

intervindo, a posição de *litisconsorte*, isto é, de parte *principal*: em b.1, onde é *exclusiva* a legitimação extraordinária. Se confrontarmos esses resultados com os obtidos no tocante à intervenção do legitimado extraordinário, podemos enunciar a seguinte proposição, em que se sintetizam tôdas as possibilidades examinadas:

— A intervenção espontânea do legitimado ordinário é *sempre litisconsorcial*, exceto quando *exclusiva* a legitimação extraordinária da parte primitiva; a intervenção espontânea do legitimado extraordinário é *sempre assistencial*, exceto quando a sua legitimação for *autônoma e concorrente* com a de outro legitimado *também extraordinário*.

8. Riquíssima problemática, de suma relevância teórica e prática, suscita a ocorrência da legitimação extraordinária. Vamos limitar-nos a uma tentativa de enumeração, certamente incompleta, de alguns itens.

a) Em primeiro lugar, cumpriria proceder à sistematização da matéria sob o ponto-de-vista, por assim dizer, *etiologicalo*; isto é, averiguar as possíveis razões jurídicas que explicam a atribuição de eficácia legitimante a determinadas situações subjetivas diversas daquelas que constituem, em cada caso, o objeto do juízo. Ter-se-ia, para tanto, de passar em revista o rol dessas situações legitimantes, a fim de verificar se se pode identificar em tôdas uma nota comum fundamental, ou pelo menos se se podem reduzir a classes homogêneas, cada uma das quais caracterizada por uma nota comum fundamental. Segundo esse programa, es-tudar-se-iam as *fontes* da legitimação extraordinária.

b) Em seguida, caberia distinguir as várias espécies de fontes na perspectiva da maior ou menor extensão e intensidade da eficácia legitimante. Vimos que em alguns casos a legitimação extraordinária exclui a ordinária, noutros concorre com ela, de maneira autônoma ou subordinada; e também que em alguns ela autoriza o titular a agir e a contestar ações, noutros apenas a agir, ou a contestar, noutros ainda unicamente a intervir. A essa diversidade de efeitos deve logicamente corresponder uma diversidade de causas, que seria preciso esclarecer.

c) A etapa subsequente teria por objeto a análise dos próprios efeitos e necessariamente se desdobraria em tópicos parciais, para abranger o exame de uma série considerável de questões, desde a da delimitação dos poderes atribuídos, no processo, ao legitimado extraordinário, até a da fixação das consequências que, para ele e para o legitimado ordinário, hajam de advir, notadamente no que tange à *sentença e à coisa julgada*.

QUESTÕES PREJUDICIAIS E QUESTÕES PRELIMINARES (*)

1. *What's in a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet (Romeo and Juliet, 2.º ato, cena II).* Ao pôr na boca de sua gentil heroína esses versos famosos, cunhou SHAKESPEARE uma das mais perfeitas fórmulas poéticas de que se tem notícia; mas não terá enunciado, nem o pretendida, um princípio científico. Em ciência os nomes importam bem mais do que a recia à apaixonada Julieta. Na ciência do Direito não menos do que em qualquer outra. Pode o jurista deitar-se com o lirismo do texto shakespeariano; mal andaria, porém, se dele quisesse tirar uma regra aplicável ao seu próprio ofício. A elaboração dogmática já é por si trabalho bem árduo para que nos demos ao luxo de entravá-lo com o pesado lastro dos equívocos terminológicos. A precisão dos conceitos há de corresponder, nesse terreno, como condição *sine qua non* de todo progresso, a univocidade da nomenclatura por meio da qual eles se expressem. Não existe outro modo de evitar a esterilidade das discussões doutrinárias que se resolvem em simples *querelles de mots*.

O direito processual é ramo da ciência jurídica que só em época relativamente recente começou a ser tratado com métodos mais rigorosos. Muito se caminhou, nestes últimos tempos. Os instrumentos que hoje se empregam, na exegese das normas e na construção dos institutos, são bem mais finos e precisos que os utilizados outrora. Atestam-no os importantes resultados que já se têm obtido no que concerne às distinções conceptuais e terminológicas. Importantes não somente na perspectiva da ciência pura: também pelo alcance prático que sempre assumem. Dar a cada coisa o seu nome, e *apenas este*, não é preocupação formalística de quem

(*) Escrito em 1965 e destinado aos *Estados em honra de Machado Guimarães*.

pusesse acima de tudo o amor pela boa arrumação e pelo impecável polimento do mobiliário dogmático; é esforço que se inspira, principalmente, na compreensão da utilidade que daí se tira para a melhor aplicação do Direito e, portanto, para uma realização menos imperfeita da Justiça entre os homens.

A tal esforço pretende este trabalho, em matéria restrita mas nem por isso irrelevante, trazer modesta contribuição, que não aspira propriamente a resolver o problema de que cuida, senão antes a *indicar uma direção* em que, segundo do parece, com maior facilidade se poderão contornar alguns obstáculos em que às vezes tem esbarrado a pesquisa doutrinária. Não raro depende o êxito da busca, decisivamente, da escolha de um *bom ponto de partida*. Concorrer para fixá-lo, eis o nosso único propósito.

2. Para tornar possível o cumprimento da *prestação jurisdicional*, por meio da qual se desincumbe do dever que assumiu ao chamar a si, em termos de exclusividade, a missão de fazer justiça, realiza o Estado, por seu órgão específico, junto com outras pessoas, diretamente interessadas ou eventualmente convocadas a cooperar para o mesmo fim, uma atividade em geral longa e complexa, cujas manifestações podem assumir os mais diversos aspectos. Se atentarmos na *liberdade* de que as mais das vezes se reveste o confronto de interesses trazido à sua apreciação, e ademais na necessidade, em que ele se encontra, de controlar o procedimento dos outros figurantes, e o seu *próprio*, para conformá-los às imposições e restrições da lei, nada se há de estranhar em que, ao longo daquele percurso, e ainda antes do momento culminante, já reiteradamente se veja o juiz na situação de ter de *optar* entre duas ou mais atitudes possíveis, marcada a opção pela força de impor-se à vontade dos outros, salvo impugnação pelos meios regulares.

O itinerário processual, com efeito, não está predeterminado senão nas diretrizes genéricas que a lei ministra, mediante-se de tais indicações, orientar-se nas encruzilhadas que pelo trajeto se lhe deparam, de sorte que a viagem chegue a bom termo. Toca-lhe, em outras palavras — e este, sem dúvida, é o principal aspecto por que se manifesta a sua atividade — pronunciar-se sobre a matéria “duvidosa”, quer a “dúvida” seja daquelas que, em razão do seu próprio ofício, ele se propõe a si mesmo, quer esteja adstrito a aguardar, para enfrentá-la, a iniciativa das partes.

Aceita uma definição que já se tornou clássica, chamamos precisamente *questões*, em doutrina, a essas “duvidas pro-

postas pelas partes, em desacôrdo sobre um ponto de fato ou de direito, e àquelas que o juiz deve propor a si mesmo” (1). Cabe pois afirmar que, de todas as espécies de atos praticados pelo órgão jurisdicional, a mais importante é a daqueles pelos quais ele *resolve questões* (2).

3. Essas questões, cuja natureza pode variar enormemente, comportam, como se sabe, diversas classificações, de acôrdo com o ponto-de-vista por que se encarem. Uma das mais corriqueiras é a que opõe as *questões de direito* às *questões de fato*. Depois que se difundiu na literatura processual a triplíce distinção entre *processo*, *ação* e *mérito*, passou-se a utilizar também a correspondente classificação, e assim se fala em questões relativas ao *processo*, questões pertinentes à *ação* (*rectius*: às condições do seu legítimo exercício) e questões de *mérito*.

Ambas essas classificações valem-se de critérios baseados em características inerentes às questões, em traços ou notas específicas que oferecem consideradas em si mesmas, ou mais precisamente no seu *objeto*. Há, porém, outro problema por que se podem elas analisar: é o das *relações* que mantêm umas com as outras. Embora todo o processo apresente uma *unidade intrínseca* que resulta da ordenação dos seus múltiplos atos e fases ao mesmo fim, é fácil observar como, às vezes, esta ou aquela *opção* feita pelo juiz em face de certa “dúvida” influi diretamente sobre outra ou outras *opções* que, mais adiante, o movimento processual virá a determinar-lhe, de tal sorte que, consumada a primeira, determinado fica, naqueles pontos, o futuro itinerário. Nesses casos, assume colorido particular, inconfundível, a vinculação que sempre existe entre *quaisquer atos* do processo, pelo simples fato de estarem inseridos no *mesmo suporte*. Tome-se como exemplo o nexo entre a questão da tempestividade e a do provimento do recurso; ou entre a da constitutividade da lei tributária e a da existência do débito fiscal: salta aos olhos a impossibilidade de equiparar a tais hipóteses a da ligação, incomparavelmente mais remota, entre a questão re-

(1) CARNELUTTI, *Studi di Diritto Processuale*, vol. III, Pádua, 1939, pág. 104. No *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. de NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO e SANTIAGO SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1944, vol. II, pág. 15, CARNELUTTI define a “questão”, mais sinteticamente, como “ponto duvidoso de fato ou de direito”.

(2) Usamos de caso pensado o termo “resolve”, em vez de “decide”, em atenção à diferença que fundamentalmente se estabelece entre os casos em que o juiz *decide*, no sentido próprio e exato da palavra, que é v. g. o do art. 287, *caput*, do Código de Processo Civil, e aqueles outros em que ele apenas conhece, *incidenter tantum*, de alguma questão.

Neste ponto começa a desenhar-se o problema terminológico a que de início se aludiu. Os processualistas cedo perceberam que *nem todas* as questões subordinantes (e, por isso, prioritárias) são da mesma natureza, e que *varia a espécie de influência* por elas exercida sobre a solução das questões subordinadas. Não se adotou, entretanto, um critério uniforme e coerente de classificação, e dessa deficiência resultou, como não podia deixar de ocorrer, certa confusão na nomenclatura. Expressões como "questão prejudicial" e "questão preliminar", por exemplo, foram com frequência promiscuamente empregadas na literatura processual, do nosso como de outros países; e, se em alguns casos se observam tentativas para distinguir os conceitos, nem sempre parecem tais esforços guiados por uma consciência clara dos eixos de referência a que se reportaria a distinção. Uma olhada à doutrina, mesmo à mais moderna e rigorosa, revela que nessa matéria ainda não se conseguiu romper a teia dos equívocos tradicionais.

4. Na literatura luso-brasileira menos recente, o adjetivo "prejudicial" aparece quase sempre, ao tratar-se da classificação das ações (ou das exceções), para designar as concernentes ao estado das pessoas (4). Essa limitação conceptual é historicamente explicável, já que os *præiudicia* romanos corresponderam, principalmente, à necessidade, que em determinados casos ocorria, de prévia definição judicial do status. Não se prestou atenção, porém, à circunstância de ser accidental a matéria sobre versavam, e *essencial*, pelo contrário, o fim a que estavam ordenados (5). Do ponto de vista lógico, a classificação não tinha base sólida. Encarnar na mesma chave as *ações prejudiciais* ao lado das *reais* e das *pessoais* era perder completamente de vista a verdadeira natureza do fenômeno da *prejudicialidade*. Ressalta bem clara a nenhuma adequação do termo ao uso que dele se fazia.

Agravando a confusão, às vezes se afirma a sinonímia entre "prejudicial" e "preliminar", sem ter, aliás, o cuidado

(4) CORREIA TELES, *Doutrina das ações*, ed. de PONTES DE MIRANDA, Rio de Janeiro, 1918, pág. 29; PAULA BATISTA, *Compendio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial*, 6.ª ed., Rio de Janeiro, 1901, págs. 14, 50; CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *Curso de prática do processo*, Rio de Janeiro, 1911-1912, vol. I, pág. 248; JOÃO MENDES DE ALMEIDA JR., *Direito Judiciário brasileiro*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1940, págs. 104, 124; CÂMARA LEAL, *Teoria e prática das ações*, S. Paulo, 1928, vol. I, pág. 20.

(5) Sobre isso, v. adiante (n.º 9) a bibliografia citada em a nota 13.

lativa ao valor da causa, *v. g.*, e a referente à necessidade de certa prova — sem outro laço a prendê-las senão a circunstância de surgirem ambas no fluxo de uma única relação processual. Ali, logo se reconhece a presença de um vínculo de *subordinação*: há uma questão *subordinante* e outra *subordinada*; aqui, a relação é de mera *coordenação*, no sentido de que as duas questões, ou mais exatamente as soluções que se lhes dêem, estão *ordenadas a um fim comum*.

A existência do vínculo de subordinação necessariamente repercute na *ordem* em que o juiz há de apreciar as questões relacionadas. É claro que *todo o conjunto* dos atos processuais deve em princípio obedecer a certa disposição preestabelecida na lei, que lhes organiza a seqüência, com maior ou menor rigidez, tendo em vista, geralmente, razões de conveniência. Mas não é disso que aqui se trata. Nenhum princípio *a priori* exigiria, por exemplo, que o juiz dirimisse a dúvida suscitada sobre o valor da causa *antes* de dirimir a dúvida atinente à necessidade de prova pericial, ou *depois* desta, ou *ao mesmo tempo*. Ao legislador, discricionariamente, incumbe decidir qual dessas soluções *mais convém*. Diverso é o caso quando uma questão *se subordina* a outra: o legislador pecaria contra a lógica — e, por vezes, *comandar a impossível* — se antepusesse a solução da questão *subordinada* à da questão subordinante. Não teria sentido, *v. g.*, que se fôsse apreciar o recurso *no mérito* antes de responder em sentido afirmativo à indagação sobre a tempestividade de sua interposição, e inconcebível seria que se pretendesse afirmar ou negar a existência do débito fiscal antes de solver a dúvida relativa à constitucionalidade da lei tributária.

Pouco importa que o pronunciamento do órgão judicial sobre as duas questões vinculadas haja de conter-se no âmbito de *um mesmo ato processual* — que ele as aprecie, por exemplo, numa única sentença. A ordem a que não poderá fugir é mais *lógica* do que *cronológica*. Ainda que as conclusões se exteriorizem de um jato, no raciocínio do juiz haverá sempre um *præius* (questão subordinante) e um *postæius* (questão subordinada). Neste sentido, e não em contexto temporal, é que se fala de *questões prévias* (3) — que melhor se diriam, talvez, *prioritárias* — para designar tôdas aquelas cuja solução é *lógicamente anterior* à de outras.

(8) PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1959, t. IV, pág. 62/3. Outros, como LIEBMAN, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo, 1947, págs. 137 e segs., usam a expressão em sentido diverso, para indicar as questões *não abrangidas pelo mérito*.

de precisar o sentido desta última expressão (6). Mais recentemente, surge a noção de "prejudicial" em contexto relativo à eventual influência da solução de uma questão sobre a de outra, mas com tônica em aspecto secundário e contingente: a suspensão do processo em que se discutisse a questão principal, até o desate da outra (7).

O panorama não clareou muito com o advento do Código de Processo Civil, cabendo talvez a responsabilidade, em parte, à técnica deficiente com que o próprio legislador tratou a matéria. O fato é que a doutrina continuou quase sempre enredada em perplexidades e contradições. Ora se persiste num emprêgo promiscuo dos termos "prejudicial" e "preliminar", aceitando a identificação dos dois conceitos, unicamente construídos sobre o traço da *prioridade* (8), ora se escolhem critérios pouco nítidos ou francamente arbitrários de diferenciação (9). A própria nota essencial *communis* a todas as questões prévias — a sua posição como antecedente lógico da solução de outras questões — só em parte foi sublinhada com a devida nitidez (10). Em poucos autores transparece a preo-

(6) P. BATISTA, ob. cit., pág. 50; C. OLIVEIRA FILHO, ob. e lug. cit.

(7) JOÃO MONTEIRO, *Teoria do processo civil*, 6.ª ed., Rio de Janeiro, 1956, t. I, pág. 94, nota 1 (iniciada na pág. 98), com base em SAVIGNY.

(8) COSTA CARVALHO, por exemplo, após repetir a doutrina tradicional sobre as "ações prejudiciais" (como ações de estado), observa que hoje tal nomenclatura se há de considerar imprópria, "porque prejudiciais se dizem somente aquelas questões que, no juízo, devem ser decididas *preliminariamente* às soluções de outras" (*Direito Judiciário Civil*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1949, 1.º vol., pág. 296 — grifamos). CARVALHO SANTOS, no verbete *Ação prejudicial*, in *Rep. Enc. do Dir. Bras.*, vol. 12, pág. 104, define "questões prejudiciais" pela só característica da *prioridade*, como aquelas "que devem ser decididas antecipadamente à solução de outras questões". Nenhuma alusão à *influência*, à relação de *dependência*, de *subordinação* que é, entretanto, a própria razão de ser da prioridade, mere corolário lógico. Fica-se na superfície do fenômeno. V., porém, quanto a C. SANTOS, a nota 10.

(9) V. g. o proposto por JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 2.ª ed., S. Paulo, 1958, 1.º vol., págs. 435/6, e 4.º vol., pág. 98: prejudiciais seriam as questões relativas "à composição do juízo" (suspeição, incompetência, ilegitimidade das partes), e preliminares as concernentes às nulidades processuais e ao mérito (entre estas, para o autor, a questão da coisa julgada, a da litispendência e as exceções materiais). Pondo de lado a inclusão, para nós inaceitável, da coisa julgada e da litispendência no âmbito do *meritum causae*, não se percebe bem o critério lógico, a *diretriz fundamental* adotada por J. AMERICANO em sua classificação. PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1960, vol. III, página 271, ministra conceito idêntico das prejudiciais, mas na pág. seguinte refere-se, contraditoriamente, às "prejudiciais de estado" — ou seja, a questões capazes de interessar ao próprio mérito.

(10) V., quanto às prejudiciais, LIESMAN, ob. cit., págs. 166, 175; com terminologia imprecisa, C. SANTOS, *Código de Processo Civil inter-*

cupação de sistematizar logicamente a matéria, reunindo num gênero os casos de prioridade e procurando estabelecer, dentro dele, as *diferenças específicas*. E nesses mesmos são discordantes os esquemas, já nos conceitos, já — quando os conceitos coincidem — na terminologia (11).

O máximo de precisão a que se chegou foi vincular o crime entre "prejudiciais" e "preliminares" à oposição entre questões de *mérito* e questões *estranhas ao mérito* (12 e 12-a). Aquelas se distinguiriam destas por dizerem respeito

pretado, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1940, pág. 114; ainda P. DE MIRANDA, ob. cit., t. XI, pág. 373; "... por definição, a prejudicialidade existe em encadeamento lógico imparitvel"; mais recentemente, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1962, vol. I, pág. 468.

(11) ONILON DE ANDRADE, por exemplo, fala de "questões preliminares" para designar o gênero (preliminares = prévias), dividindo-o em "preliminares processuais" e "preliminares de mérito"; a estas últimas é que caberia propriamente a denominação de "prejudiciais" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1946, vol. IX, pág. 388). Também DE PLÁCIDO E SILVA alude a "questão preliminar" em sentido genérico (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1956, vol. V, pág. 323, *verbis* "... toda questão que se deve resolver, preferencialmente, ou antes que se decida a questão principal", e outra passagem caracteriza as prejudiciais como aquelas questões que, devendo julgar-se em primeiro lugar, interferem na decisão de mérito (ob. cit., vol. II, págs. 281/2) — donde se poderia concluir que o seu esquema lógico é igual ao de O. DE ANDRADE; os exemplos de prejudiciais que ministra, porém, nem todos se ajustam à doutrina exposta. Para PONTES DE MIRANDA, ob. cit., t. IV, pág. 68, o gênero é o das "questões prévias", de que são espécies as "preliminares" e as "prejudiciais"; não fica muito clara, todavia, a nota distintiva entre estas e aquelas.

(12) No fundo, ainda com terminologia imprecisa, era o esquema de O. DE ANDRADE e DE P. E SILVA, com maior nitidez naquele do que neste (v. nota anterior). PONTES DE MIRANDA, em certos trechos, parece aderir a ele (v. ob. e t. cit., págs. 62/3), mas noutros o desfigura (na pág. 68 escreve que "as questões prejudiciais são, *quase sempre*, questões de mérito", e na pág. 64, mais explicitamente, que tais questões "ou são de *ordem necessariamente processual* (...), ou têm, também, conteúdo material" — grifamos); e alhures dele se afasta por completo, para caracterizar a questão prejudicial como aquela que "pode excluir a obrigação de sentenciar sobre a questão principal" (pág. 60; v., adiante, nota 18). A matéria foi cuidadosamente elaborada, na perspectiva que o texto indica, por HÉLIO TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*, Rio, 1959, vol. II, págs. 355 e segs., esp. 366/8, onde, partindo da tripla distinção entre *processo*, *ação* e *mérito*, se propõe uma classificação igualmente tripla das questões prévias em *preliminares* (referentes ao processo), *intermediárias* (referentes às condições da ação) e *prejudiciais* (concernentes ao mérito). Entretanto, mais recentemente, um processualista do porte de J. F. MARQUES volta a sinonimizar "preliminares" e "prejudiciais", discriminando embora entre preliminares ou prejudiciais "de rito" e "de mérito" (ob. cit., vol. III, págs. 291/2).

(12-a) Também na literatura italiana costuma aparecer, como critério discreto entre "prejudiciais" e "preliminares", o da pertinência

to à própria *res in iudicium deducta*, e não à relação processual ou às condições da ação. Tal critério, conquanto apoiado em fundamento incomparavelmente mais sólido, ainda se nos afigura, pelas razões adiante expostas, insuficiente.

Não é de admirar que tamanho desconcerto doutrinário tenha levado alguns ao cepticismo, à conclusão pessimista de que não há vantagem em manter na terminologia do processo a fórmula "questão prejudicial", pois, correspondendo a "conceito equivoco e por demais amplo, a sua utilização, além de não ser fecunda, pode acarretar grave confusão" (13). Para quem, como nós, está convencido, ao contrário, de que a fórmula merece ser conservada, pela importância teórica e prática do fenômeno que traduz, o problema consistirá antes em buscar purificá-la das ambiguidades correntes, balizandolhe o âmbito conceptual, em ordem a estreamá-lo, com toda a nitidez possível, do que haja de ser coberto pela outra fórmula afim, a de "questão preliminar".

5. Mais de uma perspectiva poderia ser escolhida para a tentativa de melhor sistematizar a matéria. Uma delas — e não a menos interessante, decerto — consistiria em partir do dado histórico e verificar, para cada uma das categorias em estudo, qual o sentido que com maior justeza se insere na linha descrita pela evolução dos institutos através dos tempos. No que tange às *prejudiciais*, por exemplo, há um rico filão a explorar por esse prisma, para quem se dispunha — e não faltam trabalhos assim orientados — a remontançar às raízes romanas dos *praevindicia*.

Outro caminho, que nos atraiu mais porque menos trilhado, arranca de ponto diametralmente oposto. Em vez de refazer as vicissitudes semânticas por que passaram as expressões usadas para designar cada espécie de questões prévias ou prioritárias, busca desde logo, como primeira meta, estabelecer as *coordenadas lógicas* da matéria, identificar os

ou impertinência ao mérito. V., por exemplo, LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Milão, 1957, págs. 55 e segs.; RANIERI, *Manuale di Diritto Processuale Penale*, 2.ª ed., Pádua, 1955, págs. 118/9, 339; PAOLO CURATOLO, verbete *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia Forense*, vol. VI, pág. 22; MAURIZIO STRECCANELLA, verbete *Questioni pregiudiziali e incidentali*, ob. e vol. cit., pág. 35.

(13) ALFREDO BUZAD, *Do agravo de petição*, 2.ª ed., São Paulo, 1956, págs. 116/7; ELIEZER ROSA, *Dicionário de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1957, verbete *Questão prejudicial*. O primeiro desses autores, noutra obra, *A ação declaratória no direito brasileiro*, S. Paulo, 1943, págs. 195/6, aderira à corrente que põe o traço discreto das *prejudiciais*, em relação às *preliminares*, na pertinência ao *meritum causae*.

modos por que se manifesta o fenômeno, captar as *notas distintivas* das correspondentes espécies de questões. Só depois, numa segunda etapa — já definidas, com a possível exatidão, as *essências* — é que se cuidará, nesta linha de raciocínio, das *denominações*.

De fundamental importância para tanto é a rigorosa determinação do *critério* a ser adotado. A tentativa de distinguir entre as classes de questões prévias com base, apenas, na consideração da pertinência ao mérito, de um lado, ou à ação e ao processo, de outro, não obtém resultados satisfatórios justamente porque se contenta com a aplicação de um critério que, fecundíssimo alhures, aqui não toca o nervo do problema. Convém atentar em que todo o fenômeno de que se está tratando emerge dêsde dado substancial: a existência de uma *relação lógica de subordinação*. As questões prioritárias não são tais em virtude de algo que esteja *nelas mesmas*, isoladamente consideradas, nem de algo que esteja *nas questões que delas dependem*, mas por força da particular *relação* que se estabelece entre umas e outras.

Uma questão prévia — e o mesmo se dirá da questão a ela subordinada — pode dizer respeito ao processo, à ação ou ao mérito, sem que essa característica, relevantíssima de outros pontos-de-vista, nos esclareça sobre a função que a questão prévia exerce *como tal*, isto é, sobre a *natureza da sua relação* com a questão subordinada. Mas se é precisamente essa relação, e só ela, que a faz prévia, que justifica o caráter *prioritário* da sua solução, a luz projetada não atingiu ainda o essencial. E mais: a classificação que por esse prisma se fizer não escapará ao risco de separar coisas homogêneas e juntar coisas heterogêneas, uma vez que, tanto no âmbito do mérito, como no do processo e no das condições da ação — segundo melhor se verá adiante — não é uniforme a natureza daquela relação. Eis porque, a despeito de sua importância como esforço para superar o puro empirismo das posições anteriores, essa orientação se mostra incapaz de levar a pesquisa a mais fecundo termo. Parece de toda a vantagem localizar diretamente, *ab initio*, as modalidades sob as quais se apresentam as relações de subordinação, e apoiar nelas a tentativa de classificação das questões prioritárias.

6. Ora, não se afigura difícil, mesmo num exame superficial dos casos que a doutrina e a prática abundantemente registram, estabelecer fundamental distinção entre duas formas de manifestação do fenômeno. Observem-se estes exemplos corriqueiros: (a) em certo feito, o juiz, no momento de proferir a sentença, verifica que, revel o réu, cuja citação se

fizera por edital, não funcionou o representante judicial dos ausentes, e anula o processo, sem apreciar o mérito; (b) noutro, em que se reclama do fiador o adimplemento, o réu alega, em defesa, a nulidade da obrigação principal, e o juiz, reconhecendo-a, por via de consequência julga improcedente o pedido. Em ambos os casos, existe clara relação de subordinação entre duas questões: ali, o julgamento *de meritis* dependia da solução que se desse à questão da representação do devedor; aqui, da solução que se desse à questão da validade do negócio principal. O tipo de dependência, no entanto, não é o mesmo, visivelmente, numa e noutra hipótese.

Com efeito: em (a) a influência que a solução da questão subordinante exerce sobre a da questão subordinada traduz-se no fato de que aquela condiciona a existência desta, mas não o seu eventual conteúdo. No exemplo, a solução dada foi tal que preexcluiu a possibilidade mesma de ser julgado o mérito; supondo-se, todavia, que o juiz resolvesse no sentido positivo a dúvida surgida acerca da validade do processo, nada seria lícito concluir daí quanto ao teor que viria a ter a sentença definitiva — se daria razão ao autor ou ao réu. Nem a circunstância de haver sido anulado o processo, por falta de representação do réu, depõe minimamente sequer contra a solidez da pretensão do autor, que poderia, em processo regular, merecer talvez inteira acolhida (14).

Perfeitamente análogo seria o caso da questão relativa à prescrição, em face da atinente à existência ou inexistência, *in concreto*, da obrigação de pagar. Se o réu alega

(14) Como excelentemente já dizia MENESESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Milão, 1963 (a 1.ª ed. da obra data de 1904), pág. 54, "con una decisione si scioglie dunque la questione dell'ammissibilità d'un'altra decisione, si determina "l'essere o non essere" di quest'ultima. Ma nulla più: una volta associato che la via alla sentenza definitiva è aperta, resta ancora da percorrerla tutta. La decisione anteriore si limita ad attestare la mancanza di un impedimento che possa costringere il giudice a retrocedere, *infectis rebus*, dalla ricerca del merito; ma nulla che si rispecchi nel tenore della stessa". A única ressalva cabível é a de que o mestre só parece ter considerado a hipótese de referir-se a questão subordinada ao *meritum causae*, quando o fenómeno é genérico e pode manifestar-se na relação entre duas questões de qualquer natureza (v. adiante, n.º 8). Idêntica restrição deve fazer-se ao ensinamento de ALBERTO ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milão, 1958, pág. 119, quando distingue entre as questões cuja solução "riguarda solo l'esistenza dei presupposti di esplicazione della funzione giurisdizionale nel merito della domanda dell'attore, e, perciò, condiziona la possibilità di questo esame di merito", e aquelas cuja solução, "invece, concerne (...) quegli elementi, in base ai quali la domanda dell'attore deve essere accolta o respinta nel merito: e, cioè, condiziona il contenuto del provvedimento decisorio relativo".

ga estar prescrita a dívida, a solução que o juiz der à questão poderá ser tal que o dispense de ir além no trabalho de julgar. Reconhecida a ocorrência da prescrição, já não caberá o exame dos restantes aspectos da lide — exame que, noutras circunstâncias, levaria eventualmente à condenação do réu, ou, ao contrário, à declaração de que o suposto crédito do autor jamais existira, ou fora anteriormente satisfeito, e assim por diante. Mas a decisão que dá pela prescrição *nada diz*, por si, sobre *como* viria a pronunciar-se o juiz se, *v.g.*, tratando-se de relação jurídica patrimonial, o réu não a tivesse arguido (Código Civil, art. 166; Código de Processo Civil, art. 4.º, 2.ª parte).

Já em (b), é bem diversa a influência que a solução da questão subordinante exerce sobre a da subordinada, bem diverso o tipo de relação existente entre ambas. A segunda, com efeito, depende da primeira não no seu ser, mas no seu modo de ser. Resolvida a questão da validade do negócio principal, nem por isso fica o juiz dispensado de passar à apreciação do pedido propriamente dito, de verificar se existe ou não para o réu, *in concreto*, a obrigação cujo cumprimento se reclama. O sentido em que se tiver resolvido aquela, porém, condiciona o sentido em que se resolverá esta. Se o negócio houver de considerar-se nulo (ressalvada, no direito brasileiro, a exceção do art. 1.488, 2.ª parte, do Código Civil) tanto bastará para que se negue a obrigação do réu em face do autor e se rejeite o pedido: o juiz, ao pôr a solução da primeira questão, põe a condição *necessária e suficiente* para a solução *negativa* da segunda. Se o negócio houver de considerar-se válido, o grau de predeterminação é menos intenso, porque o réu, em sua defesa, pode ter formulado outras alegações, alguma das quais porventura fundada e capaz de levar, por si só, à rejeição do pedido; mas, de qualquer forma, a *dependência lógica* subsiste, embora parcial: ao dar pela validade do negócio, o juiz põe uma condição *necessária* — ainda que não *necessariamente suficiente* — para a solução *positiva* da outra questão.

7. Fixada essa diferença fundamental, importa acenar, desde logo, o fato de que ela não coincide, em absoluto, com a distinção que se costuma fazer entre as questões *de mérito* e as questões referentes ao processo ou à ação. Não se deve supor que sejam sempre atinentes ao mérito as questões cuja solução condiciona o sentido em que outras hão de ser resolvidas, ou que caíam infalivelmente no âmbito do processo ou das condições da ação aquelas cuja solução só é capaz de dispensar ou impedir o juiz de resolver as que

lhes estejam subordinadas. Nem se imagine que só as questões de mérito possam ficar subordinadas a outras quanto ao teor de sua solução, e que apenas a solução de questões estranhas ao mérito seja suscetível de condicionamento quanto ao seu próprio ser. Longe disso: *as duas formas de manifestação do fenômeno*, a que acima se fez referência, podem surgir assim nos limites do *meritum causae* como no terreno puramente processual ou no das condições da ação. Da desatenção a essa circunstância é que dimana, provavelmente, a falsa superposição, feita por parte da doutrina, entre as duas classificações.

A questão da competência, por exemplo, é caracteristicamente processual. Suponhamos que, em dado processo, o réu haja oposto exceção *declinatoria fori*, baseada na invalidade da cláusula em que se estipulou foro especial para as ações relacionadas com o contrato, de sorte que (a seu ver) a demanda seria ajuizável na comarca X, onde ele é domiciliado, e não na comarca Y, contratualmente eleita. Por outro lado, o réu arguiu também, previamente, a suspeição do juiz. Tem-se aí a questão da competência subordinada, na sua solução, à de duas questões prévias; mas, enquanto uma delas lhe condiciona o próprio ser, da outra depende unicamente o seu modo de ser. De fato: conforme a solução que se der à questão da suspeição, o juiz passará ou não a resolver a outra. Se for mesmo suspeito, nem sequer poderá apreciar a questão da competência (15); se não for, terá de apreciá-la. Mas com isso não se avança um passo na direção do conteúdo que há de ter a decisão sobre a competência. Tal conteúdo — se ela tiver de ser proferida — dependerá essencialmente, ao contrário, da solução que se der à questão da validade da cláusula relativa ao foro de eleição: consoante se reconheça ou se negue tal validade, a exceção declinatoria será rejeitada ou acolhida.

Passemos a uma questão referente às condições da ação. Como se sabe, só tem legitimidade para propor ação popular quem for *cidadão brasileiro* (Constituição Federal, art. 141, § 38; Lei n.º 4.717, de 29-9-1965, art. 1.º). Se, na contestação, o réu alega a falta desse requisito, caberá ao juiz, no despacho saneador, decidir a questão (Código de Processo Civil, art. 294, inciso I; Lei n.º 4.717, art. 8.

(15) J. F. MARQUES, ob. cit., vol. III, pág. 168. Desnecessário assinalar que, quando no texto se alude ao condicionamento da questão da competência, no seu próprio ser, pela da suspeição, recorre-se, *brevitatis causa*, a uma fórmula elíptica. Evidentemente, o que se quer dizer é que a questão da competência não poderá ser resolvida pelo juiz suspeito, muito embora o haja de ser, depois, por outro.

7.º). Supondo-se que a alegação se funde na pretendida nulidade do ato de naturalização do autor, aí se tem questão prévia a ser resolvida pelo juiz, como *antecedente lógico necessário* do outro pronunciamento. Da solução dessa questão prévia vai depender o conteúdo da decisão sobre o problema da legitimidade para agir: nulo o ato, o autor será julgado parte ilegítima e, pois, carecedor de ação; válido, a não haver outra arguição do mesmo gênero, reconhecer-lhe-á o juiz *legitimatio ad causam*. Se, entretanto, por hipótese, opôs o réu exceção de coisa julgada, da solução que der o juiz a esta outra questão prévia depende, não o ser-tido, o conteúdo, mas a própria existência da decisão sobre a legitimidade: rejeitada a exceção, terá o juiz de proferir-lhe; acolhida — antes do saneamento do processo —, porá termo a este, sem precisar decidir-se nenhuma outra questão, nem mesmo a concernente à legitimidade para agir.

Assim também no tocante ao mérito. Se o contribuinte argui a inconstitucionalidade da lei tributária, o juiz, conforme a solução que der a essa questão, afirmará ou negará a existência, *in concreto*, da dívida fiscal. Se, porém, êle alega a prescrição, o eventual acolhimento da alegação dispensa o juiz de afirmar ou negar a dívida.

O tipo de relação entre a questão subordinante e a questão subordinada tampouco depende da pertinência de uma ou de outra ao direito material ou ao direito processual. Pode o vínculo de dependência manifestar-se entre duas questões regidas pelo direito material, entre duas questões regidas pelo direito processual, entre uma questão regida pelo direito material e outra pelo processual, ou vice-versa — e em todos êsses casos tanto é possível que a solução dada à subordinante predetermine o sentido em que se resolverá a subordinada, como é possível igualmente que a primeira seja capaz de *preexcluir* o conhecimento da segunda pelo juiz.

8. Individualizadas assim as duas modalidades irreduzíveis do fenômeno, e afastadas as interferências perturbadoras de outros critérios de classificação, é chegado o momento de enfrentar o problema terminológico. Se foi bem sucedida a tentativa de distinção conceptual, importa que a nomenclatura a reflita de modo preciso, reservando-se uma denominação para a classe das questões de cuja solução dependa a de outras *em sua existência mesma*, e denominação diversa para a classe das questões de cuja solução dependa o sentido ou o conteúdo da que a outras se há de dar.

Ora, o mais ligeiro exame da terminologia usual nessa matéria logo mostra como o conceito a que corresponde esta segunda classe de questões encontra expressão adequada na

denominação de *prejudiciais*. Desde Roma até os tempos modernos, passando pelo direito intermédio (16), é possível identificar, por sob as flutuações iniciais e as distorções subsequentes, uma linha semântica originária em que constantemente é dada pelo fato da influência (atual ou meramente potencial) que uma questão podia exercer sobre o modo como viria a ser resolvida outra, senão necessariamente no mesmo processo, pelo menos em eventual processo futuro (17). Esse era, em todo caso, o sentido *principal* da expressão entre os antigos, e é nele que a empregam — embora com inaceitável limitação — os autores que em nosso século se têm preocupado em purificar a teoria da prejudicialidade de todas as infiltrações e aderências cujo peso ameaçava sufocá-la (18).

É a acepção sugerida, aliás, pela própria estrutura da palavra: abstraindo-se dos matizes semânticos que historicamente recobriram o termo *iudicium*, é inegável que “prejudicial” sugere de maneira imediata a idéia de *juízo antecipado*, de *prejulgamento*. E, na verdade, a solução da prejudicial é antecipação do juízo sobre a outra questão. Resolvida a prejudicial, resolvida está, virtualmente, a outra, bastando que o juiz tire as consequências lógicas de rigor. Se a cessão do contrato foi considerada válida, e a alegação de sua nulidade era a única por força da qual pretendia o devedor escusar-se ao cumprimento, firmada a primeira conclusão, já se pode desde logo, com toda a segurança, anunciar a segunda, de que a primeira constituirá uma das premissas.

A denominação de *prejudiciais* é, pois, a que histórica e logicamente mais convém às questões de cuja solução depende o teor da solução de outras. A doutrina moderna, em geral, peca apenas no restringir ao *meritum causae* o âmbito

(16) V. a respeito MENESTRINA, ob. cit., págs. 1 e seqs.

(17) Cf. BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milão, 4.ª ed., s/d, pág. 108; EMILIO COSTA, *Perfil storico del processo civile romano*, Roma, 1918, pág. 45; SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1936, pág. 113; CHIOVENDA, *Istituzioni de Diritto Processual Civil*, trad. de J. GUIMARÃES MENEGALE, São Paulo, 1942, vol. I, págs. 181, 304; ANTONIO PALERMO, *Il processo di formazione della sentenza civile*, Milão, 1956, pág. 208.

(18) PONTES DE MIRANDA, em certo passo, inverte curiosamente os termos do problema, afirmando que a prejudicialidade se dá “quando alguma questão se interpõe que pode excluir a obrigação de sentenciar sobre a questão principal” (v. acima, nota 12). Mas pouco adiante, na pág. 69, trata, como *prejudicial*, da questão da inconstitucionalidade da lei que se pretende ter incidido; ora, diante dela o juiz não fica em absoluto *desprezado* de decidir a questão subordinada: fica, isso sim, adstrito a decidir-la *num ou noutro sentido*, conforme a solução que houver dado à subordinante. O exemplo, mais de uma vez aproveitado no texto deste trabalho, condiz perfeitamente com a nossa orientação.

de manifestação do fenômeno. É nele, realmente, que a prejudicialidade assume, em regra, maior importância, visto que aí a questão subordinada — ou *prejudicada*, como agora se pode dizer com melhor técnica — versa sobre o *próprio pé-dido* e vai ser decidida pela *sentença definitiva*, pondo fim à lide; mas a essência do fenômeno é a mesma nos casos em que a prejudicada é uma questão referente ao processo ou à ação (v. os exemplos formulados em o n.º 8) (19).

A outra classe de questões prévias ou prioritárias de cuja solução pode decorrer, para o juiz, a dispensa ou o impedimento de ir além — ficará, então reservado o nome de *preliminares*. Esta denominação, na verdade, não é tão expressiva quanto a de *prejudiciais*. Preliminar, etimologicamente, é aquilo que se situa antes do limiar. Tem-se a idéia da *prioridade*, da *antecedência*, mas falta a da *relação de dependência*, de *subordinação*. Em todo caso, conquanto em princípio coubesse procurar outra expressão mais significativa, já é tal, na matéria, a balburdia terminológica que desencoraja qualquer tentativa de inovação nesse sentido. Não parece haver maior inconveniente em manter-se a denominação tradicional, pois o uso para ela aqui sugerido, com alguns reajustes impostos pela demarcação conceptual mais rigorosa

(19) Em sua clássica obra tantas vezes aqui citada, MENESTRINA toca de passagem nesse ponto, explicando a limitação generalizada do estudo da prejudicialidade ao âmbito do mérito pela maior atenção e pelo “tratamento privilegiado” que as decisões de *meritis* sempre receberam nas leis e na doutrina (pág. 50). Alhures, procedendo ao exame casuístico de algumas espécies, inclui no campo da prejudicialidade, mas sem desenvolver a matéria, “as relações jurídicas de que deriva a legitimidade ativa ou passiva” (pág. 115). A índole *genérica* do fenômeno não passou despercebida a CHIOVENDA, ob. e vol. cit., págs. 541/2, nem a ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile*, 5.ª ed., Milão, 1955, vol. I, pág. 196. Mais recentemente, A. ROMANO, ob. cit., págs. 125/6, refere-se, também de passagem, à possibilidade de uma visão *unitária* da prejudicialidade, para abranger a sua manifestação no terreno puramente processual. Entre nós, H. TORNAGHI, em seu valioso estudo sobre as questões prejudiciais (ob. e lug. cit. em nota 12), reduz ao mérito o âmbito de prejudicialidade, reconhecendo embora que no direito romano a prejudicial surgia muitas vezes na discussão sobre a *legitimitas ad processum*, isto é, em matéria de pressupostos processuais (pág. 367). A explicação que dá parece-nos insatisfatória, porque faz tábuas raso da circunstância de que não foi só no campo do *meritum causae* que subsistiu “a necessidade de resolver uma questão qualquer antes de outra”. Decerto não é “apenas a respeito da capacidade” que ela pode configurar-se, mas tampouco é *apenas* quando se vai decidir o mérito. Daí, justamente, a conveniência de considerar o problema numa perspectiva *global*, compreensiva de todas as suas manifestações, independentemente da natureza da questão subordinada, pois não é esta que deve interessar na classificação da questão prévia, e sim, unicamente, a natureza da relação entre uma e outra.

rosa, na prática vai abranger quase o mesmo campo em que a aplicava a melhor doutrina.

Com efeito, na grande maioria dos casos, inscrevem-se na pauta processual, ou dizem respeito às condições da ação, as questões cuja solução pode dispensar ou impedir o juiz de passar à apreciação das subseqüentes. Trata-se de *conceitos distintos*, mas cuja extensão em boa parte coincide. É a sistemática acima proposta ainda permite salvar uma expressão muito freqüente na linguagem forense e até em obras doutrinárias: *preliminares de mérito*. Se se colocasse na pertinência ao mérito, de um lado, e ao processo ou à ação, de outro, o traço discreto entre prejudiciais e preliminares, aquela denominação se tornaria imprestável, reduzida a uma *contradição in adjecto*. Na perspectiva alvitrada, porém, há lugar para ela. Não, à evidência, para designar as questões concernentes às condições da ação, que ficam fora do âmbito do *meritum causae*; nada obstante se possam dizer, em relação a este, preliminares — e com inteira propriedade, já que são capazes de tornar inadmissível a definição da lide —, a tais questões será lícito chamar *preliminares ao conhecimento do mérito*, mas nunca *preliminares de mérito* (20). Esta última denominação há de reservar-se para aquelas outras que, dizendo respeito à própria *res in iudicium deducta*, tornam desnecessária, se resolvidas em certo sentido, o conhecimento, pelo juiz, dos restantes aspectos da lide e, por isso mesmo, são apreciadas em primeiro lugar. Tal a prescrição (21).

9. Convém insistir num ponto que é capital para a compreensão da óptica adotada neste trabalho. A classificação das questões prévias em preliminares e prejudiciais não deve repousar, ao nosso ver, em características inerentes às próprias questões, *consideradas em si mesmas*. Tampouco em critério ligado à natureza das *questões subordinadas*, como às vezes, de maneira consciente ou inconsciente, faz a doutrina moderna. Pelas razões expostas nos itens anteriores, parece-nos muito preferível tomar como ponto de referência o *tipo de*

(20) É a lúcida observação de MACHADO GUIMARÃES, verbete *Carência de ação*, in *Rep. Enc. do Dir. Bras.*, vol. 7, pág. 247.

(21) LEBMAN, ob. cit. em a nota 3, pág. 196; J. F. MARQUES, ob. e vol. cit., pág. 292; A. BUZAM, *Do agravo de petição*, págs. 134/5 (v. bibliografia e jurisprudência cit. em nota por este autor); SEABRA FAGUNDES, *Dos recursos ordinários em matéria civil*, Rio, 1946, págs. 253/4. Contra, no sentido de inscrever-se a prescrição na área das condições da ação, MACHADO GUIMARÃES, verbete cit., pág. 249. O Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, art. 299, IV, considera a pronúncia judicial da prescrição como "juízo de mérito".

relação existente entre a questão prioritária e a que dela depende.

Daí ficar sem sentido, na perspectiva escolhida, qualquer alusão a "questão prejudicial" ou a "questão preliminar" que não se reporte à *outra questão*, subordinada. Não se há de dizer de uma questão X que seja, *em si mesma*, prejudicial ou preliminar, mas que é prejudicial ou preliminar da *questão Y*. Ambos os conceitos são essencialmente relativos. Nada impede até, em linha de princípio, que a lei condicione à solução de certa questão, ao mesmo tempo, o *sentido* em que se deve resolver outra e a *própria possibilidade* de resolver-se uma terceira. Em tal caso, a primeira questão será *prejudicial* da segunda e *preliminar* da última.

Também pode ocorrer que entre três ou mais questões se estabeleçam relações sucessivas de dependência, de modo que a questão X seja prejudicial da questão Y e esta, por sua vez, preliminar da questão Z, ou que X seja preliminar de Y e esta prejudicial de Z, ou ainda que cada uma das duas primeiras seja preliminar, ou prejudicial, da subseqüente. Se, na ação popular, se suscita dúvida sobre a validade do ato de naturalização do autor, essa questão é prejudicial da relativa à legitimidade *ad causam* — a qual, por seu turno, é preliminar da questão de mérito (preliminar ao conhecimento do mérito). E não seria difícil apontar exemplos das outras combinações possíveis.

Não nos parece que tal circunstância torne "equivoco" o conceito de "questão prejudicial", ou o de "questão preliminar", nem que seja, *per se*, capaz de "acarretar grave confusão" (22). Muito ao contrário: se têm algum valor os resultados desta pesquisa, será justamente o de assegurar a *univocidade* de cada conceito, permitindo que se reúnam sob a mesma etiqueta todos os casos em que é *essencialmente igual* a relação entre a questão subordinante e a subordinada. Se houver rigorosa fidelidade a esse critério — o único, ao nosso ver, idôneo a captar a *alma* do problema —, fica até sensivelmente diminuído o perigo de confusão. As confusões que existiram e existem devem-se acima de tudo ao deslocamento da tônica, nas tentativas de classificação, para aspectos accidentais e secundários.

10. Neste assunto, como em tantos outros, deixa bastante a desejar, quanto à precisão técnica, a linguagem do Código de Processo Civil (23). Em dispositivo que tem

(22) A. BUZAM, ob. ult. cit., págs. 116/7.

(23) Com razão, neste ponto, A. BUZAM, ob. ult. cit., pág. 117.

sido fonte de incontáveis dificuldades exegéticas, assim se dispôs:

"Art. 282 — Na sentença em que resolver questão prejudicial, o juiz decidirá igualmente do mérito da causa, salvo se esta decisão for incompatível com a proferida na questão prejudicial".

A primeira observação a fazer é a de que o legislador, ao redigir a norma, só pensou — seguindo nisso a tendência dominante — nas questões prévias que condicionam o julgamento *de méritos*. Por outro lado, parece fora de dúvida que a expressão "questão prejudicial" está usada aí *em sentido amplo*, sem que se haja tido o cuidado de distinguir entre as questões que influem *no conteúdo* da decisão definitiva e aquelas cuja solução pode *excluir* o mérito. A segunda parte do dispositivo mostra, com efeito, que o seu âmbito de incidência abraça questões que, a rigor, se classificam como *preliminares*, e não como *prejudiciais*, pois a solução destas jamais é "incompatível" com a da questão prejudicada: limita-se a *predeterminá-la* num sentido ou noutro.

Para o bom entendimento do art. 282, é preciso lê-lo como se dissesse: "Na sentença em que resolver questão prévia, que condicione o julgamento do mérito, o juiz decidirá igualmente d'êste, salvo se se tratar de questão preliminar e a solução dela preexcluir o conhecimento da questão (principal) de mérito". Objeta-se-á, talvez, que essa interpretação tornaria supérflua a parte final do dispositivo (*verbis* "salvo se..."), porque a própria lei estabelece oportunidades diferentes para que o juiz aprecie as questões preliminares ao conhecimento do mérito, entre elas sobressaindo a do saneamento do processo (art. 294, I, III, IV). Logo, não só ficaria dispensada de repetir tal comando, sob a forma de exceção, no art. 282, mas também, e sobretudo, teria pôsto na primeira parte regra *parcialmente falsa*. De fato, à questão da *legitimatio ad causam*, por exemplo, pode o juiz dar solução com que seja perfeitamente compatível a decisão *de méritos*, sendo êsse, até, o caso normal. Ora, aí não se poderia invocar a exceção prevista no art. 282, *fine*; e, no entanto, nem por isso as duas questões devem ser apreciadas na mesma sentença. Não é tal, pelo menos, o sistema do Código, que expressamente determina o controle da legitimidade das partes no despacho saneador (art. 294, I), embora, na prática judiciária, com frequência se deixe a questão para ser enfrentada a final.

Cumpre, todavia, considerar: a) que há preliminares embutidas *no próprio âmbito do mérito*, como a questão da pres-

crição, e para a solução destas a oportunidade adequada é mesmo a da sentença definitiva; b) que, ainda em relação às preliminares atinentes ao processo ou à ação, é possível, em certos casos, que a controvérsia só surja *após o saneamento da lide*, como, *v.g.*, se se discute nulidade superveniente, ou se põe em dúvida a *legitimatio ad causam* de alguém que, depois do saneador, sucedeu a qualquer das partes na relação processual. Em todas essas hipóteses encontra aplicação a parte final do art. 282: o juiz, na sentença, se eximirá de julgar o mérito (ou, no que concerne à prescrição, a *questão principal de mérito*), se tal julgamento fôr incompatível com a solução dada à preliminar (24).

O art. 282 não há de ser entendido como se se referisse apenas às preliminares exteriores ao *meritum causae*, às questões que versam sobre as condições de admissibilidade do julgamento de mérito. Se assim fôsse, não se justificaria logicamente a redação do dispositivo, porque a *regra* firmada incidiria em muito menor número de casos do que a *exceção* (que se teria de considerar implícita) relativa às questões puramente processuais ou concernentes às condições da ação. Estas, com efeito, por força de outros dispositivos do próprio Código, são resolvidas *em regra* antes do julgamento do mérito, e só em caráter *excepcional* (*de iure*, ao menos...) junto com êle. Quer dizer: no art. 282 ter-se-ia estabelecido norma destinada a somente incidir *a título de exceção*. A interpretação aqui proposta evita êsse contra-senso: além das hipóteses excepcionais em que a solução das preliminares ao conhecimento

(24) Por não levar na devida conta essa variada gama de hipóteses, parece-nos pouco satisfatória a interpretação dada por P. B. MARTINS, *ob. cit.*, vol. III, pág. 275, ao dispositivo em exame. Diz o autor que "a aplicação do artigo (...) depende da verificação de duas condições". A primeira é a eventual incompatibilidade entre as soluções da questão prévia e da subordinada. "A outra condição, embora não mencionada expressamente na lei, resulta da natureza e do objeto do próprio processo. Pode acontecer que, para o julgamento de certas questões prejudiciais, a lei destaque uma fase do processo na qual a questão de mérito ainda não se ache madura para a decisão. É o que acontece com as questões relativas à legitimidade das partes, não supervenientes ao contraditório e que devem ser resolvidas no despacho saneador, isto é, antes de concluída a instrução da causa. Como seria absurda a hipótese de decisão simultânea e conjunta, pela mesma sentença, da prejudicial e do mérito, para satisfazer o princípio da economia do juízo, é claro que, em tais casos, o juiz adiará a decisão de fundo para a audiência de instrução e julgamento". Se tivermos em mente que, para P. B. MARTINS, no conceito de "prejudiciais" só se incluem questões estranhas ao mérito (*ob. e vol. cit.*, pág. 271; cf. acima, nota 9), facilmente verificaremos que a sua construção não evita a falha lógica apontada, a seguir, no texto.

do mérito fica diferida para a audiência de instrução e julgamento, o dispositivo abrange também as preliminares de mérito, como a questão da prescrição, e as prejudiciais propriamente ditas, como a da validade da obrigação principal, na ação contra o fiador. Isso obsta a que a regra se converta em exceção, e vice-versa. Resta, naturalmente, o defeito técnico da terminologia, ineliminável pelo intérprete.

Nos arts. 877 e 878 fala o Código em "questão preliminar ou prejudicial", referindo-se à ordem que deve ser observada no julgamento dos recursos. É o seguinte o teor dos dispositivos:

"Art. 877 — Qualquer questão preliminar ou prejudicial, suscitada no julgamento, será julgada antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão da preliminar ou da prejudicial.

Art. 878 — Rejeitada a preliminar ou a prejudicial, ou se com elas não fôr incompatível a apreciação do mérito, seguir-se-á a discussão e julgamento da matéria principal, sobre esta devendo pronunciar-se os juizes vencidos na preliminar".

Aqui, a lei parece ter empregado os termos "preliminar" e "prejudicial" como sinônimos, em sentido genérico: "questão preliminar ou prejudicial" seria qualquer questão prévia (25). Prévia em relação ao mérito, como deixa patente a redação de ambos os artigos. O legislador, tal como ao redigir o art. 282, não pensou na existência de questões estranhas ao mérito com solução condicionada à de outras, nem — a fortiori — na possibilidade de serem estas e aquelas apreciadas em grau de recurso.

A interpretação adotada é a que mais se coaduna com a insistência que o Código põe no emparelhar as duas denominações: "Qualquer questão preliminar ou prejudicial. . .", "a decisão da preliminar ou da prejudicial" (art. 877), e ainda com a clara atribuição, tanto a uma como a outra, de possível incompatibilidade com o julgamento *de meritis*. Em nossa classificação, jamais a solução de uma questão prejudicial seria

(25) De acôrdo: A. BUZARD, *A ação declaratória no direito brasileiro*, pág. 196, nota 24; menos explicitamente, S. FAGUNDES, ob. cit., pág. 233; J. F. MARQUES, ob. cit., vol. IV, págs. 108/9, éste aliás coerente com o esquema que adota (v. acima, nota 12, *fine*). Contrê, mas sem explicar a diferença que haveria, no texto legal, entre "preliminar" e "prejudicial", O. DE ANDRADE, ob. e vol. cit., pág. 388.

incompatível com a da questão principal de mérito: somente influiria no teor *dêsta*. Os conceitos do Código, entretanto, não são os mesmos.

Um único indício apontaria em sentido contrário: pela redação do parágrafo único do art. 877, talvez se pudesse supor que a lei distinguiu a "preliminar", dando-lhe o sentido específico de questão referente ao processo: "Versando a preliminar sobre nulidade suprível. . .". É mais provável, todavia, que se trate de simples omissão involuntária, despida de significação: também na parte final do art. 878 o texto só alude a "juizes vencidos na preliminar", mas, à luz do contexto, ninguém há de enxergar aí sinal de que se tenha querido estabelecer qualquer discriminação. Seria absurdo entender o art. 878 como se dissesse que, na hipótese de passar-se à "discussão e julgamento da matéria principal", apenas se devem pronunciar os juizes vencidos na solução de preliminar, e não os vencidos na solução de prejudicial. Assim também no art. 877, parágrafo único, parece irrelevante a circunstância de falar a lei unicamente em "preliminar", sem acrescentar, como em geral faz, "ou prejudicial".