

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA
Professor Titular de Direito Processual Civil da
Universidade de São Paulo
www.ji@botelhomesquita.adv.br

A COISA JULGADA

09



EDITORA
FORENSE

Rio de Janeiro
2004

201585 1107

Dinamarco & Rossi Advocacia

5. Conclusão

5.1. Articulação entre a coisa julgada penal e a civil

Encerrando essas considerações, parece oportuno salientar não ser a autoridade civil da coisa julgada penal nada de extraordinário nos horizontes do processo. Bem ao contrário, ela demonstra um entrosamento perfeito com o sistema estabelecido pelo Código de Processo Civil, que oferece, em comparação com os de outros ordenamentos jurídicos contemporâneos, uma extrema simplicidade, o que a torna de fácil manejo na prática do direito.

É importante, por isso, que dessa simplicidade nos beneficiemos, não nos deixando envolver pelas névoas que pesam sobre outros sistemas de direito positivo, menos exatos do que o nosso em sua forma de conceituar a coisa julgada.

E, como conclusão final, esperamos haver deixado claro não ter fundamento a tese de que, em matéria de responsabilidade civil, possa fazer coisa julgada no cível a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença penal. Tese que foi sepultada há mais de meio século pela reforma processual penal de 1941 e que, não obstante, ainda se agita anacronicamente, esclerosando a veia inovadora que pulsa na moderna ciência processual.

IV

COISA JULGADA – EFEITO PRECLUSIVO¹

Sumário: 1. Da inserção da questão no contexto da coisa julgada. 1.1. Alcance positivo e alcance negativo da coisa julgada. 1.2. Requisitos para que atuem os dois tipos de alcance. A tríplice identidade. 1.3. A falta da tríplice identidade. 1.4. A demanda precedente. Objeto e causa do pedido. 1.5. *Idem*. As circunstâncias adjacentes. 1.6. Matéria decidida por via principal. 1.7. A ação declaratória reconvenicional. Objeto e causa de pedir. 1.8. Ausência da tríplice identidade. 1.9. Primeiras conclusões. 1.10. Da imutabilidade da motivação ou efeito preclusivo da sentença. 2. Dos limites objetivos da coisa julgada. 2.1. História da questão. 2.2. Questões decididas por via incidental. Limites objetivos das respectivas decisões. 3. Do pretense caráter dúplice da ação declaratória. 3.1. Do julgamento de improcedência e do art. 474 do CPC. 3.2. Sentença de improcedência. Ausência de “efeito” declaratório. 3.3. Elemento e efeito declaratório. Distinção necessária. 3.4. Efeito declaratório inexistente também por ausência dos respectivos pressupostos. Limites objetivos da declaração possível. 3.5. Limites objetivos da coisa julgada e elementos identificadores do pedido. Identificação apenas pelo pedido,

1 Parecer de 20 de setembro de 2002.

excluída a sua causa. 4. Conclusão. 4.1. Características do caso. Síntese. Ausência de impedimento à reconvenção. 4.2. Ausência da tríplice identidade e inaplicabilidade do art. 474 do CPC. 4.3. Encerramento.

Por seus ilustres patronos, a empresa Consulente indaga se a coisa julgada formada na ação declaratória de inexigibilidade de obrigação por ela proposta contra o BANCO SAFRA S/A perante o Juízo de Direito da 4ª Vara Cível desta Comarca, julgada improcedente, seria oponível contra a pretensão declaratória por ela deduzida, por via reconvenção, na ação condenatória que agora lhe é movida pelo mesmo Banco perante a 26ª Vara Cível desta Comarca.

A consulta veio instruída com as peças necessárias de ambos os processos e também com os pareceres juntados pelo Banco aos autos do processo em curso.

Passamos a responder.

1. Da inserção da questão no contexto da coisa julgada

1.1. Alcance positivo e alcance negativo da coisa julgada

É corrente a afirmação de que a coisa julgada possui um duplo alcance; “*una duplice PORTATA*”, como disse EMILIO BETTI. Tem um alcance *negativo* e um alcance *positivo*.²

2 EMILIO BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 598, nº 183.

O alcance *negativo* se expressa na proibição dirigida a todo e qualquer juiz de julgar pelo mérito uma ação idêntica a outra “já decidida por sentença de que não caiba recurso”.³ Consideram-se idênticas as ações que tenham “as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.⁴ Esse alcance negativo confere ao réu do segundo processo a *exceção de coisa julgada*,⁵ fundada na *imutabilidade*⁶ da sentença de que já não caiba mais recurso algum.

Já o alcance *positivo*, diversamente, depende de que as ações não sejam idênticas e não impede o juiz de julgar o mérito da segunda ação; ao contrário, obriga o juiz do segundo processo a julgar o mérito da causa, tomando como premissa de sua decisão a conclusão da sentença anterior transitada em julgado e, por isso, tornada *indiscutível*.⁷ Pressupõe que a causa de pedir da segunda demanda suscite alguma questão que deva ser analisada e resolvida *incidenter tantum* pelo novo juiz, mas que já tenha sido conhecida *principaliter* pela sentença precedente.

Exemplificando: transitada em julgado a sentença que julgou improcedente uma ação declaratória da existência de uma relação jurídica, será vedado a qualquer juiz decidir pelo mérito outra ação declaratória *idêntica* à primeira. Acolhendo a alegação de coisa julgada, deverá o juiz extin-

3 CPC, art. 301, § 2º.

4 CPC, art. 301, § 1º.

5 CPC, art. 301, VI.

6 CPC, art. 467.

7 *Idem*.

guir o processo sem julgamento de mérito. Se, porém, a nova ação for *diferente* da anterior, como seria o caso se fosse uma condenatória, mas tendo por fundamento a mesma relação jurídica já declarada inexistente, estará o novo juiz obrigado a adotar como razão de decidir a conclusão da sentença anterior, sem discuti-la, e por este fundamento julgar improcedente a nova demanda.

1.2. Requisitos para que atuem os dois tipos de alcance. A tríplice identidade

O caso presente, análogo ao desses exemplos, põe em questão tanto o alcance negativo como o alcance positivo da coisa julgada.

Pretende o Banco-autor que o alcance *negativo* da coisa julgada impediria o novo juiz de julgar pelo mérito a ação declaratória proposta pela Consulente por via reconvenicional e que o alcance *positivo* obrigaria o juiz, na ação condenatória, a decidir a questão incidental referente à exigibilidade da obrigação da Ré, adotando, como razão de decidir, a conclusão da sentença anterior.

Para que esses efeitos processuais legitimamente se produzam é indispensável, no entanto, que a questão decidida por *via principal* no primeiro processo seja idêntica à que se pretende ver decidida no segundo, tanto por *via principal*, como por *via incidental*, desafiando, respectivamente, o alcance negativo e o alcance positivo da coisa julgada.

Em outras palavras, é preciso que a ação declaratória reconvenicional seja idêntica à declaratória anteriormente proposta e que a questão a ser decidida por *via incidental* na ação condenatória seja idêntica à que foi decidida por *via principal* no processo precedente. Para isso é preciso que, tanto num caso como no outro, concorram as três identidades: das partes, do objeto, e das razões de decidir que integraram a causa de pedir da primeira ação.⁸

1.3. A falta da tríplice identidade

Ausente que esteja essa tríplice identidade, terá que ser rejeitada a exceção de coisa julgada oposta à ação declaratória reconvenicional e, na ação condenatória, não estará o juiz jungido à conclusão da sentença anterior. É o que ocorreria, por exemplo, no caso de *duas sucessivas ações declaratórias negativas*, tendo por objeto a mesma obrigação tributária, entre as mesmas partes, mas fundadas em duas diferentes causas de pedir (e.g. nulidade da inscrição da dívida e inconstitucionalidade do tributo); ou então no caso de *uma ação declaratória negativa* de uma obrigação tributária fundada em nulidade da inscrição da dívida e julgada improcedente, *seguida de uma ação condenatória* fundada nessa mesma obrigação, cuja

8 Neste sentido, disse LIEBMAN: "Quest'efficacia è strettamente limitata all'oggetto su cui la sentenza ha pronunciato, identificato con i noti tre elementi dei soggetti, del *petitum* e della *causa petendi*". *Manuale de diritto processuale civile*, Giuffrè, 1976, III, p. 152.

inexistência volte a ser alegada pelo réu, mas com fundamento em outra causa de nulidade (e.g. a inconstitucionalidade da lei que criou o tributo).

No caso da presente consulta, conforme se passa a demonstrar, falta essa tríplice identidade. Senão, vejamos.

1.4. A demanda precedente. Objeto e causa do pedido

A ação proposta pela Consulente contra o BANCO SAFRA teve por objeto a declaração da “*inexigibilidade da obrigação da Autora em pagar o valor do contrato e do título de crédito indevidamente firmados em seu nome*”.⁹

Teriam eles sido firmados indevidamente porque – e aí está a causa de pedir – os empréstimos “*com valores superiores ao limite estabelecido na letra ‘b’ do parágrafo único do Artigo 19 do Estatuto Social da Companhia (...) somente poderiam ter sido contraídos com aprovação prévia do Conselho de Administração*”¹⁰ e, além disso, porque, nas procurações outorgadas aos Srs. M. P., W. B. J. e A. D. T., incumbidos da contratação dos aludidos empréstimos, a Companhia teria que ser representada por Diretores, mas um deles, o Sr. L. A. N. “*não havia ainda sido eleito, pelo Conselho de Administração, Diretor da Companhia, na forma da letra ‘g’ do Artigo 13 do Estatuto Social da Empresa, tendo agido portanto em desacordo com o mesmo Estatuto*

9 Petição inicial da declaratória, fls. 8 dos respectivos autos.

10 *Idem*, fls. 5.

Social”.¹¹ E, por último, o contrato e a nota promissória “*foram, na verdade, irregularmente firmados pelos Srs. E. A. P. e M. P., tendo como ‘avalistas’ os Srs. R. B. e M. P.*”.¹²

1.5. *Idem*. As circunstâncias adjacentes

Ao lado disto, a inicial narrou com riqueza de detalhes todas as circunstâncias e irregularidades que rodearam a celebração e a execução daquele contrato para deixar configurada a má-fé dos que dele participaram, mas sem outro objetivo que o de prevenir o juízo contra a esperada invocação pelo Banco-réu da teoria da aparência.

Em seu item 16, a inicial da declaratória deixou isto perfeitamente claro, advertindo: “16. *E não pretenda o Banco-réu buscar na ‘Teoria da Aparência’ alguma legitimidade para a ilicitude que cometeu contra a Autora, porque aquela teoria é absolutamente inaplicável à espécie*”; e prossegue repisando as circunstâncias que excluiriam a hipótese de poder o Banco apresentar-se como “*terceiro de boa-fé*”,¹³ o que seria condição *sine qua non* para a aplicação da teoria da aparência.

Foi com esta estrutura que a ação declaratória foi proposta e assim foi julgada.

11 *Idem*, fls. 5.

12 *Idem*, fls. 5.

13 *Idem*, fls. 8.

1.6. Matéria decidida por via principal

Com efeito, a sentença analisou longamente todo o material de fato para justificar a conclusão de que “*diante das circunstâncias que envolveram a assinatura do contrato de empréstimo é aplicável a lição de Pontes de Miranda sobre o poder aparente*”,¹⁴ e arrematou:

“A autora não realizou nenhuma prova que demonstrasse a má-fé do Réu na formação do contrato, quando lhe cabia o ônus probatório. Sendo o Réu terceiro de boa-fé, prevalece a teoria da aparência e a ação é improcedente”.¹⁵

Assim também o Acórdão proferido em grau de apelação, como demonstra o teor da sua ementa:

“Sociedade comercial – Representação – Contrato de abertura de crédito e nota promissória a ele vinculada – Assinatura por representantes legais da sociedade – Responsabilidade da pessoa jurídica – Inoponibilidade das restrições aos poderes de gerência aos terceiros de boa-fé – Exame da doutrina e da jurisprudência – Ação declaratória de inexigi-

14 Sentença na declaratória, fls. 2.113.

15 *Idem*, fls. 2.115.

bilidade de obrigação improcedente – Sentença mantida – Voto vencido”.¹⁶

O mesmo se deu no julgamento dos subseqüentes embargos infringentes, conforme se vê da sua ementa:

“Sociedade comercial – Representação – Sociedade anônima – Obtenção de empréstimo de grande vulto sem prévia consulta ao Conselho de Administração – Inobservância do Estatuto Social – Reiteração da prática de operações nessas condições pelo diretor-superintendente comprovadas pericialmente – Omissão do Conselho caracterizada – Impossibilidade da presunção de má-fé do banco embargado – Prevalhecimento das teorias organicista e da aparência – Declaratória de inexigibilidade de obrigação improcedente – Embargos infringentes rejeitados”.¹⁷

No mesmo sentido sobreveio a decisão monocrática pronunciada no agravo de instrumento contra o despacho denegatório do recurso especial interposto pela Consulente, confirmada pela decisão proferida no agravo interposto contra ela manifestado.

16 Acórdão na apelação, s/ numeração de fls.

17 Acórdão nos embargos infringentes, *idem*.

1.7. A ação declaratória reconvenicional. Objeto e causa de pedir

Por sua vez, na ação declaratória proposta reconvenicionalmente, pleiteou a Consulente a declaração de “*nulidade dos Contratos celebrados de 5 a 14 de junho de 1989, com fundamento no artigo 145, inciso II, Código Civil, tendo em vista que eles possuem objeto ilícito, uma vez que foram firmados com desvio de finalidade, para favorecer o DISTRIBANK*”.

E, para o caso de não poder vir a ser acolhido esse pedido, pleiteou-se, subsidiariamente, “*com fundamento no artigo 289 do Código de Processo Civil, se digne Vossa Excelência condenar o Banco Reconvindo a restituir as quantias subtraídas irregularmente da conta corrente nº 000.636-6 acrescidas de correção monetária e juros legais desde a data de suas respectivas saídas da conta corrente, além de perdas e danos em quantia capaz de liquidar o Contrato de Abertura de Crédito em Conta Corrente*”, e bem assim fosse o Banco condenado “*ao pagamento de indenização por danos materiais, referidos no item 35 acima, a serem apurados em execução e danos morais causados à Reconvinte, em quantia a ser arbitrada por Vossa Excelência*”.¹⁸

¹⁸ Cf. *Reconvenção*, p. 12, itens 40, 41 e 42.

1.8. Ausência da tríplice identidade

Como visto, a anterior declaratória fundou-se na *ausência de poderes* por parte dos signatários dos atos impugnados. A nova declaratória, por sua vez, fundou-se em nulidade daqueles atos, decorrente de terem os mesmos personagens feito *mau uso dos poderes* que a sentença transitada em julgado lhes reconheceu, configurando-se a hipótese de desvio de finalidade para o favorecimento de outra empresa. Em suma: *ausência de poderes* na primeira declaratória e *abuso dos poderes* na segunda. Duas causas de pedir não só diferentes, como também opostas e, entre si, antagônicas e incompatíveis.

Está ausente a tríplice identidade, conforme queríamos demonstrar.

1.9. Primeiras conclusões

Faltando a tríplice identidade, o trânsito em julgado da sentença proferida na primeira declaratória não impede o julgamento da segunda, nem obsta que, na condenatória proposta pelo Banco, seja discutida e incidentemente decidida a questão da nulidade dos atos em que a mesma ação se fundou.

1.10. Da imutabilidade da motivação ou efeito preclusivo da sentença

Essa conclusão, porém, ainda não exaure a matéria controvertida a cujo respeito se pronunciaram os pareceres juntados ao processo pelo Banco autor e reconvindo.

As questões de fato suscitadas pela Consulente na primeira declaratória como argumento *para excluir a aplicação da teoria da aparência* foram pinçadas pelos aludidos pareceres e, a seguir, cotejadas com os motivos de fato e de direito deduzidos na reconvenção como *fundamento para que fosse declarada a nulidade* dos atos constitutivos do direito afirmado pelo Banco. Dessa comparação extraíram a identidade entre aquelas questões e as que estariam sendo suscitadas na segunda declaratória, o que, a seu ver, importaria ofensa à autoridade da coisa julgada.

Isso desloca o centro de gravidade da controvérsia para o tema da imutabilidade da motivação da sentença, ou do chamado efeito preclusivo da coisa julgada, onde se trava o debate sobre se o trânsito da sentença em julgado tornaria imutável e indiscutível apenas a conclusão final da sentença sobre o pedido do autor, identificado pelo seu objeto e pela causa de pedir, ou se tornaria imutáveis e indiscutíveis também as decisões proferidas sobre as demais questões suscitadas no processo por qualquer das partes litigantes, inclusive portanto pelo réu.

É essa a questão que cabe enfrentar.

2. Dos limites objetivos da coisa julgada

2.1. História da questão

No passado, essa questão já teve enorme repercussão e despertou infindáveis controvérsias, mercê da defeituosa reda-

ção do artigo 287 do Código de Processo Civil de 1939, mal copiado do artigo 290 do Projeto MORTARA do Código de Processo Civil italiano que fora redigido por CARNELUTTI, em conformidade com os postulados da sua doutrina.¹⁹

Disponha o citado dispositivo do CPC. 39:

“Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas.

Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão.”

O *caput* desse artigo, que suprimiu a referência aos limites “da lide”²⁰ (depois recuperada pela redação dada ao art. 468 do vigente ordenamento processual), e bem assim o seu parágrafo único, levaram muitos estudiosos, alguns inclusive de grande valor, a sustentar que fariam coisa julgada as decisões sobre todas as questões prejudiciais deduzidas ou dedutíveis no processo.

19 “Art. 290. La sentenza che decide totalmente o parzialmente una lite há forza di legge nei limiti della lite e della questione decisa. Si considera decisa, anche se non sia risoluta espressamente, ogni questione la cui risoluzione costituisca una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza.”

20 Erro, aliás, que não fora cometido pelo Anteprojeto de autoria de PEDRO BAPTISTA MARTINS, cujo artigo 355 reproduzia exatamente a redação do texto italiano.

Essa conclusão se ressentia de um claro desvio de perspectiva que tivemos oportunidade de apontar na tese com que nos candidatamos à livre-docência, em 1963, e na qual, depois de mostrar que, na prática, “alcança-se a imutabilidade do comando, tornando-se imutável a motivação da sentença”, concluímos:

“Esta imutabilidade, porém, já se vê, não possui uma existência autônoma. É imposta pela imutabilidade atribuída ao dispositivo da sentença; isto quer dizer que a imutabilidade da motivação é condicionada pela imutabilidade do dispositivo, *existe na medida e segundo os limites em que se verifica a imutabilidade deste.*

Neste sentido, é lícito afirmar-se que a imutabilidade da motivação se distingue da imutabilidade do dispositivo por ser de *natureza instrumental*. A primeira é subordinada à segunda, que dela se utiliza como meio para sua realização na prática”.²¹

À mesma conclusão chegou também BARBOSA MOREIRA, esclarecendo que “o expediente usado pela lei tem mera função *instrumental*; a preclusão das questões lo-

21 BOTELHO DE MESQUITA, *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença*, S. Paulo, 1963, pp. 60-61.

gicamente subordinantes não é um fim em si mesma, senão simples meio de preservar a imutabilidade do julgado”.²²

LIEBMAN se aproxima muito desse entendimento, quando sustenta que “as questões que constituem premissa necessária da conclusão, isto é, da decisão sobre o pedido das partes, entendem-se definitivamente decididas ‘nos limites da lide’. Quer dizer que a mesma lide não poderá ser suscitada com fundamento nessas questões, quer o juiz as tenha realmente decidido, quer não. *A contrario sensu*, as mesmas questões não se entenderão decididas, se a lide for outra. É assim que tem de ser interpretado o art. 287, de acordo com o que exprimia em sua redação originária”.²³

O vigente Código de Processo Civil, ao contrário, já não autoriza as dúvidas que atormentaram os intérpretes do Código revogado. Embora o artigo 474 reproduza com outras roupagens o disposto no parágrafo único do artigo 287 do Código de 1939, o corte drástico procedido pelo artigo 469 do Código vigente exclui qualquer possibilidade de que venha a revestir-se da autoridade da coisa julgada, tornando-se imutável e indiscutível a decisão de qualquer questão de fato ou de direito resolvida incidentalmente pela sentença, notadamente as questões prejudiciais.

22 BARBOSA MOREIRA, “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, in *Temas de direito processual civil*, Saraiva, 1977, p. 101.

23 LIEBMAN, “Limites objetivos da coisa julgada”, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, Saraiva, 1947, p. 167, nota (1).

2.2. Questões decididas por via incidental. Limites objetivos das respectivas decisões

Daí decorre que as decisões proferidas na primeira ação declaratória *incidenter tantum* se tornam indiscutíveis em qualquer processo futuro que tenha o mesmo pedido do anterior, identificado pelo objeto e pela causa de pedir, mas *nada impede que sejam livremente discutidas em qualquer novo processo em que seja deduzido novo pedido, que se distinga do anterior pelo objeto ou pela causa de pedir*. E nada impede porque, nesse caso, não se estará de modo algum discutindo ou modificando o resultado a que se chegou no processo anterior.

Em razão disto, nada impede que os mesmos fatos alegados no processo anterior, com a finalidade única e exclusiva de excluir a aplicação da teoria da aparência a *favor do réu*, sejam trazidos novamente a juízo para fundamentar, agora, o pedido de declaração da nulidade da mesma obrigação a cujo respeito se pronunciara a sentença anterior.

Isso, porém, ainda não é o suficiente para debelar todas as dúvidas que a respeito dessa matéria estão sendo suscitadas. Outras ainda restam por decorrência da conjugação do pretense caráter dúplice da ação declaratória com a norma do artigo 474 do Código Civil, por força da qual, passada em julgado a sentença de mérito, “*reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido*”.

É o que passamos a examinar.

3. Do pretense caráter dúplice da ação declaratória

3.1. Do julgamento de improcedência e do art. 474 do CPC

É correntia a afirmação de que a sentença de improcedência da ação declaratória *positiva* se constitui em uma sentença declaratória *negativa* a favor do réu, e que a improcedência de uma declaratória *negativa* criaria a favor do réu uma sentença declaratória *positiva*, dado o caráter dúplice do juízo pronunciado nessas ações. Chega-se até mesmo a estender esse raciocínio a qualquer sentença de improcedência, não faltando quem sustente que toda sentença de improcedência constituiria sempre uma sentença declaratória a favor do réu em sentido contrário ao direito afirmado pelo autor.

No presente caso, esse raciocínio está sendo conduzido para dar a entender que a contestação do Banco na declaratória julgada improcedente teria caráter reconventional, valendo como pedido de uma declaração positiva da existência da obrigação negada pela Consulente.

Somando a isto a presunção estabelecida pelo artigo 474 do Código de Processo Civil, pretendeu-se afirmar que teria transitado em julgado a declaração da *existência* da dívida atribuída à Consulente, devendo-se reputar repelidas todas as alegações que a Consulente tivesse deduzido ou pudesse ter deduzido contra a pretensão declaratória positiva do Banco-réu; *tantum judicatum quantum disputatum vel disputari debat*.

3.2. Sentença de improcedência. Ausência de “efeito” declaratório

Essa espécie de raciocínio, porém, com a devida vênia dos que pensam em contrário, entra em rota de colisão com a regra geral do artigo 459 do Código de Processo Civil, pela qual o juiz proferirá sentença “*acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor*”. Sendo esta a regra geral, as exceções têm que vir expressas em lei, como é o caso do artigo 5º (declaração incidental), do artigo 278, § 1º (pedido contraposto), e dos artigos 899, § 2º (ação de consignação em pagamento), 918 (prestação de contas), 922 (ações possessórias) e tantos outros, do Código de Processo Civil e da legislação processual em vigor, como, *e.g.*, o artigo 28, § 1º do Decreto-lei nº 3.365/1941 (ação de desapropriação) e os artigos 73, 74 e 75 da Lei nº 8.245/1991 (ação renovatória de locação comercial).

Não fora assim, todas as ações seriam dúplices porque, se julgadas improcedentes, todas elas confeririam ao réu a tutela declaratória implicitamente pleiteada na sua contestação. Ao contrário do disposto no artigo 459 do CPC, a defesa do réu ampliaria sempre o objeto da demanda e caberia ao juiz, rejeitando no todo ou em parte o pedido do autor, acolher no todo ou em parte o pedido do réu implícito na sua contestação.

3.3. Elemento e efeito declaratório. Distinção necessária

Para ajustar-se a solução dessa questão ao sistema de direito positivo brasileiro, é preciso distinguir do *efeito* decla-

ratório (demandado pelo autor e que por isso só a favor dele poderá ser produzido)²⁴ o *elemento* declaratório constituído pela conclusão última do raciocínio do juiz.

Transitada a sentença em julgado, essa conclusão se torna imutável e indiscutível entre as partes perante as quais a decisão foi pronunciada (CPC, arts. 467 e 472, 1ª parte),²⁵ beneficiando o autor e prejudicando o réu, se a ação for julgada procedente, mas prejudicando o autor e beneficiando o réu, se a ação for julgada improcedente.

A imutabilidade e indiscutibilidade do elemento declaratório não são efeitos da sentença; são efeitos do trânsito da sentença em julgado e por isso operam independentemente do pólo ocupado pela parte na relação processual, haja ou não pedido da parte neste sentido.

Daí resulta que o julgamento de improcedência de uma ação declaratória negativa não produz o *efeito* de uma sentença declaratória positiva a favor do réu.

24 Esse *efeito* declaratório, correndo o processo entre legítimos contraditores, opera sempre *erga omnes*. A declaração judicial da inexistência de uma relação de locação, por *exemplo*, é eficaz tanto entre as partes como perante terceiros (*e.g.* sublocatários). Os terceiros não podem subtrair-se à eficácia da sentença dada entre as partes, mas, sem opor-se aos seus efeitos, lhes é permitido discutir a justiça da sentença transitada em julgado (CPC, art. 55).

25 Neste sentido, para melhor análise do tema, v. BOTELHO DE MESQUITA, “A coisa julgada no Código do Consumidor”, *in Revista Forense* 326, p. 79, nº 3, ou *in Processo Civil – evolução – 20 anos de vigência*, obra coordenada por J. R. Cruz e Tucci, Saraiva, 1995, p. 142, nº 3.

3.4. Efeito declaratório inexistente também por ausência dos respectivos pressupostos. Limites objetivos da declaração possível

É preciso observar, porém, que, *mesmo para quem admite o caráter dúplice da sentença declaratória*, não seria lícito afirmar que a defesa do réu pudesse importar a ampliação do objeto do processo para nele introduzir alguma pretensão de tutela dos seus direitos contra o autor e que, se atendida, ficasse inexpugnável a qualquer ataque por parte deste ou de terceiros.

Na verdade, por força do disposto no artigo 459, e à míngua de regra expressa em sentido contrário, o máximo que se poderia extrair do pretendido caráter dúplice da sentença declaratória não poderia ir além da *negação* pura e simples do pedido do autor, identificado pelo seu objeto e pela causa de pedir.

No caso desta consulta, por exemplo, transitada a sentença em julgado, não se tornaria imutável e indiscutível a suposta declaração da existência da obrigação negada pela autora. Tornar-se-ia imutável e indiscutível tão-somente a declaração de que *a alegada irregularidade da representação da Consulente nos atos impugnados não é suficiente para excluir a exigibilidade da obrigação a ela atribuída*.

Apenas essa conclusão, limitada pelo objeto do pedido e pela causa de pedir, se torna imutável e indiscutível entre as partes. E é em relação a ela que tem que ser aplicada a norma do artigo 474, de que, passada a sentença em julgado, repu-

tar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações que a parte (autora) poderia opor contra a rejeição do pedido.

Na questão em exame, porém, é evidente que essa regra não se aplica, porque a alegação de *abuso de poder* com desvio de finalidade não poderia nunca ser *oposta pela autora à rejeição do pedido*, dado que este se fundara exatamente no fato contrário, ou seja, na *ausência de poderes*.

Em face da manifesta contradição entre esses dois fundamentos, eles só poderiam ser deduzidos no mesmo processo mediante *cumulação em ordem sucessiva*, para que o juiz conhecesse do segundo (abuso de poder), caso não pudesse acolher o primeiro (falta de poderes). Ter-se-iam nesse caso duas ações distintas, o que exclui por completo a hipótese de que o *abuso de poder* pudesse reputar-se repellido pela sentença transitada em julgado.

3.5. Limites objetivos da coisa julgada e elementos identificadores do pedido. Identificação apenas pelo pedido, excluída a sua causa

Na verdade, estender a imutabilidade e a indiscutibilidade da conclusão da sentença além dos limites da causa de pedir equivale a sustentar, como está ocorrendo neste caso, que os limites objetivos da coisa julgada não se determinam pelo pedido e pela causa de pedir, mas apenas e tão-somente pelo pedido, de sorte que o pedido rejeitado pelo seu fundamento nunca pudesse vir a ser acolhido por outro.

Se acaso prosperasse uma tal teoria, as conseqüências seriam as mais funestas. Assim, por exemplo, se fosse declarada a existência da obrigação tributária contra a qual se alegou nulidade do ato de inscrição da dívida, não poderia o contribuinte voltar a demandar a declaração da inexistência da mesma obrigação, nem por inconstitucionalidade da lei que criou, nem por outro motivo qualquer, porque todos os possíveis motivos para demandar declaração oposta já teriam sido implicitamente julgados e rejeitados pela sentença transitada em julgado. O que, evidentemente, é insustentável porque, excluindo-se o limite imposto à imutabilidade e à indiscutibilidade da sentença pela causa de pedir, estar-se-ia conferindo à sentença, indiretamente, uma força de lei que ultrapassaria os limites da lide e das questões decididas, contrariamente ao disposto 468 do Código de Processo Civil.

De resto, ninguém duvida que a autoridade da coisa julgada tenha limites objetivos e que esses limites não se definem apenas pelo objeto do pedido, mas também pela causa de pedir, conforme expresso em lei (CPC art. 301, § 2º e artigo 468).

4. Conclusão

4.1. Características do caso. Síntese. Ausência de impedimento à reconvenção

Sintetizando, podemos dizer que as questões discutidas e decididas na primeira ação declaratória se dividem

em duas classes, a saber: (a) de um lado a falta de poderes dos representantes da Consulente para contrair o empréstimo convencionado com o Banco-réu, decidida por *via principal*; e (b) de outro lado as questões suscitadas pela defesa deste, concernente à aplicação da teoria da aparência, decidida por *via incidental*.

Na segunda ação declaratória, proposta reconvenionalmente, não foi novamente alegada a falta de poderes, mas, sim, o abuso de poder, demonstrado pelos fatos que se incluíram no segundo grupo acima referido, a cujo respeito a sentença só se pronunciou incidentalmente.

Presente a regra de que só adquire a autoridade da coisa julgada a decisão pronunciada no dispositivo da sentença sobre o pedido do autor, identificado pelo objeto e pela causa de pedir, e não a decisão sobre as demais questões debatidas no processo e resolvidas na motivação da sentença *incidenter tantum*, inclusive as prejudiciais, é forçoso concluir que os fundamentos de fato da nova declaratória não se acham cobertos pela coisa julgada e, por isso, não há impedimento algum a que o juiz decida pelo mérito a ação reconvenional.

4.2. Ausência da tríplice identidade e inaplicabilidade do art. 474 do CPC

Mesmo quando se atribuisse caráter dúplice à ação declaratória, não seria lícito estender a autoridade da coisa jul-

gada além da declaração de que, com fundamento na teoria da aparência invocada pelo réu, *a alegada falta de poderes de representação não era suficiente para excluir a exigibilidade da obrigação*.

Em razão disto, por dois motivos o julgamento da nova declaratória não é obstado pela autoridade da coisa julgada. **Primeiro** porque falta a tríplice identidade. **Segundo** porque, reduzido o conteúdo da declaração aos seus devidos termos, não haveria como aplicar o disposto no artigo 474 do CPC para dar como implicitamente rejeitada pela sentença a alegação de abuso de poder. E não haveria como aplicá-lo, porque, estando essa alegação em contradição com a causa de pedir daquela declaratória, não poderia ser oposta à rejeição do pedido da Consulente nela formulado; faltaria um dos elementos de que se compõe a hipótese do artigo 474.

4.3. Encerramento

Por todo o exposto e em resposta ao que nos foi perguntado, concluímos que a coisa julgada formada na ação proposta pela Consulente contra o BANCO SAFRA S/A não é oponível contra a pretensão declaratória por ela deduzida em reconvenção na ação condenatória que lhe está sendo movida pelo mesmo Banco. Nem impede que nesse processo, em contestação, a ré alegue a nulidade dos atos em que a condenatória se funda. Em suma, não se lhe estendem nem o alcance *negativo*, nem o alcance *positivo* da coisa julgada.

V

CONFLITO ENTRE A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA E OUTRO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. UM FALSO PROBLEMA¹

Sumário: 1. Apresentação do caso concreto. 2. A tese. 2.1. As origens históricas. 2.2. Movimento juridicamente retrógrado e politicamente anacrônico. 2.3. Delimitação do problema. 3. Os argumentos. 3.1. Interpretação restritiva do texto da garantia constitucional da coisa julgada e interpretação ampliativa do controle da coisa julgada inconstitucional. 4. Do alcance da regra do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. 4.1. Delimitação do problema. 4.2. O risco da inversão da hierarquia das normas jurídicas. 4.3. O entendimento constitucionalmente admissível. 4.4. Inexistência de autorização constitucional para modificação ou extinção da intangibilidade da coisa julgada por lei ordinária. 4.5. *Idem*, no caso de admissibilidade da ação rescisória. 4.6. *Idem*, na dis-

1 Parecer de 5 de junho de 2003, com redação revista para esta publicação.