixo descritas, e de outras ainda mais recentes: *La cosa juzgada...*, p. 70-73; p. 180-185. Vale conferir, ainda, a análise feita por Antonio do Passo Cabral, a respeito da jurisprudência do *Tribunal Constitucional* espanhol, que também entenderia pela extensão da coisa julgada às premissas da decisão (*Coisa juzgada...*, n. 7.5.3, p. 379-381).

⁷³ É importante notar, como alerta Robert Millar, que a tradição do *common law* não desenvolveu expressão equivalente às *questões prejudiciais* de que se fala no processo civil romano-germânico. Fala-se, naqueles países, de forma mais ampla, apenas em *premissas* ou *bases do julgamento* (“The premises of judgment as res judicata in continental and Anglo-American law” (1ª parte), p. 3).

É notável, ainda, naqueles sistemas, a atenção dada aos possíveis impactos negativos que a formação de coisa julgada sobre questões incidentais pode provocar no plano das garantias constitucionais do processo e no ideal de eficiência na administração da justiça. Essas preocupações, como se verá, inspiraram construções jurisprudenciais no sentido de criar certos requisitos para a incidência da coisa julgada sobre as premissas da decisão, justamente no intuito de garantir que essa vinculação se dê apenas em hipóteses nas quais isso seria de fato desejável. Tudo isso, então, torna, como se disse, extremamente proveitosa a análise da forma como o tema é regulamentado na tradição anglo-americana.

Antes de analisar particularmente cada um dos sistemas, é importante notar que em ambos, em decorrência de determinados fatores históricos⁷⁴, a disciplina da *res judicata* pode ser dividida em duas dimensões distintas, que se aplicam em hipóteses diversas⁷⁵.

A primeira delas se refere às situações em que uma *mesma demanda* (*claim* ou *cause of action*) já julgada é *repetida* em juízo, caso em que se procura *impedir* (*merger* ou *bar*) que ocorra um novo julgamento. Trata-se daquilo que, no processo civil inglês é chamado de *cause of action estoppel* e, nos Estados Unidos, por sua vez, de *res judicata* ou *claim preclusion*. Por mais que não seja aconselhável comparar institutos existentes em tradições tão distintas, essa faceta poderia ser enquadrada naquilo que, no Brasil, conhecemos por *função negativa* da coisa julgada ou, ainda, por sua *eficácia preclusiva*, voltadas a *evitar* um novo julgamento sobre a causa anteriormente decidida.

⁷⁴ A explicação para o fato de que, na tradição do *common law*, a coisa julgada é tratada a partir do que seriam dois conjuntos de regra distintos – duas “doutrinas” distintas – se deve ao fato de que cada um daqueles aspectos decorre de origens diversas, tendo sido incorporados ao direito inglês em momentos históricos diferentes. Assim, enquanto o primeiro dos aspectos que serão mencionados (*cause of action estoppel*, na Inglaterra; *res judicata* ou *claim preclusion*, nos EUA) tem origem *romana*, e tem suas primeiras manifestações na Inglaterra no Sec. XII, o segundo (*issue estoppel*, na Inglaterra; *issue preclusion* ou *collateral estoppel*, nos EUA) tem origem *germânica*, e já se manifestava em período anterior. Para uma análise deste desenvolvimento histórico, que, como se disse no início do capítulo, foge aos propósitos do trabalho, vale consultar, dentre outros: MILLAR, Robert Wyness. “The premises of judgment as *res judicata* in continental and Anglo-American law” (2ª parte). In: *Michigan law review*, vol. 39, n. 2, dez. 1940. p. 238-239; PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (storia)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969. n. 20, p. 775-776.

⁷⁵ “No sistema anglo-americano, dois conjuntos de regras separados devem ser diferenciados em relação à matéria e ao alcance objetivo da *res judicata*. O primeiro conjunto concerne à relitigância do mesmo grupo de questões que formam a *cause of action* ou *claim* (algumas vezes também referida como ‘demanda’), que já foi objeto de uma decisão de mérito anterior. O segundo conjunto de regras é relativo a uma situação na qual processos sobre duas diferentes *causes of action* ou *claims* são conduzidos pelas mesmas partes, porém questões surgem no segundo processo que também foram questões relevantes para a decisão do primeiro processo” (KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. “Effects of judgments...”, p. 34 – *tradução livre*).

A segunda delas, por sua vez, atua quando, em processo que trate de demanda distinta – o que, portanto, impede a atuação daquele primeiro conjunto de regras -, uma *mesma questão (issue)* que já foi analisada em processo anterior mostra-se novamente relevante, hipótese em que o juízo que anteriormente se fez pode-se mostrar *vinculante (binding)* para o segundo julgamento. Trata-se daquilo que, na Inglaterra, é conhecido por *issue estoppel* e, nos Estados Unidos, por *collateral estoppel* ou *issue preclusion*. Repetida a mesma advertência feita acima, este aspecto do tema diz respeito mais diretamente àquilo que, entre nós, é estudado sob a rubrica dos *limites objetivos* da coisa julgada, ligados à identificação de quais elementos de uma decisão se tornam imutáveis para outros processos. Além disso, uma vez entendido que determinado juízo constante de uma decisão tenha se tornado indiscutível, atuará a *função positiva* da coisa julgada, que faz com que ele deva ser adotado com premissa necessária no julgamento seguinte.

A partir dessa breve descrição, fica claro que, para os fins deste trabalho, interessa, sobretudo, o estudo dessa segunda dimensão, na medida em que, como se disse, é ela quem diz respeito à formação de coisa julgada sobre questões. Por tal razão, então, é que a análise a ser realizada se concentrará de modo mais detalhado sobre estas regras específicas, ainda que seja relevante tecer breves considerações a respeito daquele outro aspecto, a fim de que o tema possa ser bem compreendido. É importante alertar, ainda, que não abordaremos o tema dos limites subjetivos da coisa julgada nos sistemas inglês e norte-americano, que envolve questões que, conquanto sejam muito interessantes, fugiriam ao escopo desta pesquisa.

Passando, então, à análise específica do direito inglês, pode-se dizer que, naquele sistema, a *cause of action estoppel* impede que uma mesma demanda, já anteriormente julgada, seja reanalisada em outro processo entre as mesmas partes, seus sucessores ou cointeressados (*privies*). É de se notar, neste ponto, que o conceito de *cause of action* utilizado na Inglaterra é muito mais amplo que a noção de demanda adotada em nosso sistema: a ideia, em apertada síntese, é a de que as partes devem deduzir, em um só processo, *todos os fundamentos e pedidos* que decorrem de um mesmo contexto fático, sob pena de não o poder fazer posteriormente. Fala-se, neste caso, na proibição de se *dividir*, em vários processos, uma mesma demanda (*splitting the claim*)⁷⁶.

⁷⁶ “[...] um princípio essencial é a noção de que, em atenção tanto ao interesse público quanto ao interesse da outra parte, o que é essencial é que uma única disputa deve ser posta de uma vez por todas em um processo. As partes são então forçadas a deduzir todos os aspectos de suas demandas de uma maneira concentrada em um só processo. [...] O princípio da *res judicata* é então, como notado, um meio de prevenir o ‘fatiamento’ de

Isso impede, por exemplo, como costuma destacar a doutrina, que as indenizações de danos decorrentes de um mesmo contexto fático sejam postuladas em processos sucessivos, regra que vale, inclusive, em casos nos quais o dano tenha se agravado após o primeiro julgamento. Como se afirma, cabe ao autor avaliar os prejuízos que julga ter experimentado e, então, requerer a sua indenização em uma só iniciativa processual de forma definitiva⁷⁷, regra esta que é tratada de modo *inflexível* na jurisprudência, não admitindo exceções⁷⁸.

Como explica a doutrina, a regra não seria afastada pela descoberta de provas novas, ou sequer pela posterior alteração da lei aplicável ao caso. A única forma de “reviver” a mesma *cause of action* é por meio da demonstração de que o julgamento originário tenha sido fruto de *fraude*⁷⁹.

Por meio da *cause of action estoppel*, a coisa julgada atua, claramente, com o objetivo de evitar que um mesmo conflito leve a reiteradas atuações do poder judiciário. É importante chamar a atenção para esta circunstância, que revela uma função da coisa julgada muito marcante na tradição anglo-americana, mas que não é tão destacada entre nós, ligada à conveniência de *eliminar processos* futuros⁸⁰.

É interessante notar que, como justificativa teórica para este aspecto da coisa julgada, diz-se, na doutrina inglesa, que, com o julgamento, seria *extinta a “cause of action”*, que desapareceria como entidade autônoma. Afirma-se, nesta linha, que “o julgamento é considerado de uma natureza superior a qualquer *cause of action*”, e, por isso, coloca-se em seu lugar enquanto fundamento do direito substancial⁸¹. Atribui-se,

uma única *cause of action* ou *claim*” (KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. “Effects of judgments...”, p. 34 – *tradução livre*). Para uma análise do conceito de *cause of action* no direito inglês, a partir de uma rica casuística: BOWER, George Spencer; HANDLEY, K. R.; TURNER, A. K. *The doctrine of res judicata*. 3ª ed. London: Butterworths, 1996. Cap. 21, p. 230-238.

⁷⁷ Neste sentido: ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil inglês: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad.: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2009. n. 8.27, p. 201-202.

⁷⁸ A respeito das questões mencionadas no parágrafo: BOWER, George Spencer; HANDLEY, K. R.; TURNER, A. K. *The doctrine of res judicata*, n. 406 (p. 231) e n. 409-412 (p. 232-233).

⁷⁹ Assim, expressamente: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; TANIGUCHI, Yashuei; VARANO, Vincenzo; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil litigation in comparative context*, p. 444.

⁸⁰ Nesse sentido, logo após ressaltar que o principal objetivo da coisa julgada é o de evitar decisões contraditórias, com vistas à segurança jurídica, Harald Koch e Albrecht Zeuner observam que “nos sistemas jurídicos anglo-americanos, o conceito de coisa julgada tem um componente posterior”, ligado justamente à ideia de se evitar várias demandas decorrentes de uma só situação (“Effects of judgments...”, p. 11).

⁸¹ Assim: BOWER, George Spencer; HANDLEY, K. R.; TURNER, A. K. *The doctrine of res judicata*, n. 393, p. 222-223 – *tradução livre*.

assim, uma inegável *eficácia material* à coisa julgada, no sentido de que, uma vez formada, passaria ela a regular diretamente a situação litigiosa. Parece inevitável, neste ponto, a comparação com a visão que se tinha em Roma a respeito do *efeito consuntivo e novativo da res judicata*⁸².

A *issue estoppel*, por sua vez, tem o condão de impedir que uma questão, que tenha se mostrado relevante para determinado julgamento, possa ser *rediscutida* em juízo quando estiver em jogo outra *cause of action*. Neste caso, já não se trata de obstar o desenvolvimento do novo processo, mas, apenas, de considerar vinculante, em seu julgamento, o juízo feito anteriormente.

A regra, vale dizer, alcança a análise tanto de *questões de fato*, como de *questões de direito*, ou, ainda, das chamadas *questões mistas*⁸³.

Para que se aplique a *issue estoppel*, é necessário que estejam presentes determinados requisitos, desenvolvidos ao longo do tempo em sede jurisprudencial. É importante notar, neste ponto, que o processo civil inglês trata da questão de forma menos rigorosa do que no direito norte-americano, em que, como veremos, os pressupostos para aplicação da *issue preclusion* são mais rígidos.

De toda sorte, para que uma questão se torne vinculante em processos futuros, é necessário, antes de tudo, que sua análise tenha ocorrido em *decisão final e conclusiva*. Não se faz necessário, porém, que a decisão já se tenha tornado indiscutível pela preclusão das vias recursais, bastando que seja a última palavra do órgão julgador a respeito da matéria, e, assim, que não se trate de um provimento provisório⁸⁴.

⁸² Para essa comparação, vale a leitura do que escreve Giovanni Pugliese, que assim traduz a visão inglesa a respeito do fenômeno: “[...] segundo a doutrina do *merger*, o desenvolvimento do processo e a emanção do *judgment* produzem efeitos de direito substancial, incidindo imediatamente sobre a situação feita valer e criando, em seu lugar, se a sentença é favorável ao autor, uma situação nova. Este efeito substancial pode, por sua vez, traduzir-se sobre o plano do processo em um *estoppel*” (“Giudicato civile (dir. vig.)”, p. 799 – tradução livre).

⁸³ Assim: BOWER, George Spencer; HANDLEY, K. R.; TURNER, A. K. *The doctrine of res judicata*, n. 203, p. 105-106.

⁸⁴ Neste sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, p. 202; PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (dir. vig.)”, p. 798. Como destaca Robert Millar, os sistemas do *common law* não desenvolveram conceito equivalente à nossa *coisa julgada formal*, para designar a preclusão dos recursos cabíveis contra a decisão (“The premises of judgment as res judicata in continental and Anglo-American law” (1ª parte), p. 7). Não há como contestar que, diante de tal constatação, fragiliza-se, como destaca Pugliese, o conceito de Liebman de coisa julgada enquanto *imutabilidade e indiscutibilidade* da decisão, distinta de seu efeito declaratório (ou de sua imperatividade), na medida em que, nestes sistemas – assim como ocorre na França – a coisa julgada se produz *antes que* a decisão se torne irretroatável (“Giudicato civile (dir. vig.)”, p. 805-806; 812).

Exige-se, além disso, que se trate de questão que tenha se mostrado *fundamental*, e não meramente colateral, para o julgamento da primeira demanda⁸⁵, o que, conforme a doutrina, justificar-se-ia por duas razões diversas: primeiramente, entende-se que seria injusto vincular as partes à solução de uma questão que não tenha se mostrado imprescindível para a decisão e que, assim, pode ter sido deixada de lado ao longo do processo. Afirma-se, além disso, que, caso a *issue estoppel* se estendesse a questões de menor importância para a solução da causa, os litigantes poderiam se sentir obrigados a envidar esforços excessivos em sua discussão, aumentando os custos e tempo necessários à solução do mérito⁸⁶.

Reconhece-se, porém, naquele país, a dificuldade de determinar, em alguns casos, quando uma determinada questão teria sido, de fato, essencial para o julgamento. Para isso, o teste principal a ser feito, refere-se a questionar se “a determinação teria sido tão fundamental para a decisão que a última não poderia permanecer sem ela”. A jurisprudência, porém, desenvolveu outros critérios, como a necessidade de que a questão seja o “fundamento imediato” da decisão, e não apenas parte do raciocínio que teria levado até ela ou, ainda, a possibilidade de se interpor recurso quanto à análise da questão⁸⁷.

Por outro lado, é importante destacar que, ao contrário do que ocorre no sistema norte-americano, a vinculação extraprocessual a uma questão *não exige*, no sistema inglês, que ela tenha sido objeto de *efetiva controvérsia* entre as partes, admitindo-se, inclusive, que ela decorra de julgamento que tenha ocorrido à *revelia* do réu⁸⁸.

⁸⁵ A exigência, como demonstra a doutrina, remonta a julgamento do ano de 1707 (*Blackham's Case*), e, desde então, tem sido frequentemente aplicada na jurisprudência dos tribunais ingleses (BOWER, George Spencer; HANDLEY, K. R.; TURNER, A. K. *The doctrine of res judicata*, n. 201, p. 103-105).

⁸⁶ Nesse sentido: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; TANIGUCHI, Yashuei; VARANO, Vincenzo; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil litigation in comparative context*, p. 444. É importante, porém, deixar claro que existe controvérsia a respeito da necessidade de que a questão tenha sido *expressamente decidida* pelo julgador, havendo quem afirme que, na Inglaterra, se aceita a vinculação a premissas *implícitas* do julgamento, desde que constituam um *passo necessário* para a decisão. Neste sentido: KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. “Effects of judgments...”, p. 39; MILLAR, Robert Wyness. “The premises of judgment as res judicata in continental and Anglo-American law” (2ª parte), p. 251.

⁸⁷ Assim: BOWER, George Spencer; HANDLEY, K. R.; TURNER, A. K. *The doctrine of res judicata*, n. 202, p. 105.

⁸⁸ Neste sentido, destacando a distinção entre os sistemas: SHAPIRO, David L. *Preclusion in civil actions*. New York: Foundation Press, 2001. p. 34; SINAY, Yuval. “Reconsidering res judicata: a comparative perspective”. In: *Duke journal of comparative & international law*, vol. 21 (2011). p. 358. Como notícia a doutrina, porém, não é claro, na Inglaterra, sob que condições um julgamento proferido à *revelia* deve, de fato, resultar na *issue estoppel*. Há, assim, precedentes que, nestes casos, tratam com maior rigor a necessidade de que a questão seja *idêntica* àquela surgida posteriormente, e que tenha sido ela *determinante* para a decisão anterior, exigindo-se que ela “necessariamente tenha sido decidida com completa precisão

Finalmente, diferentemente do que se dá com a *cause of action estoppel*, a *issue estoppel* pode ser superada, no caso concreto, em situações nas quais a parte recoloca a questão em discussão com base em *prova nova* – ou seja, elemento ao qual não pôde ter acesso na oportunidade anterior -, ou, ainda, diante de *lei superveniente*⁸⁹.

4.8. Direito norte-americano

Ultrapassado o estudo dos limites objetivos da coisa julgada no direito inglês, passamos, como derradeira etapa deste capítulo, a analisar a forma como o assunto é tratado nos Estados Unidos da América. Seu minucioso estudo será de importância fundamental para o desenvolvimento do trabalho, tendo em vista a influência que a *issue preclusion* norte-americana teve sobre a regulamentação da coisa julgada sobre a questão prejudicial no art. 503, § 1º, do CPC/15⁹⁰.

A este respeito, é interessante notar que, muito embora tenha tido origem no direito inglês, a doutrina norte-americana da *res judicata* encontra-se, atualmente, em estado de desenvolvimento muito mais avançado que o daquele país, sobretudo se comparados os tratamentos dados em cada um dos sistemas à preclusão de questões⁹¹.

É de se ressaltar, desde logo que, nos Estados Unidos, a regulamentação da *res judicata* resulta quase exclusivamente de desenvolvimento jurisprudencial⁹². Trata-se, como já se afirmou, de uma “clássica doutrina do *common law*”, que experimenta contínuo desenvolvimento por parte dos tribunais, que, no afã de responder adequadamente às

como a base do julgamento à revelia” (BOWER, George Spencer; HANDLEY, K. R.; TURNER, A. K. *The doctrine of res judicata*, p. 24-27 – tradução livre).

⁸⁹ CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; TANIGUCHI, Yashuei; VARANO, Vincenzo; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil litigation in comparative context*, p. 444.

⁹⁰ Também destacam esta influência: LUCCA, Rodrigo Ramina de. “Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil”. In: *Revista de processo*, n. 252. São Paulo: RT, 2016. n. 3.1; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. “Limites objetivos da coisa julgada no CPC/2015 e o fantasma da simplificação desintegradora”. In: *Novo CPC: doutrina selecionada*, vol. 2. Coord.: Fredie Didier Jr [et al.]. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 759. Em sentido contrário, por outro lado: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “O que é abrangido pela coisa julgada...”, n. 4.1.

⁹¹ Ressalta este aspecto: VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*. Padova: CEDAM, 2007. p. 296.

⁹² Sobre as fontes do direito americano no que tange à coisa julgada, vale conferir: PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 27-29.

necessidades que a eles pouco a pouco se apresentam, frequentemente reformulam as regras aplicáveis ao tema⁹³.

Com efeito, nem o *United States Code* (espécie de compilação de leis daquele país) nem as *Federal Rules of Civil Procedure* (espécie de Código de Processo Civil para a Justiça Federal, publicado em 1938) possuem normas específicas sobre a coisa julgada. Também nos estados a realidade parece ser a mesma, em que praticamente não há leis dedicadas a cuidar da matéria⁹⁴.

Atualmente, entretanto, há um importante instrumento para a análise do tema: trata-se do *Restatement (Second) of Judgment* (RSJ), de 1982, publicação coletiva do *American Law Institute*, com a finalidade de expor sistematicamente as regras do *common law*. Muito embora se trate de publicação privada, e, portanto, sem força cogente, tem sua importância reconhecida pelas cortes norte-americanas, com grande aplicação na jurisprudência. No que tange à coisa julgada, trata-se, como ressalta a doutrina, do principal paradigma sobre o tema, responsável por estabelecer sua abordagem moderna⁹⁵.

Antes de prosseguir, é relevante, ainda, fazer um breve esclarecimento a respeito da terminologia atualmente utilizada nos Estados Unidos para tratar das duas dimensões da coisa julgada mencionadas no tópico anterior.

A este respeito, era tradicional na jurisprudência e na doutrina daquele país que se utilizasse o termo *res judicata* para tratar especificamente da primeira das situações mencionadas, em que se impede o prosseguimento de um processo em que se deduza uma mesma demanda (*claim*) já anteriormente julgada. Já para se referir àquela outra hipótese, em que a coisa julgada torna vinculante a análise de uma específica *questão* (*issue*) que tenha sido resolvida em processo anterior, falava-se em *collateral estoppel*.

⁹³ Assim: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata – a handbook on its theory, doctrine and practice*. Durham: Carolina Academic, 2001. p. 5-6.

⁹⁴ A exceção, ao que parece, ficaria por conta de Louisiana, que teria codificado o tema, por meio de regras gerais, o que, na verdade, se explica pela ligação do estado com a tradição do *civil law*. Neste sentido: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata...*, p. 6.

⁹⁵ Nessa linha, apontando a relevância do *Restatement (Second) of Judgment* ao estabelecer um tratamento moderno da matéria, e a grande penetração que possui na jurisprudência de diversos tribunais: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata...*, p. 6-7. Por outro lado, mesmo apontando os avanços que a publicação trouxe ao tratamento tema, Allan Vestal, um dos responsáveis por sua elaboração, afirma que, ante a natureza eminentemente *dinâmica* da matéria, o RSJ pouco pode fazer, e em algum tempo tende a se tornar ultrapassado (“Restatement (Second) of Judgments: a modest dissent”. In: *Cornell law review*, vol. 66, n. 4 (1981). p. 464-465).

Atualmente, porém, por força da influência do RSJ, têm sido preferidas as expressões *claim preclusion* e *issue preclusion* para se referir a cada uma dessas situações, respectivamente. O termo *res judicata*, por sua vez, é tratado como *gênero* do qual são espécies estas duas regras. Esta orientação, vale dizer, tem sido adotada pela Suprema Corte desde o ano de 1998⁹⁶.

Assim, para as situações em que se repete em juízo uma mesma demanda já anteriormente julgada, entra em jogo o instituto da *claim preclusion*, de modo a impedir o prosseguimento do processo e evitar a prolação de nova decisão. Valem, aqui, considerações semelhantes àquelas que foram feitas a respeito da *cause of action estoppel* inglesa, no sentido de que a noção de *claim*, para esses fins, é muito mais ampla do que aquilo que, no Brasil, entendemos por demanda, e engloba todos os possíveis pedidos e fundamentos que poderiam decorrer de uma mesma situação fática.

Na verdade, ao que parece, a abrangência dos efeitos preclusivos do julgamento nos Estados Unidos é ainda maior do que aquela que se verifica na Inglaterra, na medida em que até mesmo o réu tem o ônus de deduzir, no mesmo processo, pretensões que eventualmente possa ter contra o autor, sob pena de não o poder fazer posteriormente. Há, assim, uma espécie de *reconvenção obrigatória* (*compulsory counterclaim*) no processo civil norte-americano, regra que seria aplicável na maior parte das jurisdições daquele país⁹⁷.

Prosseguindo, a *issue preclusion*, por sua vez, atua em hipóteses nas quais uma determinada questão que tenha sido analisada em um processo anterior, mostra-se relevante no julgamento de uma nova *claim*. Nestes casos, presentes determinados requisitos, o juízo precedentemente realizado atuará de modo vinculante para a nova decisão⁹⁸.

Para que isso ocorra, é necessário, então, que estejam presentes determinadas condições, o que, como se disse anteriormente, é tratado de forma mais rígida no processo

⁹⁶ Assim: PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado...*, p. 30-31.

⁹⁷ Prevista expressamente nas *Federal Rules of Civil Procedure*, n. 13 (a), a regra, como informa a doutrina, foi adotada pela “sólida maioria das jurisdições Americanas” (SHAPIRO, David L. *Preclusion in civil actions*, p. 39 – tradução livre).

⁹⁸ Vale conferir a sintética definição de Diego Volpino para a *issue preclusion*: “[...] o princípio por força do qual a decisão de uma determinada questão, ocorrida num dado processo, impede que essa seja novamente discutida e decidida entre as mesmas partes no contexto de um sucessivo juízo sobre um objeto diverso” (VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato...*, p. 287 – tradução livre).

civil estadunidense se comparado ao que ocorre na Inglaterra. Seu desenvolvimento, na jurisprudência norte-americana, decorreu de preocupações ligadas ao respeito à garantia do devido processo legal⁹⁹ e da percepção de que a extensão da imutabilidade a questões que não constituem o objeto principal da demanda exige certos cuidados diferenciados, na busca por um ponto de equilíbrio entre os benefícios decorrentes da ampliação da coisa julgada e o respeito às expectativas das partes¹⁰⁰.

Antes de adentrar no estudo de cada um dos requisitos, é importante esclarecer que a análise de sua presença é uma tarefa que, naquele sistema, é reservada ao juiz do processo em que se suscita a existência da coisa julgada anterior. Em outras palavras, não cabe, ao magistrado responsável por analisar uma determinada questão, determinar se a sua decisão se tornará vinculante, ou não, para julgamentos futuros¹⁰¹.

De toda sorte, da regra prevista no § 27 do *Restatement (Second) of Judgments*, se pode extrair que, para a aplicação da *issue preclusion*, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: existência de um julgamento (i) *válido* e (ii) *final* sobre a questão; (iii) *identidade* entre a questão anteriormente analisada e aquela que surge no processo posterior; (iv) verificação de *efetiva controvérsia* e de *efetiva decisão* sobre a questão; (v) *essencialidade* da questão para o julgamento anteriormente proferido¹⁰².

Inicialmente, quanto à necessidade de que (i) a questão tenha sido analisada em um julgamento *válido*, exige-se, em síntese, que (i.1) o réu tenha sido *devidamente citado* (“adequate notice”) para a causa (RSJ, §§ 2-3), que (i.2) o juízo tenha *jurisdição territorial* (“territorial jurisdiction”) em relação ao réu (RSJ, §§ 4-10), e, finalmente, que (i.3) o órgão

⁹⁹ “Tais pressupostos são o fruto de uma longa construção jurisprudencial da prática norte-americana e derivam do respeito à garantia constitucional do devido processo legal” (GIDI, Antonio; PRATES, Marília Zanella; TESHEINER, José Maria Rosa. “Limites objetivos da coisa julgada...”, p. 111).

¹⁰⁰ Neste sentido, vale a leitura do que escreve Diego Volpino: “A maturidade das reflexões desenvolvidas em matéria de *estoppel* pelos juristas estadunidenses faz emergir um dado ulterior, de valência mais geral, constituído pelo extremo cuidado por esses constantemente dedicado à individualização de um satisfatório ponto de encontro entre os objetivos da celeridade dos juízos e da harmonia de suas relativas decisões, de um lado, e de outro, o respeito aos direitos e às expectativas processuais das partes” (*L'oggetto del giudicato...*, p. 299 – tradução livre).

¹⁰¹ Neste sentido, Robert Casad afirma que “os efeitos preclusivos de um julgamento são determinados, não pela corte que proferiu o julgamento, mas por uma corte diferente – ou ao menos em uma ação diferente” (CASAD, Robert C. “Preclusion in a federal system”. In: *Cornel Law Review*, vol. 70, n. 4 (1985). p. 599 – tradução livre). No mesmo sentido, ainda: RICHARDSON, Eli. “Taking issue with issue preclusion: reinventing collateral estoppel”. In: *65 Mississippi Law Journal*, 41-69 (1995). p. 54, nota n. 53.

¹⁰² Veja-se, a respeito, o que consta do § 27 do RSJ: “Quando uma questão de fato ou de direito é efetivamente litigada e decidida por um julgamento válido e final, e a decisão é essencial para o julgamento, a decisão é conclusiva em um processo subsequente entre as partes, seja para a mesma ou para uma diferente demanda” (tradução livre).

tenha *competência material* (“subject matter jurisdiction”) para o julgamento da demanda (RSJ, § 11-12)¹⁰³.

No que diz respeito à necessidade de que se trate de (ii) *julgamento final*, valem, aqui, considerações idênticas às que foram feitas quanto ao sistema britânico, no sentido de que, para a produção da *issue preclusion*, não há a necessidade de que tenham se esgotados os recursos cabíveis contra a respectiva decisão. Em outras palavras, a análise da questão pode-se tornar vinculante para outros processos ainda que no próprio processo em que resolvida, esteja ela sujeita a ser modificada em via recursal.

Esta solução, como ressalta a doutrina, pode trazer certos problemas em hipóteses nas quais, tendo sido considerada a existência da *issue preclusion* em um determinado processo, haja posterior reforma da respectiva decisão. Nestes casos, não ocorre uma automática revisão do julgamento que tenha se baseado na decisão posteriormente alterada. Esta correção, então, deve ser feita por meio da utilização dos recursos previstos no sistema¹⁰⁴.

Prosseguindo, para a incidência da *issue preclusion* é necessário que haja (iii) *identidade* entre a questão que venha a surgir no novo processo e aquela que consta da decisão anterior.

Antes de prosseguir, é importante esclarecer que, embora no início a *issue preclusion* recaísse apenas sobre a análise de *questões de fato*¹⁰⁵, passou-se, posteriormente, a admitir a vinculação também quanto às *questões de direito*, ainda que seja muito mais frequente a sua utilização para aquelas primeiras¹⁰⁶. De toda sorte, é importante ressaltar, a este respeito, que a divisão entre questões de fato e de direito, nos

¹⁰³ Para uma análise detalhada desses requisitos, vale conferir: PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado...*, p. 37-46; SHAPIRO, David. *Preclusion in civil actions*, p. 23-29.

¹⁰⁴ Sobre o ponto, comparando os conceitos de *finality* para fins de *claim preclusion* e *issue preclusion*: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata...*, p. 50-55.

¹⁰⁵ Essa limitação encontrava explicação na *origem do collateral estoppel*, que decorreu do chamado *estoppel by record*, em que o que vinculava as partes *não era o julgamento*, mas sim os *registros* do tribunal quanto às provas produzidas e quanto às conclusões do júri. Neste sentido, é o que explica Geoffrey Hazard: “A concepção original de *issue preclusion* não era a de *res judicata* quanto à litigância de uma questão; era a de *estoppel by record*. As partes de um processo judicial estavam impedidas de controverter os conteúdos do ‘registro’. Os conteúdos do registro eram aqueles declarados pelas testemunhas ou atestados pelo júri em seu veredito. O *estoppel*, portanto, era predicado àquilo que havia sido afirmado pelos participantes leigos, não ao que a corte havia decidido. Consequentemente, não havia conteúdo legal que poderia servir de base para o *estoppel*” (“Preclusions as to issues of law: the legal system’s interest”. In: *Iowa Law Review*, v. 70: 81-94, oct. 1984. p. 89 – tradução livre).

¹⁰⁶ Neste sentido: PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado...*, p. 161.

Estados Unidos da América, leva em consideração acima de tudo aspectos relativos à competência para a sua apreciação, já que a definição daquelas é, geralmente, atribuição do *jury*, enquanto a dessas cabe ao *judge*¹⁰⁷.

Ainda que sejam intuitivas as razões de sua exigência, o requisito da identidade de questões, como aponta a doutrina, é aquele que na prática apresenta maiores dificuldades no momento de se determinar a existência, ou não, dos pressupostos da *issue preclusion*.

A razão central dessa dificuldade está nos *diferentes graus de abstração* com que uma determinada questão previamente resolvida pode ser enxergada. A doutrina traz, assim, o elucidativo exemplo em que, em ação de reparação de danos decorrentes de acidente automobilístico, considera-se que o réu, com a sua negligência, foi o responsável pelo evento, pelo fato de que haveria neve no vidro de seu veículo, o que teria bloqueado a sua visão. Neste caso, então, estando presentes os requisitos da *issue preclusion*, questiona-se o que teria se tornado vinculante: a constatação de que haveria neve no vidro dianteiro do automóvel, a ideia de que a visão do motorista estaria bloqueada, ou, mais amplamente, a conclusão de que o réu teria agido de forma negligente?¹⁰⁸

A fim de resolver este tipo de questão, o RSJ adota uma abordagem de viés eminentemente *pragmático*, que busca encontrar, casuisticamente, um equilíbrio entre razões ligadas à *eficiência* e à *justiça processual*. Para tanto, têm relevância alguns parâmetros, como por exemplo: (a) a coincidência ou aproximação entre as provas produzidas no primeiro processo e aquelas que se pretende produzir no segundo; (b) o maior ou menor grau de afinidade entre a argumentação jurídica utilizada pelas partes em cada uma das demandas; (c) o grau de conexão entre os objetos dos processos, dentre outros critérios operativos¹⁰⁹.

¹⁰⁷ “Deve-se esclarecer que a noção de *issue of fact* não corresponde aquela de ‘questão de fato’ segundo o nosso ordenamento, e é certamente mais ampla, compreendendo também questões que, do nosso ponto de vista, são ‘questões de direito’. Na realidade, o critério de distinção entre *issues of fact* e *issues of law* não é dado pela natureza das questões, mas pela repartição de funções entre o *jury*, competente para decidir as primeiras, e o *judge*, competente para decidir as segundas” (TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni” (parte I). In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1971. p. 661, nota n. 30 – tradução livre). No mesmo sentido: VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato...*, p. 304-305.

¹⁰⁸ Para uma profunda análise da questão, a partir deste e de outros exemplos: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata...*, p. 114-123. Ainda sobre o tema, vale conferir, com grande proveito: VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato...*, n. VI.5, p. 312-321.

¹⁰⁹ Para a descrição destes critérios: VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato...*, p. 318-321.

Ainda assim, é inevitável que persista um grau de incerteza na determinação da existência da identidade entre as questões que surgem em cada um dos processos¹¹⁰, o que dá margem à existência de certa *discrezionalità* do juiz a quem cabe avaliar a presença dos requisitos necessários à incidência da coisa julgada¹¹¹.

Como se disse, para que a análise de uma questão se torne indiscutível no futuro, é necessário, ainda, que (iv) ela tenha sido objeto de *efetiva controvérsia* entre as partes e de *efetiva análise* pelo juiz. Assim, ao contrário do que, como visto, ocorre no sistema britânico, a *issue preclusion* não se aplica aos julgamentos proferidos à *revelia* do réu, ou, ainda, em casos nos quais a solução da causa tenha sido obtida mediante *acordo* das partes, e, ainda, mais amplamente, quando a questão tenha sido *afirmada por um dos litigantes, mas não questionada pelo outro*¹¹². De igual modo, não há, no sistema norte-americano, a possibilidade de que se torne vinculante uma *premissa implícita* da decisão, sendo necessário que haja manifestação expressa do julgador a seu respeito.

É necessário, porém, esclarecer que, para que se considere preenchido referido requisito, não se exige que os litigantes tenham adotado uma postura especialmente ativa a respeito da questão, submetendo-a a debates complexos ou produzindo provas a seu respeito. Basta, na verdade, que, tendo sido afirmada por uma das partes, a questão seja

¹¹⁰ Nesta linha, Walter Heiser afirma que referidos problemas na verificação da identidade das questões “sejam talvez um inevitável subproduto de qualquer doutrina do *collateral estoppel*” (“California’s confusing collateral estoppel (issue preclusion) doctrine”. In: *San Diego law review*, vol. 35 (1998). p. 536 – *tradução livre*).

¹¹¹ Nessa linha, Taruffo aponta que, em virtude da fluidez da forma como é enxergado o requisito da identidade de questões, o que acaba ocorrendo, por vezes, é que “o juiz tende a relevar a identidade das *issues* quando é favorável à subsistência do vínculo, no caso concreto individual, enquanto tende a relevar a diversidade quando assume uma postura desfavorável à aplicação do *estoppel*. Vista nestes termos, a decisão sobre a identidade ou a diversidade das *issues of fact* parece pouco menos que fictícia, realizando em muitos casos um papel de justificação *a posteriori* da escolha real, vertente sobre a oportunidade de dar lugar à aplicação do *estoppel*, que permanece na verdade plenamente discricionária” (“Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni” (parte I), p. 661 – *tradução livre*). Na mesma linha, também apontando a dificuldade de se determinar quando está preenchido o requisito: RICHARDSON, Eli. “Taking issue with issue preclusion...”, p. 69.

¹¹² “O princípio da *issue preclusion* não se aplica a julgamentos por consenso ou julgamentos por revelia, vez que o requisito de que a questão tenha sido realmente controvertida é ausente nestes casos. Um resultado similar se aplica às questões afirmadas por uma parte, mas confirmadas pela outra, ou não contestadas, assim como a questões que tenham sido estabelecidas por consenso entre as partes” (KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. “Effects of judgments...”, p. 38 – *tradução livre*). Sobre estas situações, ver, mais amplamente: TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni” (parte I), p. 664-668; VOLPINO, Diego. *L’oggetto del giudicato...*, p. 326-330.

controvertida pela outra, e que tal estado de controvérsia permaneça até o momento do julgamento¹¹³.

Mais do que entender o modo de funcionamento do requisito da efetiva controvérsia a respeito da questão, é muito relevante, para os fins do presente trabalho, compreender qual seria a sua *razão de ser*, tendo em vista a existência de pressuposto semelhante no art. 503, § 1º, II, do CPC/15.

A este respeito, pode-se dizer, em apertada síntese, que o requisito da efetiva controvérsia sobre a questão visa, antes de tudo, a compensar o fato de que, no curso de um determinado processo, é praticamente *impossível*, para as partes, *prever* a relevância que uma determinada questão que tenha nele surgido e sobre a qual recairá a *issue preclusion*, poderá ter no julgamento de demandas a serem propostas no futuro. Procura-se, assim, por meio daquele pressuposto, evitar que as partes fiquem vinculadas à análise de uma questão que, para os fins do processo em que tenha surgido, não lhes interessava debater.

Para compreender o que se quer dizer, é relevante constatar, antes de tudo, que, *em relação a um processo que esteja em curso, as partes têm a condição de avaliar a relevância que uma determinada questão terá para o julgamento*. Ou seja, podem elas prognosticar o impacto que a sua resolução em determinado sentido terá nas suas chances de vitória ou de derrota quanto ao mérito.

Além disso, ainda quanto ao processo em curso, os litigantes *têm condições de estimar a relevância do próprio julgamento*. Isto é, têm a possibilidade de avaliar o que significaria, para os seus interesses, uma decisão favorável ou desfavorável, tendo em vista o direito que esteja em disputa.

Com base nesta avaliação, então, as partes têm a possibilidade de adotar uma postura mais ou menos ativa em relação às diversas questões que nele tenham surgido, optando, inclusive, por não dedicar nenhuma atenção a uma ou a todas elas. Isso pode decorrer, primeiramente, de um prognóstico de que a questão será pouco relevante para o julgamento do mérito, bem como da avaliação de que a baixa importância da causa não justifica o esforço que precisaria ser dirigido àquele determinado elemento¹¹⁴.

¹¹³ Para essa observação específica: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata...*, p. 124. Ainda sobre o tema, vale conferir, com grande proveito: VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato...*, p. 325-326.

¹¹⁴ Vale, a respeito, a leitura do que escreve Taruffo: “antes de tudo, pode haver diversos motivos pelos quais uma ou outra parte não tem interesse em discutir (e assim a fazer decidir expressamente) todas as questões

O fato é que, como se disse, uma vez que se cogite da possibilidade de formação de coisa julgada sobre esta questão, passa a ser verdadeiramente *imprevisível* o impacto que disso pode decorrer para as partes no futuro. Não é possível avaliar, assim, a *relevância que a questão terá para o julgamento de demandas que ainda serão ajuizadas*, bem como não se pode ter certeza da *importância dessas próprias demandas*¹¹⁵.

Neste quadro, o requisito da controvérsia efetiva procura lidar com o fato de que, conquanto a *issue preclusion* se manifeste sobre elementos deduzidos em um determinado processo, a vinculação dela decorrente *transcende* os confins deste mesmo processo, indo muito além dos efeitos que em geral decorreriam do julgamento da causa¹¹⁶.

Não fosse o requisito, poderia ocorrer, em primeiro lugar, a formação de coisa julgada sobre um elemento que as partes optaram por não colocar em discussão por compreender que seria ele irrelevante para o julgamento ou, ainda, porque o próprio objeto discutido no processo não seria de uma importância tal que justificasse os esforços que para tanto seriam necessários.

Por outro lado, diante da possibilidade dessa vinculação, poderiam as partes se sentir compelidas a centrar seus esforços na demonstração de suas razões em relação a uma questão que, para os fins daquele processo, não mereceria maior atenção. E isso, então,

atinentes à *cause of action* deduzida em juízo. Em segundo lugar, na específica lide, o comportamento da parte que não discute uma determinada questão depende da razoável previsão dos efeitos que tal comportamento pode ter sobre a decisão relativa à *cause of action* deduzida em juízo” (“Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni” (parte I), p. 663 – *tradução livre*).

¹¹⁵ Neste sentido, Hazard Jr., James Jr. e Leubsdorf afirmam que “o alcance de uma demanda específica geralmente pode ser avaliado na primeira ação, de modo que as partes têm as bases para calcular com justa precisão os riscos de omissões e o valor de litigar ao máximo. Os potenciais contextos nos quais a *collateral estoppel* pode se aplicar no futuro, entretanto, são geralmente mais difíceis de prever” (*Civil procedure*. 5ª ed. New York: Foundation Press, 2001. p. 705 – *tradução livre*). Na mesma linha, ainda, vale a leitura do que escreve Volpino: “Se, por um lado, é razoável presumir que as partes estão em condição de prever com adequada (ou ao menos suficiente) precisão as repercussões que um seu comportamento mais ou menos ativo em relação a uma certa questão pode surtir sobre o êxito global do processo no qual estão envolvidas, não é arriscado supor que, com muita frequência, essas se encontram na concreta impossibilidade de ponderar *a priori*, ou seja, ao tempo da primeira causa, os efeitos que – em um eventual futuro – a decisão de tal *issue* poderia provocar sobre o desenvolvimento e sobre o destino de um sucessivo processo relativo a uma diversa *fattispecie*. Em um certo sentido, esta margem de imprevisibilidade representa uma consequência ineliminável da *estoppel*, e, em especial, da sua variante *collateral*” (*L’oggetto del giudicato...*, p. 323-324 – *tradução livre*).

¹¹⁶ Vale, a respeito, a leitura do que escreve Volpino: “deve-se ter presente que a *issue preclusion*, ainda que chamada a operar apenas em relação aos elementos realmente deduzidos no processo, comporta o nascimento de um vínculo preclusivo que transcende os confins objetivos dentro dos quais os efeitos da decisão normalmente se manifestam em virtude da aplicação apenas da *res judicata*” (*L’oggetto del giudicato...*, p. 322 – *tradução livre*). Em sentido muito semelhante, Taruffo anota que o requisito “deriva do fato de que esse [*o estoppel*] implica no alargamento dos efeitos da coisa julgada para além das condições nas quais esses normalmente se manifestam, em um processo relativo a uma *cause of action* diversa” (“Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni” (parte I), p. 663 – *tradução livre*).

traria inegáveis problemas em torno de um ideal de eficiência na prestação da tutela jurisdicional, decorrentes do aumento do grau de litigiosidade em relação a elementos que não se mostram relevantes para a decisão da causa.

Neste contexto, o que o requisito da efetiva controvérsia preocupa-se em assegurar é que a *issue preclusion* apenas se forme sobre elementos de cognição aos quais as partes optam por dedicar atenção *em virtude da relevância que eles teriam para o julgamento da causa*. Afirma-se, nessa linha, que os litigantes devem ser livres para optar por não dedicar esforços a um elemento sem que, com isso, arrisquem nada além do que a derrota naquele processo específico¹¹⁷. Caso contrário, poderiam ser incentivados a uma litigância desmedida para uma determinada causa em virtude de repercussões futuras que sequer são ainda conhecidas, e que nenhuma das partes optou, voluntariamente, por alcançar¹¹⁸.

Afirma-se, neste contexto, que o requisito da controvérsia efetiva sobre a questão tem o papel fundamental de facilitar, no curso de um determinado processo, a identificação de quais são os elementos de cognição que, no futuro, poderão se mostrar vinculantes para o julgamento de outras demandas em que as partes estejam envolvidas. Além disso, o pressuposto elimina o risco de que um litigante se veja futuramente prejudicado em virtude de uma afirmação de seu adversário que, pelas mais variadas razões, ele tenha optado por não controverter¹¹⁹.

Deste modo, a ideia central por trás do requisito é restringir a *issue preclusion* a questões que as partes tenham sido *incentivadas a litigar* no curso do processo em que proferida a respectiva decisão. Parte-se do pressuposto de que, se não houve controvérsia, é porque não teria havido incentivo suficiente para que a questão recebesse uma solução adequada naquela oportunidade.

Entende-se, inclusive, que, em hipóteses excepcionais, possa ser afastada a *issue preclusion* mesmo que tenha havido controvérsia formal sobre determinado ponto, quando ficar constatado que, apesar disso, *não teria havido incentivo* para um debate mais

¹¹⁷ Assim: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata...*, p. 124.

¹¹⁸ Neste sentido, vale a leitura do que escreve Shapiro, no sentido de que um dos fundamentos do requisito é “a conveniência de eliminar qualquer incentivo para a parte litigar uma questão *apenas* para evitar ser impedida de discuti-la num processo futuro que pode nunca se materializar, quando por razões de economia ou estratégia, a parte toma uma decisão racional de não discutir a questão no caso em questão” (*Preclusion in civil actions*, p. 50 – tradução livre).

¹¹⁹ Assim, mais uma vez: VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato...*, p. 331.

aprofundado¹²⁰. Em resumo, a existência de controvérsia é requisito *necessário*, mas *não suficiente* para que se possa atestar o incentivo para litigar e, portanto, para a incidência da coisa julgada¹²¹.

Cabe salientar, todavia, que a forma como esquematizado o requisito da efetiva controvérsia não é imune a críticas. Neste sentido, é de se referir o pensamento de Allan Vestal, jurista que foi de fundamental importância nos trabalhos que culminaram na elaboração do *Restatement (Second) of Judgments*¹²².

Parte, o autor, justamente do pressuposto de que o fundamental, para que possa ocorrer a vinculação à solução de uma questão, é que tenha havido *oportunidade e incentivo* para que as partes litigassem a seu respeito, o que estaria ligado à necessidade de que, em relação àquele elemento, tenha sido garantido ao sujeito “*his day in court*”.

O que procura demonstrar Vestal, porém, é que este incentivo pode estar presente mesmo em situações nas quais *não tenha havido controvérsia* a respeito da questão. Entende, por exemplo, que deveria ser possível a incidência da *issue preclusion* em casos de julgamentos proferidos à revelia do réu, quando ficasse demonstrado que ele tenha tomado conhecimento da existência do processo e, diante disso, voluntariamente tenha optado por não se apresentar em juízo¹²³.

Afirma, assim, que, ao erigir a efetiva controvérsia como pressuposto absoluto para a incidência da *issue preclusion*, o *Restatement* teria ido além do necessário para proteger os valores que, por meio do pressuposto, visava a assegurar. Defende, nesta linha, que o

¹²⁰ É importante atentar para o fato de que, como afirmado acima, *não se exige o efetivo aprofundamento do debate*, mas, apenas, *que as partes tenham tido incentivo para fazê-lo*.

¹²¹ É o que explica Geoffrey Hazard: “A fórmula ‘incentivo para litigar’, como usada na maior parte dos casos e no *Restatement Second*, permite à parte que *litigou* uma questão a relitigá-la se a parte consegue demonstrar que a litigância originária foi um ‘show paralelo’ ao invés de uma ‘luta até o fim’. O *Restatement Second* permite à parte refutar a inferência naturalmente extraída do fato de que a questão foi efetivamente litigada – a inferência de que a parte tratou a questão com inteira seriedade no primeiro processo” (“Revisiting the Second Restatement of Judgments: issue preclusion and related problems”. In: *Cornell Law Review*, v. 66: 564-592, 1981. p. 584 – tradução livre).

¹²² Segundo conta o autor, entre 1973 e 1980, o requisito teria sido objeto de acirrada controvérsia pelos membros do Conselho responsável pela elaboração do RSJ (“Restatement (Second) of Judgments: a modest dissent”, p. 472).

¹²³ Assim: VESTAL, Allan V. “Restatement (Second) of Judgments: a modest dissent”, p. 483.

requisito a ser exigido deveria ser, apenas, a constatação de que tenha havido efetivo incentivo para debater a questão, ainda que isso não tenha sido concretizado¹²⁴.

O fato, porém, é que, como admite o próprio autor, a adoção de um critério objetivo, como o da existência de efetiva controvérsia, ao invés de se analisar um parâmetro mais fluido como aquele referente à existência de incentivo para litigar uma questão, traz inegáveis vantagens em termos operativos para a *issue preclusion*, o que parece justificar a opção do RSJ¹²⁵.

Finalmente, para a incidência da *issue preclusion*, exige o *Restatement*, ainda, de modo parecido com o que ocorre na Inglaterra, que (v) a questão tenha se mostrado *essencial* para o julgamento proferido. Trata-se, uma vez mais, de requisito cuja análise mostra-se especialmente relevante para o presente trabalho, considerando que o art. 503, § 1º, I, do CPC/15 estatui condição de algum modo semelhante para a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial.

Antes de analisar as razões que justificam a exigência deste requisito, importa salientar que, diante do grau de subjetividade envolvido na determinação do que consistiria um elemento essencial para uma decisão judicial, a jurisprudência desenvolveu, a partir daquele requisito, algumas *máximas* que o conduzem a uma aplicação mais segura.

Dentre elas, tem destaque a ideia de que apenas as questões prévias decididas de modo *favorável* à parte vencedora são capazes de se tornar vinculantes, já que aquelas analisadas em seu desfavor não teriam sido determinantes para ditar o resultado final. Isso se aplica, inclusive, em situações nas quais a questão resolvida de modo contrário à parte vitoriosa tenha sido objeto de substancial debate entre os litigantes e de cuidadosa análise pelo julgador¹²⁶.

¹²⁴ “Teria sido preferível estabelecer especificamente o requisito de que a parte a sofrer a preclusão deve ter tido o incentivo e a oportunidade para litigar a matéria, e deletar qualquer referência à efetiva litigância da regra da *issue preclusion*” (“Restatement (Second) of Judgments: a modest dissent”, p. 465 – *tradução livre*).

¹²⁵ Nesta linha, o próprio Allan Vestal admite que o requisito, da forma como colocado no RSJ, “tem as virtudes da simplicidade e certeza” (“Restatement (Second) of Judgments: a modest dissent”, p. 493 – *tradução livre*).

¹²⁶ “Mesmo decisões acaloradamente disputadas e cuidadosamente sopesadas contra o eventual vencedor não devem se tornar vinculante, porque normalmente elas não são essenciais. Em suma, decisões que conduziram ao julgamento são essenciais, mas não aquelas que, isoladamente, poderiam ter levado a um resultado oposto (CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata*..., p. 128-129 – *tradução livre*). Para uma crítica ao critério: TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e *giudicato sulle questioni*” (parte I), p. 671, nota n. 75; VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato*..., p. 363-367.

Ainda sobre o requisito da essencialidade da questão, discute-se o que deve ocorrer quando a solução final da *claim* tenha se fundado, no primeiro processo, em *mais de um fundamento*, todos capazes, *alternativamente*, de levar à mesma conclusão. Trata-se, vale dizer, de questão que suscita grande controvérsia na doutrina norte-americana.

A este respeito, o *Restatement (Second) of Judgments* considera que, quando isso venha a ocorrer, *nenhum dos fundamentos* alternativos que se colocam à base da decisão estará sujeito à *issue preclusion*, o que decorre da constatação de que, nestes casos, é *impossível* verificar qual teria sido o motivo determinante da decisão. Utiliza-se, ainda, em defesa de referida opção, um fundamento essencialmente pragmático, ligado à conveniência de se *evitar* que a parte perdedora seja compelida a *recorrer* da decisão para o fim de impedir a formação da coisa julgada sobre ambos os fundamentos, quando tiver a consciência de que a decisão seria mantida pela permanência de ao menos um deles¹²⁷.

Ao assim fazer, o RSJ afastou-se da regra que existia no primeiro *Restatement of Judgments*, de 1942, segundo o qual, neste tipo de situação, *todos os fundamentos* seriam idôneos à preclusão¹²⁸, regra esta que prevaleceu “ao menos até os anos 80 do século passado”¹²⁹.

A mudança, entretanto, além de *não ter sido bem recebida na jurisprudência*¹³⁰, é alvo de muitas críticas por parte da doutrina, que aponta o paradoxo em se considerar que a parte que tenha obtido um julgamento favorável com base em dois ou mais fundamentos esteja em situação menos vantajosa do que aquela cujo sucesso tenha decorrido da adoção de um motivo único. Afirma-se, nesta linha, que não haveria como a parte vencedora razoavelmente evitar que a decisão a ela favorável se baseasse em mais de um fundamento;

¹²⁷ É o que explica Shapiro: “Negar o efeito preclusivo para ambos os fundamentos pode reduzir a probabilidade de um recurso (e economizar tempo e custos) quando a parte perdedora esteja razoavelmente certa de que ao menos uma das bases alternativas seria mantida no recurso [...]” (*Preclusion in civil actions*, p. 51-52 – *tradução livre*).

¹²⁸ Curioso notar que, ao tempo do primeiro *Restatement*, era justamente a impossibilidade de se determinar qual teria sido o fundamento determinante a justificativa utilizada para que a preclusão alcançasse todas as bases da decisão, como se vê do que escrevia Taruffo: “se a decisão principal se funda de modo igualmente necessário sobre vários motivos alternativos, todos singularmente idôneos a justificá-la, o vínculo se forma sobre cada um desses, porque é impossível estabelecer qual teria sido o motivo realmente determinante” (“Collateral estoppel” e *giudicato sulle questioni*” (parte I), p. 671 – *tradução livre*).

¹²⁹ VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato...*, p. 403 – *tradução livre*.

¹³⁰ Nesta linha, Casad e Clermont apontam que até mesmo o Segundo Circuito das Cortes de Apelação dos EUA, que havia proferido o *leading case* que levou à adoção da ideia de que nenhum dos fundamentos alternativos deveria ficar estabilizado (caso *Halpern*), teria alterado posteriormente sua jurisprudência (caso *Winters v. Lavine*) (*Res judicata...*, p. 148, nota n. 78).

caso optasse por deduzir apenas uma das razões que poderiam conduzir a um julgamento em seu favor, correria o risco de perder a causa. Sugere-se, por isso mesmo, um retorno à sistemática que se tinha a este respeito ao tempo do primeiro *Restatement*¹³¹.

Vistas algumas das questões mais relevantes a respeito da forma como se opera o pressuposto da *essencialidade* da questão, é relevante notar que as razões geralmente apontadas pela doutrina para a existência do requisito são *semelhantes* àquelas que se colocam à base da necessidade de que a questão tenha sido *efetivamente controversada*, e também se ligam à busca por um equilíbrio entre os benefícios decorrentes de uma preclusão mais abrangente, e a proteção das expectativas e das garantias processuais das partes.

Justifica-se, nessa linha, a necessidade de que a coisa julgada apenas recaia sobre elementos cuja análise tenha se mostrado imprescindível para o julgamento com base em três considerações diversas, mas diretamente ligadas umas às outras: (a) em geral, *os esforços das partes se concentram sobre as questões mais relevantes para o julgamento do mérito*; (b) em decorrência disso, também *a atenção do tribunal costuma ser dirigida com maior afinco aos elementos de cognição que se mostrem mais relevantes para causa*; e (c) finalmente, *em regra, não se admite recurso contra a resolução de questões que não tenham sido fundamentais para o pronunciamento final*¹³².

A partir dessas constatações, entende-se, por um lado, que não seria justo vincular as partes à análise de uma questão que não tenha se mostrado verdadeiramente relevante para o julgamento. Caso contrário, poderiam ficar elas impedidas de futuramente relitigar determinada matéria sobre a qual não houve razão para dedicar esforços na ocasião anterior e quanto à qual, portanto, não há segurança de que foi adotada uma solução adequada¹³³.

¹³¹ Para essas críticas, vale conferir: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata...*, p. 148; HAZARD Jr., Geoffrey; JAMES Jr., Fleming; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*, p. 709.

¹³² Neste sentido, apontando exatamente estas três considerações: HAZARD Jr., Geoffrey; JAMES Jr., Fleming; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*, p. 709; TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni” (parte I), p. 670; VOLPINO, Diego. *L’oggetto del giudicato...*, p. 349-350.

¹³³ “A regra é justificada sob a base de que uma tal decisão, sendo desnecessária ou irrelevante para o julgamento proferido no caso, não possui garantia suficiente de correção para justificar que lhe seja conferido o efeito de *issue preclusion*. Nada em última análise dependia dela, então os litigantes podem não ter feito o seu melhor. Ela pode não ter recebido a mais cuidadosa consideração da corte” (CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata...*, p. 128 – tradução livre).

E isso, na linha do que se disse quanto ao requisito da efetiva controvérsia, poderia provocar um efeito indesejado, consistente em que as partes, instintivamente, ampliem desnecessariamente o debate para questões colaterais, desviando a sua atenção e a da corte dos pontos efetivamente relevantes para a solução da causa, além de aumentar os custos e a duração do processo¹³⁴.

Por fim, é importante esclarecer que, mesmo que estejam presentes todos os requisitos acima analisados, é possível que a *issue preclusion* deixe de ser aplicada em uma determinada situação concreta. Com efeito, a jurisprudência dos tribunais norte-americanos desenvolveu um grande número de *exceções à issue preclusion*, ou seja, de hipóteses que, uma vez verificadas, obstam à incidência dos efeitos preclusivos sobre determinadas questões que tenham sido analisadas. Parte dessas exceções está, inclusive, atualmente consagrada no § 28 do *Restatement (Second) of Judgments* (RSJ).

Essas exceções decorrem da intenção de se evitar a *issue preclusion* em situações nas quais, malgrado estejam presentes os requisitos em geral exigidos, sua incidência levaria a resultados “*iníquos, irracionais ou vexatórios em relação a uma das partes*”¹³⁵. Pode-se dizer, assim, que essas restrições visam a possibilitar a realização de uma espécie de “ajuste fino” em situações nas quais os pressupostos gerais para a incidência da *issue preclusion* não sejam suficientes para equilibrar adequadamente as exigências de eficiência, de uniformidade das decisões, e de respeito às expectativas das partes, permitindo o afastamento da preclusão quando isso levaria a consequências indesejadas.

Conquanto para os objetivos deste trabalho não haja interesse em uma análise minuciosa dessas exceções, parece relevante buscar compreender o seu significado no quadro mais geral da regulamentação da *issue preclusion*. Para tanto, pode-se destacar, antes de tudo, que, conforme registra a doutrina, podem elas ser divididas em dois grandes grupos, de acordo a natureza dos interesses a que visam atender¹³⁶.

¹³⁴ Neste sentido, Volpino destaca que “não seria correto vincular as partes à resolução de questões reveladas não influentes ao fim de decidir, também porque, assim fazendo, essas seriam instintivamente levadas a ampliar além da medida os termos do debate, desviando a sua atenção (e a da corte) dos pontos-chaves da causa e neste modo provando um aumento de tempo e dos custos do processo” (*L'oggetto del giudicato...*, p. 349-350 – tradução livre).

¹³⁵ Assim: VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato...*, p. 371 – tradução livre.

¹³⁶ Neste sentido, embora com algumas variações: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata...*, p. 129-130; SHAPIRO, David. *Preclusion in civil actions*, p. 56-57; VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato...*, n. VII.1, p. 371-374. Para uma análise detalhada dessas exceções, vale conferir, ainda, o capítulo que este último autor dedicou ao tema (Cap. 7, p. 371-421).

Em primeiro lugar, há exceções que derivam de preocupações com a possível *injustiça* de se impor a preclusão em situação nas quais uma ou ambas as partes podem não ter tido, no processo anterior, uma “*full and fair opportunity*” para demonstrar suas razões quanto à questão. É o que ocorre, por exemplo, com a exclusão da coisa julgada em situações nas quais a parte não poderia ter obtido a revisão da análise da questão em sede de recurso (RSJ, § 28.1), ou, ainda, em que há diferenças cognitivas ou procedimentais entre o primeiro processo e aquele em que a preclusão é suscitada (RSJ, § 28.3, primeira parte), ou em que há uma significativa distinção nas regras de distribuição do ônus da prova aplicáveis a um e ao outro (RSJ, § 28.4). De modo mais genérico, admite-se, ainda, o afastamento da *issue preclusion* quando não fosse “suficientemente previsível ao tempo do primeiro processo que a questão iria surgir no contexto de um processo subsequente” (RSJ, § 28.5, “b”).

Há, por outro lado, exceções que decorrem de razões ligadas ao *interesse público*, como se vê, por exemplo, na exclusão da *issue preclusion* em um caso no qual se entenda que, pela forma como é distribuída a competência em razão da matéria entre os tribunais, caberia ao juiz do segundo processo dar a palavra final sobre a questão (RSJ, § 28.3, segunda parte). Ou, ainda, no afastamento da preclusão sobre uma questão de direito em hipótese na qual tenha havido uma mudança na lei aplicável ao caso. Além disso, de modo ainda mais expressivo, existe a possibilidade de que a coisa julgada seja afastada em decorrência dos potenciais impactos negativos da decisão ao interesse público ou ao interesse de pessoas que não eram partes do processo (RSJ, § 28.5, “a”).

Dessa breve descrição, o que se pode constatar é que, não obstante, como se disse, visem a evitar a incidência da imutabilidade em casos nos quais isso não seria desejável, o caráter excessivamente genérico e abrangente das exceções acaba por dotar o juiz do segundo processo de verdadeiros *poderes discricionários* para afastar a incidência da *issue preclusion*. Torna-se possível diante disso, deixar de aplicar a coisa julgada por razões de *conveniência*, onde se repute que a questão anteriormente resolvida deve ser submetida a uma nova análise.

Pode-se dizer, neste contexto, que a existência de exceções submetidas à aplicação discricionária é uma consequência da forma extremamente ampla com a qual a coisa julgada é tratada no sistema norte-americano. Assim, diante da possibilidade de que a preclusão alcance um número muito grande de elementos de cognição, torna-se necessário

estabelecer mecanismos para que o juiz, no caso concreto, afaste a sua ocorrência, a fim de evitar as consequências iníquas que poderiam ser verificadas em certas situações.

Na verdade, essa é uma crítica que em caráter mais geral costuma-se fazer à forma como é disciplinada a *issue preclusion*, no sentido de que, ante a fluidez dos requisitos necessários para a sua incidência, o juiz do segundo processo possui poderes discricionários para entender pela preclusão de uma questão ou não¹³⁷.

Ainda neste quadro, critica-se, também, a análise demasiadamente *complexa* que precisa ser realizada a fim de se determinar a incidência da coisa julgada sobre a decisão de uma questão em um caso concreto¹³⁸, o que decorre da necessidade de que, para tanto, seja verificada a *presença* de um número muito grande de *requisitos* e, ainda, a *ausência* de diversas *exceções*, que inclusive nem sempre são claras.

Essa complexidade se torna ainda maior pelo fato de que, em determinadas jurisdições americanas, não é claro sequer qual seria a regra aplicável para a *issue preclusion* e qual é a interpretação a lhe ser dada. Nestes casos, a incidência da coisa julgada em uma determinada situação depende de uma análise que passa por sucessivas etapas: é necessário, antes de tudo, *identificar* qual é a regra a ser aplicada e *interpreta-la* à luz do caso concreto. Verificados, então, quais são os requisitos necessários à incidência da coisa julgada, é preciso *examinar se eles estão presentes naquela situação particular*, para, ao final, *averiguar se não incide nenhuma exceção*¹³⁹.

Toda essa complexidade resulta, ainda, em uma *ampliação da discricionariedade* na afirmação da existência da *issue preclusion*, na medida em que, diante de tantos fatores a serem considerados, as cortes tendem a manipular as regras a fim de aplicar a coisa julgada, ou não, na medida em que julgarem mais conveniente¹⁴⁰.

Dessa complexidade e dessa discricionariedade decorre, por sua vez, um elevado grau de *imprevisibilidade* a respeito da aplicação da *issue preclusion* às situações

¹³⁷ Assim, por exemplo: GIDI, Antonio; PRATES, Marília Zanella; TESHEINER, José Maria Rosa. “Limites objetivos da coisa julgada...”, p. 117.

¹³⁸ Nessa linha, Eli Richardson afirma que “as cortes e os estudiosos criaram uma jurisprudência para o *collateral estoppel* que é tudo, menos previsível e fácil de aplicar” (“Taking issue with issue preclusion...”, p. 42 – *tradução livre*).

¹³⁹ Para uma minuciosa descrição das várias etapas que devem ser observadas no *teste* para verificar a incidência da *collateral estoppel*, vale conferir o que escreve Eli Richardson, que afirma tratar-se de “um processo tortuoso e laborioso” (“Taking issue with issue preclusion...”, p. 67-68 – *tradução livre*).

¹⁴⁰ Assim: RICHARDSON, Eli. “Taking issue with issue preclusion...”, p. 78.

concretas, na medida em que se torna muito difícil para as partes de um processo prognosticar se, no futuro, será considerada preclusa uma questão que tenha surgido em juízo. Com isso, então, pode ocorrer uma *frustração das expectativas* das partes, caso sejam futuramente impedidas de discutir uma questão em relação à qual imaginavam que não incidiria a coisa julgada.

A imprevisibilidade a respeito do conteúdo que se tornará vinculante no futuro causa, ainda, outros problemas, frequentemente apontados pela doutrina norte-americana, que se ligam mais diretamente a preocupações com a *eficiência* na prestação da tutela jurisdicional.

Em primeiro lugar, na linha do que se falou anteriormente, pode ocorrer que, diante da impossibilidade de saber quais elementos de cognição poderão ser considerados indiscutíveis em processo futuros, as partes se sintam compelidas a dedicar esforços a demonstrar suas razões a respeito de questões que, *a priori*, não seriam relevantes para o julgamento da causa. E isso, como parece claro, aumenta os custos e o tempo necessários para a solução da controvérsia, com inegáveis prejuízos em termos de eficiência¹⁴¹.

Esses problemas, porém, não ficam restritos ao primeiro processo, isto é, àquele em que a questão a se tornar preclusa é analisada: diante dessa complexidade, é de se esperar que, também no processo em que se suscite a existência da coisa julgada anterior, haja uma grande litigiosidade a respeito do preenchimento das condições necessárias à incidência da *issue preclusion*.

Nesta linha, a doutrina destaca os *custos* decorrentes de se *administrar a regra da issue preclusion*, isto é, de se aferir se estão ou não presentes os requisitos necessários para a vinculação a uma decisão anterior¹⁴². Afirma-se, inclusive, que por vezes seria preferível permitir uma nova discussão e uma nova decisão a respeito da questão do que debater, à

¹⁴¹ É o que explica Walter Heiser: “regras incertas podem ser ao mesmo tempo ineficientes e injustas. Injustas porque elas podem desencorajar algumas partes a apresentar questões em um processo inicial, sob a crença equivocada de que essas questões poderão ser debatidas em um litígio subsequente. Ineficientes porque elas podem compelir outras partes a ‘hiper-litigar’ uma questão ou a manejar um recurso que poderia de outro modo não ser utilizado” (“California’s confusing collateral estoppel (issue preclusion) doctrine”, p. 514-515 – *tradução livre*). Na mesma linha, ainda: GIDI, Antonio; PRATES, Marília Zanella; TESHEINER, José Maria Rosa. “Limites objetivos da coisa julgada...”, p. 118.

¹⁴² É o que destaca Casad e Clermont: “O legislador não pode esquecer dos custos em administrar a própria doutrina da coisa julgada. Os custos de litigar sobre relitigar ou não são negativos. E estes custos aumentam na medida em que as regras sobre coisa julgada se tornam mais amplas e mais complicadas, justamente quando as exceções à coisa julgada se proliferam” (*Res judicata...*, p. 34).

exaustão, se foram, ou não, preenchidos os pressupostos para que se pudesse considerá-la preclusa¹⁴³.

Diante deste quadro geral, alguns autores apontam a necessidade de que a coisa julgada seja governada por regras mais claras e de mais fácil aplicação, sem as quais os potenciais benefícios que decorreriam de uma expansão dos efeitos preclusivos de uma decisão acabam suplantados pelos problemas decorrentes de sua imprevisibilidade¹⁴⁴.

Em sentido semelhante, há, ainda, quem defenda que a adoção de uma visão mais restrita para preclusão, acompanhada de regras rígidas que garantam maior previsibilidade em sua aplicação, seria mais conveniente do que um sistema de ampla preclusividade que precisa ser compensado por muitas exceções de caráter discricionário¹⁴⁵.

¹⁴³ Neste sentido, destacando que a litigância a respeito da existência da coisa julgada por vezes consome mais tempo e recursos que a análise da própria questão a ser considerada preclusa: HEISER, Walter W. “California’s confusing collateral estoppel (issue preclusion) doctrine”, p. 515; GIDI, Antonio; PRATES, Marília Zanella; TESHEINER, José Maria Rosa. “Limites objetivos da coisa julgada...”, p. 118.

¹⁴⁴ Neste sentido, apontando a necessidade de que a *issue preclusion* seja submetida a regras mais claras: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata...*, p. 40; RICHARDSON, Eli J. “Taking issue with issue preclusion...”, p. 49, nota n. 37. Isso já era, aliás, apontado em 1940 por Robert Millar, que falava na “urgente necessidade de simplificação e clarificação” a respeito das regras aplicáveis à coisa julgada sobre as premissas da decisão (“The premises of judgment as res judicata in continental and Anglo-American law” (2ª parte), p. 266 – tradução livre).

¹⁴⁵ Neste sentido, expressamente: CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata...*, p. 36; SINAY, Yuval. “The downside of preclusion: some behavioural and economic effects of cause of action estoppel in civil actions”. In: *McGill law journal*, vol. 56, n. 3 (2011). p. 715.

§ 5º - OS REQUISITOS PARA A FORMAÇÃO DE COISA JULGADA SOBRE A QUESTÃO PREJUDICIAL INCIDENTAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

5.1. Objetivo e limites do capítulo

Como derradeira etapa deste trabalho, o presente capítulo tem por objetivo analisar os requisitos necessários à formação da coisa julgada sobre a resolução da questão prejudicial no CPC/15.

Como ficou claro no capítulo anterior, a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada para além do objeto do processo é uma realidade que se verifica em diversos sistemas processuais estrangeiros. Foi visto, ainda, que na maior parte deles a formação de coisa julgada sobre as premissas da decisão está sujeita a pressupostos que não se aplicam à autoridade que recai sobre a sua conclusão.

É exatamente o que ocorre no sistema do Código de Processo Civil de 2015, do qual se pode extrair a ideia de que, como vem notando a doutrina, são *distintos os regimes jurídicos de formação da coisa julgada* sobre o objeto do processo se comparado ao da resolução das questões prejudiciais. Basta, para perceber tal distinção, que se observem as condições que os §§ 1º e 2º do art. 503 coloca para a imunização da questão prejudicial, inexistentes para as questões principais¹.

O que se buscará fazer, então, é analisar o regime jurídico de formação da coisa julgada sobre as questões prejudiciais incidentais. A intenção, neste momento, não é, simplesmente, a de interpretar os dispositivos legais referentes ao assunto, mas, acima de tudo, a de construir um sistema capaz de alcançar os objetivos propostos.

Para tanto, após analisar o significado das sucessivas alterações por que passou o regramento dos limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro (n. 5.2 a 5.6),

¹ Foi o que destacou, pioneiramente, Fredie Didier Jr.: “Há dois regimes jurídicos distintos de coisa julgada, no processo civil brasileiro, que variam conforme o objeto da coisa julgada. Se a coisa julgada for relativa à resolução da questão principal (art. 503, *caput*), aplica-se o regime jurídico comum e tradicional, disciplina em diversos artigos do CPC. Se a coisa julgada for relativa à resolução de prejudicial incidental, já uma diferença: o legislador impede a sua formação, em algumas situações previstas nos §§ 1º e 2º do art. 503, unicamente aplicáveis a esse regime de coisa julgada” (“Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no Novo Código de Processo Civil”. In: *Civil Procedure Review*, v.6, n.1: 81-94, jan-apr., 2015. n. 6, p. 87).

buscaremos fixar algumas diretrizes interpretativas para a análise dos requisitos necessários à coisa julgada sobre a questão prejudicial.

Finalmente, então, passaremos a analisar cada um daqueles requisitos (n. 5.8 a 5.14), para, após isso, verificar o momento e a competência para definir a sua presença numa situação concreta (n. 5.15).

5.2. Preliminarmente: os limites objetivos da coisa julgada do Código de Processo Civil de 1939 ao Código de Processo Civil de 2015

Antes, porém, de adentrar na análise do sistema hoje vigente, é relevante tecer algumas breves considerações a respeito das sucessivas alterações que o regramento dos limites objetivos da coisa julgada sofreu do Código de 1939 para o de 1973, e desse para o de 2015. A intenção, neste momento, não é a de estudar com profundidade o funcionamento de cada uma das regras existentes sobre o assunto nesses diplomas, mas, numa perspectiva mais ampla, analisar o *significado* de referidas mudanças, no intuito de entender as *razões* que as motivaram, e os seus *impactos* para o sistema processual.

5.3. (Segue) Código de 1939: controvérsia doutrinária e incerteza jurisprudencial

Ao contrário do que se vê nos Códigos posteriores, não havia, no CPC/39, dispositivo destinado a tratar de modo claro dos limites objetivos da coisa julgada.

O que existia naquele Código a este respeito era o texto do art. 287, que, em seu *caput*, atribuía à sentença que resolvia o mérito “força de lei nos limites das questões decididas”, o que poderia dar a entender que a coisa julgada seria restrita ao julgamento das pretensões deduzidas pelas partes. Por outro lado, na sequência, o parágrafo único do mesmo artigo dispunha que se deveriam considerar decididas “*todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão*”, texto que denotava que aquela autoridade se estenderia para ao menos parte dos fundamentos da sentença.

Diante disso, o que se via, nos autores que escreveram à luz daquele diploma, era um estado de acirrada *controvérsia* sobre a forma como eram disciplinados, no direito

brasileiro, os limites objetivos da coisa julgada², situação que se refletia na *jurisprudência*, em que pairava grande *incerteza a respeito*³.

De um lado, uma grande parte da doutrina, a partir do art. 287, parágrafo único, afirmava que a coisa julgada iria além do dispositivo da decisão, alcançando também questões analisadas em sua fundamentação, ainda que não houvesse demanda específica a respeito⁴. Era significativa, em alguns desses autores, a influência das ideias de Savigny, que, na primeira metade do Século XIX defendia, ainda que com certa ambiguidade, a extensão da coisa julgada aos chamados *motivos objetivos* da sentença⁵.

Outros autores sustentavam, em sentido contrário, que a coisa julgada ficaria restrita ao dispositivo da sentença, não alcançando seus motivos⁶, posição que era

² Para uma exaustiva análise da doutrina que escreveu à luz do CPC/39, ver, com grande proveito: ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977. Cap. X e XI, p. 44-85; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: s/ed, 1967. n. 65-73, p. 96-107.

³ Sobre a situação de incerteza na jurisprudência a respeito dos limites objetivos da coisa julgada na vigência do CPC/39, embora afirmando que seria majoritária a corrente ampliativa: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 65.

⁴ Neste sentido, por exemplo, é o que se podia extrair do que sustentavam, embora de modo não muito claro: AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1940. p. 611-612; MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1942. n. 266-269, p. 343-347; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 98-103; REZENDE FILHO, Gabriel de. *Curso de direito processual civil*, vol. III. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1951. n. 860-863, p. 69-73. Também neste sentido, porém de forma muito mais clara, é o que se vê em: ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, p. 67-85; SILVA, José Afonso da. “Limites da coisa julgada”. In: *Revista dos tribunais*, n. 417. São Paulo: RT. 1970. n. 9-25.

⁵ Para um bom resumo das ideias de Savigny, vale conferir: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, n. 52-53, p. 79-82; MENDES, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968. n. 13, p. 100-105. Afirma-se, no texto, que haveria “certa ambiguidade” no pensamento de Savigny porque, como nota Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, ao afirmar a extensão da coisa julgada aos chamados motivos objetivos da decisão, o jurista alemão “não tinha o propósito de proporcionar uma solução mais abrangente para o conflito de interesses, mas sim o de delimitar o exato alcance da coisa julgada e impedir o questionamento da decisão em processos futuros” (*Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 20). Ao que parece, assim, a pretexto de defender a vinculação aos motivos da decisão, Savigny estaria se referindo àquilo que, atualmente, chamaríamos de eficácia preclusiva da coisa, confusão esta que, como vimos no capítulo anterior, é relativamente comum ainda hoje entre processualistas de diversos países. O fato, porém, é que, como nota Castro Mendes, Savigny, em determinadas passagens de sua obra, defendia, verdadeiramente, a ampliação da coisa julgada às premissas da decisão: “Por vezes, Savigny porém leva o âmbito da coisa julgada à fundamentação verdadeira e própria. Assim, pedida e obtida a condenação em juros, e absolvido o réu por o tribunal entender que o contrato de usura é nulo ou se não verificou, fica segundo Savigny precludida *ex re judicata* a possibilidade de se pedir a condenação no capital” (*Limites objetivos...*, p. 105).

⁶ Neste sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. n. 74-80, p. 107-115; BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. n. 222, p. 365-366; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: RT, 1972. 17-18, p. 33-38; GUIMARÃES, Luiz Machado. “Coisa julgada, preclusão, efeito preclusivo”. In: *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora jurídica e universitária, 1969. n. XIV-XV, p. 20-22; LIEBMAN, Enrico Tullio. “Limites objetivos da coisa julgada”. In: *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo:

claramente influenciada pela mais recente doutrina italiana, em especial pelas ideias de Chiovenda e de Liebman, de que se falará em seguida.

5.4. (Segue) Código de 1973: restrição da coisa julgada ao dispositivo da decisão

Esse estado de dúvida, porém, parece ter cessado com o advento do Código de 1973, que, no dizer de autorizada doutrina, era “claro e insofismável” quanto à matéria⁷: como fica evidente de seu art. 469, a coisa julgada, naquele sistema, era restrita à parte dispositiva da sentença de mérito, que, por sua vez, prestava-se ao julgamento das pretensões apresentadas pelas partes. Quanto às questões prejudiciais, não seriam, nos termos do art. 469, III, alcançadas pela coisa julgada, a menos que as partes deduzissem pedido específico a este respeito, o que poderia ocorrer em cumulação inicial, ou, ainda, pela via da ação declaratória incidental (arts. 5º, 325 e 470)⁸.

Feita tal constatação, parece-nos importante procurar entender *quais teriam sido as razões* que inspiraram o legislador da época a tornar indiscutível apenas o dispositivo da decisão, deixando em aberto, para nova apreciação, tudo o que constasse de sua fundamentação, o que, como parece claro, pode dar azo à prolação de decisões que, em alguma medida, sejam entre si contraditórias.

Saraiva, 1947. p. 163-168; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. n. 1094-1097, p. 335-340. NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*. Tese (titularidade). São Paulo: Universidade de São Paulo, 1970. Parte 5, Cap. V, n. 1, p. 494-494. Substancialmente, foi essa, ainda, a posição defendida em conhecida tese por José Ignácio Botelho de Mesquita, que defendia a necessidade de que a motivação se tornasse imutável para que, com isso, se garantisse a autoridade do dispositivo (“A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença”. In: *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 2. São Paulo: RT, 2005. § 7º, n. 31-36, p. 141-145). Deste modo, ao afirmar a imutabilidade da motivação, Botelho de Mesquita sustentava, apenas, a impossibilidade de se vulnerar a decisão por meio da rediscussão de suas premissas, o que, ao que nos parece, não significa uma verdadeira ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, mas, apenas, a afirmação de sua eficácia preclusiva. De toda sorte, salvo essa questão, o autor é muito claro no sentido de restringir os limites da coisa julgada à parte dispositiva da sentença, como se vê do seguinte trecho: “A posição aqui assumida revela que é errado falar-se em ‘extensão da coisa julgada aos motivos (objetivos ou subjetivos) da sentença’, pois a imutabilidade do dispositivo não se ‘estende’ à motivação, mas *impõe* à motivação uma imutabilidade que se distingue, já pela sua natureza, já pelos seus fins, daquela atribuída aos efeitos da sentença” (p. 143).

⁷ Assim: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil”. In: *Temas de direito processual: primeira série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 96.

⁸ Sobre a restrição da coisa julgada ao dispositivo da decisão no sistema do CPC/73, não há necessidade de se alongar em citações, bastando conferir, por todos: SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. n. 355-362, p. 442-451.

Para estes fins, podemos dividir didaticamente a exposição em três momentos distintos, que retratam, segundo nos parece, as principais razões que levaram o legislador a adotar semelhante postura.

Primeiramente, *do ponto de vista doutrinário*, não nos parece possível desprezar a influência que a moderna processualística italiana – sobretudo as ideias de Giuseppe Chiovenda, e, posteriormente, de Enrico Tullio Liebman⁹ – tiveram na opção do legislador de 1973.

A este respeito, é muito clara, na obra de Chiovenda, a intenção de rechaçar as ideias que buscavam explicar a coisa julgada por meio da noção de *verdade* (seja como ficção de verdade, seja como presunção de verdade, seja como verdade formal), que, segundo o autor, teriam se formado no direito italiano medieval, se unido posteriormente à influência germânica, até chegar a Savigny¹⁰.

Para Chiovenda, a coisa julgada seria tão somente um expediente criado com o objetivo de proteger, de contestações futuras, o bem da vida atribuído pela sentença à parte vencedora. Buscava, então, resgatar a noção romana do instituto: “a *res judicata* não seria outra coisa que não a *res de qua agitur*, depois de julgada devida ou não devida”¹¹.

Ainda de modo claro, Chiovenda atribuía diretamente às doutrinas que ligavam a coisa julgada à noção de verdade a supervalorização do elemento lógico da sentença, o que teria, como consequência, a extensão da *res judicata* à sua motivação. Em outras palavras, para o autor, a ampliação da coisa julgada às premissas da decisão seria uma decorrência da perspectiva de se enxergar o instituto a partir da ideia de verdade¹².

⁹ Sobre a influência de Liebman neste ponto, anota Dinamarco que “no tocante aos *limites objetivos da coisa julgada* o Código segue rigorosamente o pensamento *liebmaniano* para deixar muito claro que somente a parte decisória da sentença fica resguardada por essa imutabilidade, jamais os seus motivos” (“100 anos de Liebman”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 40).

¹⁰ Sobre o caminho destas teorias até chegar a Savigny: CHIOVENDA, Giuseppe. “Sobre la cosa juzgada”. In: *Ensayos de derecho procesal civil*, t. III. Buenos Aires: EJE, 1949. n. 4-7, p. 196-202.

¹¹ “Sobre la cosa juzgada”, p. 196 – *tradução livre*. A respeito da concepção romana de coisa julgada, vale a leitura da explicação de Barbosa Moreira: “Entre os romanos, o particípio *iudicata* qualificava o substantivo *res*, para indicar, em relação a este, a situação particular que advinha de já se ter proferido o julgamento – tal como a expressão *in iudicium deducta* qualificava a *res* submetida ao conhecimento do juiz, mas ainda não julgada. Mas, tanto na locução *res in iudicium deducta*, como na outra, *res iudicata*, o elemento que se punha como o *objeto* da atividade cognitiva judicial – visto, ali, de um ângulo *anterior*, e aqui um ângulo *posterior* à prolação da sentença” (“Ainda e sempre a coisa julgada”. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 133-134).

¹² “A doutrina de que a coisa julgada se estendia aos motivos da sentença, isto é, às questões prejudiciais decididas, era, com efeito a rigorosa consequência lógica do princípio da ‘ficção de verdade’” (“Sobre la cosa juzgada”, p. 200 – *tradução livre*).

*Por tal razão, ao rechaçar as teorias que ligavam a coisa julgada à verdade, e resalta-la como expressão da vontade do Estado, Chiovenda afirmou a restrição daquela autoridade à parte dispositiva da decisão*¹³.

Diretamente ligada a esta noção é, ainda, a ideia, de que tratamos anteriormente, de que a motivação da sentença, por realizar uma atividade meramente *cognitiva* ou *lógica*, deveria ficar fora do alcance da coisa julgada, que se destinaria apenas a elementos verdadeiramente *decisórios*¹⁴. Trata-se de concepção presente na obra de Chiovenda e Liebman¹⁵, e que se mostra muito frequente na doutrina brasileira posterior¹⁶.

Da mesma ordem de ideias decorre, ainda, a afirmação de que o escopo da coisa julgada seria apenas evitar os chamados *conflitos práticos*, e não meramente teóricos ou lógicos, entre julgados: na medida em que o instituto visa a *proteger o bem da vida* atribuído pela sentença a uma das partes, não teria a função de resguardar as premissas utilizadas para chegar a esse resultado de futuras contestações, justificativa que era expressa na obra de Chiovenda e é também corriqueira na doutrina brasileira¹⁷.

¹³ “Considerando o ato de tutela jurídica, no lugar do raciocínio do juiz, como investido da autoridade de coisa julgada, os limites objetivos dessa aparecem bem claros. Se pode colocar novamente em discussão qualquer questão prejudicial à questão decidida, de modo que o valor econômico da tutela jurídica já obtida não seja em modo algum ameaçado” (“Sobre la cosa juzgada”, p. 204 – *tradução livre*). A esta ideia, cabe salientar, Chiovenda voltou em diversas outras oportunidades em sua extensa obra, como se vê, por exemplo, em estudo posterior de maior fôlego: “Cosa juzgada y preclusión”. In: *Ensayos de derecho procesal civil*, t. III. Buenos Aires: EJEA, 1949. n. 5-8, p. 254-272. Sobre a influência desse aspecto do pensamento de Chiovenda sobre a limitação da coisa julgada ao dispositivo, vale conferir, com proveito: TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni” (parte II). In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1972. p. 274-276.

¹⁴ Para uma análise crítica dessa ideia, ver, *supra*, o item n. 3.2.

¹⁵ Assim, respectivamente: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. Trad.: J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969. n. 124, p. 393-395; LIEBMAN, Enrico Tullio. “Eficácia e autoridade da sentença”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. n. 16, p. 52.

¹⁶ Assim, por exemplo: “[...] ficam de *fora* da incidência da coisa julgada: de um lado, toda a ‘massa lógica’ subjacente ou pressuposta ao julgado, isto é: o iter lógico, percorrido pelo julgador, as conjecturas, ponderações, ilações – enfim, o que constitua a motivação do julgado (e isso pela boa razão de que tais elementos servira apenas para a armação do edifício jurídico exteriorizado na sentença; terminado o edifício, é natural que passe a segundo plano o que lhe tenha servido de ‘escora’)” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Coisa julgada, ‘collateral estoppel’ e eficácia preclusiva ‘secundum eventum litis’”. In: *Revista dos tribunais*, n. 608. São Paulo: RT, 1986. n. 1). No mesmo sentido, ainda, dentre outros: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. n. 57, p. 88-89; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. n. 36, p. 62-63; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 82.

¹⁷ Neste sentido, conforme escreve o próprio Chiovenda: “Os princípios da coisa julgada excluem, por consequência, por si mesmos, só o conflito *prático* de julgados, isto é, decisões *diversas* relativamente à *própria ação*, portanto praticamente incompatíveis. Não visam eles, porém, nem prescrevem nenhum remédio ao simples conflito *teórico* dos julgados, quer dizer, ao caso de decisões *lógicamente* incompatíveis, mas *praticamente* conciliáveis” (*Instituições...*, vol. I, n. 132, p. 412-413). Nesta linha, na doutrina brasileira,

São essas, em apertada síntese, as razões que, de um ponto de vista eminentemente conceitual, procuravam justificar a restrição da coisa julgada ao dispositivo da decisão, e cuja influência na disciplina do Código de 1973 não se pode desprezar.

Prosseguindo, outra razão que nos parece ter sido decisiva para a restrição da coisa julgada ao *decisum* no CPC/73 foi a valorização do *princípio da demanda* – e, por conseguinte, da vontade das partes - na fixação dos limites objetivos da imutabilidade. Na medida em que a lei restringe a coisa julgada ao dispositivo da decisão, é garantido às partes não apenas o monopólio da formação do objeto do processo, como, ainda, da determinação do alcance daquela autoridade¹⁸.

Nesta linha, antes mesmo do CPC/73, autorizada doutrina sustentou que, em casos nos quais não fosse conveniente aos litigantes que se tornasse imutável e indiscutível a apreciação de determinada questão prejudicial, deveria ser prestigiada a sua vontade, uma vez que *não haveria razões de interesse público que justificassem o contrário*¹⁹.

Finalmente, parece que a opção pela restrição da coisa julgada ao dispositivo da decisão, no CPC/73, representava, em grande medida, uma *reação* ao estado de incerteza que existia sobre a matéria na vigência do CPC/39. Como acima demonstrado, era grande, à luz do sistema anterior, a divergência a respeito dos limites objetivos da coisa julgada: parte da doutrina afirmava, a partir do art. 287, parágrafo único, que o Código havia se filiado à teoria de Savigny, defensor da extensão da coisa julgada aos motivos objetivos da

é o que se vê, dentre outros, em: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 95-96; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. n. 960, p. 318-319; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 84-85.

¹⁸ Segundo Clarisse Frechiani Lara Leite, “o principal argumento em prol da restrição da coisa julgada ao *decisum* é o que se liga ao princípio dispositivo e, conseqüentemente, ao da correlação necessária entre o pedido e a decisão” (*Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 152). Também ressaltando a influência do princípio dispositivo sobre o CPC/73 neste ponto, dentre outros: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 78; LUCCA, Rodrigo Ramina de. “Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil”. In: *Revista de processo*, n. 252. São Paulo: RT, 2016. n. 2.2.3.

¹⁹ Referimo-nos à opinião de José Carlos Barbosa Moreira. Logo após afirmar que o mais importante motivo para a restrição da coisa julgada ao dispositivo seria o princípio da correlação, escreveu ele que: “Não poucas vezes, seria de todo em todo inconveniente para as partes a extensão do julgamento, a seu malgrado, a relações ou situações jurídicas que, estranhas ao âmbito do pedido, sejam todavia condicionantes da pretensão deduzida. Quem pede um pronunciamento sobre a relação condicionada nem sempre tem interesse em ver transpostos os limites em que, de caso pensado, confinou o *thema decidendum*, sem que, por outro lado, se possa contrapor qualquer interesse *público* dotado de força bastante para tornar necessária a produção do efeito que ela quis evitar. A parte pode estar despreparada para enfrentar uma discussão exaustiva da questão subordinante, v. g., por não lhe ter sido possível, ainda, coligir todas as provas que, potencialmente, a favoreceriam [...]” (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 89-90).

decisão; outros autores, entretanto, sustentavam que a coisa julgada era restrita ao julgamento das pretensões deduzidas pelas partes.

No Código de 1973, todavia, é muito clara a intenção de afastar qualquer dúvida a respeito. Ainda que seu art. 468 possa ser fonte de alguma confusão, o art. 469 não deixa qualquer margem para divergência: de forma redundante, o dispositivo deixa claro que apenas o *decisum* tem a aptidão de se tornar imunizado pela força da coisa julgada. Quanto às relações jurídicas prejudiciais, apenas se sobre elas fosse formulada pretensão específica haveria que se falar em coisa julgada, como está explícito no art. 470²⁰.

5.5. (Segue) Código de 2015: extensão da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais

O advento do CPC/15 trouxe, por sua vez, nova modificação na disciplina dos limites objetivos da coisa julgada: após prever, num primeiro momento, a formação daquela autoridade sobre as pretensões deduzidas em caráter principal pelas partes (art. 503, *caput*), o Código permite que, sob determinadas condições, a análise *incidental* de questões *prejudiciais* torne-se imutável e indiscutível (art. 503, § 1º).

Neste momento, então, passamos a analisar o significado dessa mudança para o sistema processual, para o que cotejaremos o novo regramento com as razões, acima enunciadas, pelas quais o CPC/73 teria adotado uma concepção restritiva, a fim de verificar como o CPC/15 lida com cada uma delas.

Começemos pela perspectiva doutrinária: como visto acima, a restrição da imutabilidade ao dispositivo, no CPC/73, parece ter resultado, dentre outros fatores, da influência das ideias de Giuseppe Chiovenda, que, ao rechaçar as teorias que ligavam a coisa julgada à noção de verdade, ressaltou o seu papel como mecanismo de proteção da atribuição do bem da vida levada a efeito pela jurisdição, decorrente da vontade e da

²⁰ Neste sentido, tratando da opção do CPC/73 como uma *reação* à controvérsia existente no CPC/39, é o que escreve Furtado Fabrício: “Importa muito [...] rememorar a elaboração doutrinária desenvolvida à sobra do Código revogado [*i.e.*: CPC/39], por ter sido precisamente ela que tornou possível e necessária a solução legislativa em que afinal desembocou. De outra parte, é ainda ela que justifica a extrema pormenorização, sem exemplo em outros ordenamentos jurídicos, a que desceu o Código na delimitação objetiva da coisa julgada” (*A ação declaratória incidental*, n. 38, p. 67). No mesmo sentido, ainda, apontando a relevância deste fator: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 30; LUCCA, Rodrigo Ramina de. “Os limites objetivos da coisa julgada...”, n. 2.1.

autoridade do Estado. Buscou, por isso mesmo, diferenciar os elementos puramente lógicos do pronunciamento daqueles de caráter verdadeiramente decisório.

Disso derivou, ainda, a noção de que a função da coisa julgada seria, precipuamente, evitar conflitos práticos entre julgados. Quanto aos conflitos lógicos ou teóricos, embora indesejados pelo sistema, não seriam uma preocupação com a qual o instituto deveria lidar.

Analisando criticamente tais ideias, não se pode deixar de notar, antes de tudo, que, ao pretender um retorno à noção romana de *res judicata*, como o *bem da vida atribuído pela sentença*, Chiovenda acaba por adotar, ainda que de modo velado, uma *concepção substancial* para o instituto²¹. Nessa linha, parece ter razão a doutrina quando afirma que foi sobretudo a partir das ideias de Liebman que a coisa julgada passou a receber um tratamento efetivamente *processual*, enquanto qualidade que torna indiscutível um conteúdo que já tenha sido objeto de análise judicial²².

De toda sorte, parece ainda mais relevante perceber que, malgrado sejam, de fato, inadequadas as teorias que ligavam o instituto à noção de verdade, não existe razão para extrair dessa constatação a conclusão de que seria *incompatível*, com a natureza da coisa julgada, a imunização dos motivos da decisão. Em outras palavras: adotar uma concepção mais ampla para os limites objetivos da coisa julgada, de modo a tornar imutáveis e indiscutíveis as premissas da decisão, *não significa*, ao contrário do que parece supor Chiovenda, um retorno às superadas teorias que ligavam o instituto à verdade.

²¹ É o que fica claro, por exemplo, da leitura do trecho em que o autor procurava conceituar a coisa julgada: “O bem da vida que o autor deduziu em juízo (*res in iudicium deducta*) com a afirmação de que uma vontade de lei o garante a seu favor ou nega ao réu, depois que o juiz o reconheceu ou desconheceu com a sentença de recebimento ou de rejeição da demanda, converte-se em coisa julgada (*res iudicata*). [...] Podemos igualmente asseverar que a coisa julgada não é senão o *bem* julgado, o bem reconhecido ou desconhecido pelo juiz” (*Instituições...*, vol. I, n. 115, p. 369). Neste sentido, afirmando que Chiovenda adota uma noção substancial de coisa julgada: SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005. p. 115, nota n. 70. Na mesma linha, em perspectiva mais ampla sobre a noção romana de coisa julgada: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Ainda e sempre a coisa julgada”, p. 132-133.

²² É o que ressalta Antonio do Passo Cabral: “Ora, o que vemos é que, conforme a tradição do direito romano, todas as teorias anteriores à tese de Liebman pensavam a coisa julgada como foco na *res* que era objeto da atividade cognitiva. Quando se identifica a coisa julgada com a própria sentença, com seu conteúdo, sua eficácia ou algum de seus efeitos, de todo modo estar-se-ia a sustentar uma teoria *conteudística* da coisa julgada. Já a tese de Liebman poderia ser classificada de adjetiva porque põe suas lentes na ‘qualidade’ ou ‘predicado’ que se apõe à decisão após a formação da coisa julgada” (*Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 75). No mesmo sentido, ainda, ressaltando a mudança de visão levada a efeito pela tese de Liebman quanto ao ponto: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Ainda e sempre a coisa julgada”, p. 132-135; SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso...*, p. 115, nota n. 70.

Prova disso é o fato de que, como vimos, na tradição do *common law*, os institutos da *issue estoppel* (Inglaterra) e da *issue preclusion* (Estados Unidos da América) tornam vinculante, para processos futuros, a apreciação de questões feitas pelo juiz na fundamentação da decisão, sem que se afirme, por lá, que a coisa julgada tenha qualquer ligação com a noção de verdade²³.

Neste quadro, a ampliação da imutabilidade aos motivos da decisão parece ser plenamente compatível com a natureza *processual* da coisa julgada, que atua no sentido de tornar imutável e indiscutível – ou seja, insuscetível de nova apreciação judicial – uma decisão. Ainda que isso, em geral, recaia sobre o dispositivo do pronunciamento, não há qualquer impossibilidade conceitual de que tais qualidades se estendam a uma afirmação constante de sua motivação, como, inclusive, sempre existiu no sistema processual brasileiro em hipóteses excepcionais²⁴.

De qualquer modo, pode-se dizer que a maior ou menor extensão da coisa julgada não deve decorrer de sua *natureza jurídica*²⁵, mas de razões de *conveniência* do sistema, que, confrontando as consequências da adoção de um ou outro regramento, opta por aquele que lhe seja mais adequado²⁶.

²³ Sobre o que se afirmou nos dois últimos parágrafos, é certa a crítica de Taruffo a Chiovenda: “Na doutrina continental e italiana [...] a operação de recuperação da noção romanística da coisa julgada – qual fosse a sua razão de fundo – não fornece, na medida em que tal noção vem assumida como critério normativo e não como dado histórico, a oportunidade para uma adequada remediação deste aspecto do problema. A rejeição, que se segue, da noção da coisa julgada como presunção de veracidade serve assim para consolidar a orientação, surgida por outro lado de razões históricas bem diversas, entendida a negar que a coisa julgada pudesse surgir sobre decisões não vertentes diretamente sobre a demanda principal. Que a rejeição à teoria da coisa julgada como presunção não implicasse diretamente esta conclusão é bastante claro, se apenas se nota que no processo de *common law* o instituto do *estoppel* não se funda necessariamente sobre tal teoria; este aspecto do problema foge porém da nossa doutrina, preocupada de fazer operante no nosso sistema a noção romanística de coisa julgada, em coerência com aquilo que ocorria na Alemanha e na Áustria” (“Collateral *estoppel*’ e *giudicato sulle questioni*” (parte II), p. 280-281 – *tradução livre*).

²⁴ Neste sentido, parece interessante a referência ao conceito adotado por Castro Mendes para a coisa julgada, que seria, na visão do autor, um instituto destinado à *resolução judicial de uma situação de incerteza*, mediante a colocação de uma *afirmação contida na decisão* em uma situação especial de *indiscutibilidade*. Para o autor, assim, quando se fala nos limites objetivos da coisa julgada, o que se quer definir é, apenas, *quais afirmações* da sentença se tornam *indiscutíveis*, o que é plenamente compatível com as assertivas contidas na fundamentação (*Limites objetivos...*, p. 56-57). À mesma conclusão poderíamos chegar, ainda, por meio da concepção de Barbosa Moreira da coisa julgada enquanto imutabilidade do *conteúdo* da sentença (*supra*, item n. 3.15): a questão, então, passa a dizer respeito a determinar *qual parcela do conteúdo* da decisão está apta a adquirir tal autoridade.

²⁵ Discorda-se, portanto, da opinião de Cândido Dinamarco, quando escreve que: “ainda quando nada dispusesse a lei de modo explícito, o confinamento da coisa julgada à parte dispositiva da sentença é inerente à própria natureza do instituto e à sua finalidade de evitar *conflitos práticos de julgados*, não meros conflitos teóricos” (*Instituições...*, vol. III, 6ª ed, p. 318-319).

²⁶ Parece ter razão, por isso, Jordi Nieva-Fenoll, quando afirma que a discussão a respeito da natureza jurídica da coisa julgada não ajuda a responder em que medida uma decisão deve vincular um juízo

Além disso, como vimos anteriormente, é *artificial* a distinção ontológica que se pretende estabelecer entre a natureza da atividade cognitiva que o juiz realiza quanto aos fundamentos da decisão (meramente lógica), e aquela que se refere ao julgamento da pretensão (decisória). A diferença, segundo procuramos demonstrar, decorre apenas dos *efeitos* que o sistema processual atribui a cada uma dessas atividades²⁷.

Finalmente, ainda sobre as construções teóricas que embasavam a limitação da coisa julgada ao dispositivo da decisão, cabe analisar criticamente a noção, corrente na doutrina, como visto, de que o objetivo da coisa julgada seria, única e exclusivamente, evitar *conflitos práticos* entre julgados, não cabendo, ao instituto, lidar com as contradições meramente lógicas entre premissas das decisões.

A este respeito, é importante esclarecer, antes de tudo, que ao fazer semelhante afirmação, tanto Chiovenda quanto a doutrina que o seguiu procurou deixar claro que a existência de conflitos teóricos entre julgados seria algo *não desejado pelo ordenamento*. Não entendem, assim, aqueles autores, que o sistema processual seria indiferente às situações nas quais uma mesma questão de fato, de direito, ou uma mesma situação jurídica, recebem tratamentos distintos em diferentes processos²⁸.

O que se costuma dizer, porém, é que o sistema processual se valeria de *outras técnicas*, que não a coisa julgada, no intuito de *evitar* a ocorrência deste tipo de contradição. À coisa julgada, seria reservado um papel mais relevante, de proteger apenas o ato de poder responsável pela entrega da prestação da tutela jurisdicional, tornando este resultado imune a ataques futuros²⁹.

subsequente (*Coisa julgada*. Trad.: Antonio do Passo Cabral. São Paulo: RT, 2016. p. 88). Em sentido semelhante, também reduzindo a importância das discussões quanto à natureza da coisa julgada para a sua disciplina positiva: SHAPIRO, David L. *Preclusion in civil actions*. New York: Foundation Press, 2001. p. 15. Interessante, ainda, é a crítica de Gidi, Prates e Tesheiner ao sistema do CPC/73, quando afirmam que “a defesa da solução que limita a coisa julgada ao dispositivo da sentença raramente se embasava em considerações de ordem prática” (“Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil”. In: *Revista de processo*, vol. 194. São Paulo: RT, 2011. p. 108).

²⁷ Sobre o tema, ver, *supra*, o item n. 3.2.

²⁸ Neste sentido, Liebman, logo após afirmar a maior gravidade dos chamados conflitos práticos de julgados, consente que “é porém verdade que também o conflito meramente lógico entre duas sentenças representa um inconveniente grave, de modo que a lei procura impedir ou dirimir também este” (“Sulla sospensione propria ed ‘impropria’ del processo civile”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 297 – tradução livre). No mesmo sentido, ainda, é o que já havia dito Chiovenda (*Instituições...*, vol. I, n. 132, p. 413), e, entre nós, o que escreve, dentre outros muitos outros, Talamini (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 84).

²⁹ É o que afirma Dinamarco: “Os indesejados conflitos teóricos são evitados ou removidos mediante outras técnicas processuais, não pela imposição da autoridade da coisa julgada” (*Instituições...*, vol. III, 6ª ed., p. 319).

Analisando a questão, parece-nos que se possa dizer, de fato, que a finalidade *principal* a ser atribuída à coisa julgada é a de proteger o ato de entrega da prestação da tutela jurisdicional, o que se realiza na medida em que aquela autoridade recai sobre a parte dispositiva da decisão³⁰.

Isso não significa, porém, que não possam ser atribuídas *outras funções* ao instituto. Isto é: o fato de que a coisa julgada tem, como natural vocação, tornar imutável e indiscutível a parte dispositiva da decisão de mérito, não impede que, por razões de conveniência, o legislador opte por tornar mais abrangente o alcance de sua autoridade, para, com isso, atingir outros objetivos que julgue relevantes.

E, neste quadro, não parece haver dúvidas, na linha do que costuma afirmar a doutrina, que a contradição lógica entre as premissas de duas ou mais decisões é uma situação que se deve, sempre que possível, buscar evitar³¹, razão pela qual se pode ao menor cogitar da possibilidade de que a coisa julgada seja utilizada *também com este objetivo*, que poderíamos chamar de *secundário*.

É importante alertar que, com isso, não se quer dizer que essa ampliação seja algo necessariamente desejável, mas apenas que ela não se mostra incompatível com natureza jurídica da coisa julgada, e tampouco com a sua função no sistema processual. Trata-se, em outras palavras, de uma escolha que pode ser legitimamente exercida pelo legislador, como acabou sendo feito pelo Código de 2015.

Em suma, conquanto se possa dizer que a finalidade *principal* da coisa julgada seja proteger os resultados concretos oriundos da sentença, pode haver *outros objetivos*, também relevantes para o sistema, que a extensão da imunização para além do dispositivo possa ajudar a atingir.

É isso, então, que passamos a analisar neste momento: como visto, um dos fundamentos para a restrição da coisa julgada ao dispositivo da sentença é o respeito ao

³⁰ Nesta linha, Robert Wyness Millar afirma que *em todos os lugares* a coisa julgada se aplica à conclusão da decisão. As distinções que existiriam de um ordenamento a outro se referem à extensão ou não daquela autoridade às premissas da decisão (“The premises of judgment as res judicata in continental and Anglo-American law” (1ª parte). In: *Michigan law review*, vol. 39, n. 1, nov. 1940. p. 2 – *tradução livre*).

³¹ Neste sentido, tem razão Antonio do Passo Cabral, quando afirma que a “contradição lógica entre diversas sentenças estáveis [...] dificilmente pode ser descrita como uma opção consciente de qualquer sistema que pretenda segurança, economia processual e confiança no judiciário” (*Coisa julgada...*, p. 356). Na mesma linha, buscando ressaltar os inconvenientes que decorrem da contradição teórica de julgados: GIDI, Antonio; PRATES, Marília Zanella; TESHEINER, José Maria Rosa. “Limites objetivos da coisa julgada...”, p. 106; MENDES, João de Castro. *Limites objetivos...*, p. 89-95; NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*, p. 199.

princípio da demanda, cabendo às partes delimitar não apenas o que seria objeto de decisão, mas, ainda, aquilo que viria a se tornar imutável e indiscutível.

O que nos parece, entretanto, é que, diferentemente do que sustentava parte da doutrina, há, sim, razões de *interesse público* que podem justificar a extensão da coisa julgada para além da vontade das partes³².

É de se pensar, primeiramente, no princípio da *economia processual*, que determina que cada processo produza o maior resultado possível, com menor dispêndio de custos e tempo³³. Trata-se de noção ligada diretamente à *eficiência* que deve nortear a atuação de qualquer órgão estatal, que é privilegiada na medida em que se amplie o âmbito do que se tornará imutável e, assim, do que não precisará – ou sequer poderá – ser rediscutido em futuras atuações processuais³⁴.

Além disso, como se disse, a extensão da coisa julgada às razões de decidir, evita, em alguma medida, a existência de conflitos teóricos entre as premissas das decisões, o que

³² “[...] o processo civil está atualmente sendo visto cada vez menos como *Sache der Parteien* (ou coisa das partes). Essa abordagem leva à conclusão de que talvez o espectro da coisa julgada não deva ser deixado inteiramente à iniciativa das partes. Há razões relacionadas com essa abordagem publicística que recomendam uma mudança nesse rígido regime, favorecendo a efetividade procedimental” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança”. In: *Revista de processo*, n. 230. São Paulo: RT, 2014. n. 2). Ainda neste sentido: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 67.

³³ Referimo-nos, aqui, ao conceito clássico de economia processual, que “recomenda [...] que se obtenha o máximo resultado na atuação da lei com o mínimo emprego possível de atividades processuais” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 2. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68). Neste sentido tradicional, dizia-se que a economia ostentaria caráter eminentemente *técnico*, razão pela qual costumava ser enquadrado dentre os chamados princípios informativos do processo, que, *despidos de maior conteúdo ético*, “representam uma aspiração de melhoria do aparelhamento processual” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 56-57). O fato, porém, é que, quando se pensa na consagração do princípio constitucional da *eficiência* (CF/88, art. 37), não nos parece que se possa negar valor ético ou ideológico a esse aspecto do princípio da economia. De toda sorte, é importante não confundir esse sentido da economia processual com outro que, mais recentemente, tem sido destacado, ligado à ideia de *celeridade*, e, assim, à garantia constitucional da *duração razoável do processo* (assim, por exemplo: BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 141-146). Segundo nos parece, então, a extensão da coisa julgada à questão prejudicial liga-se mais diretamente àquele primeiro aspecto, e não à celeridade na tramitação do processo em que se discute a questão prejudicial.

³⁴ Neste sentido, já na década de 1940, Robert Millar já havia afirmado que “está manifestamente em harmonia com considerações de economia na administração da justiça civil que a qualidade de *res judicata* deveria ser autorizada a aderir às premissas do julgamento sob as condições adequadas” (“The premises of judgment as *res judicata* in continental and Anglo-American law” (1ª parte)”, p. 12 – *tradução livre*). Recentemente, na doutrina brasileira, também justificando a necessidade de se ampliar a coisa julgada com base na economia processual, vale conferir, por todos: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 67-68.

se daria em benefício do ideal de *harmonia dos julgamentos*, e, assim, da igualdade e da *justiça formal*³⁵.

Aliás, não parece haver dúvidas de que a coisa julgada é, efetivamente, instituto que visa a proteger relevantes valores de *interesse público*, como se reconhece há tempos³⁶. Deste modo, é de certa forma contraditória a afirmação categórica de que a definição do âmbito de sua incidência deva se submeter exclusivamente à vontade das partes³⁷.

Como essas considerações não se quer, de modo algum, desprezar a relevância do princípio da demanda, que, como vimos na parte inicial do trabalho, visa a preservar valores de fundamental importância para o sistema processual, como o da imparcialidade do julgador e o da liberdade das partes³⁸.

Esses valores, porém, não são necessariamente subjugados pelo fato de o sistema processual buscar *aproveitar* a atividade cognitiva realizada pelo julgador sobre determinadas questões incidentais, tornando a sua análise vinculante para o julgamento de processos futuros e, ainda, atribuindo-lhes efeitos substanciais³⁹.

Nesta linha, como se procurou demonstrar anteriormente, a formação de coisa julgada sobre uma situação jurídica prejudicial deve ser vista como uma espécie de

³⁵ Sobre a ligação entre a harmonia de julgamentos, igualdade, e justiça formal: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2007. n. 2.2, p. 161-170.

³⁶ Assim, por exemplo, Liebman afirma que “o instituto da coisa julgada pertence ao direito público, e, mais precisamente, ao direito constitucional” (“Eficácia e autoridade da sentença”, n. 15, p. 52). No mesmo sentido, ainda, em análise da coisa julgada no direito comparado, Koch e Zeuner afirmam que é “amplamente assumido que o princípio da *res judicata* serve não apenas a interesses privados, mas também públicos” (“Effects of judgments (*res judicata*)”). In: *International encyclopedia of comparative law: civil procedure*, vol. XVI, chapter 9. Chief editor: Mauro Cappelletti. Tübingen/Dordrecht/Boston: Mohr Siebeck/Martinus Nijhoff, 2012. p. 18 – *tradução livre*). A mesma afirmação consta, ainda, de diversos outros autores que se dedicaram ao tema da coisa julgada, como se vê, por exemplo, em: HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: CEDAM, 1937. p. 98-99; PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (dir. vig.)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969. p. 832-835.

³⁷ Neste sentido, parecem certas as críticas dirigidas por Menchini ao pensamento de Chiovenda quanto ao tema: “Chiovenda, então, embora com significativas atenuações, acentua o papel do princípio dispositivo, às custas dos valores, de caráter público, de economia e de concentração dos juízos; e isso, paradoxalmente, no quadro de uma impostação sistemática, voltada a recuperar a relevância pública do processo” (*I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 76 – *tradução livre*).

³⁸ Sobre as razões que inspiram o princípio da demanda, ver, *supra*, o item n. 1.7.

³⁹ São exatas, neste sentido, as palavras de Bruno Lopes: “A extensão da coisa julgada aos fundamentos da decisão é perfeitamente conciliável com o princípio da demanda e com as razões que o justificam. Continuará cabendo ao interessado na tutela jurisdicional escolher por recorrer ou não ao Poder Judiciário, bem como definir as causas de pedir e os pedidos de sua demanda, com pleno respeito à liberdade individual. A atividade do julgador permanecerá restrita aos limites da demanda proposta, não sendo admissível decisão sobre pedido diverso ou causa de pedir diversa. Sua imparcialidade será plenamente resguardada. Estender a coisa julgada à motivação proporcionará simplesmente maior aproveitamento do conteúdo da decisão, sem modificar a essência da atividade jurisdicional a ser desenvolvida” (*Limites objetivos...*, p. 78-79).

subproduto do julgamento das pretensões efetivamente deduzidas em juízo⁴⁰. Isto é: uma forma de se extrair certos resultados de uma atividade que já seria realizada pelo órgão julgador para a resolução das demandas das partes, para, com isso, obter o maior rendimento possível daquela atuação judicial.

Deste modo, na esteira do que procuramos sustentar na primeira parte do trabalho, a formação de coisa julgada sobre as questões prejudiciais incidentais não retira das partes o monopólio na formação do objeto do processo e, no que mais importa, na delimitação dos elementos que serão apreciados em caráter principal na decisão de mérito. O que ocorre, repita-se, é que, a partir da regra constante do art. 503, § 1º, do CPC/15, torna-se possível *aproveitar* a atividade cognitiva realizada pelo juiz sobre uma situação jurídica cuja análise tenha se mostrado relevante para o julgamento da causa.

De qualquer forma, não nos parece possível negar que, ao assim fazer, o legislador acaba por *reduzir* a relevância do princípio da demanda, na medida em que as partes deixam de ter o controle dos limites da coisa julgada que decorrerá de um determinado processo, bem como da tutela jurisdicional que será nele prestada. Esta não é, porém, uma opção de todo inédita no direito processual civil brasileiro: basta lembrar as diversas exceções legais à regra da congruência previstas no Código de Processo Civil e na legislação extravagante⁴¹.

De toda sorte, considerando, como se disse, que a coisa julgada é um instituto que visa a atender interesses públicos como a pacificação social, a harmonia de julgamentos, a segurança jurídica etc., não parece haver razões para que o legislador não possa, em hipótese alguma, ampliar os seus limites para além da vontade das partes⁴².

⁴⁰ Para essas considerações, ver, especialmente, o item n. 3.13, *supra*.

⁴¹ Sobre o tema, ver, *supra*, os itens n. 1.11 e 1.24.

⁴² “Ora, quando vemos que as estabilidades respeitam aos interesses de segurança, eficiência sistêmica, paz social, todos interesses públicos, parece ao menos estranho que o Estado não possa interferir nesta determinação. Claro que, no processo civil, onde predomina a iniciativa dispositiva das partes, o Estado só atua mediante provocação, e existe um grande espaço de liberdade dentro do qual as partes podem dispor de seus direitos e posições substanciais. Porém, é igualmente correto que, uma vez provocada a jurisdição, os interesses públicos envolvidos impõem uma série de restrições à atuação das partes, bem como um inventário dos poderes ao juiz na condução do processo. A coisa julgada pertence ao direito público, e nos parece evidente que o seu campo de abrangência não pode estar totalmente submetido ao talante das partes” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, p. 152). Em sentido semelhante, ainda Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes afirma que “a restrição da coisa julgada ao dispositivo, com respeito absoluto da vontade das partes, é característica de uma postura excessivamente liberal e individualista, incompatível com a natureza pública do processo. A conveniência das partes, que podem não querer uma decisão definitiva acerca das questões postas como fundamento da pretensão, não deve prevalecer perante o interesse público que emana dos princípios da economia processual e segurança jurídica. O princípio da

Vale, aqui, uma vez mais, alertar que, com essas considerações, não queremos afirmar que a postura adotada pelo Código de 2015 seja algo necessariamente positivo, e que não traria qualquer desvantagem para o sistema processual. Na verdade, como veremos no próximo tópico são grandes os problemas que podem decorrer da opção legislativa. O que se quer deixar claro, porém, é, apenas, que essa é uma opção que poderia ter sido legitimamente exercida pelo legislador sem que, com isso, ficassem vulnerados, por completo, os valores subjacentes ao princípio da demanda.

5.6. (Segue) Especificamente: perda de clareza e de previsibilidade no CPC/15

Ao analisarmos as razões pelas quais o CPC/73 teria optado por restringir a coisa julgada à parte dispositiva da sentença, mencionamos que, com isso, buscava-se colocar fim às dúvidas que existiam na matéria ao longo da vigência do Código de 1939. Resta, então, verificar de que maneira o regramento previsto para os limites objetivos da coisa julgada no CPC/15 lida com essa questão.

A este respeito, pode-se dizer, antes de tudo, que não há, no sistema do Código de 2015, a ambiguidade que se podia observar no CPC/39: é muito claro, no art. 503, que a coisa julgada, além de atingir a parte dispositiva da decisão de mérito (*caput*), poderá, sob certas condições, se estender também a questões prejudiciais analisadas em caráter incidental (§ 1º).

O fato, porém, é que, malgrado esteja clara, no texto do Código, qual teria sido a opção feita quanto aos limites objetivos da coisa julgada, o sistema adotado leva, a nosso ver, a uma perda de clareza e de previsibilidade quanto à formação da coisa julgada em dois sentidos diversos, que podem trazer consequências indesejadas.

Em primeiro lugar, há uma perda de clareza no que se refere à *interpretação e à aplicação dos requisitos* necessários à formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental.

Isso decorre, antes de tudo, do fato de que a aferição da existência de coisa julgada sobre a situação jurídica prejudicial passa pela análise de uma *pluralidade de requisitos*, descritos nos §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC/15. Não basta, assim, como ocorre em relação à

demanda não pode ser interpretado no sentido de conferir às partes o poder de definir as matérias que serão alcançadas pela coisa julgada” (*Limites objetivos...*, p. 79).

questão principal, que tenha havido o julgamento e que estejam presentes os pressupostos de existência da decisão. É necessário verificar se da resolução da prejudicial dependeu a decisão de mérito, se houve contraditório prévio e efetivo, se não havia restrições probatórias e cognitivas etc.

Além disso, a própria estrutura normativa utilizada nos dispositivos que estabelecem referidos requisitos parece conduzir a certo grau de incerteza, inexistente quanto à coisa julgada que recai sobre os elementos analisados a título principal. Isso decorre da adoção, pelo legislador, de textos de estrutura mais aberta em alguns dos dispositivos que preveem essas condições, como é o caso da necessidade de que da questão prejudicial *dependa o julgamento do mérito* (art. 503, § 1º, I), da existência de *contraditório efetivo* (art. 503, § 1º, II), e, ainda, da ausência de *restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial* (art. 503, § 2º).

Essas considerações não se prestam, efetivamente, a criticar a opção do legislador por estabelecer referidos requisitos: como veremos, eles se mostram necessários diante da ampliação do alcance objetivo da coisa julgada. O fato, porém, que não pode ser desconsiderado, é que, ao condicionar a existência daquela autoridade à verificação de uma pluralidade de condições, cuja interpretação e aplicação exigem maiores esforços por parte do julgador, o Código acaba por tornar *mais complexa* a tarefa de determinar, numa situação concreta, se houve a formação de coisa julgada.

Em outras palavras, para utilizar uma terminologia bem ao gosto da doutrina norte-americana, o CPC/15 acaba por aumentar a dificuldade em se *administrar as regras relativas à coisa julgada*, tornando, repita-se, muito mais complexo aferir se houve a formação dessa autoridade quanto às questões prejudiciais incidentais⁴³.

Há, ainda, uma segunda razão pela qual se pode dizer que o Código de 2015 cria uma situação de maior incerteza quanto à formação da coisa julgada.

Além de uma maior clareza quanto à interpretação e à aplicação das normas relativas aos limites objetivos da coisa julgada, parece-nos, como já se adiantou, que o sistema do CPC/73 outorgava, às partes de um determinado processo, grande

⁴³ Sobre críticas semelhantes que são lançadas à doutrina estadunidense à disciplina da *issue preclusion*, ver, *supra*, o item n. 4.8.

previsibilidade em relação a saber, *naquela determinada situação concreta*, o que haveria de ser decidido com força vinculante para processos futuros.

Isso porque, como se vem dizendo, havia, naquele sistema, uma estreita ligação entre o *objeto do processo* e a *coisa julgada*: às partes, caberia fixar, por meio de suas demandas, as pretensões que formariam o objeto do processo; esse, por sua vez, determinava a matéria que haveria de ser objeto do julgamento realizado no dispositivo da decisão de mérito; finalmente, era tão somente sobre esse que recairia a autoridade de coisa julgada material.

Tal ligação, então, dava às partes ao menos uma relativa certeza, a partir do momento em que houvesse a estabilização do objeto litigioso, de qual seria o conteúdo final da coisa julgada a ser formada no processo.

Afinal, como fica claro da leitura dos arts. 469 e 470 do CPC/73, *apenas o que constasse do objeto do processo* teria a aptidão de transitar materialmente em julgado. Por outro lado, por tudo o que se disse na primeira etapa deste trabalho, as partes têm grande margem de previsibilidade tanto sobre a formação do objeto do processo (em decorrência do princípio da demanda), quanto sobre o julgamento das pretensões que lhe dão forma (já que, pela regra da congruência, o juiz não pode julgar nada a mais, nem deixar de julgar algo que conste do objeto do processo).

Desse modo, ao estabelecer um sistema *restritivo* quanto aos limites objetivos da coisa julgada, o sistema do CPC/73 tinha a *previsibilidade* como uma de suas consequências, na medida em que não deixava margem para dúvidas quanto ao fato de que apenas o dispositivo da decisão transitaria materialmente em julgado, e, ainda, porque permitia às partes de determinado processo ter a certeza de que apenas aquilo que constasse de seu objeto seria decidido com força vinculante.

De modo diferente, o sistema estabelecido pelo CPC/15, ao permitir que a coisa julgada extrapole o objeto do processo, cria uma maior imprevisibilidade em relação ao alcance daquela autoridade.

Isso decorre, em grande medida, do fato, tantas vezes ressaltado, de que, diferentemente do que ocorre com as pretensões deduzidas pelas partes, o juiz não está obrigado, em sua decisão, a enfrentar todas as questões prejudiciais que porventura surjam ao longo do processo. Na verdade, como se disse, essas deverão ser analisadas apenas na

medida em que forem necessárias para a adequada fundamentação da decisão quanto ao mérito da causa.

Muitas vezes, todavia, as partes não terão, no desenrolar do processo, condições de saber, exatamente, quais os fundamentos que serão utilizados pelo juiz para decidir o mérito de uma ou de outra forma, e, assim, se determinada questão prejudicial – com aptidão, em tese, de transitar materialmente em julgado, por força do art. 503, § 1º - será, efetivamente, analisada.

Aliás, considerando, como se disse, que as prejudiciais, enquanto não forem objeto de demanda própria, têm função simplesmente instrumental para fins de motivação da decisão de mérito, nada impede que o juiz deixe de analisa-las em decorrência da existência de um argumento de apreciação mais simples, que pode levar ao mesmo resultado.

Em suma, conquanto traga benefícios ligados sobretudo ao maior aproveitamento da atividade processual, a opção do Código de 2015 por estender a coisa julgada às questões prejudiciais provoca certa imprevisibilidade em sua formação, em dois sentidos diversos: (i) em relação a definir se houve a formação de coisa julgada em uma situação concreta, em decorrência da complexidade na análise dos respectivos requisitos; e (ii) em relação a saber se uma questão será enfrentada na decisão de mérito, e se será relevante para o resultado do julgamento.

Disso, por sua vez, podem decorrer algumas consequências negativas, semelhantes àquelas apontadas pela doutrina norte-americana em relação ao instituto da *issue preclusion*.

Pode ocorrer, inicialmente, de que as partes se vejam futuramente vinculadas à resolução de uma questão que não tenha sido adequadamente debatida em juízo, seja porque elas tenham entendido que não se tratava de elemento relevante para o julgamento da causa, seja porque o próprio direito litigioso não valeria tais esforços, o que traria prejuízos à garantia constitucional do contraditório (CF/88, art. 5º, LV), ante a ausência de participação adequada na formação da decisão.

Além disso, pode ocorrer de, justamente em virtude da possibilidade de que ocorra essa vinculação, as partes sejam instintivamente levadas a debater e a dedicar esforços a certas questões que não seriam essenciais ao julgamento da causa. Desse recrudescimento da litigiosidade em relação a elementos colaterais à solução da controvérsia decorreria, por

sua vez, o aumento do tempo de duração do processo e a elevação dos custos necessários para se chegar à decisão, com prejuízos à economia processual e à garantia da duração razoável do processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII).

Além disso, há o risco de um aumento da litigiosidade não apenas no processo em que é analisada a questão prejudicial, mas, também, naquele em que é suscitada a existência de coisa julgada anteriormente formada, em virtude, justamente, da maior complexidade em se aferir se estavam presentes os requisitos para tanto necessários.

5.7. Diretrizes para a análise dos requisitos para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental

Diante dos riscos acima apontados, parece relevante, antes de passar à análise dos requisitos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503, fixar algumas diretrizes voltadas, na medida do possível, a evitar aqueles problemas.

Em primeiro lugar, parece relevante que a interpretação dos textos legais que preveem referidos pressupostos busque, na medida do possível, *reduzir a complexidade* de sua análise em um determinado caso concreto. Dessa forma, podem-se reduzir as divergências a respeito da existência ou não de coisa julgada no momento em que tal discussão surja em juízo.

Em segundo lugar, é necessário evitar que a coisa julgada recaia sobre situações jurídicas que não se mostrem relevantes no contexto do processo em que analisadas. Desse modo, reduz-se o risco de que as partes se vejam futuramente vinculadas a elementos em relação aos quais não tenham dedicado esforços suficientes naquela primeira oportunidade. E isso, por sua vez, pode afastar a possibilidade de que seja recrudescida a litigiosidade no processo apenas em razão do risco de que, no futuro, as partes sejam consideradas impedidas de rediscutir a questão.

Passemos, então, a analisar cada um dos requisitos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC/15.

5.8. Decisão expressa

Inicialmente, do art. 503, § 1º se pode extrair a noção de que apenas as questões prejudiciais *expressamente decididas* teriam a aptidão de se tornar imutáveis pela autoridade da coisa julgada.

Veda-se, com isso, que questões logicamente antecedentes ao juízo de mérito que não tenham sido explicitamente analisadas, mas apenas pressupostas no raciocínio judicial, venham a transitar materialmente em julgado⁴⁴. Destarte, não há a possibilidade de se falar, no processo civil brasileiro, em institutos como a *coisa julgada implícita* existente, como visto, no direito italiano, apesar das duras críticas que lhe são dirigidas pela doutrina⁴⁵.

Deste modo, apenas a título de exemplo, julgada procedente pretensão condenatória fundada em dívida contratual, não ocorre a formação de coisa julgada sobre a existência ou validade do contrato caso tal questão não tenha sido analisada na decisão. Ou, ainda, rejeitado o pedido de condenação ao pagamento de juros, sob o fundamento de que eles teriam sido quitados, não se pode considerar, apenas por isso, que o crédito principal seja existente ou válido.

Este requisito tem especial importância quando se parte do pressuposto, que procuramos fixar anteriormente, de que o julgamento das pretensões deduzidas em juízo é governado pelo princípio de que o juiz deve adotar o fundamento que, de forma mais rápida e simples, possa levar à resolução do mérito (*principio della ragione più liquida*). Isso porque, ao assim fazer, o julgador não está obrigado a seguir a ordem de enfrentamento das questões que seria determinada pela estrutura normativa encontrada no direito substancial. Em outras palavras, o juiz pode, para tanto, adotar um raciocínio *hipotético*, que o autoriza a *ultrapassar* um determinado elemento de cognição que, do ponto de vista substancial, teria prioridade em relação a outro, quando, por meio da análise desse último, puder desde logo julgar a causa⁴⁶.

⁴⁴ Neste sentido: “O primeiro requisito exige que a questão prejudicial seja do mérito a ser julgado e que tenha sido decidida de forma expressa, ou seja, a questão prejudicial não se apresente como um trampolim cognitivo lógico formulado pelo magistrado para julgar a questão principal” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 695).

⁴⁵ Ver, *supra*, o item n. 4.4.

⁴⁶ Sobre o ponto, ver, *supra*, o item n. 3.5.

O fato, porém, é que, como vem ressaltando a doutrina italiana⁴⁷, a ideia de coisa julgada implícita, para que possa fazer algum sentido, pressupõe uma rígida observância da ordem lógica de enfrentamento das questões que decorreria do direito material, sem a qual não haveria a possibilidade de se *presumir* que determinado elemento teria sido analisado desta ou daquela maneira.

Assim, para voltar a um exemplo acima mencionado, quando se pensa no julgamento de improcedência do pedido de condenação ao pagamento de juros, por se entender que eles teriam sido quitados, a estrutura do direito material leva a crer que, de fato, existe a dívida principal. Algo de semelhante ocorre quando se pensa na rejeição de um pedido em virtude da prescrição, que, do ponto de vista substancial, só poderia se manifestar a partir do momento em que fosse existente a respectiva obrigação.

Como se disse anteriormente, entretanto, quando esses direitos são deduzidos em juízo como fundamento da demanda ou da defesa, a ordem de enfrentamento que decorreria do direito substancial não precisa ser necessariamente seguida. Assim, nesses exemplos, a *rejeição* do pedido de condenação ao pagamento dos juros pode ocorrer independentemente de qualquer cogitação a respeito da existência do crédito principal. De igual modo, pode-se decretar a prescrição de uma pretensão ainda que não se tenha a certeza da existência da dívida. E, neste quadro, torna-se de todo *inviável* se cogitar da possibilidade da formação de coisa julgada sobre elementos *implícitos* no raciocínio judicial.

Ainda sobre o requisito ora analisado, é importante deixar claro que a exigência de decisão expressa *não significa*, ao contrário do que sustenta parte da doutrina⁴⁸, que a questão prejudicial deva ser analisada no *dispositivo* da decisão, elemento estrutural que se destina à resolução, pelo juiz, “das questões *principais* que as partes lhe submeterem” (CPC/15, art. 489, III).

⁴⁷ A este respeito, ver nota n. 48 no item n. 4.4, *supra*.

⁴⁸ Neste sentido, defendendo que a questão seja analisada no dispositivo da decisão: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 681-682; ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*, vol. III. São Paulo: RT, 2015. n. 2.143.3.2, p. 1449; CÂMARA, Alexandre Freitas. “Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil Brasileiro”. In: *Novo CPC: doutrina selecionada*, vol. 2. Coord.: Fredie Didier Jr. [et al.]. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 703; TALAMINI, Eduardo. “Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Código de Processo Civil anotado*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci [et al.]. Rio de Janeiro: GZ, 2016. p. 716. Posteriormente, porém, esse último autor, ressalta que não há a necessidade de *inserção formal* no dispositivo (p. 718). De toda sorte, é claro, em seu pensamento, que a questão deve ser resolvida em caráter principal.

Pelas premissas adotadas no presente trabalho, a situação prejudicial idônea à coisa julgada na forma do art. 503, § 1º, do CPC/15 *não integra o objeto do processo*, razão pela qual sua análise deve ser feita em caráter *incidental*, como parte da *fundamentação* da decisão de mérito (art. 489, II)⁴⁹.

Aliás, para manter coerência com essas premissas, parece-nos correta a ideia de que, caso se venha a analisar a questão prejudicial na parte dispositiva da decisão, haverá *violação à regra da correlação*. Em outras palavras: a sentença será *ultra petita*, na medida em que o julgador terá resolvido, em caráter principal, elemento que não foi objeto das demandas das partes, extrapolando, assim, o poder decisório de que foi investido⁵⁰.

Esta postura, longe de representar mero apego a um formalismo estéril, pretende ressaltar a distinção que existe, no sistema do Código de 2015, entre o regime jurídico de formação de coisa julgada sobre as pretensões principais, e aquele que se aplica às questões prejudiciais incidentais. A partir do momento em que o julgador analisa como elemento principal uma situação jurídica meramente incidental, ele subverte a clara opção do Código por dotar de maiores cautelas a formação de coisa julgada em relação a essa última.

5.9. Essencialidade da questão para o julgamento do mérito

Na sequência, o art. 503, § 1º, I, do CPC/15, exige, para que se possa falar em coisa julgada, que *da resolução da questão prejudicial dependa o julgamento do mérito*. Trata-se de requisito que, se devidamente interpretado, tem relevância fundamental para o sistema instituído pelo Código, no intuito de equilibrar os benefícios que podem decorrer da expansão da coisa julgada, e os riscos causados ao contraditório e à duração razoável do processo.

⁴⁹ No mesmo sentido, afirmando que a questão é resolvida na fundamentação da sentença: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. n. 1151, p. 378; FONSECA, João Francisco Naves. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX. São Paulo: Saraiva, 2017. n. 71.4, p. 139; LUCCA, Rodrigo Ramina de. “Os limites objetivos da coisa julgada...”, n. 5.1; SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos*. Salvador: Juspodivm, 2017. n. 6.4.1, p. 299-300; TUCCI, José Rogério Cruz e. “Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 491.

⁵⁰ Esta posição, vale dizer, inspira-se em opinião manifestada por Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes em palestra proferida na Associação dos Advogados de São Paulo no dia 17/07/2015.

Analisando o dispositivo, o que nos parece é que se exige, por meio dele, que uma dada questão prejudicial, para que possa fazer coisa julgada, tenha sido efetivamente *essencial* para a resolução do mérito em um determinado sentido. Isto é: é preciso que se trate de *fundamento necessário e determinante* para a maneira como tenha sido julgada a pretensão a ele subordinada.

O texto legal, assim, não deve ser interpretado no sentido de que se estaria simplesmente explicitando o que se deve entender por questão prejudicial. Como vimos anteriormente, do ponto de vista lógico, uma questão estabelece um vínculo de prejudicialidade com outra quando sua análise tem o condão de influenciar o teor do juízo a ser feito sobre essa última (prejudicada). Diante disso, se poderia pensar que o dispositivo ora analisado estaria simplesmente reforçando que, para que se possa falar na formação de coisa julgada, a situação jurídica incidental deve estabelecer este tipo de vínculo com a pretensão deduzida em caráter principal⁵¹.

Na verdade, porém, o dispositivo exige *algo mais* do que isso⁵², interpretação que, ao menos de um ponto de vista literal, parece dar maior sentido à norma, na medida em que a necessidade de que se trate de questão *prejudicial* já está expressa no § 1º do art. 503.

⁵¹ É o que escreve, por exemplo, Marcelo Abelha Rodrigues: “O segundo requisito é que a questão prejudicial realmente seja *prejudicial*, isto é, que exista uma relação de dependência lógica e cronológica entre a questão de mérito deduzida em juízo e a questão prejudicial que a antecede” (*Manual de direito processual civil*, p. 696). No mesmo sentido, ainda: BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 404; CÂMARA, Alexandre Freitas. “Limites objetivos da coisa julgada...”, p. 701.

⁵² No mesmo sentido: “À primeira vista poder-se-ia imaginar que o inciso apenas reforça a prejudicialidade da questão. Alguma reflexão, porém, permite concluir que a dependência do inc. I é um *plus* à prejudicialidade, o qual limita, ainda mais, e de forma correta, a abrangência da coisa julgada” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. “Os limites objetivos da coisa julgada...”, n. 4.4.). No mesmo sentido, afirmando que, para o preenchimento do requisito do art. 503, § 1º, I, não basta a existência da relação de prejudicialidade, sendo necessário que, *in concreto*, a questão tenha sido determinante para o julgamento: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso...*, vol. 2, p. 683; CABRAL, Antonio do Passo. “Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: RT, 2015. p. 1291-1292; DIDIER Jr., Fredie. “Extensão da coisa julgada à resolução...”, n. 6.1.1, p. 88; FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários...*, vol. IX, n. 71.2.2, p. 132-133; SENRA, Alexandre. *A coisa julgada...*, n. 6.4.4.2, p. 304-306. Expressamente em sentido contrário, porém, Talamini afirma que “é desnecessário que a questão prejudicial tenha sido concretamente decisiva para a resolução da lide. Basta que em tese ela se ponha como tal” (“Comentários aos arts. 502 a 508”, p. 717). É importante registrar, ainda, que esta ideia, ao que parece, foi defendida de modo pioneiro, no Brasil, por Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, que, ao sugerir a ampliação da coisa para as premissas da decisão, afirmou que tal providência apenas deveria ser adotada em relação aos *fundamentos necessários* da decisão (*Limites objetivos...*, p. 68-70).

Para tanto, é importante recordar, como se disse anteriormente, que a relação de prejudicialidade fica verificada a partir do momento em que a análise a ser realizada sobre um elemento de cognição for dotada da *aptidão de influenciar* o conteúdo do juízo a ser feito sobre outro elemento, a ele subordinado. Trata-se, como se disse, de uma influência meramente *potencial*, que se verifica *antes* que precise ser enfrentado qualquer um dos dois elementos⁵³.

Como se disse, contudo, é possível, sem que fique descaracterizado o vínculo de prejudicialidade, que essa *influência potencial* exercida pelo elemento prejudicial não se converta, na prática, em uma *influência concreta e efetiva*, o que pode decorrer de duas razões diversas.

Primeiramente, pode ocorrer de *não ser analisada a questão prejudicial*, o que se verifica sempre que o mesmo resultado que por meio dela se poderia alcançar é atingido a partir da apreciação de outros elementos de cognição submetidos a juízo. Caso isso ocorra, não haverá razão para dúvidas: será impossível se falar na formação de coisa julgada sobre a situação jurídica prejudicial, na medida em que não terá havido, em relação a ela, *decisão expressa*, requisito analisado no tópico anterior.

Interessa-nos, porém, neste momento, a segunda das razões que podem fazer com que a questão prejudicial não seja determinante no julgamento do mérito.

Pode ocorrer, como dito, que, não obstante seja *expressamente analisada* pelo julgador, a situação jurídica prejudicial *não exerça qualquer influência* sobre o resultado a que se chega com relação ao julgamento do mérito, em virtude da forma como são resolvidos *outros elementos de cognição*. Isso acontece sobretudo em hipóteses nas quais a prejudicial é resolvida no sentido de *afastar* um obstáculo à existência do direito deduzido em juízo, que, ainda assim, acaba não sendo reconhecido em decorrência de outros fatores.

Para ficar em um exemplo, suponhamos que, ajuizada ação condenatória com vistas à cobrança de determinada prestação contratual, o réu alega, em sua contestação, que: (i) a dívida já estaria paga; (ii) a pretensão estaria prescrita; e (iii) o contrato deveria ser rescindido, uma vez que o autor não teria cumprido a prestação que lhe cabia.

⁵³ Sobre a questão abordada neste e nos próximos parágrafos, relativa à possibilidade de que a questão prejudicial não influencie, concretamente, o elemento prejudicado, e as razões pelas quais isso pode ocorrer, ver, *supra*, o item n. 2.3.

Suponhamos, primeiramente, que o julgador se convença da *inexistência do direito potestativo à rescisão do contrato*, por não ter ficado comprovado o inadimplemento por parte do autor. Ainda assim, porém, imaginemos que o juiz entenda que *houve o pagamento*, razão pela qual julga improcedente a pretensão inicial. Nesta hipótese, então, a forma pela qual resolvida a prejudicial relativa à rescisão não se mostrou determinante para a resolução do mérito.

A interpretação, portanto, que se defende neste trabalho, é no sentido de que, nestes casos, em que a decisão a que se chegou quanto ao mérito da causa *não tenha dependido* da análise da questão prejudicial, não é possível se falar na formação de coisa julgada em relação a ela. Ou seja: não basta a presença do vínculo de prejudicialidade; é preciso avaliar, em concreto, se houve a efetiva influência do elemento subordinante em relação ao subordinado.

Isso não significa, porém, que a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental dependa de que essa tenha determinado, *por si só*, a forma como resolvido o mérito. Com efeito, pode ocorrer de que o resultado da demanda tenha decorrido da *conjugação* da análise da prejudicial com a de outros elementos.

Assim, para ficar no mesmo exemplo, imagine-se que *todas as defesas alegadas* tenham sido *rejeitadas*, e que, assim, tenha sido julgada *procedente* a pretensão inicial. Nesse caso, uma vez que estejam presentes os demais requisitos, é possível haver a formação de coisa julgada sobre o juízo de negativa do direito à rescisão do contrato.

Ou, para voltar a outro exemplo frequentemente mencionado pela doutrina: julgado procedente o pedido de condenação do réu ao pagamento de pensão alimentícia, pode haver a formação de coisa julgada sobre o reconhecimento da paternidade, ainda que esse elemento tenha sido conjugado com a avaliação da necessidade do alimentando, e da possibilidade do alimentante.

Parece interessante, aqui, retornar, uma vez mais, à distinção, anteriormente mencionada, que em geral existe no raciocínio judicial necessário à *afirmação de um direito*, se comparado àquele que é suficiente para a sua *negativa*: enquanto para o reconhecimento da *existência* de uma situação jurídica é necessário que estejam presentes todos os seus fatos constitutivos e, ainda, ausentes quaisquer fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, para a conclusão pela sua *inexistência* basta que qualquer um desses elementos seja analisado em sentido contrário.

Assim, nas hipóteses em que a decisão conclua pela *existência* de um direito, é possível que diversos elementos tenham se mostrado *determinantes* para o julgamento do mérito. Nesses casos, na medida em alguns desses elementos constituam situações jurídicas, e que estejam presentes os demais requisitos descritos na lei, pode haver a formação de coisa julgada em relação a todos eles⁵⁴.

Já nos casos em que se conclua pela *inexistência* de um direito, será mais frequente que *apenas um elemento* tenha se mostrado *determinante* para o julgamento do mérito, na medida em que se trate da inexistência de um fato constitutivo, ou, por outro lado, da existência de um fato extintivo, impeditivo ou modificativo. Nessa hipótese, estando presentes os demais requisitos, estará ele sujeito à coisa julgada na forma do art. 503, § 1º.

Nada impede, porém, que o juízo de *improcedência* seja fundado em uma *pluralidade de fundamentos alternativos*. Basta que se imagine, no exemplo acima cogitado, que o juiz entenda tanto que o contrato deveria ser rescindido, quanto que a pretensão estaria prescrita. Neste caso, também, não vemos motivo para negar a ocorrência de coisa julgada.

O mesmo pode se verificar, também, nas hipóteses de procedência da demanda, caso a pretensão deduzida tenha se baseado em uma *pluralidade de causas de pedir*. Imagine-se, por exemplo, que, tendo sido autuada pelo fisco, uma empresa ajuíze ação declaratória de inexistência do débito, sob os fundamentos de que seria *isenta* do pagamento daquele tipo de tributo, e, ainda, que *o ato de lançamento seria nulo*, por ter desrespeitado determinada formalidade legal. Nesse caso, estando o magistrado convencido de ambas as causas de pedir, poderá julgar a demanda procedente com base nas duas, caso em que, presentes os demais requisitos, poderá haver a formação de coisa julgada sobre ambas.

Com essa posição, rechaça-se a adoção, no direito brasileiro, da ideia, existente no processo civil estadunidense, como visto, de que, havendo *fundamentos alternativos* a sustentar o julgamento do mérito, *nenhum deles* estaria apto à coisa julgada⁵⁵.

⁵⁴ Também neste sentido: LUCCA, Rodrigo Ramina de. “Os limites objetivos da coisa julgada...”, n. 4.4.1.

⁵⁵ Neste sentido, sobre a adoção dessa regra no direito norte-americano, e as críticas que lhe são dirigidas pela doutrina, ver, *supra*, o item n. 4.8. No Brasil, a ideia foi defendida, antes do CPC/15, por Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, ao sugerir a ampliação da coisa julgada para a motivação da decisão: “Será igualmente inadmissível estender a coisa julgada à motivação quando a sentença contiver *fundamentos alternativos*, ambos suficientes em abstrato para sustentar autonomamente a decisão contida no dispositivo. É impossível definir qual dos fundamentos intercambiáveis foi fundamental para a decisão principal e,

Não parece ser verdadeira a suposição de que, nesses casos, não seria possível afiançar a suficiência de qualquer um dos argumentos para embasar o julgamento da forma em que ocorreu. Caso, aliás, a sua análise seja, de fato, inconsistente, bastará, à parte derrotada, manejar o recurso cabível com o fim de obter a reversão do resultado final.

Além disso, como nota a doutrina norte-americana ao tratar do tema, é de todo paradoxal supor que a parte que tenha se sagrado vencedora com base em mais de um fundamento suficiente para sustentar a decisão, seja colocada em uma situação mais desvantajosa do que aquela que se teria caso acolhido apenas um de seus argumentos.

Vale dizer que a interpretação que aqui se adota para o art. 503, § 1º, I, do CPC/15, não constitui qualquer novidade. Na verdade, como visto no capítulo anterior, exigências semelhantes são feitas em diversos dos ordenamentos que, de algum modo, aceitam a formação de coisa julgada sobre as premissas da decisão. É o que se vê na França, em que se fala na vinculação ao “suporte necessário” (*le soutien nécessaire*) da decisão, na Itália, em que se alude aos chamados “pressupostos lógicos-necessários” (*presupposti logico-necessari*) da conclusão, e em Portugal, em que se refere aos “fundamentos indispensáveis” da sentença.

Ainda mais marcante, porém, é o que, como visto, ocorre nos países da tradição do *common law*: assim, tanto na *issue estoppel* na Inglaterra, quanto na *issue preclusion* nos Estados Unidos da América, a vinculação recai apenas sobre as questões que tenham se mostrado *essenciais* ou *fundamentais* para o julgamento do mérito.

E é exatamente da doutrina norte-americana que se extraem, com clareza, as razões da exigência do mencionado requisito, que decorrem da constatação, como se disse, de que em geral os esforços das partes e do órgão julgador se dirigem com maior afinco às questões que, ao longo do processo, se mostrem mais relevantes para o julgamento do mérito da causa. Evita-se, com isso, a vinculação a questões analisadas meramente “de

portanto, não haverá segurança quanto à profundidade da cognição” (*Limites objetivos...*, p. 70-71). Ainda sobre a questão, vale conferir o que escreve Antonio do Passo Cabral, que defende a possibilidade da formação de coisa julgada sobre os fundamentos alternativos, a depender de vetores como a *intensidade do debate*, a *boa-fé dos litigantes*, e o seu *empenho* em debater cada questão (*Coisa julgada e preclusões dinâmicas...*, n. 8.3.2.2.4, p. 439-441). Ainda que se trate de perspectiva interessante, não nos parece que mereça ser acolhida para fins de interpretação do art. 503, § 1º, I, por tornar ainda mais complexa a tarefa de se definir se houve, ou não, a formação de coisa julgada, indo contra, portanto, às diretrizes interpretativas fixadas no presente trabalho (n. 5.7, *supra*).

passagem”, pela sua menor importância para o julgamento das pretensões deduzidas pelas partes⁵⁶.

É importante lembrar, neste ponto, que, como se procurou deixar claro na primeira parte do trabalho, o fato de surgir em juízo uma determinada questão prejudicial de mérito *não significa* que ela precisará necessariamente ser apreciada para que se possam julgar as pretensões das partes. Por tal razão é que, como dissemos, o fenômeno da prejudicialidade impõe grande *complexidade* ao raciocínio judicial: ao contrário do que a ideia de antecedência lógica sugere, o surgimento de uma questão prejudicial não é um indicativo seguro do caminho que o julgador inexoravelmente seguirá a fim de julgar o mérito da causa, o que depende da interação entre os diversos elementos submetidos à sua cognição, bem como das escolhas argumentativas que a partir disso são feitas.

Além disso, como visto, as partes não têm, em geral, qualquer possibilidade de controle a respeito da *ordem* em que serão apreciados os elementos de cognição que possam se mostrar relevantes para o julgamento do mérito.

Nesse quadro, o requisito, assim, mostra-se relevante para evitar que a coisa julgada recaia sobre uma questão à qual não foi dada a devida atenção pelo fato de ser ela de menor importância para o julgamento do mérito. Evita-se, assim, que as partes venham a ser futuramente surpreendidas com a vinculação à análise de um elemento em relação ao qual não houve razão para dedicar esforços na ocasião anterior, e quanto ao qual, portanto, não há segurança de que foi adotada uma solução adequada, o que traria prejuízos ao contraditório (CF/88, art. 5º, LV), ante a impossibilidade de se garantir a existência de cognição adequada⁵⁷.

Se, é certo, não se pode afirmar que as partes, efetivamente, concentraram todos os esforços possíveis na discussão dessa questão, o que pode se saber, sem qualquer dúvida, é que a ela foi dada, ao menos, *a mesma atenção dada ao mérito da causa*.

Além disso, como também se fala nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, o requisito tem, ainda, outra importância fundamental, na medida em que contribui para

⁵⁶ “A opção legislativa foi louvável, pois a identificação imediata de uma razão para o julgamento da causa pelo juiz muitas vezes pode levá-lo a tratar com displicência as demais. Teríamos, então, coisa julgada sobre uma questão que, embora decidida expressamente, era irrelevante ao julgamento do mérito do processo” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. “Os limites objetivos da coisa julgada...”, n. 4.4.2.).

⁵⁷ Para essas razões, vale conferir, uma vez mais: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 66-70.

evitar que as partes se sintam compelidas a ampliar desnecessariamente o debate para questões que sejam colaterais ao julgamento da causa, desviando a sua atenção e a do tribunal dos pontos que realmente importam, o que aumentaria os custos e a duração do processo.

5.10. (Segue) A essencialidade para o julgamento do mérito e as questões prejudiciais decididas de modo desfavorável à parte vencedora

Ainda a respeito do requisito da essencialidade da questão para o julgamento do mérito, parece-nos de todo aplicável, ao Brasil, o parâmetro desenvolvido em relação à *issue preclusion* norte-americana, no sentido de que *apenas as questões prejudiciais decididas favoravelmente ao vencedor* podem ser consideradas determinantes para o julgamento do mérito da causa⁵⁸.

Com efeito, se uma determinada questão é resolvida em sentido *desfavorável* aos interesses de uma das partes, e, ainda assim, ela se sagra vencedora, a única conclusão lógica possível é a de que aquele elemento *não foi determinante* para o sentido em que resolvido o mérito. Trata-se, portanto, de questão que poderia ser retirado do raciocínio decisório do juiz e, ainda assim, o resultado permaneceria o mesmo.

Deste modo, a importância de se limitar a coisa julgada às questões resolvidas *favoravelmente* ao vencedor decorre das mesmas razões pelas quais é oportuno que apenas os elementos que tenham se mostrado *determinantes* ao julgamento do mérito sejam idôneos a adquirir aquela autoridade: evitar a vinculação das partes a questões que, por serem de menor importância para a decisão da causa, podem não ter merecido todos os esforços capazes de levar a uma solução adequada.

Um exemplo fornecido pela doutrina pode ajudar a entender o que se quer dizer: suponhamos que, citado em ação condenatória fundada em dívida contratual, o réu alega,

⁵⁸ Uma vez mais, há que se referir à posição pioneira, neste sentido, defendida por Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, para quem “não podem ser qualificadas como necessárias e, portanto, determinantes do resultado do julgamento as decididas *desfavoravelmente ao vencedor*, pois nesse caso a decisão não será essencial para a conclusão pela procedência ou improcedência da demanda e não haverá garantia de cognição exauriente. [...] Soma-se ao argumento da ausência de garantia de existência de cognição exauriente a necessidade de evitar o estímulo à proliferação de recursos” (*Limites objetivos...*, p. 69-70). A ideia conta com a acolhida, dentre outros, de: FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários...*, vol. IX, n. 71.2.2, p. 132-133; LUCCA, Rodrigo Ramina de. “Os limites objetivos da coisa julgada...”, n. 4.4.2. Em sentido contrário, por outro lado, dentre outros: CABRAL, Antonio do Passo. “Comentários aos arts. 502 a 508”. p. 1294-1295; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais*. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016. n. 4.3.4, p. 153-156.

em sua contestação, a existência de nulidade no contrato e, ainda, que a dívida já teria sido quitada. Imaginemos, ainda, que a demanda seja julgada improcedente, constando, de sua fundamentação, que o pacto é válido mas que teria sido demonstrado o pagamento⁵⁹.

Neste caso, então, tendo sido o pagamento o fundamento determinante para que se alcançasse a conclusão pela improcedência, não é possível afiançar que a questão referente à nulidade tenha merecido, das partes e do juiz, toda a atenção necessária a que sua solução ocorresse de forma adequada. É de se notar, inclusive, que, neste caso, a sua análise poderia ser retirada da sentença sem que, com isso, se pudesse falar em qualquer deficiência na fundamentação.

Isso não significa, é claro, que não há a possibilidade de que tais questões tenham sido adequadamente solucionadas, mas, apenas, que não é possível assegurar que isso tenha ocorrido de fato.

Além de facilitar a verificação quanto ao preenchimento, ou não, do requisito contido no art. 503, § 1º, I, do CPC/15, tal ideia tem a vantagem, mencionada anteriormente, de *evitar* que a parte vencedora interponha recurso contra a decisão de mérito apenas para impedir a formação de coisa julgada em seu desfavor sobre a questão prejudicial⁶⁰.

5.11. Contraditório prévio e efetivo

Em seguida, o art. 503, § 1º, II, do CPC/15 exige a existência de *contraditório prévio e efetivo* a respeito da questão prejudicial, vedando, ainda, a formação de coisa julgada quando o julgamento ocorrer à *revelia* do réu. Trata-se, uma vez mais, de pressuposto que, a par de oferecer uma série de dificuldades interpretativas, tem relevância fundamental a fim de lidar com os problemas identificados anteriormente.

Deixando de lado certas formulações mais recentes acerca do contraditório (ligadas à ideia de *direito de participação e influência* na formação da decisão judicial)⁶¹, parece

⁵⁹ Para este exemplo: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...*, p. 69-70.

⁶⁰ Ver, *supra*, o item n. 3.9.

⁶¹ Mais recentemente, como se sabe, tem sido ressaltado que o contraditório visa a *garantir a participação do interessado na formação da decisão*, condição para que aquela, enquanto *ato de poder*, mostre-se *legítima* (para esse sentido do contraditório enquanto forma de participação democrática no processo decisório: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. n. 14.4, p. 133-134; n. 16, esp. p. 156-163). Diante disso, a garantia é integrada, dentre outras situações

não haver dúvidas de que no processo civil, sobretudo em relação aos direitos disponíveis, a garantia se traduz, como exigências mínimas, no binômio *informação* (necessária) e *reação* (oportunizada). Assim, todo sujeito tem o direito de ser *necessariamente informado* a respeito de questões postas em juízo que possam lhe ser desfavoráveis, sendo assegurada a *possibilidade de reação*⁶².

Em geral, para que seja respeitada a garantia, é necessário que a oportunidade de manifestação seja concedida à parte *antes* que seja proferida a decisão capaz de prejudicar os seus interesses. Pode-se dizer, dessa forma, que o *contraditório diferido* é admissível apenas em situações *excepcionais* (CPC/15, art. 9º e 10)⁶³.

Nesse sentido, o primeiro requisito a ser extraído do art. 503, § 1º, II é o de que, para que possa haver a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental, seja *oportunizado às partes* que se manifestem a seu respeito *antes* que com base nela se profira a decisão. Não basta, portanto, que seja franqueada à parte prejudicada a manifestação sobre a questão apenas após a decisão, por meio de recurso, por exemplo⁶⁴.

O pressuposto tem grande relevância em hipóteses nas quais uma determinada situação jurídica prejudicial seja sido suscitada *de ofício* pelo órgão julgador: nesse caso, apenas poderá haver a formação de coisa julgada a seu respeito *caso tenha sido oportunizado às partes* que se manifestassem previamente à prolação da decisão, na forma do art. 10 do CPC/15.

Assim, por exemplo, tendo o juiz suscitado de ofício a nulidade de determinada cláusula do contrato em que se baseie a pretensão condenatória, ou a inexistência do direito

jurídicas, pelo *direito de influência* sobre o conteúdo da decisão judicial, o que cria, para o órgão judicial, o *dever em consideração* em relação aos argumentos deduzidos pelas partes, vedando, ainda, a prolação das chamadas *decisões surpresa*, o que impõe a *participação do juiz* no contraditório, em colaboração com as partes. Para essa visão contemporânea do contraditório, são pioneiros, no Brasil, os estudos de Cândido Rangel Dinamarco (“O princípio do contraditório e sua dupla destinação”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. *passim*, esp. n. 258-261, p. 523-528) e de Alvaro de Oliveira (“O juiz e o contraditório”. In: *Revista de processo*, n. 71. São Paulo: RT, 1993. *passim*, p. 31-39).

⁶² Para esta perspectiva clássica do contraditório, ver, por todos: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 61-63. Veja-se o seguinte trecho: “Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis)” (p. 63).

⁶³ Neste sentido, sobre a excepcionalidade do contraditório diferido: COMOGLIO, Luigi Paolo. “Contraddittorio”. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. IV. Torino: UTET, 1989. n. 12, p. 17-18; PISANI, Andrea Proto. “Dell’esercizio dell’azione”. In: *Commentario del codice di procedura civile diretto da Enrico Allorio*. Torino: UTET, 1973. p. 1091-1093.

⁶⁴ Para essa última observação: TALAMINI, Eduardo. “Comentários aos arts. 502 a 508”, p. 717.

de propriedade no qual se funda a ação reivindicatória, a formação de coisa julgada sobre tais questões pressupõe que às partes tenha sido dada a oportunidade de se manifestar *antes da decisão*.

Em outras palavras, para utilizar a terminologia adotada pela doutrina mais atual: *não se forma coisa julgada sobre a questão prejudicial nos casos de decisão surpresa* (ou de *decisões de terceira via*).

É importante entender que há, nessas hipóteses, uma diferença fundamental em relação ao que ocorre com a coisa julgada que recai sobre o julgamento das pretensões das partes (CPC/15, art. 503, *caput*). Isso porque, em relação a essas últimas, o fato de a decisão ter sido proferida antes que se oportunizasse a manifestação dos litigantes, em violação ao art. 10 do CPC/15, não impede que aquela autoridade recaia sobre o dispositivo da decisão. Em outras palavras, o desrespeito ao contraditório, no caso das questões principais, *não obsta a formação da coisa julgada*.

Não há dúvidas, nesses casos, que a decisão transitada em julgado poderá conter vício em decorrência do desrespeito à garantia constitucional do contraditório, passível inclusive de ser reconhecido em ação rescisória (CPC/15, art. 966, V c/c art. 10). Isso não significa, porém, que não terá havido a formação da coisa julgada.

Já em relação às questões prejudiciais, o contraditório prévio é, na forma do art. 503, § 1º, II, *condição de existência da coisa julgada*, de modo que, em caso de decisão surpresa, *não haverá a formação* daquela autoridade⁶⁵. Não será necessário, portanto, sequer o ajuizamento de ação rescisória para que o vício seja reconhecido⁶⁶.

Prosseguindo, o art. 503, § 1º, II, do CPC/15 exige não apenas que o contraditório seja prévio, mas também que seja *efetivo*.

Diante disso, o que nos parece é que, ao *qualificar o contraditório* como *efetivo*, o dispositivo torna necessário, além da *prévia* informação, que haja concreta *reação* a respeito da prejudicial⁶⁷. Em outras palavras, para que se possa falar em coisa julgada

⁶⁵ Para a distinção: DIDIER Jr., Fredie. “Extensão da coisa julgada à resolução...”, n. 6.1.2, p. 88-89; SENRA, Alexandre. *A coisa julgada...*, p. 311.

⁶⁶ A respeito dos meios de impugnação da decisão no caso de ausência de coisa julgada, valem as mesmas considerações feitas por ocasião da análise das sentenças *citra petita* (ver, *supra*, a nota n. 28, no item n. 3.3).

⁶⁷ Interessante notar que, embora em contexto diverso, Dinamarco já utilizou a expressão *contraditório efetivo* exatamente com o mesmo significado: “Há casos em que a *reação* se impõe como absolutamente indispensável, falando a doutrina, com relação a eles, na necessidade de um *contraditório efetivo*” (“O princípio do contraditório...”, p. 521).

sobre a situação jurídica prejudicial incidental, é necessário que sobre ela tenha sido criada *controvérsia* entre as partes; ou seja, que se trate, de fato, de uma *questão (e não um simples ponto) prejudicial*⁶⁸.

Por tal razão é que, nos termos do dispositivo, não há que se falar em coisa julgada sobre a prejudicial quando se verificar a *revelia* do réu, já que nesses casos todas as alegações do autor ficam em estado de incontestância. Vale esclarecer que, para estes fins, equivalem à revelia as situações em que o requerido apresenta contestação *fora do prazo*⁶⁹ ou, ainda, *contestação por negativa geral*⁷⁰.

É importante deixar claro, ainda, que a vedação à formação de coisa julgada não fica afastada pelo fato de a revelia *não produzir seu efeito material* (CPC/15, art. 345), ou seja, em casos nos quais *não incide a presunção de veracidade*, uma vez que, mesmo dessas hipóteses, não terá havido controvérsia em relação à situação jurídica prejudicial.

Além dos casos de revelia, também não haverá coisa julgada em situações nas quais a relação jurídica prejudicial tenha sido *afirmada* por uma das partes e *não controvertida* pela outra, ou seja, quando não for cumprido, quanto a ela, o ônus da impugnação específica. O mesmo ocorre, ainda, quando a prejudicial tenha sido *suscitada de ofício* pelo juiz e não tenha sido questionada pela parte que seria por ela prejudicada.

Por outro lado, não é relevante, a fim de verificar o preenchimento do requisito, que seja avaliada a conduta das partes posterior à criação de controvérsia em relação à questão. Em outras palavras, não se faz necessário que tenha havido a produção de provas a seu

⁶⁸ Nesse sentido, exigindo a formação de questão sobre a situação jurídica prejudicial: FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários...*, vol. IX, n. 71.2.3, p. 134-135; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada...*, n. 4.3.2, p. 147-150; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “O que é abrangido pela coisa julgada...”, n. 3. Era isso, ainda, o que havia sustentado Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, ao sugerir a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro (*Limites objetivos...*, p. 68-69). Em sentido contrário, por outro lado, é a opinião de Rodrigo Ramina de Lucca, para quem basta a oportunidade às partes para atender ao requisito: “O respeito ao contraditório não implica o real aproveitamento pelo interessado das possibilidades que lhe são ofertadas. O contraditório realiza-se com a própria *oportunidade* de participação efetiva e de influência efetiva na decisão judicial. Se a parte aproveita ou não essas *oportunidades* é fato que decorre unicamente da sua diligência ou negligência” (“Os limites objetivos da coisa julgada...”, n. 4.5.). Nesse último sentido, ainda: TALAMINI, Eduardo. “Comentários aos arts. 502 a 508”, p. 717.

⁶⁹ Considerando a vedação expressa no dispositivo, discorda-se da posição de Ricardo Alexandre da Silva, no sentido de que poderia haver a formação de coisa julgada em casos nos quais o réu tenha apresentado contestação intempestiva e requerido a produção de provas pelo fato de que haveria, no caso, debate sobre a prejudicial (*Limites objetivos da coisa julgada...*, p. 159-160).

⁷⁰ Nesse sentido, Cleanto Guimarães Siqueira escreve que a *revelia* fica verificada quando, objetivamente, ocorre uma de três situações possíveis: a) omissão de ofertar contestação; b) contestação por negativa geral; e c) contestação ofertada fora do prazo (*A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo civil de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. n. 6.2.2, p. 257-259).

respeito, que a parte tenha interposto recurso da respectiva decisão etc.⁷¹ Essa é, vale dizer, uma posição que visa a *evitar que se torne mais complexa* análise do requisito previsto no art. 503, § 1º, II.

Como a essa altura já deve ter ficado claro, assim como ocorreu em relação ao requisito da essencialidade da questão para o julgamento do mérito, a interpretação aqui proposta é inspirada na forma como é tratado o instituto da *issue preclusion* no processo civil norte-americano. Segundo nos parece, as mesmas razões utilizadas naquele sistema para que seja exigida a efetiva contradição sobre a questão podem justificar, no Brasil, que só haja a formação de coisa julgada sobre a situação prejudicial incidental em relação à qual tenha havido controvérsia entre as partes.

De modo análogo ao que se disse em relação àquele sistema, isso decorre do fato de que a coisa julgada formada por força do art. 503, § 1º do CPC/15 recai sobre um *elemento interno a determinado processo*, mas projeta sua *autoridade* (e, como vimos, *efeitos substanciais*) *para fora* daquele mesmo processo, indo muito além da eficácia em geral esperada do julgamento da causa.

Como se disse naquela oportunidade, é relevante constatar que, *em relação a um processo que esteja em curso, as partes têm alguma possibilidade de prognosticar a relevância que uma situação jurídica prejudicial terá para o julgamento*. Não se trata, de toda sorte, de previsão que se possa dizer irrefutável, tendo em vista, como se procurou deixar claro na primeira parte do trabalho, que o fato de ter surgido uma questão prejudicial em juízo não é indício seguro de que ela precisará ser necessariamente analisada para fins de julgamento da causa⁷².

De todo modo, ainda quanto ao processo em curso, os litigantes *têm condições de estimar a importância que o próprio julgamento terá para os seus interesses*. Ou seja, têm

⁷¹ É o que também sustenta João Francisco Naves da Fonseca: “A exigência do contraditório não pode ser levada ao extremo de inviabilizar a formação de coisa julgada sobre questões prejudiciais. Assim, para que se considere preenchido o pressuposto em tema, basta que (I) uma parte tenha afirmado algo sobre determinada relação jurídica prejudicial e a outra negado; e (II) o juiz tenha conferido a elas a oportunidade de debaterem e de produzirem prova acerca dessa alegação. Isso significa que a circunstância de uma das partes não se esmerar na tarefa de convencimento do juiz não tem o condão, por si só, de impedir a formação de coisa julgada sobre a aludida questão. [...] Em suma, é preciso ter havido contraditório prévio e efetivo, mas a qualidade e a profundidade são irrelevantes para os fins do § 1º do art. 503” (*Comentários...*, vol. IX, n. 71.2.3, p. 134). Em sentido contrário, por outro lado: REDONDO, Bruno Garcia. “Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC”. In: *Revista de processo*, n. 248. São Paulo: RT, 2015. n. 7.3.

⁷² Diante dessa constatação, mostra-se relevante o requisito da *essencialidade* da questão na solução do mérito, como se viu no item n. 5.9, *supra*.

a possibilidade de avaliar os benefícios ou os prejuízos que decorreriam de um julgamento favorável ou desfavorável.

A partir desse tipo de avaliação, as partes têm, finalmente, a possibilidade de adotar uma postura mais ou menos ativa em relação aos diversos elementos de cognição que surjam no processo, podendo, inclusive, optar por *não controverter um ou todos eles*. Isso pode ocorrer em razão de o litigante entender que a questão seria pouco relevante para o julgamento da causa, ou, ao que nos interessa mais de perto, *pela avaliação de que a própria causa não justifica o esforço que seria necessário em relação àquele elemento*.

O fato é que, como dito acima, uma vez que esses mesmos elementos de cognição sejam aptos a adquirir a autoridade de coisa julgada (e, como visto, efeitos substanciais), torna-se verdadeiramente *imprevisível* a relevância que eles poderão ter para as partes no futuro, seja no julgamento de outros processos, seja em suas relações de direito material.

Essa é, ao que parece, uma consequência natural do fato de que, no sistema do CPC/15, a coisa julgada pode recair sobre elementos que não foram deduzidos em caráter principal. Não há nada que se possa fazer a fim de evitar essa grande margem de imprevisibilidade em relação aos impactos que aquela situação jurídica poderá ter para as partes no futuro.

É exatamente por isso que, a fim de tornar legítima essa vinculação, a lei procura fazer com que ela apenas possa defluir da análise de elementos que *tenham se mostrado relevantes para as partes no âmbito do processo em que tenham sido analisadas*. Em outras palavras, busca-se *evitar* que a coisa julgada recaia sobre uma situação jurídica prejudicial que, para os fins do processo em que tenha sido enfrentada, *não tenha interessado aos litigantes controverter*⁷³.

Caso contrário, poderia haver a formação de coisa julgada sobre uma situação jurídica prejudicial que as partes optaram por não colocar em discussão por compreender que seria ela irrelevante para o julgamento, ou, ainda, porque o próprio direito discutido no

⁷³ Em sentido semelhante, são as considerações de Taruffo sobre a *issue preclusion* no sistema norte-americano: “Por outro lado, se a mera possibilidade de se defender, que também deve ser plenamente garantida em relação a todo ato do processo, é condição suficiente para que sobre a decisão da questão prejudicial se forme a coisa julgada idônea a produzir os seus efeitos em todo juízo sucessivo no qual venha feita valer a mesma pretensão, não é suficiente quando no segundo processo seja feita valer uma pretensão diversa. Em tal hipótese, pela maior gravidade das consequências que a coisa julgada pode produzir sobre as partes, deve se requerer que no primeiro juízo ambas as partes tenham desenvolvido uma defesa efetiva e adequada sobre a questão prejudicial” (“Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni” (parte II), p. 292 – tradução livre).

processo não seria de uma importância tal que justificasse os esforços que para tanto seriam necessários⁷⁴. E isso, por sua vez, causaria inegáveis prejuízos ao contraditório, ante a ausência de cognição adequada em relação àquele elemento de convicção.

Por outro lado, diante da possibilidade de que tal consequência fosse produzida, poderiam as partes se sentir compelidas a centrar seus esforços em demonstrar suas razões em relação a uma situação jurídica prejudicial que, para os fins daquele processo, não mereceria maior atenção. Isso, então, causaria os problemas, frequentemente identificados pela doutrina estadunidense, ligados ao recrudescimento da litigiosidade quanto a questões que não seriam relevantes para o julgamento do mérito, ou quanto a um processo que não valeria tais esforços.

Em suma, considerando que a coisa julgada atingirá, nesses casos, questões cuja real importância é ainda desconhecida pelas partes, exigir que exista contraditório efetivo é uma forma de evitar a vinculação a uma situação jurídica à qual as partes não tenham dado valor num momento, mas que posteriormente possa se mostrar relevante.

Afinal, às partes deve ser garantido o direito de poder deixar de atuar em um determinado processo sem que, com isso, arisquem sofrer consequências negativas que vão além dos resultados daquela própria demanda⁷⁵. Em outras palavras: não tendo sido formulada pretensão sobre uma determinada situação jurídica prejudicial, não devem os litigantes se sentir obrigados a debatê-la apenas com o receio de que ela se mostre vinculante no futuro.

Como procuramos deixar claro na primeira parte deste trabalho, a formação de coisa julgada sobre as questões prejudiciais incidentais, a fim de que se compatibilize com o princípio da demanda, *deve ser vista como uma consequência (um subproduto) do julgamento das pretensões deduzidas em caráter principal.*

⁷⁴ Portanto, discorda-se da opinião de Antonio do Passo Cabral, segundo o qual nos casos de *omissões conclusivas*, “fruto de uma opção livre e planejada” das partes, poderia haver a formação de vinculações, uma vez que, nesses casos, o litigante estaria assumindo as consequências de sua inércia (*Coisa julgada...*, n. 8.3.2.4.1, p. 453-463). A questão, a nosso ver, é justamente que as partes devem ter a possibilidade de optar por se omitir em relação a determinados elementos sem que, com isso, arrisquem perder mais do que a causa em disputa.

⁷⁵ Nesse sentido, é o que escreve Antonio do Passo Cabral, embora, na ocasião, tratasse da *issue preclusion* norte-americana “[...] o réu deve ser livre para não contestar, avaliando os riscos da derrota iminente. Porém, é igualmente um direito seu não arriscar nada mais do que consta daquela demanda, nada além do que se discute naquele juízo. Seria injusto imaginar que o réu tivesse implicitamente optado por não atacar todo e qualquer argumento do autor porque o demandado pode ter fundadas razões para escolher validamente não o fazer” (*Coisa julgada...*, p. 194).

Essas razões impedem que se possa aderir à posição, recentemente sustentada, de que, tendo as partes sido *instadas pelo juiz a se manifestar sobre um determinado ponto prejudicial* – especialmente por ocasião do *saneamento do processo* (CPC/15, art. 357) – estaria preenchido o requisito do contraditório efetivo, *ainda que não haja posterior controvérsia em relação àquela situação jurídica*⁷⁶.

Trata-se inegavelmente de posição interessante, na medida em que o alerta, por parte do juiz, é ao menos um bom indício de que aquela situação jurídica se mostraria relevante para os fins do julgamento da demanda em curso.

Deve-se considerar, contudo, que referida providência judicial, se é capaz de transmitir às partes a informação de que o elemento prejudicial pode ser utilizado naquele julgamento, *nada diz com relação à importância que a questão poderá ter no futuro*. Volta-se, aqui, ao mesmo problema acima identificado: é praticamente inviável aos litigantes prognosticar as consequências que a formação de coisa julgada sobre uma situação jurídica incidental poderá representar para o julgamento de processos ainda não iniciados, e para a suas relações substanciais.

Sendo assim, devem as partes poder optar, conscientemente, por não questionar aquele elemento por entender que, independentemente de sua relevância para o julgamento em curso, *o próprio resultado do processo não valeria tal esforço*. E, repita-se, não tendo nenhum dos litigantes formulado demanda quanto àquela situação jurídica, *não devem eles se sentir compelidos a centrar seus esforços sobre a questão* apenas em virtude da possibilidade de formação de coisa julgada a seu respeito.

Isso não afasta, por outro lado, que a indicação do juiz na decisão de saneamento de que se valerá de determinada questão para o julgamento do mérito e, ainda, que há o risco de formação de coisa julgada a seu respeito, não seja algo salutar. Trata-se, na verdade, de medida extremamente oportuna, tendo em vista o dever de cooperação entre os sujeitos do processo (CPC/15, art. 6º), ao qual é ínsito o *dever de diálogo* entre o juiz e as partes.

⁷⁶ É o que sustenta Eduardo Talamini: “Se o juiz identificar a existência de questões prejudiciais cuja solução, em tese, seria apta a fazer coisa julgada, nos termos do art. 503, § 1º, é dever seu também advertir as partes a respeito dessa circunstância. [...] A advertência do juiz assume especial relevância nos casos em que uma das partes opta, na fase instrutória, por uma conduta passiva em face de tal questão. Nesse caso, tendo havido a prévia advertência judicial, está suficientemente satisfeito o requisito do contraditório, para fins de atribuição de coisa” (“Comentários aos arts. 354 a 357”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 186).

O que se quer dizer, apenas, é que referido alerta é por si só *irrelevante* para fins de preenchimento dos requisitos previstos no art. 503, § 1º. Assim, por um lado, pode-se dizer que a existência dessa informação *não é suficiente para suprir a ausência do contraditório efetivo*. Por outro lado, a ausência do alerta *não obsta a formação da coisa julgada*, desde que, é claro, se trate de questão submetida a prévio e efetivo contraditório entre as partes⁷⁷.

Diante disso, fica demonstrado, como anunciado no início do tópico, que o requisito do contraditório efetivo sobre a situação jurídica prejudicial é um relevante fator de *equilíbrio* entre os interesses (públicos, sobretudo) que são valorizados com a extensão da coisa julgada para além das pretensões das partes, e o princípio da demanda. Trata-se de maneira de garantir aos litigantes que eles não se verão futuramente vinculados à análise de questões que não lhes interessava debater num determinado processo.

Não se nega que a posição aqui adotada traz a consequência negativa de possibilitar que uma das partes, em atitude contrária à boa-fé, deixe de questionar determinado elemento apenas a fim de evitar a formação de coisa julgada a seu respeito. Ainda assim, porém, não parece que este fato possa ser relevante para afastar os argumentos acima desenvolvidos: mesmo nesse caso, deve ser garantido à parte o direito de não arriscar nada além do que a derrota no processo em curso⁷⁸.

Além disso, não se pode dizer que referida conduta seria capaz de *frustrar* alguma expectativa depositada pela parte contrária na obtenção de coisa julgada, na medida em que, mesmo podendo, ela *deixou de deduzir demanda a respeito da situação jurídica*

⁷⁷ Em sentido semelhante, João Francisco Naves da Fonseca anota que “é *recomendável* que o juiz advirta as partes de que determinada questão prejudicial poderá ser objeto de decisão expressa passível de ficar coberta pela coisa julgada. A ocasião mais oportuna para tal aviso é o saneamento do processo (CPC, art. 357). Mas mesmo que o juiz não advirta as partes sobre a possibilidade de determinada questão ser decidida com força de coisa julgada, se as partes exercerem o contraditório prévio e efetivo sobre ela, estará satisfeito o pressuposto do art. 503, § 1º, II. Isso porque, nesse caso, a omissão do juiz não causou nenhum prejuízo ao debate” (*Comentários...*, vol. IX, n. 71.2.3, p. 134).

⁷⁸ Em sentido contrário, é a opinião de Antonio do Passo Cabral, em passagem voltada justamente a afastar a necessidade de *efetiva litigância* sobre uma questão para que possa haver a formação de coisa julgada, que, a seu ver, poderia ocorrer inclusive em hipóteses de revelia: “No que se refere à redução de estabilidade nas decisões baseadas em revelia, temos que o formato da ‘efetiva litigância’ é inadequado por desconsiderar os parâmetros e vetores anteriormente sustentados: boa-fé, autovinculação, influência, cadeias de vínculos, intensidade do debate, etc. A omissão em discutir, que gera a revelia, é fruto de uma opção legítima que pode significar uma escolha voluntária em não participar do processo, sinalizando para os demais sujeitos como um padrão de conduta estável” (*Coisa julgada...*, p. 460). A nosso ver, porém, a parte deve poder exercer tal “opção legítima” de não litigar uma questão sem que isso extrapole as dimensões do objeto litigioso do processo em curso. Nesses casos, o “padrão de conduta” que o comportamento omissivo da parte “sinaliza” para os demais sujeitos do processo deve dizer respeito, única e exclusivamente, à demanda concretamente formulada.

prejudicial. E, dessa forma, deve estar consciente de que a formação daquela autoridade se sujeita ao regime jurídico especial instituído pelos §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC/15.

5.12. (Segue) O contraditório efetivo e a essencialidade da questão como requisitos cumulativos

Da descrição das razões que justificam o requisito do *contraditório efetivo* (CPC/15, art. 503, § 1º, II), tratado como a existência de controvérsia sobre a situação jurídica prejudicial, o que se percebe é que elas em muito se aproximam dos fundamentos subjacentes ao pressuposto da *essencialidade* (CPC/15, art. 503, § 1º, I).

Diante disso, então, é de se questionar os motivos pelos quais é necessária a presença de ambos, e não de apenas um deles. Isso é: por que não exigir *apenas* que a questão tenha sido *debatida* pelas partes, independentemente de ser ela determinante para a decisão? Ou, por outro lado, por que não permitir a formação da coisa julgada sobre questão que, conquanto tenha ficado *incontroversa*, tenha se mostrado *essencial* para a forma como se resolveu o mérito⁷⁹?

Trata-se, segundo nos parece, de questão importante a ser respondida, uma vez que, caso se entenda que apenas um dos dois requisitos é suficiente para resguardar aqueles valores, pode-se interpretar o outro de forma menos rigorosa, o que permitiria a formação da coisa julgada em um maior número de situações.

De fato, pode-se dizer, a partir das considerações até o momento desenvolvidas, que ambos os requisitos decorrem, de modo mais amplo, de uma mesma preocupação: *evitar que as partes fiquem vinculadas à análise de um elemento ao qual podem vir a não dedicar esforços suficientes, diante de sua baixa relevância do ponto de vista daquela demanda específica*.

Essa preocupação, por sua vez, decorre de duas consequências negativas que poderiam ser provocados pela possibilidade de formação da coisa julgada em semelhantes condições: primeiramente, as partes poderiam se encontrar futuramente vinculadas a uma decisão de cuja formação não tenham participado adequadamente, isto é, em relação à qual não tenham deduzido as razões voltadas a alcançar uma solução que lhes fosse favorável,

⁷⁹ Como visto, é isso o que ocorre na Inglaterra (*supra*, n. 4.7), em que a *issue estoppel* pode recair sobre questões *incontroversas*, desde que se mostrem *essenciais* para o julgamento.

com *prejuízos ao contraditório, ante a ausência de cognição adequada* (art. 5º, LV). Além disso, tendo em vista justamente este risco, poderia ocorrer de as partes se sentirem compelidas a dedicar esforços na demonstração de suas razões quanto a questões que não fossem efetivamente relevantes para o julgamento da causa, *o que traria prejuízos à duração razoável do processo* (CF/88, art. 5º, LXXVIII) e à *eficiência na administração da justiça* (CF/88, art. 37).

O que nos parece, contudo, é que apesar de decorrerem de uma mesma preocupação, cada um dos requisitos busca lidar com a questão a partir de *perspectivas distintas*, que em última análise acabam por se completar, garantindo um enfrentamento mais completo do problema. Explica-se.

O pressuposto da *essencialidade* da questão busca garantir que a coisa julgada fique restrita a elementos que, no âmbito *interno* do processo, mostrem-se efetivamente relevantes para o julgamento. Procura-se, com isso, evitar a formação da vinculação em relação a questões que tenham sido enfrentadas pelo julgador, mas que, por serem colaterais em relação à solução alcançada, não tenham recebido maior atenção de uma ou ambas as partes. Trata-se, em resumo, de uma preocupação que se refere à *relevância endoprocessual* de uma questão, ou seja, sua importância para a solução daquela demanda específica.

Essa preocupação com a relevância da questão no âmbito interno do processo, porém, nada diz com relação à importância que de um ponto de vista *externo* – ou seja, de seus *interesses materiais* – a *própria demanda* possa ter para uma das partes. Com efeito, pode ocorrer que, malgrado identifique a importância de uma questão na solução da causa, o litigante considere que não compensaria investir esforços em obter uma solução a seu favor, pela baixa relevância que atribui ao próprio direito litigioso. Nesse caso, a questão deixará de ser relevante do ponto de vista *extraprocessual*, ou seja, porque os resultados a que conduziria uma resolução em favor da parte não valem os esforços para tanto necessários.

Nessa hipótese, em que a questão deixa de ser importante para a parte porque o próprio resultado final do processo não é assim tão relevante, entra em jogo o requisito do *contraditório efetivo*, que evita a formação da coisa julgada quando aquele elemento não tenha sido questionado. Com base nesse pressuposto, o litigante pode exercer livremente a

escolha de deixar de controverter uma questão ainda que ela seja relevante para o julgamento do mérito, quando esse próprio julgamento não valeria tal esforço.

Esse último requisito, por sua vez, também do ponto de vista *interno* do processo, pode desempenhar uma função que não parece ser exercida pela essencialidade da questão: pode ocorrer de a parte deixar de centrar esforços em um determinado elemento por avaliar que ele não teria importância decisiva para o julgamento da causa e, ao final, este prognóstico se mostrar equivocado. Basta que se pense na possibilidade de que o julgador, em sua decisão, adote caminho argumentativo que a parte julgava ser menos provável. Nesses casos, não fosse a exigência de efetiva controvérsia, a parte poderia se ver futuramente vinculada à análise de uma questão que acabou não debatendo por imaginar que ela seria irrelevante para a solução da causa.

Por outro lado, ainda do ponto de vista *interno* do processo, o requisito da *essencialidade* pode exercer um interessante papel complementar ao pressuposto da efetiva controvérsia: pode ocorrer que, tendo sido controvertidas num primeiro momento pelas partes, determinadas questões deixem de merecer posteriormente a sua atenção pelo fato de que, da maneira como vem a se desenvolver o processo, elas deixem de se mostrar relevantes para o julgamento a ser proferido.

Nessa hipótese, na ausência do requisito da essencialidade, caso o juiz resolvesse de algum modo enfrentar a questão em sua decisão, mesmo que ela não se mostrasse determinante para o julgamento, poderia a parte se ver vinculada à análise de um elemento, que, conquanto tenha sido controvertido, foi deixado de lado por ter se mostrado menos relevante que outros possíveis fundamentos decisórios.

Dessa linha de raciocínio resulta, como se disse, que os requisitos do contraditório efetivo e da essencialidade da questão para o julgamento, embora visem à proteção de valores idênticos ou semelhantes, atuam de modo complementar, sendo cada um deles capaz de suplantar certas insuficiências do outro.

Isso porque, em resumo, (i) o requisito do *contraditório efetivo*, ao restringir a incidência do art. 503, § 1º a situações jurídicas controvertidas, evita a formação de coisa julgada sobre elementos que, *sendo relevantes para o julgamento*, as partes podem não ter debatido (i.1) por entender que o direito em disputa *não valeria os esforços para tanto necessários*, ou (i.2) por prognosticar *equivocadamente* que o aquele elemento não seria importante para o julgamento.

Por sua vez, (ii) o pressuposto da *essencialidade da questão* para a solução da causa visa a evitar a vinculação a elementos que, *tendo sido controvertidos*, podem ter sido posteriormente deixados de lado porque, com o desenvolvimento do processo, passaram a se mostrar *menos relevantes para o julgamento do mérito*.

Em conjunto, portanto, ambos os requisitos contribuem para que o art. 503, § 1º do CPC/15 apenas recaia sobre situações jurídicas sobre as quais as partes tenham dedicado esforços *pela relevância que teriam para o julgamento daquela própria demanda*, fazendo com que a coisa julgada seja, nesses casos, uma *consequência*, um *subproduto* do julgamento do mérito, e *não um fim em si mesmo*.

Isso, por sua vez, é necessário a fim de *compatibilizar* a formação de coisa julgada sobre elementos incidentais com o *princípio da demanda*, evitando que as partes se vejam obrigadas a se dedicar a uma situação jurídica em relação à qual, mesmo podendo, não formularam pretensão.

5.13. Observância das regras de competência absoluta

Requisito que, embora de análise mais simples, tem grande importância na preservação do devido processo legal, é a necessidade de que, para que haja coisa julgada sobre a questão prejudicial, o juízo onde tramita a demanda seja competente “*em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal*”.

Como se pode ver do art. 503, § 1º, III, exige-se, tão somente, que se respeitem as regras de competência *absoluta*. Afinal, caso o juízo fosse apenas *relativamente incompetente* para conhecer da questão prejudicial a título principal, a conexão decorrente da relação de prejudicialidade levaria à prorrogação da competência, sanando, com isso, qualquer defeito.

Por outro lado, ainda nessa linha de raciocínio, o dispositivo deve ser aplicado a *qualquer hipótese de competência absoluta*, e não apenas àquelas fixadas com base nos critérios material ou pessoal. Dessa forma, também se exige o preenchimento do requisito nas hipóteses excepcionais em que a distribuição da competência *em razão do local* é

considerada absoluta, como ocorre com as demandas fundadas em “direitos reais sobre imóveis” (CPC/15, art. 47), ou com as ações coletivas (Lei nº 7.347/85, art. 2º)⁸⁰.

É importante notar que o requisito decorre da constatação de que todo juízo deve ser considerado competente para a análise dos *fundamentos* necessários à apreciação das demandas que lhe são conferidas. Desse modo, o fato de que, porventura, uma das questões incidentais necessárias ao julgamento do mérito envolva a análise de *matéria* ou de *pessoa* em relação à qual o órgão julgador não teria competência para proferir decisão em caráter principal, *não impede* o julgamento da pretensão⁸¹.

Quanto se pensa, porém, na aplicação do art. 503, § 1º a um desses elementos analisados a título incidental, deve-se considerar que, conquanto não tenham sido objeto de demanda, serão produzidos efeitos idênticos aos que decorreriam de sua análise em caráter incidental: haverá a formação de *coisa julgada*, e, ainda, a atribuição de *eficácia substancial* à sua resolução.

Diante disso, faz todo sentido que a incidência do dispositivo pressuponha que o órgão judicial seja competente para resolver aquele elemento, que será enfrentado de modo incidental, em caráter principal. Caso contrário, a regra do art. 503, § 1º estaria em contradição com a garantia constitucional que assegura a todo sujeito o direito de ser *processado e julgado pela autoridade competente* (CF/88, art. 5º, LIII)⁸².

Um exemplo pode ajudar a esclarecer o que se quer dizer: suponhamos que um sujeito tenha ajuizado demanda em face do INSS, em que requer a condenação do réu ao pagamento de pensão em decorrência da morte de seu companheiro. Nesse caso, sendo competente para o processamento e julgamento da causa a Justiça Federal, não haverá a possibilidade de formação de coisa julgada sobre a análise incidental que se fizer a respeito da existência de união estável, para a qual seria competente a Justiça Estadual.

É importante, porém, ressaltar: o fato de o juízo ser absolutamente incompetente para conhecer da questão prejudicial a título principal não impede, de modo algum, que a

⁸⁰ Nesse sentido, vale conferir: FONSECA, João Francisco Naves da. *Comentários...*, vol. IX, n. 71.2.4, p. 136-137; SENRA, Alexandre. *A coisa julgada...*, n. 6.4.4.5, p. 313-316.

⁸¹ “O juiz estatal civil sempre tem o poder de resolver apenas na fundamentação questões prejudiciais para as quais não teria competência de julgamento em caráter principal” (TALAMINI, Eduardo. “Comentários aos arts. 502 a 508”, p. 717).

⁸² Sobre relevância da observância das regras de competência nestes casos, vale conferir, com grande proveito: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, n. 8.3.2.5.3, p. 471-473.

demanda seja julgada. A única consequência, nesses casos, é a de que não haverá a formação de coisa julgada sobre a situação jurídica incidental.

Valem, quanto a este requisito, considerações idênticas às que se fez em relação à necessidade de contraditório prévio: no caso das questões prejudiciais incidentais, a *ausência de competência* levará à *inexistência de coisa julgada*, por *ausência de suporte fático* apto a produzir aquela autoridade. Nessa hipótese, não haverá a necessidade de propositura de ação rescisória com o fim de ver reconhecido o vício.

Diferente disso, como se sabe, é o que ocorre com relação ao julgamento das pretensões deduzidas em caráter principal, em que o desrespeito às regras de competência absoluta *não impede* a formação da coisa julgada, tornando, apenas, rescindível a respectiva decisão (CPC/15, art. 966, II)⁸³.

5.14. Ausência de restrições cognitivas ou probatórias

Por fim, o último dos requisitos a ser analisado é aquele previsto no § 2º do art. 503, que obsta a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial quando “*no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição*” que impeçam o aprofundamento de sua análise.

O dispositivo se insere no contexto da discussão mais ampla a respeito da relação entre *cognição exauriente e coisa julgada*.

Com efeito, considerando que a formação daquela autoridade leva à impossibilidade de se tornar a discutir determinado conteúdo decisório, há quem entenda – com inteiro acerto, a nosso ver – que a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF/88, art. 5º, XXXV) limitaria a coisa julgada a provimentos proferidos após ter sido oportunizada às partes a mais ampla possibilidade de demonstrar suas razões em relação à matéria discutida. Haveria, então, uma *vinculação constitucional* da coisa julgada à cognição exauriente, o que vedaria que se tornassem definitivas decisões fundadas em cognição sumária⁸⁴.

⁸³ Assim, dentre outros: DIDIER Jr., Fredie. “Extensão da coisa julgada à resolução...”, n. 6.1.3, p. 89-90.

⁸⁴ Nesse sentido, é muito conhecido o pensamento de Eduardo Talamini: “Outro parâmetro fundamental para a atribuição da coisa julgada é a presença de cognição exauriente. O instituto – que tem por essência a imutabilidade – é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da

De outro lado, há autores que, embora sem desconsiderar a relevância que uma adequada cognição deve ter para a formação de coisa julgada, entendem que esse é um problema a ser resolvido pelo direito positivo. O legislador poderia, portanto, outorgar a autoridade de coisa julgada a provimentos não precedidos de cognição exauriente, sobretudo em hipóteses nas quais a parte prejudicada poderia ter instaurado procedimento de cognição plena, como ocorre na ação monitória⁸⁵.

De toda sorte, independentemente da existência ou não de referida vinculação constitucional, o fato é que, no que tange às questões prejudiciais incidentais, o legislador optou por vedar expressamente a formação de coisa julgada quando no processo houver “*restrições probatórias*” ou “*limitações à cognição*” que impeçam o aprofundamento de sua análise. Passemos, então, a analisar essas duas hipóteses.

No que tange à primeira delas, pode-se dizer que não haverá coisa julgada sobre as situações jurídicas prejudiciais analisadas incidentalmente em processos nos quais determinados *meios de prova* são considerados inadmissíveis, excepcionando, assim, a regra prevista no art. 369 do CPC/15.

É o que ocorre, por exemplo, nos processos que tramitam nos juizados especiais cíveis, em que é inadmissível a realização de perícia complexa (Lei nº 9.099/95, art. 35, *contrario sensu*), ou no procedimento especial de inventário, em que apenas se admite a produção de prova documental (CPC/15, art. 612, segunda parte).

proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo legal. [...] O que confere idoneidade para o ato ficar imune à revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas sobretudo a profundidade da cognição que se pôde desenvolver” (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 54). No mesmo sentido, ainda, na doutrina brasileira, é o que sustentam, dentre outros: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. I. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 392-394; EID, Elie Pierre. “Limites à tutela sumária”. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coord.: José Roberto dos Santos Bedaque [et al.]. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, n. 5, p. 101-110; GRECO, Leonardo. “Cognição sumária e coisa julgada”. In: *Revista eletrônica de direito processual*, vol. X (2012). n. 5, p. 280-282. A mesma opinião é defendida, ainda, por setores da doutrina italiana (PISANI, Andrea Proto. “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1979. n. 10, p. 584-587), espanhola (FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000. n. 3.2.2, p. 149-155) e portuguesa (CAPELO, Maria José. *A sentença entre a autoridade e a prova: em buscas de traços distintivos do caso julgado civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016. p. 80).

⁸⁵ É o que afirmam, na doutrina brasileira, dentre outros: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luis Guilherme. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015. n. 5.2.8, p. 89; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Estabilização das tutelas de urgência”. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005. n. 5, p. 668-669; LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010. n. 23, p. 167-171. Também nesse sentido, na doutrina italiana, vale conferir, com rica indicação bibliográfica: “Regiudicata civile”. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. XVI. Torino: UTET, 1997. n. 9, p. 423-426.

Parece correta, ainda, a ideia de que não haverá espaço para a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial em casos nos quais as partes tenham firmado negócio jurídico processual atípico no sentido de *excluir* a utilização de determinado *meio de prova* no processo (CPC/15, art. 190), *desde que se entenda que, nessas situações, o juiz estaria impedido de determinar a produção da prova de ofício*⁸⁶. Para aqueles que compreendem, porém, que tal convenção não seria capaz de excluir os poderes instrutórios do juiz, não haveria impedimento à coisa julgada, uma vez que não existiria, no processo, óbice ao “aprofundamento da análise da questão prejudicial” (CPC/15, art. 503, § 2º)⁸⁷⁻⁸⁸.

A vedação à formação de coisa julgada sobre questões prejudiciais em processos em que existam restrições probatórias parece ter uma relevância especial em determinadas modalidades de procedimento que se caracterizam pela chamada *cognição plena e exauriente* “*secundum eventum probationis*”.

É o caso do *mandado de segurança*: havendo prova pré-constituída de todos os fatos relevantes para o julgamento da causa, considera-se que o juiz é capaz de exercer *cognição exauriente* e, assim, há decisão de mérito com aptidão à coisa julgada. Caso contrário, sendo necessários outros elementos de instrução, o modelo procedimental veda a produção probatória, caso em que, ante a impossibilidade de *cognição exauriente*, inviabiliza-se o julgamento do mérito⁸⁹.

⁸⁶ Nesse sentido: SENRA, Alexandre. *A coisa julgada...*, n. 6.4.4.6.1, p. 319-320.

⁸⁷ Como explica Heitor Sica, há duas formas de compreender a vinculação do juiz a um acordo das partes tendente a excluir do processo a produção de determinado meio de prova: na primeira (*fraca*), caberia ao juiz simplesmente dar cumprimento ao acordo, impedindo as partes de produzir a prova, o que não tolheria seus poderes de determinar a realização da prova de ofício. Já na segunda (*forte*), estariam excluídos os poderes instrutórios do juiz, que deveria julgar a causa com base nos elementos de prova produzidos pelas partes (“Comentários aos arts. 188 a 202”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 752, nota n. 1547). Tomando de empréstimo as palavras do processualista, entendemos que “a questão ainda merece melhor tratamento da doutrina, sendo prematuro firmar posição em face de argumentos pouco refletidos”, razão pela qual nos limitamos, nesta sede, a explicitar quais seriam as consequências da adoção de cada uma das possíveis posições.

⁸⁸ *Mutatis mutandis*, parece aplicável, ao presente contexto, a ideia de Eduardo Talamini que, ao refutar – corretamente, a nosso ver – que julgamentos proferidos à revelia seriam fundados em *cognição sumária*, recorreu justamente à possibilidade de que, mesmo nesses casos, o juiz determine a produção de provas de ofício: “A existência dessa possibilidade já é o que basta para que não se possa considerar a hipótese como sendo de *cognição sumária*. Há uma fundamental diferença, p. ex., entre essa situação no processo comum de conhecimento e aquela que ocorre no processo monitorio quando o réu deixa passar em branco o prazo para opor embargos ao mandado. Nesse último caso, o juiz está de mãos atadas; não pode promover nenhuma diligência instrutória, formando-se ‘de pleno direito’ o título executivo. Isso sim é um caso de *cognição sumária*, e não gera coisa julgada material” (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 55-56).

⁸⁹ Sobre a impossibilidade de julgamento do mérito do mandado de segurança na ausência de prova pré-constituída (“direito líquido e certo”), vale conferir, com grande proveito: BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16-18. A respeito do enquadramento do *writ* na ideia de *cognição exauriente secundum eventum*

Pode-se dizer, contudo, que mesmo tendo havido julgamento do mérito e cognição exauriente, não há coisa julgada sobre as questões prejudiciais incidentais analisadas no mandado de segurança. A vedação à formação daquela autoridade nos casos de “*restrições probatórias*” aplica-se, por expressa opção do legislador, mesmo que a cognição seja exauriente⁹⁰. Deve-se entender, a propósito, que o art. 503, § 2º encerra “dois critérios distintos e alternativos”⁹¹.

Na sequência, o art. 503, § 2º veda a formação de coisa julgada sobre questões prejudiciais analisadas em processos nos quais que existam “*limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial*”.

A interpretação do texto legal passa, antes de tudo, pela lembrança de que a cognição pode ser considerada em duas dimensões distintas: no plano *horizontal*, leva-se em consideração a amplitude das questões que podem ser analisadas num dado processo; já no plano *vertical*, tem importância a profundidade de análise destas mesmas questões⁹².

Quando se fala em *limitação da cognição*, como ocorre no dispositivo analisado, pode-se pensar na restrição em qualquer uma das duas dimensões. Assim, as restrições podem se colocar tanto no plano *vertical*, caso em que se fala em *cognição sumária* (em contraposição à cognição exauriente), quanto no plano *horizontal*, em que o caso é de *cognição parcial* (em contraposição à cognição plena)⁹³.

probationis: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luis Guilherme. *Prova e convicção*, n. 5.2.11, p. 92-93; PINTO, Marcos Vinícius. *O mandado de segurança coletivo como instrumento de tutela coletiva*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. n. 3.4, p. 64-68; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 61; WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. n. 22.3, p. 125. Em sentido contrário, por outro lado, ressaltando que a vedação da utilização de outras provas já seria suficiente para afastar a cognição exauriente: LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*, n. 21.3, p. 150-155.

⁹⁰ Nesse sentido, afirmando a aplicação da vedação nos casos de cognição exauriente *secundum eventum probationis*: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso...*, vol. 2, p. 683. Em sentido semelhante, embora sem se utilizar da mesma terminologia, afastando a incidência da coisa julgada sobre a prejudicial analisada em mandado de segurança: BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*, p. 404; CÂMARA, Alexandre Freitas. “Limites objetivos da coisa julgada...”, p. 704; TUCCI, José Rogério Cruz e. “Comentários aos arts. 502 a 508”, p. 492.

⁹¹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. “Os limites objetivos da coisa julgada...”, n. 4.7.

⁹² Assim, por todos: WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, p. 118-119.

⁹³ É essa a terminologia sugerida por Kazuo Watanabe (*Cognição no processo civil*, p. 118-119). Não se desconhece, por outro lado, que a expressão “cognição sumária” é frequentemente utilizado para se referir a ambas as modalidades de limitação, como faz, por exemplo, Proto Pisani, para quem a cognição pode ser “*sumária porque parcial*”, ou “*sumária porque superficial*” (“La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano”. In: *Revista de processo*, n. 90. São Paulo: RT, 1998. p. 24 – *tradução livre*). No mesmo sentido, ainda, é a perspectiva adotada por Ricardo Leonel: *Tutela jurisdicional diferenciada*, p. 21. No texto, porém, considerando o tratamento distinto que deve ser dado a

Diante disso, poder-se-ia pensar que sempre que se estivesse diante de alguma dessas formas de limitação – ou seja, de qualquer modalidade de *tutela jurisdicional diferenciada*⁹⁴ – incidiria a vedação à formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental.

Não é isso, contudo, o que nos parece.

Isso porque, nas hipóteses em que a limitação à cognição manifesta-se *apenas* no plano *horizontal* – ou seja, em que se trate de *cognição parcial e exauriente* -, conquanto haja a impossibilidade de suscitar certos conteúdos em juízo, não há limitação “quanto à *qualidade*, à *intensidade* da própria cognição”⁹⁵. Em outras palavras: não há a impossibilidade de que as questões que são trazidas ao processo sejam analisadas em sua plenitude, não havendo limitação quanto ao exercício do contraditório em relação a elas, quanto à produção de provas etc.

É o que ocorre, por exemplo, com as *ações possessórias*: conquanto seja em geral excluída a discussão de questões dominiais nos respectivos processos (CPC/15, art. 557, parágrafo único), não há impedimento a que a disputa possessória seja resolvida de forma exauriente. O mesmo pode ser dito, ainda, quanto às demandas fundadas em *títulos cambiários*, em que o devedor não pode opor em sua defesa exceções pessoais a terceiros de boa-fé, não havendo, contudo, qualquer limitação à profundidade do conhecimento das demais questões⁹⁶.

Não por outra razão, os autores que afirmam a impossibilidade de a coisa julgada recair sobre provimentos fundados em cognição sumária admitem, sem maiores problemas, a formação daquela autoridade no caso de cognição parcial, *nos limites do objeto do processo*⁹⁷. Afinal, não há, nesses casos, impedimento de que as questões aptas a integrar o objeto do conhecimento do juiz sejam analisadas em sua plenitude⁹⁸.

cada modalidade de limitação, faremos uso da terminologia proposta por Kazuo Watanabe com o fim de tornar mais clara a exposição.

⁹⁴ Para a noção de tutela jurisdicional diferenciada, ver, *supra*, o item n. 1.13.

⁹⁵ As expressões são de Talamini (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 57).

⁹⁶ Para essa última hipótese: WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*, p. 123-124.

⁹⁷ Nesse sentido, são elucidativas as palavras de Ovídio Baptista especificamente a respeito dos interditos possessórios: “A demanda possessória é tão ‘principal’ e definitiva ‘no que ela decide’, quanto qualquer outra demanda. Como as demais, produz coisa julgada, não apenas formal, mas também material [...]” (*Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. n. 93, p. 194).

⁹⁸ Assim, por todos: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 57-58.

Partindo dessas considerações, parece-nos que a vedação prevista no art. 503, § 2º apenas incidirá nos casos em que a limitação à cognição se manifestar no plano *vertical*. Ou seja: nas hipóteses de *cognição parcial e exauriente*, não havendo restrição na intensidade com que são analisadas as questões prejudiciais *que possam ser conhecidas*, não há razão para recusar a formação de coisa julgada em relação a elas. Afinal, não há “limitações à cognição que impeçam o aprofundamento” da análise dessas situações jurídicas⁹⁹.

Já nos casos de provimentos proferidos com base em *cognição sumária*, ou seja, limitada do ponto de vista *vertical*, não há a possibilidade de formação de coisa julgada com base no art. 503, § 1º, do CPC/15.

É o que ocorre, por exemplo, com a decisão que determina a expedição do mandado de pagamento na *ação monitória*, que se baseia apenas na *evidência* do direito de crédito, em cognição que, além de limitada no plano horizontal, pode-se dizer *sumária*¹⁰⁰. Afinal, o juiz leva em consideração, naquele momento, apenas os fatos constitutivos do direito do autor narrados na inicial, e não eventuais fatos impeditivos, extintivos, ou modificativos que o réu poderia suscitar (*limitação horizontal*), deles se convencendo tão somente com base na prova escrita naquela ocasião juntada (*limitação vertical*)¹⁰¹. Nesses casos, uma vez que o réu fique inerte e o mandado se convole em título executivo (CPC/15, art. 702, § 2), não haverá a possibilidade de que a coisa julgada recaia sobre as questões prejudiciais incidentais analisadas por ocasião da decisão inicial.

⁹⁹ Em sentido semelhante: SENRA, Alexandre. *A coisa julgada...*, p. 318; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada...*, n. 4.3.7.3, p. 163-165. Em sentido contrário, afirmando a impossibilidade de coisa julgada em que a limitação da cognição é horizontal: CÂMARA, Alexandre Freitas. “Limites objetivos da coisa julgada...”, p. 704; TUCCI, José Rogério Cruz e. “Comentários aos arts. 502 a 508”, p. 492.

¹⁰⁰ Importante deixar claro que, ao contrário do que ocorre com o processo de execução, o juiz na ação monitória exerce, sim, cognição sobre o direito material postulado, ainda que sumária. Isso, porque, ao contrário do que ocorre com os títulos executivos, a prova escrita para fins de tutela monitória não é dotada de eficácia abstrata. Neste sentido, rejeitando a teoria do “título monitório”, ver, com grande proveito: TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a ação monitória – Lei 9.079*. São Paulo: RT, 1997. p. 61-77. Tal constatação reforça-se à luz do sistema do CPC/15, em que a expedição do mandado monitório pressupõe que o juiz repute ser “*evidente o direito do autor*” (art. 701, *caput*), sendo-lhe possível, caso tenha “dúvida quanto à idoneidade de prova documental apresentada pelo autor”, determinar a sua intimação para, querendo, adaptar a inicial ao procedimento comum (art. 700, § 5º).

¹⁰¹ É o que afirma Andrea Proto Pisani em relação ao procedimento de injunção italiano, em lição que nos parece de todo aplicável ao modelo brasileiro: “se trata de cognição que tem por objeto apenas os fatos alegados pelo requerente, portanto de cognição sumária porque parcial. Ainda, a cognição além de parcial é também superficial: na verdade a cognição do juiz ocorre não com base nas provas que se aplicam no processo de cognição plena, mas com base nos elementos probatórios descritos pelo art. 634-636” (“La tutela sommária in generale...”, p. 31 – *tradução livre*).

O mesmo pode ser dito sobre as decisões que concedem a tutela provisória requerida em caráter antecedente, mesmo que estabilizadas, ou as decisões proferidas em sede de procedimento cautelar preparatório, que se baseiam apenas na “probabilidade do direito” (CPC/15, art. 300).

Finalmente, cabe enfrentar uma questão que vem sendo suscitada pela doutrina, que diz respeito a saber se a análise da restrição probatória ou cognitiva apta a impedir a formação de coisa julgada deve ser feita *a priori*, de acordo com o *modelo procedimental* utilizado em juízo, ou se deve ser realizada *em concreto*, verificando se, naquele caso, estiveram as partes, de fato, privadas de se utilizar de algum meio de prova que fosse importante.

Quanto a isso, é importante pontuar que a sumariedade da cognição é uma característica que decorre, antes de tudo, das restrições que o *procedimento* impõe ao exercício das faculdades processuais das partes no que tange à alegação de questões de fato, ou em relação à utilização de meios de demonstração dessas mesmas alegações. Importam, assim, as limitações que o modelo processual impõe ao exercício das faculdades de alegar e de provar pelos sujeitos parciais do processo (e, por conseguinte, ao conhecimento do juiz)¹⁰².

Com efeito, a existência ou não de referidas limitações deve ser aferida por meio de uma comparação com a estrutura prevista para o modelo procedimental ordinário – o chamado *procedimento comum*, no CPC/15 -, especialmente com as oportunidades que ele oferece para que as partes possam deduzir e demonstrar suas alegações antes da prolação da decisão final de mérito. É interessante notar, assim, que a caracterização da cognição como sumária ou exauriente, longe de ser absoluta, depende sempre do perfil que, em um determinado momento histórico, o legislador processual deu ao processo destinado ao

¹⁰² Nesse sentido, vale conferir: CARRATTA, Antonio. “Funzione e struttura nella tutela giurisdizionale sommaria”. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Coord.: Camilo Zufelato [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2015. n. 5-6, p. 326-330. Ainda sobre a ligação entre cognição e a estruturação dos procedimentos, são insuperáveis as lições de Kazuo Watanabe: “É por meio do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador” (*Cognição no processo civil*, p. 131).

pleno exercício das faculdades inerentes ao contraditório e à ampla defesa (procedimento ordinário)¹⁰³.

Desse modo, é irrelevante se, a despeito dessas restrições, as questões de fato envolvidas na situação de direito material foram, por contingências do caso concreto, analisadas em sua inteireza¹⁰⁴. Assim, por exemplo, parece claro que não se poderá recusar à decisão que decreta a expedição do mandado monitório ou que antecipa os efeitos da tutela o caráter da *sumariedade* da cognição pelo fato de a prova documental naquele momento utilizada ter sido suficiente para aferir a existência do direito afirmado, e que não haveria outras provas a serem produzidas em sentido contrário. Importa, como dito, que o modelo processual imponha limitações às faculdades das partes em relação à alegação ou à demonstração da matéria de fato, ainda que, no caso concreto, essas limitações não tenham impedido a correta análise da situação litigiosa.

Essa interpretação visa, ainda, a *reduzir a complexidade* da análise referente à formação da coisa julgada em uma determinada situação concreta, tendo em vista que, se não impossível, mostra-se extremamente difícil mensurar o grau de convencimento de que é dotado o juiz no momento em que prola uma decisão¹⁰⁵.

¹⁰³ “[...] quando falamos de ‘processo sumário’ em sentido técnico, falamos de uma realidade processual que se justifica propriamente no confronto com o modelo processual de cognição plena e exauriente vigente em um dado momento histórico e em um dado ordenamento processual” (CARRATTA, Antonio. “Funzione e struttura...”, p. 328 – *tradução livre*). Neste sentido, vale conferir, ainda, com excelente pesquisa bibliográfica: EID, Elie Pierre. “Limites à tutela sumária”, n.3, p. 93-99.

¹⁰⁴ Em sentido contrário, afirmando a necessidade de se aferir, em concreto, se restrição procedimental impediu o aprofundamento da cognição: REDONDO, Bruno Garcia. “Questões prejudiciais e...”, n. 7.5; SENRA, Alexandre. *A coisa julgada...*, n. 6.4.4.6.2, p. 321-323.

¹⁰⁵ Vale conferir, a respeito, o que escreve Eduardo Talamini, embora tratasse de questão diversa, referente ao grau de cognição das sentenças proferidas à revelia do réu: “não é, em si e por si, mensurável o grau de convencimento de que é dotado o juiz no momento em que sentencia acerca do mérito. Eventualmente, não há plena convicção do magistrado quanto aos fatos, e ele mesmo assim acaba tendo de decidir, valendo-se de máximas da experiência ou dos critérios de distribuição dos ônus probatórios. Mas a falta de plena convicção pode ocorrer até mesmo quando o juiz sentencia amparando-se em provas ditas ‘diretas’. Por isso, não é o grau de convencimento pessoal do juiz, no momento da sentença, que permite qualificar a atividade cognitiva então encerrada como exauriente ou não. O adequado critério para tal qualificação (sumário *versus* exauriente) é dado por aquilo que se fez antes, no curso do processo – melhor dizendo: por aquilo que o procedimento legalmente previsto *possibilitava fazer* para chegar à decisão. Processo cujo momento da sentença encontra-se depois de ampla permissão de instrução e debate é de cognição exauriente. Já quando a lei prevê que o pronunciamento judicial não será precedido de tal leque de oportunidades, a cognição é sumária (superficial). Resumindo: a estrutura procedimental instrutória repercute necessariamente na qualificação da cognição. A psicologia do juiz, seu efetivo ‘grau de convencimento’, é insondável” (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 59-60).

5.15. Competência para análise dos requisitos necessários à formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental

Finalmente, examinados os requisitos necessários à formação de coisa julgada sobre a situação jurídica prejudicial, resta explicitar *qual seria o juízo competente para definir a presença desses pressupostos* em uma situação concreta. Em outras palavras: a verificação da presença dessas condições deve ser realizada no próprio processo em que resolvida a questão prejudicial, ou pelo juiz responsável pelo processo em que seja suscitada a existência da coisa julgada?

Nesse ponto, uma vez mais é necessário lembrar a ideia de que a atribuição de coisa julgada a uma questão prejudicial incidental não deve ser vista, no processo em que analisado aquele elemento, como um objetivo em si mesmo. Em outras palavras, a formação daquela autoridade deve ser tratada como uma *consequência* do julgamento das pretensões deduzidas em caráter principal pelas partes.

Diante disso, deve-se afastar do processo em que é analisada incidentalmente a situação prejudicial qualquer discussão a respeito da formação de coisa julgada em relação a ela. Caso contrário, pode ocorrer de referida definição tornar-se problema central naquele processo, em prejuízo do julgamento das pretensões que formam o seu objeto.

Por tal razão, a discussão quanto à existência de coisa julgada em relação a uma situação jurídica incidentalmente resolvida em uma determinada decisão deve ser reservada para processos em que referido elemento possa se mostrar relevante. Em outras palavras: não parece ser conveniente antecipar para um processo que não tem tal questão como elemento principal uma discussão quanto à relevância que ela poderá ter num futuro hipotético.

Como visto, é exatamente dessa forma que a *issue preclusion* é tratada no direito norte-americano, em que se entende que a discussão quanto à sua formação é um problema a ser resolvido pelo juiz de processos em que seja suscitada a mesma questão¹⁰⁶. No mesmo sentido, é o que afirma, na Itália, autorizada doutrina que defende a extensão da coisa julgada para as premissas da decisão¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Ver, *supra*, a nota n. 101 no item 4.8.

¹⁰⁷ É o que escreve Giovanni Pugliese: “Será naturalmente papel do juiz, intérprete da coisa julgada, estabelecer em concreto, seja se a questão constitui ou não ponto fundamental de ambos os juízos, seja além disso se essa teria sido seriamente discutida entre as partes e decidida pelo juiz de modo suficientemente

Além dessa justificativa, que decorre de razões de conveniência, parece que se possa dizer que não cabe a um juiz afirmar qual deve ser a autoridade de suas próprias decisões. Como procuramos demonstrar, a coisa julgada não deve ser enxergada como um efeito produzido por uma decisão, mas uma *eficácia jurídica que sobre ela se produz*, na medida em que estejam preenchidos os requisitos exigidos em lei¹⁰⁸.

Anteriormente, dissemos que a coisa julgada formada sobre as questões prejudiciais incidentais deveria ser vista como um *efeito anexo* que, por força de lei, decorre da sentença que observe os requisitos previstos no art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC/15¹⁰⁹. Portanto, não cabe ao juiz do caso dispor sobre a produção dessa eficácia, que decorre diretamente do *fato jurídico* representado pelo trânsito em julgado de uma decisão que preencha aquelas condições.

Aliás, pode-se dizer que, quanto a esse aspecto, a coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental nada tem de particular em relação à autoridade que recai sobre a parte dispositiva da decisão. Também nesse último caso, não cabe ao juiz definir se a decisão prolatada estará apta a se tornar imutável e indiscutível, o que decorre exclusivamente da lei¹¹⁰.

aprofundado para equivaler a uma normal decisão e poder então valer como coisa julgada” (“Giudicato civile (dir. vig.)”, p. 873 – *tradução livre*).

¹⁰⁸ Nesse sentido, é o que vaticina Barbosa Moreira: “Bem consideradas as coisas, não é difícil compreender quão inadequadamente se descreve a realidade dos fatos quando se diz que a sentença, ao transitar em julgado, *produz* o efeito de tornar-se indiscutível. Tal é, no fundo, muito ao contrário, um efeito que a sentença *recebe*, um efeito que *sobre ela se produz*” (“Coisa julgada e declaração”. In: *Temas de direito processual: primeira série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 88).

¹⁰⁹ Nesse sentido, ver, *supra*, a parte final do item n. 3.16.

¹¹⁰ Nesse sentido, inclusive, Eduardo Talamini defende com argumentos convincentes que a coisa julgada *tout court*, malgrado não seja um efeito da sentença, pode ser vista como um efeito anexo ao trânsito em julgado, que constitui uma *nova situação jurídica* caracterizada pela imutabilidade da decisão: “[...] o advento da coisa julgada pode ser visto em si mesmo como uma eficácia própria, *constitutiva* (insista-se: inconfundível, de todo modo, com os efeitos principais, secundários e anexos da sentença tradicionalmente considerados). Com o trânsito em julgado, *constitui-se situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença*. Nessa perspectiva, é um efeito anexo do trânsito em julgado da sentença – vale dizer, um efeito diretamente atribuído por norma de lei, em relação à qual a sentença transitada em julgado funciona como mero fato jurídico. Essa eficácia constitutiva anexa é o instrumento pelo qual opera a *qualidade* consistente na *imutabilidade* do *decisum*. Em suma, o que ora se propõe não é considerar a coisa julgada como efeito da sentença, mas, sim, como efeito do trânsito em julgado da sentença” (*Coisa julgada e sua revisão*, p. 44-45). Algo de semelhante foi afirmado, ainda, por Antonio do Passo Cabral, ao defender que a coisa julgada seria “um *efeito sistêmico*, decorrente não da sentença, mas do trânsito em julgado ou da preclusão das vias recursais” (*Coisa julgada...*, n. 2.2.2, p. 143-144).

CONCLUSÕES

Na primeira parte do trabalho, procurou-se desenvolver a ideia de que são diversas as formas pelas quais a decisão de mérito trata das pretensões que constam do objeto do processo e das situações jurídicas prejudiciais aptas à coisa julgada por força do art. 503, § 1º, do CPC/15.

Para tanto, ficou definido que o objeto do processo no direito processual civil brasileiro é composto das pretensões processuais deduzidas em juízo. Para a sua formação, tem relevância fundamental o princípio da demanda: cabe apenas às partes optar por um processo de estrutura objetiva mais simples ou mais complexa. O único limite para tanto existente é a necessidade de que a demanda tenha como elemento mínimo, em regra, uma situação jurídica.

Isso garante às partes a prerrogativa de definir os elementos que serão apreciados em caráter principal na decisão de mérito: isso porque a relação entre o objeto do processo e o objeto da decisão é mediada pela regra da correlação, que determina que o juiz não possa, em sua decisão, deixar de julgar nada do que foi objeto de demanda, e tampouco ir além dos pedidos das partes. As exceções a esse esquema devem estar previstas expressamente em lei.

Dessa forma, as partes possuem certo controle a respeito do alcance da coisa julgada que recai sobre a questão principal (CPC/15, art. 503), considerando a relação tendencial que existe entre objeto do processo, objeto da decisão e limites objetivos da coisa julgada.

Regime diverso se aplica às questões prejudiciais aptas a serem imunizadas pela autoridade da coisa julgada na forma do art. 503, § 1º, do CPC/15.

Não tendo sido deduzidas em juízo como pretensões pelas partes, tais questões não integram o objeto do processo. Dessa forma, a relação entre elas e a sentença é governada pela garantia da fundamentação das decisões judiciais, o que faz com que o juiz apenas tenha a obrigação de analisa-las na medida em que isso seja necessário para uma adequada justificação do julgamento.

Como se procurou demonstrar, a circunstância de surgir em juízo uma questão prejudicial não é indício seguro de que o magistrado precisará necessariamente enfrenta-la

para que possa julgar o mérito. Na verdade, há situações em que a influência potencial que caracteriza o vínculo de prejudicialidade não se converte em uma efetiva e concreta influência, o que pode ocorrer pelo fato de o juiz optar, para fins de julgamento, por um caminho lógico distinto daquele integrado pela prejudicial.

Além disso, não cabe às partes, em regra, interferir na sequência em que devem ser analisados os elementos que possam ser relevantes para o julgamento do mérito. Em geral, deve o juiz buscar adotar o caminho argumentativo que de forma mais rápida e simples é capaz de levar à solução da controvérsia.

A ordem em que devem ser elas enfrentadas é regulada, na maior parte dos casos, por aquilo que na doutrina italiana é conhecido como *principio della ragione più liquida*, que determina a adoção do caminho argumentativo que, de forma mais rápida e simples, possa levar à solução da causa.

Diante disso, no que tange à coisa julgada que recai sobre as questões prejudiciais incidentais (CPC/15, art. 503, § 1º), chega-se à conclusão de que é reduzido o controle que pode ser exercido pelas partes a respeito do conteúdo da vinculação a ser formada.

A segunda parte do trabalho foi dedicada a tratar da relação entre coisa julgada e questões prejudiciais.

Inicialmente, pôde-se notar a existência de uma significativa tendência no direito comparado em se admitir a formação de coisa julgada sobre as premissas das decisões. Nessa pesquisa, ficou clara a preocupação em se exigir requisitos mais rígidos para que a coisa julgada recaia sobre elementos que não constituem o objeto central do processo.

No que diz respeito ao direito brasileiro, esses requisitos estão descritos no art. 503, §§ 1º e 2º do CPC/15.

A coisa julgada apenas pode recair sobre situações jurídicas incidentais expressamente analisadas na decisão de mérito, o que impede a formação daquela autoridade sobre elementos implícitos no raciocínio judicial. A questão prejudicial deve ser enfrentada na fundamentação da decisão, e não em sua parte dispositiva, elemento que se destina à resolução de questões principais.

É necessário, ainda, que a questão prejudicial tenha sido essencial para a resolução do mérito em um determinado sentido. Isto é: é preciso que se trate de fundamento necessário e determinante para a maneira como tenha sido julgada a pretensão a ele

subordinada. Disso se extrai a consequência de que apenas as questões prejudiciais decididas favoravelmente ao vencedor têm a aptidão de adquirir a autoridade de coisa julgada.

Para que possa haver a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental é imprescindível que as partes tenham tido oportunidade de se manifestar a seu respeito antes que seja proferida a decisão. Não há coisa julgada sobre a situação prejudicial incidental caso a decisão tenha desrespeitado o art. 10 do CPC/15.

Apenas poderá haver a formação de coisa julgada sobre a situação jurídica prejudicial em relação à qual tenha sido instaurada controvérsia entre as partes. É necessário, portanto, que tecnicamente exista uma questão a seu respeito.

Por tal razão, não há coisa julgada sobre a prejudicial quando se verificar a revelia do réu, quando ela tenha sido afirmada por uma das partes e não controvertida pela outra e quando, sendo suscitada de ofício pelo juiz, não é questionada pela parte prejudicada.

Por outro lado, não é relevante que seja avaliada a conduta das partes posterior à criação de controvérsia sobre a situação jurídica prejudicial, não sendo exigido que tenha havido a produção de provas a seu respeito, que a parte tenha interposto recurso da decisão etc.

Em conjunto, os requisitos da essencialidade da questão para o julgamento do mérito e do contraditório efetivo contribuem para que a coisa julgada apenas recaia sobre situações jurídicas sobre as quais as partes tenham dedicado esforços pela relevância que teriam para o julgamento da demanda em curso. Assim, procura-se garantir que a coisa julgada sobre questões incidentais seja uma consequência da resolução do mérito, e não um fim em si mesmo, o que é necessário para compatibilizar a regra do art. 503, § 1º com o princípio da demanda.

Para que haja coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental, o juízo onde tramita a demanda deve possuir competência absoluta para resolvê-la como questão principal. Apesar da restrição indicada pela literalidade da lei, a exigência se aplica a qualquer hipótese de competência absoluta, e não apenas àquelas fixadas por meio dos critérios material ou pessoal.

Não há coisa julgada sobre as situações jurídicas prejudiciais analisadas incidentalmente em processos em que é vedada a produção de algum meio de prova. Tal

vedação se aplica inclusive em procedimentos de cognição plena e exauriente “*secundum eventum probationis*”.

A vedação à formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental decorrente da limitação à cognição imposta pelo procedimento aplica-se apenas às hipóteses em que a restrição se situa no plano vertical da cognição. Ou seja, não há óbice à coisa julgada nas hipóteses de cognição parcial e exauriente.

A existência de limitações à cognição deve tomar por base apenas o modelo procedimental seguido em juízo, sendo irrelevante analisar se, a despeito da restrição, as questões de fato envolvidas na situação litigiosa puderam ser conhecidas em sua plenitude.

A discussão quanto à existência de coisa julgada em relação a uma situação jurídica incidentalmente resolvida em uma determinada decisão deve ser reservada para processos futuros em que referido elemento possa se mostrar relevante. Ou seja, deve-se afastar do processo em que é analisada a questão prejudicial qualquer discussão a respeito da formação de coisa julgada em relação a ela.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLORIO, Enrico. “Critica della teoria del giudicato implícito”. In: *Rivista di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1938.

_____. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1935.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

ALVIM, Arruda. *Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*, vol. II. São Paulo: RT, 1972.

_____. *Manual de direito processual civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2017.

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do Novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 1º volume. São Paulo: Saraiva, 1940.

AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”. In: *Revista Forense Comemorativa – 100 anos*, t. 5. Coord.: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANDOLINA, Italo. *‘Cognizione’ ed ‘esecuzione forzata’ nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra, 1976.

ANTUNES VARELA, João de Matos; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1985.

ARENHART, Sérgio Cruz. “Reflexões sobre o princípio da demanda”. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coord.: Luiz Fux [et al.]. São Paulo: RT, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luis Guilherme. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, vol. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 2005.

AROCA, Juan Montero. *Derecho jurisdiccional*, vol. II. 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Processo civil brasileiro*, vol. III. São Paulo: RT, 2015.

_____. “Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada”. In: *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Org.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1989.

ATTARDI, Aldo. “Il giudicato e um recente progetto di riforma”. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*, vol. 1. Padova: CEDAM, 1982.

_____. “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1990.

ÁVILA, Humberto *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBI, Celso Agrícola. *A ação declaratória: principal e incidente*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”. In: *Temas de direito processual: segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. “A eficácia preclusiva da coisa julgada material”. In: *Revista Forense Comemorativa – 100 anos*, t. 5. Coord.: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. “Ainda e sempre a coisa julgada”. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. “Coisa julgada e declaração”. In: *Temas de direito processual: primeira série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. “Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema”. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. “Correlação entre o pedido e a sentença”. In: *Revista de processo*, n. 83. São Paulo: RT, 1996.

_____. “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutra processo”. In: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: s/ed, 1968.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. “O problema da ‘divisão de trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos”. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. “Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil”. In: *Temas de direito processual: primeira série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. “Reconvenção”. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971

_____. “Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil”. In: *Temas de direito processual: primeira série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: s/ed, 1967.

_____. “Questões prejudiciais e questões preliminares”. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. “Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças”. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARLETTA, Antonino. *Extra e ultra petizione: studio sui limiti del dovere decisório del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 2012.

BATISTA, Lia Carolina. “Pressupostos processuais e efetividade do processo: uma tentativa de sistematização”. In: *Revista de processo*, n. 214. São Paulo: RT, 2012.

BATISTA CINTRA, Lia Carolina. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2017.

_____. “Relevância da vontade no processo, interpretação do ato declaratório e pedido ‘meramente’ declaratório”. In: *Revista de processo*, n. 239. São Paulo: RT, 2015.

BAUR, Fritz. “Da importância da dicção ‘iura novit curia’”. Trad.: Arruda Alvim. In: *Revista de processo*, vol. 3. São Paulo: RT, 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Comentários aos arts. 485 a 488”. In: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. “Estabilização das tutelas de urgência”. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: *Causa de pedir e pedido (questões polêmicas)*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: RT, 2002.

BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BESSO, Chiara. *La sentenza civile inesistente*. Torino: Giappichelli, 1997.

BIAVATI, Paolo. “Appunti sulla struttura della decisione e l’ordine delle questioni”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2010.

BOMFIM, Daniela Santos. “Comentários aos arts. 430 a 434”. In: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: RT, 2015.

BONATO, Giovanni. “Algumas considerações sobre coisa julgada no novo Código de Processo Civil Brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva”. In: *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XX. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOWER, George Spencer; HANDLEY, K. R.; TURNER, A. K. *The doctrine of res judicata*. 3ª ed. London: Butterworths, 1996.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. “Comentários ao art. 489”. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; _____; _____. *Curso de direito processual civil*, vol. 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 5. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. “Comentários ao art. 1º”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. I. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, t. II. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 3. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Mandado de segurança: comentários às leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. “Da lide: estudo sobre o objeto litigioso”. In: *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2002.

_____. “Da liquidação por artigos em ação de ressarcimento de perdas e danos”. In: *Revista de processo*, n. 43. São Paulo: RT, 1986.

CABRAL, Antonio do Passo. “A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil”. In: *Novas tendências do processo civil*. Coord.: Alexandre Freire [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. “Alguns mitos do processo (II): Liebman e a coisa julgada”. In: *Revista de processo*, n. 217. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. “Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: RT, 2015.

_____. “O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva”. In: *Revista de processo*, n. 126. São Paulo: RT, 2005.

CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 10^a ed. Paris: LexisNexis, 2017.

CADIET, Loïc; MEKKI, Saraya Amrani; NORMAND, Jacques. *Théorie générale du procès*. 2^a ed. Paris: PUF, 2013.

CALAMANDREI, Piero. “Apuntes sobre la sentencia como hecho jurídico”. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1961.

_____. “Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti”. In: *Opere Giuridiche*, vol. I. Napoli: Morano, 1965.

_____. “Il giudice e lo storico”. In: *Rivista di diritto processuale civile*, vol. XVI, parte I. Padova: CEDAM, 1939.

_____. “La condanna”. In: *Opere giuridiche*, vol. V. Napoli: Morano, 1972.

_____. “La relatività del concetto di azione”. In: *Rivista di diritto processuale civile*, vol. XVI, parte I. Padova: CEDAM, 1939.

_____. “La sentenza civile come mezzo di prova”. In: *Rivista di diritto processuale civile*, vol. XV, parte I. Padova: CEDAM, 1938.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III. 9^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. “Em torno das condições da ação – a possibilidade jurídica”. In: *Revista de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1961.

_____. *Inovações no Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CALVOSA, Carlo. “Omissione di pronuncia e cosa giudicata”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1950.

CÂMARA, Alexandre Freitas. “Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil Brasileiro”. In: *Novo CPC: doutrina selecionada*, vol. 2. Coord.: Fredie Didier Jr [et al.]. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale ed il suo contenuto”. In: *Commentario del Codice di Procedura Civile*, vol. 2, t. I. Diretto da Enrico Allorio. Torino: Utet, 1980.

CAPELO, Maria José. *A sentença entre a autoridade e a prova: em buscas de traços distintivos do caso julgado civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016.

CAPONI, Remo. “In tema di accertamento sulla norma astratta, sui diritti futuri e sui rapporti di durata”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1991.

_____. “Oggetto del processo e del giudicato ‘ad assetto variabile’”. In: *Il foro italiano*, n. 6, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*. Ristampa. Milano: Giuffrè, 1972.

_____. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, parte I. Milano: Giuffrè, 1974.

CARBONARA, Francesco. “Questioni di merito e idoneità al giudicato”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2003

CARNACINI, Tito. “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”. In: *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. II. Milano: Giuffrè, 1951.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

_____. “Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza”. In: *Rivista di diritto processuale civile*. Padova, CEDAM, 1935.

_____. *Instituciones del proceso civil*, v. I. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEА, 1959.

_____. *Sistema de derecho procesal civil*, vol. I. Trad.: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944.

_____. *Sistema de derecho procesal civil*, vol. II. Trad.: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944.

_____. *Sistema de derecho procesal civil*, vol. IV. Trad.: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944

CARRATTA, Antonio. “Funzione e struttura nella tutela giurisdizionale sommaria”. In: *I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil*. Coord.: Camilo Zufelato [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2015.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

CASAD, Robert C. “Preclusion in a federal system”. In: *Cornel Law Review*, vol. 70, n. 4 (1985).

CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata – a handbook on its theory, doctrine and practice*. Durham: Carolina Academic, 2001.

CASTRO, Daniel Penteado de. “Comentários aos arts. 405 a 441”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; TANIGUCHI, Yashuei; VARANO, Vincenzo; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil litigation in comparative context*. St Paul: Thomson West, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Acción de declaración de mera certeza”. In: *Ensayos de derecho procesal civil*, t. I. Buenos Aires: EJEА, 1949.

_____. “Cosa juzgada y preclusión”. In: *Ensayos de derecho procesal civil*, t. III. Buenos Aires: EJEА, 1949.

_____. “Identificación de las acciones. Sobre la regla ‘ne eat iudex ultra petita partium’”. In: *Ensayos de derecho procesal civil*, t. I. Buenos Aires: EJE, 1949.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. Trad.: J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. Trad.: J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. “La acción en el sistema de los derechos”. In: *Ensayos de derecho procesal civil*, vol. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1949.

_____. *La condena en costas*. Trad.: Juan A. de la Puente Quijano. Madrid: Rev. Derecho Privado, 1928.

_____. “Sobre la cosa juzgada”. In: *Ensayos de derecho procesal civil*, t. III. Buenos Aires: EJE, 1949.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CLERMONT, Kevin M. “Sequencing the issues for judicial decisionmaking: limitations from jurisdictional primacy and intrasuit preclusion”. In: *Florida Law Review*, v. 63, n. 2: 301-344, apr., 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Contraddittorio”. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. IV. Torino: UTET, 1989.

_____. *Il principio di economia processuale*, t. I. Padova: CEDAM, 1980.

_____. *Il principio di economia processuale*, vol. II. Padova: CEDAM, 1982.

_____. *Le prove civili*. 3ª ed. Torino: UTET, 2010.

CONSOLO, Claudio. “Domanda giudiziale”. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. VII. Torino: UTET, 1998.

_____. *Il cumulo condizionale di domande*, t. I. Padova: CEDAM, 1985.

_____. “Oggetto del giudicato e principio dispositivo (I): dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1991.

_____. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I. 10ª ed. Torino: Giappichelli, 2015.

_____. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II. 10ª ed. Torino: Giappichelli, 2015.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. “Direito processual civil alemão”. In: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: LEX, 2010.

_____. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COSTA, Guilherme Recena. *Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.

COSTA, Susana Henriques da. “Comentários aos arts. 318 a 333”. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CRISAFI, Marina; TRUNFIO, Eugenia. *L’azione e il giudicato: presupposti, condizioni ed effetti*. Milano: Giuffrè, 2015.

CROZE, Hervé; MOREL, Christian. *Procédure civile*. Paris: PUF, 1988.

CUNHA, António Júlio. *Direito processual civil declarativo*. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2015.

_____. *Limites subjectivos do caso julgado e a intervenção de terceiros*. Lisboa: Quid Juris, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. “Comentários aos arts. 489 a 496”. In: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Jurisdição e competência*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 3. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____ ; _____. *Curso de direito processual civil*, vol. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DALFINO, Domenico. *Questioni di diritto e giudicato: contributo allo studio dell'accertamento delle 'fattispecie preliminari'*. Torino: Giappichelli, 2008.

DE CRISTOFARO, Marco. "Giudicato e motivazione". In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2017.

DENTI, Vittorio. "Flashes' su accertamento e condanna". In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1985.

_____. "I giudicati sulla fattispecie". In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. "Questioni pregiudiziale (diritto processuale civile)". In: *Novissimo digesto italiano*, vol. XIV. Torino: UTET, 1969.

DIDIER Jr., Fredie. "Comentários aos arts. 502 a 508". In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. "Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015". In: *Improcedência*. Coord.: Rinaldo Mouzalas [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *Curso de direito processual civil*, vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. "Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro". In: *Civil Procedure Review*, v.6, n.1: 81-94, jan-apr., 2015.

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. "100 anos de Liebman". In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. "As três figuras da liquidação de sentença". In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Capítulos de sentença*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. “Causa de pedir e ônus de afirmar”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. “Eficácia e autoridade da sentença no juízo demarcatório-divisório”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. “Electa una via non datur regressus ad alteram”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Execução civil*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. “Fraude contra credores alegada nos embargos de terceiro”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. I 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Litisconsórcio*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. “Momento de eficácia da sentença constitutiva”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. “O conceito de mérito em processo civil”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. “O dever de motivar e a inteireza da motivação”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. “O efeito devolutivo da apelação e de outros recursos”. In: *Nova era do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. “O princípio do contraditório e sua dupla destinação”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. “Sentença meramente declaratória, sentença condenatória e coisa julgada”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. “Tutela jurisdicional”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

EID, Elie Pierre. “Limites à tutela sumária”. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coord.: José Roberto dos Santos Bedaque [et al.]. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Litisconsórcio unitário: fundamentos, estrutura e regime*. São Paulo: RT, 2016.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. “A coisa julgada nas ações de alimentos”. In: *Revista de processo*, n. 62. São Paulo: RT, 1992.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. III. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FALZEA, Angelo. “Efficacia giuridica”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV. Milano: Giuffrè, 1965.

FAZZALARI, Elio. “Cosa giudicata e convalida di sfratto”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1956.

_____. “Il camino dela sentenza e della ‘cosa giudicata’”. In: *Rivista di diritto processual*. Padova: CEDAM, 1988.

_____. *Istituzioni di diritto processuale*. 5ª ed. Padova: CEDAM, 1989.

_____. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais*. São Paulo: RT, 1988.

FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000.

_____. *La cosa juzgada – estudio de jurisprudencia civil*. Madrid: Dykinson, 2010.

FERRÁNDIZ, Leonardo Prieto-Castro Y. *Derecho procesal civil*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 1988.

FERRI, Corrado. *Profili dell'accertamento costitutivo*. Padova: CEDAM, 1970.

_____. “Sulla cognizione incidentale com effetti costitutivi”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1971.

FONSECA, Elena Zucconi Galli. *Pregiudizialità e rinvio: contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento*. Bologna: BUP, 2011.

FONSECA, João Francisco Naves da. “A profundidade do efeito devolutivo nos recursos extraordinário e especial: o que significa a expressão ‘julgará o processo, aplicando o direito’ (CPC/2015, art. 1.034)?”. In: *Revista do advogado*, n. 126. São Paulo: AASP, 2015.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FORNACIARI, Michele. “Oggetto del processo e diritto sostanziale”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2015.

GARBAGNATI, Edoardo. “Questioni pregiudiziali (diritto processuale civile)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII. Milano: Giuffrè, 1987.

_____. “Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1976.

_____. “Questioni preliminar di merito e parti della sentenza”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1977.

GIANOZZI, Giancarlo. *La modificazione della domanda nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1958.

GIDI, Antonio; PRATES, Marília Zanella; TESHEINER, José Maria Rosa. “Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil”. In: *Revista de processo*, vol. 194. São Paulo: RT, 2011.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad.: Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Direitos reais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. “Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)”. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005.

GOUVEIA, Mariana França. *A causa de pedir na ação declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004.

GRASSO, Eduardo. “La collaborazione nel processo civile”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1966.

GRECO, Leonardo. “Cognição sumária e coisa julgada”. In: *Revista eletrônica de direito processual*, vol. X (2012).

_____. *Instituições de processo civil*, vol. I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Instituições de processo civil*, vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: RT, 1972.

_____. “Controle da constitucionalidade”. In: *Revista de processo*, n. 90. São Paulo: RT, 1998.

_____. “Cumprimento da sentença”. In: *Execução civil e cumprimento de sentença*. Coord.: Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: Método, 2006.

_____. “Notas relativas ao direito brasileiro vigente”. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. “Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização”. In: *Revista de processo*, n. 121. São Paulo: RT, 2005.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*, t. I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.

_____. *La pretensión procesal*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1952.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

GUIMARÃES, Luiz Machado. “Carência de ação”. In: *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora jurídica e universitária, 1969.

_____. “Coisa julgada, preclusão, efeito preclusivo”. In: *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Editora jurídica e universitária, 1969.

HABSCHEID, Walter W. “L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1980.

HAZARD Jr., Geoffrey. “Preclusions as to issues of law: the legal system’s interest”. In: *Iowa Law Review*, v. 70: 81-94, oct. 1984.

_____. “Revisiting the Second Restatement of Judgments: issue preclusion and related problems”. In: *Cornell Law Review*, v. 66: 564-592, 1981.

HAZARD Jr., Geoffrey; JAMES Jr., Fleming; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. 5ª ed. New York: Foundation Press, 2001.

HECKER, João Paulo da Silva. “Comentários aos arts. 430 a 441”. In: *Código de Processo Civil anotado*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci [et al.]. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: CEDAM, 1937.

HEISER, Walter W. “California’s confusing collateral estoppel (issue preclusion) doctrine”. In: *San Diego law review*, vol. 35 (1998).

HURTADO, Renée Marlene Rivero. *La prejudicialidad en el proceso civil. Medios procesales para la coherencia de sentencias dictadas en procesos con objetos conexos*.

Estudio comparado del derecho español y chileno. Tesis doctoral. València: Universitat de València, 2015.

KOCH, Harald; ZEUNER, Albrecht. “Effects of judgments (res judicata)”. In: *International encyclopedia of comparative law: civil procedure*, vol. XVI, chapter 9. Chief editor: Mauro Cappelletti. Tübingen/Dordrecht/Boston: Mohr Siebeck/Martinus Nijhoff, 2012.

JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2017.

LACERDA, Galeno. “As defesas de direito material no novo Código de Processo Civil”. In: *Revista Forense Comemorativa – 100 anos*, t. 5. Coord.: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Despacho saneador*. 3ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1990.

LASAGNO, Bruno. “Premesse per uno studio sull’omissione di pronuncia nel processo civile”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1990.

LEBRE DE FREITAS, José. “Caso julgado e causa de pedir. O enriquecimento sem causa perante o art. 1229 do Código Civil”. In: *Estudos sobre direito civil e processo civil*, vol. I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2009.

LEIBLE, Stefan. *Proceso civil alemán*. 2ª ed. Medellín: Diké, 1999.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*, vol. I. Trad.: Edoardo Ricci. Napoli: Morano, 1962.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

_____. “Direito processual civil francês”. In: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: LEX, 2010.

_____. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010.

_____. “Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil”. In: *Revista de informação legislativa*, vol. 48, n. 190, t. 2. Brasília: Senado Federal, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “A coisa julgada nas questões de estado”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. “A eficácia da sentença penal no processo civil”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. “Ações concorrentes”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. “Ainda sobre a sentença e sobre a coisa julgada”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. “Efeitos da sentença e coisa julgada”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. “Eficácia e autoridade da sentença”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Embargos do executado*. 2ª ed. Trad.: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. “Figure e forme della rimessione della causa al collegio”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

_____. “Fondamento del principio dispositivo”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

_____. “Giudicato: I”. In: *Enciclopedia giuridica*, vol. XV. Roma: Treccani, 1988.

_____. “Limites à coisa julgada nas questões de estado”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. “Limites objetivos da coisa julgada”. In: *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. “L’eccezione revocatoria e il suo significato processuale”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

_____. “L’ordine delle questioni e l’eccezione di prescrizione”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1967.

_____. *Manual de direito processual civil*, vol. I. 3ª ed. Trad.: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. “Notas à edição brasileira”. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. Trad.: J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. “O despacho saneador e o julgamento do mérito”. In: *Revista Forense Comemorativa – 100 anos*, t. 5. Coord.: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. “Sentença e coisa julgada: recentes polêmicas”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. “Sulla sospensione propria ed ‘impropria’ del processo civile”. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

LOCATELLI, Francesca. *L’accertamento incidentale ex lege: profili*. Milano: Giuffrè, 2008.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Honorários advocatícios no processo civil*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. “Inexequibilidade das sentenças declaratórias”. In: *Revista dialética de direito processual*, n. 92. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. “*Iura novit curia* nas arbitragens”. In: *Revista brasileira de arbitragem*, n. 13, vol. 56 (2016).

_____. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. “Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil”. In: *Revista de processo*, n. 252. São Paulo: RT, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LUIISO, Francesco Paolo. *Diritto processual civile*, vol. I. 9ª ed. Milano: Giuffrè, 2017.

_____. *Diritto processuale civile*, vol. II. 9ª ed. Milano: Giuffrè, 2017.

MACÊDO, Lucas Buri de. “Coisa julgada sobre fato? Análise comparativa com o *collateral estoppel* de sua possibilidade de *lege lata* ou de *lege ferenda*”. In: *Revista de processo*, n. 260. São Paulo: RT, 2016.

_____. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. “Resposta do réu no Novo CPC: uma boa ideia inspirada nos Juizados Especiais Cíveis”. In: *Revista do advogado*, n. 127. São Paulo: AASP, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Coisa julgada, ‘collateral estoppel’ e eficácia preclusiva ‘secundum eventum litis’”. In: *Revista dos tribunais*, n. 608. São Paulo: RT, 1986.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*, vol. I. Torino: Giappichelli, 2000.

_____. “Riflessioni in tema di ‘petitum’ e di ‘causa petendi’”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1984.

MARCATO, Antonio Carlos. *Ação de consignação em pagamento*. São Paulo: RT, 1985.

_____. *Procedimentos especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. “Prorrogação da competência”. In: *Revista de processo*, n. 65. São Paulo: RT, 1992.

MARQUES, J. P. Remédio. *Acção declarativa à luz do Código revisto*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro”. In: *Revista de processo*, n. 259. São Paulo: RT, 2016.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

_____. *Manual de direito processual civil*, vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. *Manual de direito processual civil*, vol. 3. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia - 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENCHINI, Sergio. “Accertamento incidentale”. In: *Enciclopedia giuridica*. Roma: Treccani, 1995.

_____. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987.

_____. *Il giudicato civile*. Torino: UTET, 1988.

_____. “L’ordine di decisione delle questioni di merito nel processo del primo grado”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2016.

_____. “Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell’accertamento con autorità di giudicato”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2006.

_____. “Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile”. In: *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. 3º. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. “Regiudicata civile”. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. XVI. Torino: UTET, 1997.

MENCHINI, Sergio; PISANI, Andrea Proto. “Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuni”. In: *Il foro italiano*, v. 112, p. 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. In: *Revista de informação legislativa*, vol. 41, n. 162. Brasília: Senado Federal, 2004.

MENDES, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968.

MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Vienna: Manz, 1904.

MERLIN, Elena. “Mero accertamento di una questione preliminare?”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1985.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença”. In: *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 2. São Paulo: RT, 2005.

_____. “A causa petendi nas ações reivindicatórias”. In: *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 1. São Paulo: RT, 2005.

_____. “A coisa julgada”. In: *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MILLAR, Robert Wyness. “The premises of judgment as res judicata in continental and Anglo-American law” (1ª parte). In: *Michigan law review*, vol. 39, n. 1, nov. 1940.

_____. “The premises of judgment as res judicata in continental and Anglo-American law” (2ª parte). In: *Michigan law review*, vol. 39, n. 2, dez. 1940.

MINAMI, M. Y; PEIXOTO, Ravi. “Da questão prejudicial incidental constitucional no STF e o novo regime de coisa julgada”. In: *Revista de processo*, vol. 263. São Paulo: RT, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.

_____. “Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva”. In: *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004.

MONTEIRO, Washignton de Barros. *Curso de direito civil*, vol. 3. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. “Da ação de reivindicação”. In: *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 60. São Paulo: USP, 1965.

MONTELEONE, Girolamo. *I limiti soggettivi del giudicato civile*. Padova: CEDAM, 1978.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I. 4 ed. Padova: CEDAM, 2007.

MONTESANO, Luigi. *La tutela giurisdizionale dei diritti*. 2ª ed (ristampa). Torino: UTET, 1997.

_____. “Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del Codice di Procedura Civile”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1988.

MOTTO, Alessandro. *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*. Torino: Giappichelli, 2012.

MOUSSA, Tony. “La délimitation de la chose jugée au regard de la matière litigieuse (demande et moyens, objet et cause)”. In: *L'autorité de la chose jugée*. Coord.: Loïc Cadet e Dominique Loriferne. Paris: IRJS, 2012.

NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*. Tese (titularidade). São Paulo: Universidade de São Paulo, 1970.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. “Comentários aos arts. 397 a 438”. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. “Contra-ataque do réu: indevida confusão entre as diferentes espécies (reconvenção, pedido contraposto e ação dúplice)”. In: *Revista dialética de direito processual*, vol. 9. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NERY Jr., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2016.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007.

NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*. Trad.: Antonio do Passo Cabral. São Paulo: RT, 2016.

- _____. “La cosa juzgada y las desorientaciones jurisprudenciales”. In: *Jurisdicción y proceso: estudios de ciencia jurisdiccional*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- NONKES, Steven P. “Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits”. In: *Cornell law review*, vol. 94 (2009).
- NORMAND, Jacques. “I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1988.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2007.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. “O juiz e o contraditório”. In: *Revista de processo*, n. 71. São Paulo: RT, 1993.
- _____. *Teoria e prática da tutela jurisdiccional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. *Coisa julgada sobre a sentença genérica coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PACCILI, Matteo. *Il giudicato implicito: profili teorici e questioni pratiche*. Tesi (dottorato). Bologna: Università di Bologna, 2012.
- PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermeneutica jurídica*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1935.
- PAVANINI, Giovanni. “Accertamento giudiziale”. In: *Novissimo digesto italiano*, vol. I. Torino: UTET, 1957.
- PERROT, Roger. *Cours de droit judiciaire privé*. Paris: les Cours de droit, 1966.
- _____. *Institutions judiciaires*. 14ª ed. Paris: Montchrestien, 2010.
- _____. “La cosa giudicata: recenti sviluppi nel diritto francese”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1982.
- PICÒ I JUNOY, Joan. “I principi del nuovo proceso civile spagnolo”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2003.
- _____. *La modificación de la demanda en el proceso civil: reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli*. Valencia: Tirant lo Blanch: 2006.

PINTO, Júnior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007.

_____. “Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda”. In: *Causa de pedir e pedido (questões polêmicas)*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: RT, 2002.

PINTO, Marcos Vinícius. *O mandado de segurança coletivo como instrumento de tutela coletiva*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

PISANI, Andrea Proto. “Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1990.

_____. “Dell’esercizio dell’azione”. In: *Commentario del codice di procedura civile diretto da Enrico Allorio*. Torino: UTET, 1973.

_____. “I rapporti fra diritto sostanziale e processo”. In: *Le tutele giurisdizionale dei diritti (studi)*. Napoli: Jovene, 2003.

_____. “Il giudicato civile: i limiti soggettivi”. In: *Le tutele giurisdizionale dei diritti (studi)*. Napoli: Jovene, 2003.

_____. “La tutela c.d. costitutiva”. In: *Le tutele giurisdizionale dei diritti (studi)*. Napoli: Jovene, 2003.

_____. “La tutela di mero accertamento”. In: *Le tutele giurisdizionale dei diritti (studi)*. Napoli: Jovene, 2003.

_____. “La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano”. In: *Revista de processo*, n. 90. São Paulo: RT, 1998.

_____. *Lezioni di diritto processuale civil*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2006.

_____. “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1979.

_____. “Verso la residualità del processo a cognizione piena?”. In: *Revista de processo*, n. 131. São Paulo: RT, 2006.

POLI, Roberto. “In tema di giudicato e accertamento dei fatti”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Tratado das ações*, t. I. São Paulo: RT, 2016.

PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Salvador: Juspodivm, 2013.

PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (dir. vig.)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969.

_____. “Giudicato civile (storia)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII. Milano: Giuffrè, 1969.

PRADILLO, Juan Carlos Ortiz; RAGONE, Álvaro Pérez J. *Código procesal civil alemán (ZPO): traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stifund, 2006.

PUNZI, Carmine. “Le questioni incidentali nel processo civile”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1987.

RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*. Padova: CEDAM, 1999.

REDONDO, Bruno Garcia. “Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC”. In: *Revista de processo*, n. 248. São Paulo: RT, 2015.

REZENDE FILHO, Gabriel de. *Curso de direito processual civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1944.

_____. *Curso de direito processual civil*, vol. II. São Paulo: Saraiva, 1945.

_____. *Curso de direito processual civil*, vol. III. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1951.

RICCI, Edoardo F. “Accertamento giudiziale”. In: *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. I Torino: UTET, 1993.

RICCI, Gian Franco. *Diritto processuale civile*, vol. II. 3ª ed. Torino: Giappichelli, 2012.

_____. “Individuazione’ o ‘sostanziazione’ nella riforma del processo civile”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, ano XLIX, n. 4. Milano: Giuffrè, 1995.

_____. “L’allegazione dei fatti nel nuovo processo civile”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1992.

RICHARDSON, Eli J. “Taking issue with issue preclusion: reinventing collateral estoppel”. In: *65 Mississippi Law Journal*, 41-69 (1995).

ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Trad.: Mariano Overejo. Madrid: La España Moderna, S/A.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Manual de execução civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. *Manual de execução civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

ROMANO, Alberto A. *L’azione di accertamento negativo*. Napoli: Jovene, 2006.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de derecho civil*, vol. 1. 4ª ed. Trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Madrid: Reus, 1929.

RUTLEDGE, Peter B. “Decisional sequencing”. In: *Alabama Law Review*, v. 62, n. 1: 1-54. 2010.

SANCHES, Sidney. “Objeto do processo e objeto litigioso do processo”. In: *Revista de Processo*, vol. 13. São Paulo: RT, 1979.

SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SANTOS, Andrés de la Oliva. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. *Da reconvenção no direito brasileiro*. 2ª tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1958.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 1. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 2. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 3. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. I. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SANTOS, Silas Silva. “*Iura novit cúria e a sentença na ação de usucapião*”. In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coord.: José Roberto dos Santos Bedaque [et al.]. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

SATTA, Salvatore. “*Accertamento incidentale*”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. I. Milano: Giuffrè, 1958.

_____. *Diritto processuale civile*. 13ª ed (a cura di Carmine Punzi). Padova: CEDAM, 2000.

_____. “*Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII. Milano: Giuffrè, 1964.

_____. “*Iura novit curia*”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1955

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Trad.: Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1968.

SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos*. Salvador: Juspodivm, 2017.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer; STRECK, Lenio Luiz. “*Comentários ao art. 504*”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

- SHAPIRO, David L. *Preclusion in civil actions*. New York: Foundation Press, 2001.
- SICA, Heitor Vitor. “A nova liquidação de sentença e suas velhas questões”. In: *Aspectos polêmicos da nova execução*, vol. 4. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.
- _____. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: RT, 2017.
- _____. *Cognição e execução no sistema de tutela jurisdicional civil brasileiro: identificação e tratamento do objeto litigioso em sede executiva*. Tese (livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016.
- _____. “Comentários aos arts. 188 a 202”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. “Comentários aos arts. 513 a 527”. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. “Comentários aos arts. 1029 a 1035”. In: *Código de Processo Civil anotado*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci [et al.]. Rio de Janeiro: GZ, 2016.
- _____. “Direito processual civil espanhol”. In: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: LEX, 2010.
- _____. *O direito de defesa no processo civil: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. “Tutela meramente declaratória, vista pela jurisprudência do STJ”. In: *O papel da jurisprudência no STJ*. Coord.: Isabel Gallotti [et al.]. São Paulo: RT, 2014.
- _____. “Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil”. In: *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Org.: Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SILVA, José Afonso da. “Limites da coisa julgada”. In: *Revista dos tribunais*, n. 417. São Paulo: RT, 1970.
- SILVA, Ovídio Baptista A. da. *Ação de imissão de posse*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. “Conteúdo da sentença e coisa julgada”. In: *Sentença e coisa julgada (ensaio e pareceres)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. “Conteúdo da sentença e mérito da causa”. In: *Sentença e coisa julgada (ensaio e pareceres)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. “Eficácias da sentença e coisa julgada”. In: *Sentença e coisa julgada (ensaio e pareceres)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. “Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro”. In: *Sentença e coisa julgada (ensaio e pareceres)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Procedimentos especiais*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

_____. “Reivindicação e sentença condenatória”. In: *Sentença e coisa julgada (ensaio e pareceres)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Teoria geral do processo civil*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2009.

SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais*. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016.

SINAY, Yuval. “Reconsidering res judicata: a comparative perspective”. In: *Duke journal of comparative & international law*, vol. 21 (2011).

_____. “The downside of preclusion: some behavioural and economic effects of cause of action estoppel in civil actions”. In: *McGill law journal*, vol. 56, n. 3 (2011).

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo civil de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. “A aplicação da ‘teoria da causa madura’ no sistema recursal do novo Código de Processo Civil”. In: *Recursos e duração razoável do processo*. Coord.: Bruno Silveira de Oliveira [et al.]. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. “A fragmentação do julgamento do mérito no novo Código de Processo Civil”. In: *Revista de processo*, n. 229. São Paulo: RT, 2014.

_____. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: RT, 2016.

_____. “Duplo grau de jurisdição e ‘teoria da causa madura’ no novo Código de Processo Civil”. In: *Novo CPC: doutrina selecionada*, vol. 6. 2ª ed. Coord.: Fredie Didier Jr. [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2016.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: LEX, 1997.

_____. “O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual)”. In: *Revista Forense*, v. 292. Rio de Janeiro: Forense 1985.

_____. “Prejudicialidade e limites objetivos do caso julgado”. In: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXIV, nº 4. Coimbra, 1980.

STIER, Byron G. “Another jackpot (in) justice: verdict variability and issue preclusion in mass torts”. In: *36 Pepperdine Law Review*. (2009).

STRICLER, Yves. “La localisation de l’autorité de la chose jugée”. In: *L’autorité de la chose jugée*. Coord.: Loïc Cadiet e Dominique Loriferne. Paris: IRJS, 2012.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

_____. “Comentários aos arts. 354 a 357”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. “Comentários aos arts. 430 a 433”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Org.: Lenio Luiz Streck [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 621.

_____. “Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Código de Processo Civil anotado*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci [et al.]. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

_____. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. Tese (livre-docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

_____. “Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou ‘devagar com o andor que o santo é de barro’)”. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, vol. 12. Coord.: Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2011.

_____. “Prova emprestada no processo civil e penal”. In: *Revista de informação legislativa*, vol. 35, n. 140. Brasília: Senado Federal, 1998.

_____. “Sentença que reconhece obrigação’ como título executivo (CPC, art. 475-N, I – acrescido pela Lei 11.232/2005)”. In: *Execução civil e cumprimento de sentença*. Coord.: Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: Método, 2006.

_____. “Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”. In: *Revista de processo*, n. 209. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079*. São Paulo: RT, 1997.

TALAMINI, Eduardo; WLADECK, Felipe Sripes. “Comentários aos arts. 994 a 1008”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Trad.: Daniel Mitidiero [et al.]. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. “Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni” (parte I). In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1971.

_____. “Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni” (parte II). In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1972.

_____. “Precedente e giurisprudenza”. In: *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2007.

TARZIA, Giuseppe. “Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo”. In: *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM, 1989.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Curso de direito processual civil*, vol. II. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Processo de execução e cumprimento da sentença*. 24ª ed. São Paulo: LEUD, 2007.

TRAMMELL, Alan M. “Transactionalism costs”. In: *Virginia law review*, vol. 100, n. 6 (2014).

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. “A denominada ‘situação substancial’ como objeto do processo na obra de Fazzalari”. In: *Revista de processo*, n. 68. São Paulo: RT, 1992.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. “Comentários aos arts. 502 a 508”. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. “Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal”. In: *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

_____. “O regime do precedente judicial no novo CPC”. In: *Precedentes*. Coord.: Fredie Didier Jr. [et al.]. Salvador: Juspodivm, 2016.

VERDE, Giovanni. “Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1989.

_____. “Domanda (principio della)”. In: *Enciclopedia giuridica*, vol. XII. Roma: Treccani, 1989.

_____. “Sulla ‘minima unità strutturale’ azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1989.

VESTAL, Allan V. “Restatement (Second) of Judgments: a modest dissent”. In: *Cornell law review*, vol. 66, n. 4 (1981).

VOLPINO, Diego. *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*. Padova: CEDAM, 2007.

WAGGONER, Michael J. “Fifty years of *Bernhard v. Bank of America* is enough: collateral estoppel should require mutuality but *res judicata* should not”. In: *The review of litigation*, vol. 12 (1993).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança”. In: *Revista de processo*, n. 230. São Paulo: RT, 2014.

_____. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007.

WATANABE, Kazuo. “Ação dúplice”. In: *Revista de processo*. n. 31. São Paulo: RT, 1983.

_____. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. “Relação entre demanda coletiva e demandas individuais”. In: *Revista de processo*, n. 139. São Paulo: RT, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de direito processual civil*, vol. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. “Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de ‘ação dúplice?’”. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. *Tutela jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2006.

_____. “Tutela jurisdicional meramente declaratória”. In: *Revista de processo*, n. 76. São Paulo: RT, 1994.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in apelo*. Milano: Società Editrice Libreria, 1916.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. “Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados”. In: *Revista de Processo*, vol. 109. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Título executivo e liquidação*. São Paulo: RT, 1999.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. “Limites objetivos da coisa julgada no CPC/2015 e o fantasma da simplificação desintegradora”. In: *Novo CPC: doutrina selecionada*, vol. 2. Coord.: Fredie Didier Jr [et al.]. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.