

OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Revista de Processo | vol. 252/2016 | Fev / 2016
DTR\2016\207

Rodrigo Ramina de Lucca

Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela USP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Comitê Brasileiro de Arbitragem e do Instituto Paranaense de Direito Processual. Advogado. rodrigo.ramina@rbcadvogados.com.br

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: Este trabalho faz uma análise crítica do art. 503, § 1.º, do NCPC brasileiro, o qual estende os limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais de mérito decididas expressamente na motivação da sentença. Após demonstrar que o dispositivo possui nítida inspiração em instituto do common law denominado issue preclusion (ou issue estoppel), são analisados os requisitos legais estabelecidos no Novo Código, bem como algumas das consequências processuais resultantes da inovação legislativa.

Palavras-chave: Coisa julgada - Limites objetivos - Questões prejudiciais - Sentença.

Palavras-chave: Chose jugée - Domaine de la chose jugée - Motifs préjudiciels - Jugement.

Résumé: Cet article fait une étude critique de l'art. 503, §1º, du Nouveau Code de Procédure Civile brésilien, lequel étend l'autorité de la chose jugée aux motifs préjudiciels et décisifs du jugement. Après avoir montré que la règle a été beaucoup influencée par l'issue preclusion du common law, l'article analyse les exigences légales établies par le Nouveau Code et présente quelques-unes des conséquences procédurales apportés par l'innovation législatif.

Sumário:

1Introdução - 2Os limites objetivos da coisa julgada no Código de Processo Civil de 1973 - 3A extensão dos limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil e a influência estrangeira - 4O novo regime processual dos limites objetivos da coisa julgada - 5As consequências dos novos limites objetivos da coisa julgada - 6Eficácia da novidade legislativa - Direito intertemporal - 7Conclusão - 8Referências bibliográficas

1 Introdução

O art. 503, § 1.º, do NCPC rompe com a disciplina estabelecida no Código de Processo Civil de 1973 e estende os limites objetivos da coisa julgada a questões prejudiciais decididas incidentalmente na motivação da sentença. Não se trata, é certo, de disciplina inédita. Disposição semelhante já constava do art. 287 do CPC/1939, o qual gerava infindáveis polêmicas e discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Ainda assim, pretendeu o legislador dar mais eficiência ao processo, aproveitando ao máximo aquilo que foi produzido e evitando a repetição indevida de questões já decididas.

Este trabalho propõe-se a analisar essa "nova disciplina", iniciando-se por uma breve contextualização do regime estabelecido pelo Código de Processo Civil de 1973 para então seguir aos requisitos legais estabelecidos no Novo Código de Processo Civil e a algumas das consequências processuais dela resultantes.

2 Os limites objetivos da coisa julgada no Código de Processo Civil de 1973

Coisa julgada é a autoridade que reveste a sentença de mérito, proferida mediante cognição exauriente, tornando imutável o seu conteúdo decisório.¹ Com previsão constitucional expressa, trata-se de garantia inerente ao Estado de Direito² que proporciona a estabilização de uma dada situação jurídica e, conseqüentemente, previsibilidade ao jurisdicionado. A segurança jurídica proporcionada pela coisa julgada vale para ambas as partes, pois independentemente de o resultado ser positivo ou negativo, ambas passam a ter certeza da situação jurídica que foi estabilizada, podendo moldar e planejar as suas vidas de acordo.³

A coisa julgada pode ser formal ou material. É formal quando os seus efeitos são produzidos

endoprocessualmente e a sentença torna-se imutável enquanto ato processual, não podendo mais ser discutida no processo em que foi proferida.⁴ É material quando a imutabilidade da sentença projeta-se para fora do processo, impedindo a rediscussão daquilo que já foi julgado (função negativa) e impondo a processos futuros que adotem como premissa do julgamento a decisão transitada em julgado (efeito positivo).⁵

Por projetar-se para fora do processo, é natural que a coisa julgada (material) tenha limites, que podem ser subjetivos ou objetivos. São subjetivos os que concernem aos sujeitos afetados pela imutabilidade. Como regra, apenas aqueles que "figuraram no processo e aos quais se dirigiu" a sentença ficam atrelados à coisa julgada.⁶ De acordo com o art. 472 do CPC/1973, "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros". A redação foi atualizada pelo art. 506 para prever, indiretamente, que a coisa julgada também beneficiará terceiros, sobretudo diante da possibilidade de julgamento liminar do mérito em favor de réu não citado (art. 332 do NCPC).⁷

Os limites objetivos, por sua vez, procuram definir o conteúdo da sentença que se torna imutável: o *que* faz coisa julgada? Também aqui o Código de Processo Civil de 1973 deu resposta à questão. O art. 469 dispõe: "Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo". O art. 470 complementa o tratamento da matéria: "Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5.º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide".

Bem analisado o Código de Processo Civil de 1973, portanto, fica fácil concluir que os limites objetivos da coisa julgada restringem-se ao dispositivo da sentença; i.e., ao seu efetivo conteúdo decisório.

2.1 Rompimento com as incertezas decorrentes do Código de Processo Civil de 1939

A opção legislativa do Código de Processo Civil de 1973 de restringir os limites objetivos da coisa julgada ao dispositivo da sentença tinha uma razão de ser muito clara. Ao definir precisamente o que fazia coisa julgada - e o que não fazia -, o legislador pretendia encerrar as infundáveis polêmicas existentes sob a vigência do CPC/1939 e seu art. 287:

"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".

A redação do parágrafo único do art. 287, que acolheu a doutrina de Savigny,⁸ tornava incertos os limites objetivos da coisa julgada; afinal, quais eram as questões que constituíam premissa necessária da conclusão? Não é por acaso que, em 1945, Liebman apontava: "A questão dos limites objetivos da coisa julgada" como "uma das mais controvertidas no direito brasileiro".⁹

De modo a pôr fim à controvérsia e proporcionar segurança jurídica ao jurisdicionado, o art. 469, III, do CPC/1973 excluiu as questões prejudiciais da abrangência da coisa julgada material.¹⁰

2.2 Coerência com o sistema processual brasileiro

A escolha do legislador em limitar a coisa julgada ao dispositivo da sentença também era coerente com a estrutura do sistema processual brasileiro.

2.2.1 Limites objetivos e conceito de coisa julgada

Em primeiro lugar, os limites objetivos confundiam-se com o próprio conceito de coisa julgada. Quando se afirma que a coisa julgada é a autoridade (ou qualidade) que torna imutável o *conteúdo decisório da sentença*, então a própria definição já delimita claramente qual é a parte da sentença que se torna imutável. E pouco importa se o conceito de coisa julgada abrange também a

imutabilidade dos efeitos da sentença, como preferia Liebman,¹¹ ou se faz prevalecer a imutabilidade da *declaração* contida na sentença.¹² Em todas as concepções modernas de coisa julgada há uma infectível vinculação do instituto à *decisão propriamente dita*, consistente no *dispositivo*. Daí ter afirmado Cândido Dinamarco que "o confinamento da autoridade da coisa julgada à parte dispositiva da sentença é inerente à própria natureza do instituto e à sua finalidade de evitar *conflitos práticos de julgados*, não meros conflitos teóricos".¹³

Com efeito, jamais houve divergência doutrinária relevante na configuração do *dispositivo* como elemento nuclear e fundamental da sentença; o elemento que dá à sentença natureza de ato decisório. Se a falta de motivação é tida como causa de nulidade, e a falta de relatório, a depender do caso, mera irregularidade, a falta de dispositivo descaracteriza por completo o ato sentencial, uma vez que ausente a própria decisão, tratando-se de ato juridicamente *inexistente*.¹⁴

2.2.2 Limites objetivos e objeto do processo

Em segundo lugar, os limites objetivos da coisa julgada estavam de acordo com a concepção de objeto (mérito) do processo. Essa é a conclusão a que chegou Liebman ainda em 1945:

"E para identificar o *objeto* (sentido técnico) do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário considerar que a sentença representa a resposta do juiz aos pedidos das partes e que por isso (prescindindo da hipótese excepcional de decisão *extra petita*) tem ela os mesmos limites desses pedidos, que ministram, assim, o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada. Em conclusão, é exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença (...)"¹⁵

Liebman é incisivo, portanto, em vincular o objeto do processo ao pedido formulado pelo autor, superando a insustentável teoria de que lide e mérito consistiriam no mesmo fenômeno. De um lado porque o autor não apresenta um litígio para julgamento, mas sim um pedido específico de tutela jurisdicional - aquilo que se convencionou denominar de "lide processual".¹⁶ Se a lide fosse o mérito do processo, então ao autor bastaria narrar o conflito e pedir a pacificação pelo juiz. Ao contrário, é ele quem define aquilo que efetivamente pretende do Estado: a condenação do réu a uma prestação obrigacional, a invalidação de um ato jurídico etc. Daí falar-se que a lide é uma figura sociológica, e não jurídica.¹⁷ De outro porque o processo não depende de lide para se desenvolver, como comprova o chamado "processo civil inquisitório",¹⁸ voltado a tutelar situações jurídicas reputadas relevantes pelo Estado, independentemente da configuração de um efetivo litígio entre duas partes opostas (p. ex., invalidade do casamento, inventário e partilha quando houver interessado incapaz, demandas de invalidação de atos normativos, como a ação direta de inconstitucionalidade etc.).

Se o objeto do processo é o pedido formulado pelo autor ou, com maior precisão técnica, a "pretensão processual" deduzida pelo autor em juízo (a condenação, a constituição, a desconstituição, a declaração),¹⁹ então é natural que a coisa julgada fique vinculada apenas ao dispositivo. É nele que se encontra a decisão sobre o objeto do processo, concedendo-se, ou não, a tutela jurisdicional pleiteada. Todas as demais decisões proferidas incidentalmente não passariam de um caminho necessário para que o Estado-juiz julgasse a pretensão processual do autor - o mérito.

2.2.3 Limites objetivos e correlação entre demanda e sentença

Os limites objetivos estabelecidos no Código de Processo Civil de 1973 estavam igualmente em consonância com a regra da correlação entre demanda e sentença.

A premissa era bastante simples. Sendo a jurisdição inerte, o Estado-juiz só pode agir mediante provocação. Se o autor, em exercício de sua autonomia privada, optou por pedir apenas X, então a decisão estatal ficaria limitada a X. Se o autor quisesse também um provimento jurisdicional específico sobre Y, com as vantagens de obter, em caso de procedência, uma tutela jurisdicional definitiva e imutável sobre Y, então teria que fazer pedido expresso nesse sentido.

Os limites objetivos da coisa julgada previstos no Código de Processo Civil de 1973 privilegiaram o princípio dispositivo e garantiram ao demandante a exata resposta àquilo que foi pedido (fosse ela positiva ou negativa).²⁰ O dispositivo correspondia ao pedido, e as razões que amparam o dispositivo (motivação da sentença) correspondiam às causas de pedir e alegações jurídicas apresentadas como fundamento do pedido.

A solução legislativa deu segurança às partes, que passaram a conhecer exatamente as consequências da sentença proferida pelo Estado-juiz. Se o autor quer colocar fim à incerteza sobre determinada situação jurídica, basta fazer um pedido expresso de declaração, constituição ou desconstituição dessa situação.

Resumindo, fazia coisa julgada o que era efetivamente decidido de forma imperativa; decidia-se imperativamente aquilo que era pedido pelo demandante, fosse ele autor, fosse ele réu-reconvinte.

2.3 Proteção da posição do réu

A exposição contida nos pontos anteriores pode dar a impressão de que o legislador cuidou apenas da posição jurídica do autor, ignorando os interesses do réu. Não foi o que ocorreu. O réu sempre teve o *poder* de reconvir, propondo ele próprio uma demanda em face do autor para julgamento expresso, definitivo e imutável (arts. 315 a 318 do CPC/1973). O único requisito da reconvenção era que tivesse conexão com a demanda principal ou com o fundamento da defesa. Ora, qualquer pedido voltado a consolidar uma questão prejudicial à pretensão do autor, em benefício do réu, certamente teria conexão com a demanda principal. E não custa lembrar que a reconvenção possui independência e autonomia perante demanda principal, podendo ser julgada mesmo em caso de desistência do autorreconvindo (art. 317 do CPC/1973).

2.4 Efetividade e economia processual - A declaração incidente

Também não se pode dizer que o Código de Processo Civil de 1973 tenha engessado a posição das partes, impedindo o máximo aproveitamento do processo. O art. 325 garantiu expressamente ao autor a possibilidade de ampliar o objeto do processo após a contestação do réu, de modo a pôr fim a quaisquer incertezas geradas por uma questão prejudicial à sua pretensão:

"Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5.º)."

Sendo assim, se o autor pedisse a condenação do réu a determinada prestação obrigacional e o réu, em contestação, arguisse a inexistência do contrato que fundamenta o pedido, poderia o autor, no prazo de dez dias, pedir a declaração judicial expressa de que o contrato existe. Essa declaração seria um novo capítulo de sentença, configurando autêntico ato decisório. O instituto da declaração incidente, portanto, salvaguardava a posição do autor, dispensando a rediscussão sobre a existência do contrato toda vez que ele buscasse a tutela jurisdicional em caso de inadimplemento ou inexecução contratual pelo réu.

E para arrematar, o art. 5.º proporcionou a declaração incidente a ambas as partes, sempre que "se tornar litigiosa a relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide".

Em resumo, o Código de Processo Civil de 1973 atribuía a autor e réu a possibilidade de máximo aproveitamento do processo, tornando definitivas e imutáveis quaisquer questões prejudiciais ao julgamento do mérito, desde que fossem suficientemente diligentes para fazer os pedidos necessários.

3 A extensão dos limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil e a influência estrangeira

O Novo Código de Processo Civil rompe com a disciplina trazida pelo Código de Processo Civil de 1973 e estende os limites objetivos da coisa julgada para a "resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo" (art. 503, § 1.º). Isso significa que parte da motivação da sentença também pode vir a ser abrangida pela coisa julgada, tornando-se imutável.

De acordo com a exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, os trabalhos da Comissão foram orientados por cinco objetivos: 1. estabelecer uma "sintonia fina" do Novo Código de Processo Civil com a Constituição da República; 2. "criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente a# realidade fática subjacente a# causa"; 3. simplificar o processo, "reduzindo a complexidade dos subsistemas"; 4. "dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado"; e 5. "imprimir maior grau de organicidade ao sistema".

dando-lhe, assim, mais coesão".

A ampliação dos limites objetivos da coisa julgada estaria dentro do quarto objetivo:

"4. O novo sistema permite que cada processo *tenha maior rendimento possível*. Assim, e por isso, estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais."

A extensão da coisa julgada às questões prejudiciais já vinha sendo defendida por autorizada doutrina. Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, p. ex., escreveu:

"Estender a coisa julgada à motivação proporcionará simplesmente maior aproveitamento do conteúdo da decisão, sem modificar a essência da atividade jurisdicional a ser desenvolvida."²¹

A maior amplitude da coisa julgada estaria de acordo com a natureza pública do processo:

"A conveniência das partes, que podem não querer uma decisão definitiva acerca das questões postas como fundamento da pretensão, não deve prevalecer perante o interesse público que emana dos princípios da economia processual e da segurança jurídica".²²

Antonio do Passo Cabral também teceu, recentemente, severas críticas ao modelo dos limites da coisa julgada no Código de Processo Civil/1973, taxado de "estático e privatista". Para ele, "o sistema europeu de coisa julgada é profundamente marcado por traços privatistas e não apresenta formato unificado"; ademais, "o sistema de estabilidades, assim delineado, não consegue adquirir o dinamismo exigido pelas interações do processo contemporâneo".²³

3.1 Issue preclusion e issue estoppel

A novidade legislativa adota, em larga medida, parte do regime de estabilização das sentenças dos países do *common law*. Naqueles países, em contrapartida a um processo marcado por grande flexibilidade procedimental, com possibilidade de concentração de várias demandas contra partes distintas, alteração da causa de pedir até o julgamento final da causa etc., trata-se com maior rigor a coisa julgada e as preclusões a ela associadas.²⁴

Desse modo, é comum que o países do *common law* imponham uma severa disciplina da coisa julgada, incluindo até mesmo a sua extensão a causas de pedir não propostas, mas relacionadas ao mesmo ato ilícito (mesmo *tort*). No clássico caso *Henderson vs. Henderson*, julgado em 1843 e até hoje seguido pela jurisprudência inglesa, decidiu-se que as partes têm de apresentar à Corte a integralidade de seu "caso" (*their whole case*), vedando-se a propositura de novas demandas decorrentes da negligência das partes em fazer todos os seus pedidos ou deixar de alegar todos os fatos e argumentos relevantes.²⁵ Em 2007, ao reiterar a *Henderson Rule*, a *Court of Appeal* inglesa afirmou que se deve buscar "economia e eficiência na condução do processo", o que seria "interesse das partes e do público como um todo".²⁶ Nos Estados Unidos, a Corte do Tennessee decidiu, em 1906, que de um ato ilícito decorre uma única demanda (*A single tort can be the basis of but one action*), prevenindo-se "a multiplicidade de processos, ônus sucumbenciais, morosidade e abuso do processo contra o réu".²⁷

É nesse contexto específico que se desenvolveram a *issue preclusion*, terminologia moderna de *collateral estoppel*, e a *issue estoppel*.

A *issue preclusion*, em apertada síntese, é instituto do direito estadunidense, previsto expressamente no § 27 do *Restatement (Second) of Judgments*, que veda a rediscussão de questões já decididas em um processo:

"When an issue of fact or law is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, the determination is conclusive in a subsequent action between the parties, whether on the same or a different claim".²⁸

Há, portanto, quatro requisitos à *issue preclusion*: (1) a questão decidida no processo anterior deve ser a mesma questão decidida no novo processo; (2) a questão deve ter sido discutida pelas partes; (3) a questão deve ter sido expressamente decidida; e (4) a questão deve ter sido "necessária" ao julgamento anterior.²⁹

Essas questões (*issues*) podem ser de fato ou de direito e não precisam estar relacionadas à mesma

causa de pedir. O que importa é que sejam essenciais, tenham sido efetivamente decididas na sentença e as partes tenham tido uma oportunidade real de exercer o contraditório ("full and fair opportunity to litigate").

A *issue preclusion* é simultaneamente mais ampla e mais restrita do que a coisa julgada (*res judicata*). É mais restrita porque não se estende a questões não decididas no processo anterior (caso da extensão da coisa julgada a pedidos e causas de pedir não propostos) - só há *issue preclusion* quando a questão for efetivamente decidida. Mas é mais ampla porque torna imutáveis questões em um contexto processual completamente novo, inclusive quando discutidos fatos e pedidos diferentes.³⁰

A *issue estoppel* igualmente impede a rediscussão de questões "relevantes" em novos processos, a qual é estendida inclusive para questões decididas em processos estrangeiros.³¹ Ao julgar o caso *McIntyre vs. Richardson Estate*, em 2012, a *Supreme Court of British Columbia*, no Canadá, reiterou a existência de três requisitos para a aplicabilidade das *issue estoppel*: "(1) que a mesma questão tenha sido decidida e tenha sido fundamental, e não colateral ou incidental, à decisão; (2) que a decisão no primeiro processo cuja preclusão se alega seja final; e (3) que as partes do primeiro processo, ou seus *privies*,³² sejam as mesmas partes, ou seus *privies*, do processo subsequente".³³ A jurisprudência inglesa é firme, porém, em afastar a *issue estoppel* quando houver mudança retroativa da lei ou quando existirem novas provas que "modificam inteiramente aspectos da causa", com a condição de que a parte não tenha podido produzir tais provas apesar de sua "diligência razoável".³⁴

4 O novo regime processual dos limites objetivos da coisa julgada

O Novo Código de Processo Civil aproxima-se da disciplina do *common law* e estende a coisa julgada a questões prejudiciais decididas incidentalmente no processo. A disciplina consta desde o Projeto de Lei do Senado 166/2010:

"Art. 490. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas."

O dispositivo foi sensivelmente aprimorado na Câmara dos Deputados quando da apresentação do Substitutivo 8.046/2010. Dispõe o novo e definitivo art. 503:

"Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1.º O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2.º A hipótese do § 1.º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial."

As mudanças foram providenciais. A prevalecer a redação original, as dúvidas geradas pelo dispositivo seriam tantas que quaisquer benefícios pretendidos pelo legislador seriam certamente sorvidos pelo caos que se instalaria no Judiciário brasileiro. Para evitar tamanha insegurança jurídica, a extensão da coisa julgada à questão prejudicial ficou limitada ao preenchimento de várias condições: (a) a questão deve ser prejudicial de mérito; (b) a decisão sobre a questão, embora incidental, tem que ser *expressa*; (c) o julgamento do mérito deve *depende*r da resolução da questão; (d) é imperativo que tenha havido *contraditório prévio e efetivo*; (e) o juízo deve ser *competente* para resolver a questão como principal; e, por fim, (f) a cognição deve ser *exauriente*.

4.1 Questões prejudiciais

Costumava-se dizer que as questões prejudiciais "são pontos de direito material controvertidos, que,

além de serem antecedentes lógicos da sentença, poderiam constituir objeto de uma ação autônoma".³⁵ Essa forma de conceber as questões prejudiciais foi reconstruída por Barbosa Moreira ao defender o redirecionamento do foco à relação de "influência" e de "condicionamento" exercida pela questão prejudicial sobre a prejudicada. Essa influência pode tornar "dispensável ou impossível a solução dessa outra" ou predeterminar "o sentido em que a outra deve ser resolvida". Logo, nem toda questão logicamente antecedente pode ser considerada prejudicial; e nem toda questão prejudicial é necessariamente uma questão de direito material: "O elemento decisivo é a configuração do particular *modo de influência* a que se aludiu".³⁶

Especificamente no que diz respeito ao art. 503, § 1.º, do NCPC, importam as questões prejudiciais de *mérito*,³⁷ antecedentes lógicos do dispositivo que sobre ele exercem *influência decisiva*.³⁸ Ou, como diria Pontes de Miranda, "Prejudiciais são (...) as que prejulgam e prejudicam a futura sentença".³⁹ Sendo assim, podem ser consideradas questões prejudiciais passíveis de imutabilidade todas aquelas que, antecedentes lógicas do mérito, são *determinantes* ao resultado alcançado pelo Estado-juiz no julgamento do pedido do autor.⁴⁰ São questões prejudiciais de *mérito*, p. ex., a paternidade para o pedido de alimentos; a propriedade para a reivindicação da posse; a relação locatícia para a cobrança de aluguéis; a invalidade do lançamento tributário para eventual pedido de repetição do indébito etc.

4.2 Questões incidentais

Nem toda questão prejudicial é necessariamente incidental.⁴¹ A questão pode ser prejudicial a um capítulo da sentença e constituir igualmente questão principal; hipótese em que também comporá o mérito. Se o demandante pede a invalidação de multa administrativa e a consequente restituição do indébito, cumula demandas com relação de prejudicialidade. A invalidação da multa é *prejudicial* à restituição dos valores pagos, pois se a multa for reputada válida, não há que se falar em restituição.

Não é dessa hipótese que trata o Novo Código de Processo Civil. Se a questão prejudicial já compõe o mérito, a decisão sobre ela proferida ficará protegida pela coisa julgada por força do art. 503, *caput*. O § 1.º ocupa-se da questão prejudicial decidida *incidentalmente*, quer dizer, como pressuposto lógico do mérito do processo e que não foi objeto de pedido expresso. É o caso do administrado que pede a restituição do valor pago à Administração, mas *deixa de pedir* a invalidação do ato administrativo que ensejou o pagamento indevido. Nesse caso, a constatação do descabimento do pagamento não é uma questão *principal*, mas *incidental*.

4.3 Questões prejudiciais incidentais expressamente decididas

Importante requisito imposto pelo art. 503, § 1.º, do NCPC é o de que as questões prejudiciais incidentais *devem ter sido expressamente decididas* no processo para que fiquem imunizadas pela coisa julgada.

A disposição é de certa forma redundante, pois apenas aquilo que existe pode ser; logo, apenas decisões efetivamente tomadas podem ser imunizadas pela coisa julgada. Ainda assim, a redundância dá segurança ao jurisdicionado, eliminando o risco de se estender a coisa julgada a decisões incidentais implícitas. Quanto a isso, não custa lembrar a secular discussão no *common law* sobre *rationes decidendi* implícitas.⁴²

Por isso, mesmo que o juiz mande o réu pagar uma prestação obrigacional oriunda de contrato celebrado com o autor, o reconhecimento *implícito* de existência desse contrato *não fica abrangido pela coisa julgada*; a existência deve ser expressamente decidida como antecedente lógico e necessário da decisão para que o art. 503, § 1.º, do NCPC possa ser aplicado.

4.4 Dependência do julgamento do mérito

Talvez o aspecto mais sensível do novo dispositivo esteja no inc. I: da solução da questão deve "*depende* o julgamento do mérito".

À primeira vista poder-se-ia imaginar que o inciso apenas reforça a prejudicialidade da questão. Alguma reflexão, porém, permite concluir que a dependência do inc. I é um *plus* à prejudicialidade, o qual limita ainda mais, e de forma correta, a abrangência da coisa julgada.

O dispositivo em larga medida relaciona-se a condição que já vinha sendo defendida por Bruno

Vasconcelos Lopes antes da promulgação do Novo Código de Processo Civil: a questão prejudicial deve ser "necessária" ao resultado do processo.⁴³

A discussão remete, de certa forma, à clássica polêmica estabelecida na doutrina do *common law* sobre a distinção entre *rationes decidendi* e *obiter dictum*. Como já tivemos a oportunidade de defender, a *ratio decidendi* é a "razão jurídica (ou razões jurídicas) 'determinante' ao dispositivo"; conceito que concilia a doutrina de McCormick (razão jurídica *suficiente*) e de Rupert Cross (razão jurídica *necessária*).⁴⁴ Consideram-se determinantes todas as razões jurídicas que compõem o "caminho decisório" percorrido pelo juiz.⁴⁵

Igualmente deve ser compreendida a questão prejudicial. São questões prejudiciais determinantes aquelas que se encontram no *iter* decisório percorrido pelo juiz para chegar ao dispositivo (das quais depende o julgamento).

Isso não significa, é claro, que a questão prejudicial do art. 503, § 1.º, tenha qualquer relação com a *ratio decidendi* da sentença.⁴⁶ *Ratio decidendi* não é uma questão prejudicial de mérito, mas a razão jurídica sobre a qual está fundado o julgamento. Se a invalidade do contrato é questão prejudicial à condenação do réu a restituir o valor recebido indevidamente do autor, é *ratio decidendi* a constatação, pelo juiz, de que assinar um instrumento contratual com uma arma de fogo apontada contra a cabeça configura "fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa" (art. 151 do CC) e, conseqüentemente, hipótese de vício de vontade por coação.

Embora as figuras sejam nitidamente distintas, a concepção de *ratio decidendi* é útil para compreender o que é uma questão prejudicial necessária ou determinante da qual *depende* o julgamento do mérito.

4.4.1 Pluralidade de questões prejudiciais

Da mesma forma que uma sentença pode apresentar uma pluralidade de *rationes decidendi*, também poderá enfrentar uma pluralidade de *questões prejudiciais* das quais *dependa* o julgamento do mérito. Exemplo singelo é do autor que pede a condenação do réu a pagar aluguéis atrasados e este se defende alegando que inexistente contrato de locação, pois a posse do imóvel estaria fundada em comodato tácito; em respeito ao princípio da eventualidade, aponta subsidiariamente a nulidade do suposto contrato de locação.

O juiz terá, nesse caso, duas questões prejudiciais das quais *depende* o julgamento da causa. Primeiro deverá enfrentar a existência ou inexistência do contrato de locação. Decidindo pela inexistência, o pedido será julgado improcedente. Decidindo pela existência, deverá então enfrentar a validade do contrato. Se for inválido, o pedido será julgado improcedente; se for válido, o pedido será julgado procedente.

Ambas as questões são prejudiciais de mérito e compõem o *iter* decisório da sentença. O reconhecimento de inexistência ou de invalidade leva à improcedência, enquanto a procedência depende necessariamente do reconhecimento de existência e validade do contrato.

Nessa hipótese, julgado procedente o pedido, e supondo que todas as demais condições legais estejam presentes, é de se concluir que ambas as decisões incidentais que reconhecem a existência e a validade do contrato fazem coisa julgada. Assim como fará coisa julgada a decisão que reconhece a inexistência do contrato, levando à improcedência do pedido.

4.4.2 Questões prejudiciais decididas desfavoravelmente ao vencedor

E qual é a solução, utilizando ainda o exemplo do ponto anterior, quando o pedido é julgado improcedente apenas por nulidade do contrato? Ficarà o réu vinculado à decisão que rejeitou o comodato e, conseqüentemente, a inexistência do contrato de locação? Abstraindo o problema: a coisa julgada estende-se a questões prejudiciais incidentais decididas desfavoravelmente à parte vencedora?

Antonio do Passo Cabral entende que sim:

"Por fim, deve-se salientar que a extensão da coisa julgada às prejudiciais muda a lógica do que significa vitória e derrota no processo. Tradicionalmente, a sucumbência era verificada pela derrota

no que se refere ao pedido principal. Na sistemática do novo CPC, ainda que vencedor em relação ao pedido (e portanto não podendo ser considerado sucumbente), é possível que a derrota no que tange à prejudicial possa ser ainda mais deletéria para a parte. A vitória e derrota num processo passarão a compreender algo mais que a mera sucumbência".⁴⁷

O posicionamento, porém, desconsidera justamente o inc. I do art. 503, § 1.º; e é aqui que o dispositivo revela a sua inestimável importância.

Se a coisa julgada só se estende a questões das quais *depende* o julgamento do mérito, então é de se concluir que nenhuma decisão incidental contrária à parte vencedora poderá tornar-se imutável. Trazendo o raciocínio ao nosso exemplo da ação de cobrança de aluguéis, a rejeição da alegação de inexistência do contrato foi *irrelevante* ao julgamento do mérito. Mesmo afastando a defesa apresentada pelo réu, ainda assim o pedido do autor foi julgado improcedente. A improcedência do pedido *não dependeu* da inexistência do contrato, pois, embora a questão fosse potencialmente prejudicial, havia outro fundamento que amparava a decisão.

Nesse sentido, perfeita a colocação de Bruno Vasconcelos Lopes:

"Dentre as questões que respeitam essas premissas, não podem ser qualificadas como necessárias e, portanto, determinantes ao resultado do julgamento as decididas *desfavoravelmente ao vencedor*, pois nesse caso a decisão não será essencial para a conclusão pela procedência ou improcedência da demanda e não haverá a garantia de cognição exauriente".⁴⁸

A opção legislativa foi louvável, pois a identificação imediata de uma razão para o julgamento da causa pelo juiz muitas vezes pode levá-lo a tratar com displicência as demais. Teríamos, então, coisa julgada sobre uma questão que, embora decidida expressamente, era irrelevante ao julgamento do mérito do processo.

Essa é a exata solução dada pelo Direito estadunidense, como bem explica Marília Zanella Prates: "Mesmo que uma questão tenha sido cuidadosamente discutida pelas partes e decidida atentamente pela Corte, não terá efeito de *issue preclusion* se for contrária aos interesses da parte que restou vencedora no julgamento final. Isso porque esse tipo de questão, em geral, não terá sido necessário ao resultado final".⁴⁹

Por isso, não é possível cogitar de extensão da coisa julgada a questões prejudiciais incidentais decididas desfavoravelmente à parte vencedora, uma vez que tais decisões *não são determinantes ao resultado do processo*; delas não depende o julgamento do mérito.⁵⁰

4.5 Contraditório prévio e efetivo

Sabe-se que o conceito moderno de contraditório está conectado à possibilidade de participação no processo e influência na decisão proferida pelo juiz.⁵¹ Alinhado a essa concepção, o Novo Código de Processo Civil preocupou-se em impor o prévio contraditório antes de qualquer decisão judicial, mesmo daquelas que podem ser proferidas de ofício (art. 10).

No entanto, a amplitude dada ao inc. II do art. 503, § 1.º, foi equivocada. Não porque o contraditório possa de alguma forma ser desrespeitado - evidentemente que não -, mas porque o dispositivo dá margem à interpretação de que o descaso da parte derrotada é suficiente para impedir a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada.

Utilize-se mais uma vez o exemplo da ação de cobrança de aluguéis. O réu aponta a inexistência e a invalidade do contrato, mas o autor apenas rebate a inexistência. O réu reitera em outras oportunidades que o contrato é inválido e o autor mantém-se omissivo quanto ao ponto. Ao final o juiz decide expressamente que o contrato é inválido. A coisa julgada estende-se a essa questão prejudicial de mérito efetivamente decidida e da qual dependeu o resultado?

A resposta deve ser positiva. O respeito ao contraditório não implica o real aproveitamento pelo interessado das possibilidades que lhe são ofertadas. O contraditório realiza-se com a própria *oportunidade* de participação efetiva e de influência efetiva na decisão judicial. Se a parte aproveita ou não essas *oportunidades* é fato que decorre unicamente da sua diligência ou negligência. No exemplo dado, o autor teve amplas *oportunidades* de debater a validade do contrato. Se não o fez, foi por negligência ou estratégia processual. Nem uma nem outra são hipóteses legítimas de

impedimento da extensão da coisa julgada.

Não se pode exigir, destarte, um "debate intenso" da questão prejudicial para que haja "contraditório efetivo". Primeiramente porque saber se o "debate foi intenso" é um juízo subjetivo e arbitrário que tornará incerta a aplicação do instituto. Secundariamente porque a efetividade do instituto seria mitigada pelo comportamento negligente da parte sucumbente. Por fim, simplesmente porque o "contraditório efetivo" *possibilita* um "debate intenso", mas dele não é sinônimo e com ele não se confunde.

Errou o legislador, portanto, ao afastar a imutabilidade das questões prejudiciais em caso de revelia - ao menos naquelas em que há citação pessoal, e não ficta. A revelia não inibe o contraditório, que se realiza plenamente com a ciência dada ao réu de que há uma demanda contra si proposta e a sua intimação para que venha defender-se. A escolha (voluntária ou involuntária, pouco importa) de ausentar-se do processo é, também ela, autêntica manifestação do contraditório.⁵² Não custa lembrar que a revelia é insuficiente para impedir a incidência da coisa julgada sobre a questão principal - consequência mais severa do que a imutabilidade da questão prejudicial.

Poder-se-ia argumentar que a lei estende a coisa julgada apenas às *questões* de mérito - e a ausência de impugnação específica da alegação pela outra parte impediria a transformação do *ponto* de mérito em *questão* de mérito. Esse raciocínio, porém, não se sustenta. A clássica distinção entre ponto e questão é de inestimável importância aos fatos relevantes ao processo, pois diferencia fatos controversos de fatos incontroversos, definindo o que será objeto de prova e o que será tido pelo juiz como verdadeiro. No que diz respeito às questões jurídicas, a concepção de controvérsia ou incontrovérsia é irrelevante. O direito é interpretado e aplicado segundo o aforismo *iura novit curia*; logo, toda alegação jurídica é uma questão que deverá ser necessariamente decidida pelo juiz. Ainda que inexistia controvérsia sobre uma alegação jurídica, esta não será assumida pelo juiz como válida e poderá ser rejeitada mesmo sem impugnação da outra parte. Daí por que a revelia não implica o julgamento de procedência do pedido, mas apenas a presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor.

Conclusivamente pode-se dizer que: a coisa julgada não se estenderá às questões prejudiciais em caso de revelia por expressa disposição legal; mas a compreensão de "contraditório efetivo" deve ligar-se à *efetiva oportunidade de participação e influência*, sendo irrelevante verificar se o debate foi intenso, se as partes alegaram tudo o que poderiam ter alegado, se a oportunidade de participação foi bem aproveitada, e todas as demais alegações que a parte sucumbente desfavorecida pela decisão da questão prejudicial certamente fará para afastar a sua imutabilidade.

4.6 Competência do juízo para resolver a questão como principal

Importante condição legal para a extensão da coisa julgada é a da competência do juízo para resolver a questão prejudicial também como questão principal.⁵³ A restrição é correta e coerente; necessária para legitimar a imutabilização da questão prejudicial. Não pode fazer coisa julgada o reconhecimento incidental de inconstitucionalidade de lei federal por um juiz de primeiro grau, p. ex., Mas isso não impede que o juízo incompetente conheça de questões prejudiciais e as decida incidentalmente como pressuposto lógico e necessário do dispositivo da decisão; apenas a decisão incidental não se tornará imutável, podendo ser rediscutida em novos processos.

4.7 Exceção em caso de restrições probatórias ou limitações à cognição

Por derradeiro, o § 2.º do art. 503 do NCPD exclui dos limites objetivos da coisa julgada as questões decididas em processo com "restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial".

O dispositivo traz dois critérios distintos e alternativos. O primeiro é a restrição probatória, como ocorre em alguns procedimentos especiais; o segundo é a limitação da cognição judicial. Essa segunda hipótese afasta, p. ex., a imutabilização de questões prejudiciais incidentais quando há estabilização da tutela antecipada (art. 304 do NCPD). Perceba-se que a verificação de qualquer uma das hipóteses é suficiente para impedir a extensão da coisa julgada.

Também aqui acertou o legislador, pois limitações cognitivas e probatórias são limitações ao próprio contraditório, uma vez que restringem a *possibilidade de influência* na decisão.⁵⁴

4.8 Limitação a questões jurídicas - Críticas

A extensão da coisa julgada a questões decididas incidentalmente no processo limita-se, única e exclusivamente, às questões jurídicas. Decisões incidentais sobre aspectos fáticos da causa, ainda que prejudiciais ao julgamento do mérito, não fazem coisa julgada. A restrição consta claramente do art. 504, II, do NCPC:

"Art. 504. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença."

Trata-se de disciplina antiga, fundada em explicação pouco convincente. De acordo com Pontes de Miranda, p. ex.: "A verdade dos fatos em que se funda a sentença não faz coisa julgada, porque o juiz pode ter tido como verdadeiro o fato que não o era".⁵⁵ Moacyr Amaral Santos adotava a mesma linha de pensamento: "A verdade dos fatos resulta da livre apreciação das provas pelo juiz (art. 131), o que lhe dá caráter pessoal deste, que se não transmite necessariamente a outro juiz, que noutra processo venha a apreciá-las. (...) Nada obsta que a verdade produzida pela prova no primeiro processo seja negada em um segundo processo, em que se discutem os mesmos fatos e entre as mesmas partes".⁵⁶

Isso significa que a decisão sobre a validade de um contrato, prejudicial à condenação do réu a cumprir a obrigação pactuada, pode vir a se tornar imutável por força da coisa julgada; mas a constatação de que o instrumento contratual foi assinado sob grave ameaça (hipótese de coação) não se torna imutável. Em outras palavras, o reconhecimento de que o contrato é inválido pode ficar coberto pela coisa julgada material, mas o motivo pelo qual esse contrato é inválido, não.

A opção legislativa é incompreensível. O erro judicial pode estar no convencimento dos fatos ou na interpretação do direito. De uma forma ou de outra, as respostas jurisdicionais devem estabilizar-se para que haja segurança jurídica e paz social.

Se a intenção era otimizar o processo, evitar novas discussões e impedir decisões conflitantes, a imunização das questões fáticas seria muito mais eficiente do que a imunização das questões jurídicas. Como regra, a imunização das questões jurídicas impede novas demandas relacionadas à anterior; e também, como regra, dificilmente são renovadas. Após ver seu pedido julgado improcedente, é improvável que o autor proponha nova demanda contra o réu com fundamento no mesmo contrato considerado inválido previamente. Por outro lado, a imunização dos fatos traria resultados muito mais concretos. Basta pensar na hipótese em que o réu coagido propõe demanda por danos morais contra o autor. Em vez de aproveitar a decisão que já reconheceu a coação, terá que se submeter a nova fase instrutória, nova valoração fático-probatória pelo juiz etc. E com o risco de ver a mesma coação, reconhecida no primeiro processo, afastada no segundo.

Outro exemplo. Em dado conflito societário discutia-se quem era o efetivo administrador da sociedade em determinado período, não obstante dispor o contrato social que a administração seria conjunta. Apesar de reconhecida a administração unilateral de um dos sócios nos primeiros processos, posteriormente houve indefinição sobre o tema. Dezenas de decisões conflitantes foram proferidas: envolvendo as mesmas partes e os mesmos fatos. Em cada caso era necessário retomar a mesma discussão, o que gerava autos cada vez mais volumosos e processos cada vez mais longos. A imunização da primeira decisão sobre essa questão fática prejudicial à responsabilização do sócio, não importa qual fosse, teria proporcionado uma incalculável economia processual e evitado a rediscussão sistemática de um mesmo aspecto fático.

Esse tipo de situação não foi resolvido pelo Novo Código de Processo Civil, o que põe em xeque a efetividade da alteração promovida; sobretudo quando consideradas as dúvidas e incertezas que o instituto gerará ao jurisdicionado.

Não custa lembrar que a teoria da *issue preclusion* nos Estados Unidos desenvolveu-se inicialmente para tornar imutáveis os *fatos* determinantes ao julgamento da causa. Apenas em um segundo momento é que a imutabilidade foi estendida às questões de direito.⁵⁷ Quer dizer, importou-se um instituto que causa insegurança ao sistema sem aproveitar o que ele tinha de melhor a oferecer.

5 As consequências dos novos limites objetivos da coisa julgada

Os novos limites objetivos da coisa julgada geram consequências processuais relevantes que podem repercutir em toda a estrutura sistemática do Direito Processual Civil brasileiro.

5.1 A natureza das questões prejudiciais imutabilizadas

A primeira questão que vem à tona é: qual é a natureza das questões incidentais cobertas pela coisa julgada? Continuam sendo meras questões incidentais com a vantagem da imutabilidade ou passam a compor o dispositivo da decisão?

Se as questões prejudiciais passarem a compor o dispositivo da decisão, então será preciso reconstruir o princípio da demanda, a teoria da correlação entre demanda e sentença e a própria concepção de inércia jurisdicional; dito de outro modo, a teoria geral do processo civil que conhecemos entrará em colapso e será preciso erigir uma nova - a inventividade dos processualistas será posta à prova diante da necessidade de sistematizar situações tão díspares.

Se as questões prejudiciais imutabilizadas mantiverem a natureza de *questões* decididas incidentalmente, o que parece mais logicamente adequado com o sistema, então será impossível resolver de maneira congruente vários problemas processuais decorrentes do novo art. 503, § 1.º. Além disso, o próprio conceito de coisa julgada terá que ser revisto, pois deixará de ser "a autoridade que reveste o conteúdo decisório da sentença" para ser "a autoridade que reveste o conteúdo decisório da sentença e as questões prejudiciais efetivamente decididas das quais dependeu o resultado do julgamento".

Aparentemente vem prevalecendo a distinção ontológica entre dispositivo e motivação - logo, entre questões principais e questões incidentais. Marcelo Pacheco Machado e Fredie Didier Jr., p. ex., estabelecem duas categorias de coisa julgada: a "coisa julgada comum", que atinge o dispositivo da sentença, e a "coisa julgada excepcional", específica para as questões prejudiciais decididas incidentalmente.⁵⁸

Efetivamente, parece ser essa a melhor resposta, não obstante as várias dificuldades processuais que ela apresentará.

5.2 Dever de motivação e manifestação expressa do juiz sobre questões prejudiciais incidentais

Sabe-se que uma das preocupações do Novo Código de Processo Civil foi dar mais dignidade ao dever de motivação, estabelecendo detalhadamente quando uma decisão pode ser considerada devidamente motivada. Dentre as exigências do art. 489 está o enfrentamento de "todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador" (inc. IV). A partir daí questiona-se: tem o juiz o dever de se manifestar sobre todas as questões prejudiciais incidentais?

O dever de motivação é uma garantia inerente ao Estado de Direito que busca dar racionalidade ao poder pela prestação de contas do exercício da atividade jurisdicional. Pela motivação o juiz *deve demonstrar* que analisou todos os argumentos e provas produzidas pelas partes, indicando as razões pelas quais se convenceu da veracidade das alegações fáticas apresentadas, e *deve demonstrar* que sua decisão é *jurídica*, pois fundada sobre o Direito produzido democraticamente pelo povo e para o povo.⁵⁹

No entanto, sabe-se que toda norma processual é teleológica: não existe como valor em si mesmo, mas procura atingir uma finalidade específica reputada relevante pelo ordenamento jurídico. O dever de motivação não poderia ser diferente. A garantia não se presta a sanar dúvidas jurídicas ou tratar de questões irrelevantes ou impertinentes à causa. O seu objetivo é justificar o exercício do poder jurisdicional e dar uma resposta, sobretudo, à parte sucumbente, dizendo-lhe *por que* suas alegações foram repelidas.

Destarte, se é verdade que o juiz tem o *dever* de se manifestar sobre absolutamente todas as alegações fáticas e jurídicas da parte sucumbente (ainda que para dizer que tais alegações são inúteis, protelatórias, impertinentes etc.), basta que apresente as razões fáticas e jurídicas *suficientes* ao julgamento favorável à parte vencedora.

Utilizando mais uma vez o exemplo da ação de cobrança de aluguéis, a procedência do pedido

condenatório do locador depende, necessariamente, do afastamento expresso e concreto das alegações de inexistência e nulidade do contrato - a parte sucumbente tem o direito de saber por que suas razões não foram acolhidas. Por outro lado, constatando o juiz que o contrato, mesmo se fosse existente, é nitidamente nulo, basta que aponte a nulidade como causa da improcedência do pedido. Não se trata da melhor técnica decisória, pois a existência do contrato é logicamente antecedente à sua validade. Ainda assim, o juiz cumpriu o seu *mister*, justificando adequadamente a decisão de improcedência ao final proferida. Note-se que, nesse processo específico, era irrelevante, a autor e réu, saber se o contrato era juridicamente existente quando já havia outra razão suficiente à improcedência do pedido.

Sendo assim, duas são as conclusões: a parte sucumbente *sempre* poderá exigir a manifestação do juiz sobre questões prejudiciais incidentais que tenha levantado no curso do processo - o que não tem relação com a extensão da coisa julgada, mas decorre do próprio imperativo de motivação das decisões judiciais; e a parte vencedora *não* poderá exigir do juiz a análise de questões prejudiciais incidentais, uma vez que não foram determinantes ao resultado do processo e não compunham o seu objeto.

Se a parte quiser assegurar a manifestação judicial expressa sobre determinada questão que considera relevante, basta que proponha demanda nesse sentido, atribuindo a tal questão a condição de *principaliter*. Isso vale também ao réu, que poderá reconvir, agora de maneira bastante simplificada (art. 343), e alargar o objeto do processo para que dele conste a questão prejudicial.

Note-se que, embora não haja mais a ação declaratória incidente no Novo Código de Processo Civil para questões prejudiciais (apenas para falsidade de prova), as partes conservam a possibilidade de pedir expressamente o que entenderem pertinente - seja a desconstituição de um contrato nulo, seja a declaração de sua inexistência. Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou o Enunciado 111: "Persiste o interesse no ajuizamento de ação declaratória quanto a questão prejudicial incidental".

5.3 Questões prejudiciais incidentais e interesse recursal

Questão muito mais difícil é a do interesse recursal para impugnar apenas as questões prejudiciais que foram decididas desfavoravelmente à parte recorrente. A doutrina vem assinalando positivamente à ideia.⁶⁰ Afinal, não seria razoável impor à parte a drástica consequência da imutabilidade da questão decidida incidentalmente e, ao mesmo tempo, impedir a sua rediscussão em âmbito recursal.

Por outro lado, não se pode ignorar a falta de coerência lógica em se permitir o recurso de uma questão *incidental*, analisada única e tão somente como pressuposto necessário da decisão principal. A mesma questão será incidental em primeiro grau, mas principal no âmbito recursal.

Ademais, aceitar recursos de questões incidentais implica violar um dos objetivos nucleares do Novo Código, que é a *simplificação* do processo (objetivo 3 da exposição de motivos). Em vez de mais simples, o processo tornar-se-á mais complexo e mais moroso. Os recursos proliferar-se-ão e os tribunais ficarão abarrotados de discussões que muito provavelmente jamais seriam retomadas em novos processos. Se a proposta inicial do Novo Código de Processo Civil era diminuir o número de recursos, a medida certamente teria efeito contrário.⁶¹

A permissão tem ainda um gravíssimo inconveniente: antecipa, em âmbito recursal, a discussão sobre a extensão da coisa julgada à questão incidental. É ela prejudicial? Houve contraditório? O juiz era competente? O julgamento dependeu de sua resolução? Etc. Tudo isso deveria ser diferido, caso necessário, a um novo processo, pois é a tentativa de rediscussão da questão já decidida incidentalmente que legitimará a objeção de coisa julgada e iniciará o debate necessário sobre a incidência do art. 503, § 1.º. Aceito o recurso exclusivo contra questões incidentais, ficará o tribunal responsável por toda essa análise apenas para averiguar se a parte possui interesse recursal. Os tribunais seriam inundados de recursos voltados a discutir, como *principais*, questões que muitas vezes não são nem mesmo *prejudiciais*.

Tudo isso fica seriamente agravado por outro dado relevante. Qual é a eficácia do juízo de admissibilidade do recurso feito pelo tribunal? Se o tribunal conhecer do recurso (por haver interesse) e negar-lhe provimento, consolida-se a extensão da coisa julgada à questão supostamente

prejudicial? E em caso de juízo de admissibilidade negativo por falta de interesse? Será essa decisão, tomada sem "contraditório efetivo" e sem cognição exauriente, definitiva quanto à mutabilidade da questão prejudicial? Prevalecerá sobre a decisão do juiz que, em novo processo, constatar a extensão da coisa julgada a essa questão prejudicial por força do art. 503, § 1.º?

Apesar da inegável gravidade da consequência imposta à parte pelo art. 503, § 1.º, deve-se buscar uma solução mais pragmática, vedando-se recursos que busquem única e exclusivamente a reforma das decisões prejudiciais incidentais. O raciocínio é similar ao desenvolvido anteriormente no ponto 5.2. Se a parte quer discutir especificamente a questão prejudicial, então deve incluí-la no mérito do processo pela via adequada (demandando, reconvindo etc.) e dar-lhe *status* de questão *principal*. Enquanto a questão for *incidental*, assim deverá ser tratada.

A opção ora adotada evita que haja a antecipação em grau recursal de uma discussão que só deve ocorrer em um novo processo, *caso necessário*. Também evita a proliferação indevida de recursos contra questões que não constituem objeto do processo.

Assim, se a parte estiver insatisfeita com a decisão, poderá recorrer do julgamento do mérito e questionar, *incidentalmente*, as questões *incidentais*. Mantida a sentença integralmente, então a questão incidental ficará coberta pela coisa julgada. Mantida a sentença por razões distintas, com rejeição expressa ou implícita da questão prejudicial, então afastada ficará a extensão da coisa julgada - é o caso, p. ex., do acórdão que mantém a sentença de improcedência da cobrança de aluguéis, mas não porque o contrato é inexistente ou inválido, mas porque o débito inexistente.

5.4 Questões prejudiciais incidentais e ação rescisória

Também é tormentoso o cabimento da ação rescisória para discutir questões prejudiciais incidentais que tenham sido acobertadas pela coisa julgada.

Em um primeiro momento, a tendência seria dizer que não é possível, diante do próprio *caput* do art. 966:

"Art. 966. A *decisão de mérito*, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...)."

No entanto, o cabimento de ação rescisória parece adequar-se ao disposto no § 2.º do mesmo dispositivo, o qual permite a rescisão da decisão que, embora não seja de mérito, impeça nova propositura da demanda ou admissibilidade do recurso correspondente.

Sendo assim, embora as questões prejudiciais não devam ser consideradas principais, foi acertada a decisão do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis de editar enunciado albergando expressamente o cabimento da ação rescisória: "338. Cabe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada formada sobre a resolução expressa da questão prejudicial incidental".⁶²

6 Eficácia da novidade legislativa - Direito intertemporal

O art. 1.054 do NCPC excepciona a usual eficácia imediata das novas leis processuais, que, em regra, atingem processos em curso e produzem efeitos sobre todos os atos ainda não praticados. Apenas os processos instaurados após o início da vigência do Novo Código serão afetados pela extensão da coisa julgada às questões prejudiciais. A medida é importante, uma vez que a aplicabilidade do art. 503, § 1.º, depende essencialmente dos atos praticados pela parte ao longo de todo o processo. Não fosse a exceção louvavelmente inserida no referido art. 1.054, a imutabilização de questões prejudiciais em processos instaurados antes da vigência do Novo Código de Processo Civil configuraria verdadeira, e inaceitável, retroatividade normativa. As partes sofreriam consequências que não puderam prever e que, se as conhecessem previamente, talvez pudessem ter adotado outro comportamento durante o processo - como, p. ex., o maior investimento na produção de determinada prova.

Como dispõe o Enunciado 367 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o art. 503, § 1.º, valerá para todos os processos cuja data de protocolo da petição inicial ocorra após a vigência do Novo Código de Processo Civil.⁶³

7 Conclusão

A extensão da coisa julgada às questões prejudiciais incidentalmente decididas traz, potencialmente, alguns benefícios. Dentre eles estão o maior aproveitamento dos processos, a prevenção de rediscussões a respeito de questões prejudiciais já decididas e a homogeneização das respostas jurisdicionais, evitando decisões conflitantes sobre o mesmo tema.

Afirma-se que a mudança privilegia a natureza pública do Direito Processual em detrimento do interesse privado das partes em definir o objeto do processo e escolher o que deve ser julgado definitivamente pelo Estado-juiz. Mas até que ponto o princípio dispositivo e a inércia jurisdicional são manifestações exclusivamente "privatistas" do processo? A dicotomia público-privada não pode implicar a imposição de um processo autoritário que restrinja a liberdade do indivíduo e o submeta a um poder estatal irracional e descontrolado. A inércia jurisdicional e o princípio dispositivo são inestimáveis conquistas históricas de racionalidade e imparcialidade no julgamento que não podem, jamais, ser tidas pejorativamente por privatistas. Quanto a isso, lembre-se que nem toda situação que beneficia o Estado é interesse público; e nem toda situação que prejudica o Estado viola o interesse público.⁶⁴

De qualquer forma, não parece que seja esse o problema. A extensão dos limites objetivos da coisa julgada não viola o princípio dispositivo ou a inércia jurisdicional e não está ligada à sobreposição do interesse público sobre o privado. Trata-se unicamente de opção legislativa para dar mais ou menos efetividade ao processo e que em nada restringe a liberdade das partes.

O problema da extensão dos limites objetivos da coisa julgada é eminentemente pragmático. O legislador resgatou uma polêmica centenária que sempre gerou incertezas e insegurança jurídica ao jurisdicionado e que havia sido louvavelmente enterrada pelo Código de Processo Civil/1973 com a construção de um sistema coeso e harmônico - e, por que não, efetivo, já que permitia o máximo aproveitamento do processo mediante iniciativa das partes. Para que a mudança valesse a pena, os benefícios deveriam ser muito grandes.

No entanto, mesmo nos Estados Unidos, que serviu de modelo ao art. 503, § 1.º, o instituto da *issue preclusion* é bastante criticado pela doutrina justamente pela ineficiência que gera ao processo. Em vez de focar no mérito, perde-se tempo, energia e dinheiro com discussões incidentais que podem acabar não tendo a menor relevância, seja para o próprio processo, seja para novos processos que supostamente viriam a ser instaurados.⁶⁵

Além disso, a timidez do legislador em estender a coisa julgada apenas às questões prejudiciais *jurídicas* elimina boa parte da real utilidade que o instituto poderia oferecer ao jurisdicionado. Não obstante carecer de dados estatísticos, alguma experiência demonstra que são os aspectos fáticos da causa que geralmente voltam a ser rediscutidos pelas partes em novos processos. De qualquer forma, a estabilização de uma decisão relativa à veracidade ou falsidade de uma causa de pedir, por constituir elemento da demanda, teria ainda mais legitimidade do que a estabilização de discussões jurídicas.

Talvez o tempo comprove o acerto da mudança. Ao que tudo indica, porém, a extensão dos limites objetivos a questões prejudiciais apenas servirá para tornar os processos mais complexos e morosos e dar um subterfúgio à parte que não tem razão para criar incidentes processuais e levantar discussões desnecessárias ao julgamento daquilo que realmente importa: o objeto do processo. Como escreveu Robert Ziff: "A preclusão só se justifica quando for previsível"; e complementa: "*res judicata* tem uma particular necessidade de clareza e regras bem conhecidas".⁶⁶

No entanto, para que o instituto tenha a efetividade que se pretende, é preciso compreendê-lo com os olhos do presente, extraindo máxima efetividade a partir de uma interpretação "em consonância com os motivos que a geraram".⁶⁷ Nesse sentido, a extensão dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais deve ser compreendida como consequência do *ocasional* julgamento *incidental* de uma questão prejudicial. Isso significa rejeitar o tratamento de tais questões incidentais como se principais fossem, afastando tanto o dever do juiz de decidir questões prejudiciais que não sejam determinantes ao julgamento do mérito (com as ressalvas feitas no ponto 5.2, acima), quanto o interesse recursal para impugnação específica de questões incidentais - hipótese que certamente dará à mudança efeito contrário ao pretendido, inundando os tribunais com recursos inúteis e protelatórios. Se as partes pretendem discutir a questão prejudicial como *mérito* do processo, basta que tomem a iniciativa de incluí-la nos pedidos ou reconvenham.

8 Referências bibliográficas

- Abramowicz, Michael; Stearns Maxwell. Defining dicta. *Stanford Law Review*. n. 56. 2005.
- Amaral Santos, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. vol. 4.
- Andrews, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- Arenhart, Sérgio Cruz; Marinoni, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- Arruda Alvim Wambier, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- Assis, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*.
- Barbosa Moreira, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista de Processo*. vol. 34. São Paulo: Ed. RT, 1984.
- _____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese de Livre-Docência. Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1967.
- Cabral, Antonio do Passo. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Org. Teresa Arruda Alvim Wambier et al. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- _____. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- Calamandrei, Piero. Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti. In: Cappelletti, Mauro (a Cura di). *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. vol. 1, p. 210.
- Cross, Rupert; Harris, J. W. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon, 2004.
- Didier Jr., Fredie. Extensa#o da coisa julgada a# resoluc#a#o da questa#o prejudicial incidental no novo Co#digo de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*. vol. 6. n. 1. 2015.
- Dinamarco, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo*. vol. 34. São Paulo: Ed. RT, 1984.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. 3.
- _____. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- Flanagan, James F. *Offensive collateral estoppel: inefficiency and foolish consistency*.
- Frison-Roche, Marie-Anne. La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. vol. 2. Paris: Dalloz, 2005.
- Glannon, Joseph W. *Civil procedure*. 7. ed. New York: Wolters Kluwer Law, 2013.
- Harris, J. W.; Cross, Rupert. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon, 2004.
- Liebman, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- _____. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*.
- Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Machado, Marcelo Pacheco. Novo CPC: que coisa julgada é essa? Disponível em: [www.academia.edu/11607736/Novo_CPC_Que_coisa_julgada_é_essa]. Acesso em: 03.06.2015.

Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

Nery Jr., Nelson. Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

Oliveira, Eduardo Ribeiro de. Notas sobre o conceito de lide. *Revista de Processo*. vol. 34. p. 88. São Paulo: Ed. RT, 1984.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. I e V.

Prates, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Salvador: JusPodivm, 2013.

Pugliese, Giovanni. Giudicato civile (dir. vig.). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1969. vol. 18.

Ramina de Lucca, Rodrigo. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. O mérito do processo e as condições da ação. *Revista de Processo*. vol. 188. São Paulo: Ed. RT, 2010.

Schwab, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1968.

Shapiro, David L. *Civil procedure: preclusion in civil actions*. New York: Foundation Press, 2001.

Silva, Ovídio Araujo Baptista da Silva. Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. *Revista de Processo*. vol. 15. São Paulo: Ed. RT, 1979.

Stearns Maxwell; Abramowicz, Michael. Defining dicta. *Stanford Law Review*. n. 56. 2005.

Talamini, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

Vestal, Allan D. Restatement (Second) of Judgments: a modest dissent. *Cornell Law Review*. n. 66. 1981.

Yarshell, Flávio Luiz. *Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC 2015*. Texto inédito.

Ziff, Robert. For one litigant's sole relief: unforeseeable preclusion and the Second Restatement. *Cornell Law Review*. n. 77. 1992.

Zveibil, Daniel Guimarães. Ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no NCPC e o fantasma da simplificação desintegradora. *Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias*. Salvador: JusPodivm, 2015.

1 Barbosa Moreira, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, passim, esp. ponto 8; Talamini, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 30.

2 Ao menos do modelo de Estado de Direito por nós adotado e seguido. V. Nery Jr., Nelson. Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito, esp. p. 713-714.

3 Apontando o valor da segurança jurídica independentemente do resultado, Frison-Roche, Marie-Anne. La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences, p. 311: "Si la personne est rationnelle, elle n'attend pas tant la satisfaction de ses intérêts, car ceux-ci peuvent être changeants ou partagés, mais de connaître le sort que le droit lui réserve, de sorte qu'elle puisse agir en intégrant cette donnée". Igualmente, Dinamarco, Cândido Rangel. A Página 17

instrumentalidade do processo, p. 195: "O importante não é o consenso em torno das decisões estatais, mas a *imunização* delas contra os ataques dos contrariados; e indispensável, para o cumprimento da função pacificadora exercida pelo Estado legislando ou *sub specie jurisdictionis*, é a eliminação do conflito como tal, por meios que sejam reconhecidamente idôneos".

4 Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 3, p. 295.

5 V. Pugliese, Giovanni. *Giudicato civile (dir. vig.)*. p. 818-822: "(...) non si tratta di due o più effetti, i quali si contrappongano l'uno all'altro come entità diverse, bensì di semplici manifestazioni o estrinsecazioni di un unico effetto, che si compendia nell'attribuzione alla sentenza di un valore vincolante tale da assicurare che l'accertamento in essa contenuto 'faccia stato'" (p. 822).

6 Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito...* cit., p. 315.

7 "Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros."

8 Para um brevíssimo e didático resumo histórico, v. Machado, Marcelo Pacheco. *Novo CPC: que coisa julgada é essa?* p. 1-2.

9 Liebman, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 51. V. também Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, p. 29-30.

10 Nesse sentido, Amaral Santos, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, p. 476: "O Código vigente cortou definitivamente a controvérsia, excluindo da eficácia da coisa julgada as questões resolvidas na fundamentação, até mesmo as chamadas questões prejudiciais (art. 469)". V. também: Silva, Ovídio Araujo Baptista da. *Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual*, p. 45 e ss.

11 Nas palavras do mestre italiano: "Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do *comando* emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato" (Liebman, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade...* cit., p. 50).

12 A essa exata conclusão chegam Marinoni e Arenhart, mesmo adotando a concepção de que coisa julgada é a imutabilidade da *declaração* contida na sentença: "Em sendo assim, o que fica exatamente abrangido pela coisa julgada? A resposta parece ser bastante simples, mesmo em decorrência da definição aqui adotada. Se este fenômeno incide sobre a declaração contida na sentença, e se essa declaração somente pode existir como resposta jurisdicional, é certo que a coisa julgada atingirá apenas a parte dispositiva da sentença" (Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. p. 655). Liebman também relaciona expressamente o conceito de coisa julgada aos seus limites objetivos: "Todavia, razões de oportunidade, assim como determinaram a adoção do instituto, também traçam à sua aplicação limites precisos: limites objetivos que a definição dada há pouco de autoridade da coisa julgada ajuda a entender, visto como é só o *comando* pronunciado pelo juiz que se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão" (Liebman, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade...* cit., p. 51).

13 Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito...* cit., p. 311.

14 Nesse sentido, exemplificativamente: Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito...* cit., p. 682; Amaral Santos, Moacyr. *Op. cit.*, p. 437; Talamini, Eduardo. *Op. cit.*, p. 309-310; Arruda Alvim Wambier, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 337.

15 Liebman, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade...* cit., p. 53.

16 Liebman, Enrico Tullio. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*. p. 88; Oliveira, Eduardo Ribeiro de. *Notas sobre o conceito de lide*, p. 88.

17 Calamandrei, Piero. Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti, p. 221.

18 Idem, p. 210.

19 Dinamarco, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil, p. 33 e ss.; Talamini, Eduardo. Op. cit., p. 79-80; Ramina de Lucca, Rodrigo. O mérito do processo e as condições da ação, p. 79 e ss. Para Pontes de Miranda, o mérito também é formado pela pretensão do autor, mas, segundo ele, trata-se da pretensão de direito material e não processual (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. I. p. 59). Araken de Assis, em sentido bastante similar e partindo de grande parte das premissas de Pontes de Miranda, entende que o mérito do processo é formado pela ação de direito material (Assis, Araken de. *Cumulação de ações*, p. 121). Contra ambos os posicionamentos podem ser citadas as críticas formuladas por Schwab à teoria de Lent sobre objeto do processo (Schwab, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*, p. 13 e ss.).

20 É o que explica Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes: "A opção do ordenamento jurídico brasileiro por restringir a coisa julgada ao dispositivo da sentença tem por principal fundamento o *princípio da demanda*, que confere às partes o poder de delimitar o objeto do processo e, em consequência, também lhes atribuiria o poder de definir os limites objetivos da coisa julgada" (Op. cit., p. 66).

21 Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. Op. cit., p. 79.

22 Idem, ibidem.

23 Cabral, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*, p. 150-162.

24 V. Glannon, Joseph W. *Civil procedure*, p. 541-542: "Certainly, one of the recurrent themes of the Rules is to create a flexible procedural system in order to prevent procedure from dominating substance, to assure that the merits of the parties' claims, not procedural missteps, determine the outcome of lawsuits. For example, parties are given broad power to join claims and parties in a single suit. (...) They are given the latitude to plead all their possible claims against opposing parties, within the limits of proper pleading. (...) Even if amendments are not offered, the court may treat the pleadings as though they had been amended when justice so requires (...) Once the parties have had a full and fair opportunity to be heard under the flexible rules reviewed above, all this paternalistic indulgence comes to an abrupt halt. Regardless of a party's reason for wishing to relitigate a dispute, the doctrine of *res judicata* stands like a brutish, unreflecting myrmidon, guarding the doors of the courthouse".

25 *Henderson vs. Henderson* (1843) 3 Hare 100, 115: "(...) the Court requires the parties to that litigation to bring forward their whole case, and will not (except under special circumstances) permit the same parties to open the same subject of litigation in respect of matter which might have been brought forward as part of the subject in contest, but which was not brought forward, only because they have, from negligence, inadvertence, or even accident, omitted part of their case. The plea of *res judicata* applies, except in special cases, not only to points upon which the Court was actually required by the parties to form an opinion and pronounce a judgment, but to every point which properly belonged to the subject of litigation, and which the parties, exercising reasonable diligence, might have brought forward at the time".

26 *WWF vs. World Wrestling Federation* [2007] EWCA Civ 28: "The course which the Fund has adopted is inconsistent with the underlying interest that there should be finality in litigation and that a party should not be vexed twice in the same matter: it is inconsistent with the need for economy and efficiency in the conduct of litigation, in the interests of the parties and of the public as a whole. The Federation was entitled to proceed on the basis that, a claim to an award of Wrotham Park damages not having been sought in 2001, such a claim was not being pursued in these proceedings".

27 *Mobile Ohio vs. Matthews* (1906, Tenn.): "The negligent action of the plaintiff in error constituted but one tort. The injuries to the person and property of the defendant in error were the several results and effects of one wrongful act. A single tort can be the basis of but one action. It is not improper to declare in different counts for damages to the person and property when both result from the same tort, and it is the better practice to do so where there is any difference in the measure of damages,

and all the damages sustained must be sued for in one suit. This is necessary to prevent multiplicity of suits, burdensome expense, and delays to plaintiffs, and vexatious litigation against defendants".

28 Os *Restatements of the Law* são trabalhos publicados pelo *American Law Institute* que buscam organizar e sistematizar as normas da *common law*. Trata-se, em última análise, de uma codificação da jurisprudência. Para uma análise crítica do enunciado, v. Vestal, Allan D. *Restatement (Second) of Judgments: a modest dissent*, passim.

29 Glannon, Joseph W. Op. cit., p. 577-578. V. também Shapiro, David L. *Civil procedure: preclusion in civil actions*, p. 48-56.

30 Glannon, Joseph W. Op. cit., p. 576-577: "(...) collateral estoppel is both broader and narrower than *res judicata*. It is narrower in that it does not preclude all possible issues that might have been raised in a prior action but only those actually decided in that action. But it is also broader in that it can foreclose litigation of a particular issue in an entirely new context".

31 V. Andrews, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, p. 290.

32 Sem tradução exata ao Português. *Privity* é a "relação entre duas partes que têm interesses jurídicos em comum", autorizando a extensão da coisa julgada ao terceiro. Prates, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*, p. 104-109.

33 McIntyre vs. Richardson Estate, 2012 BCSC 1347.

34 Cf. Andrews, Neil. Op. cit., p. 291.

35 Amaral Santos, Moacyr. Op. cit., p. 478.

36 Barbosa Moreira, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, p. 21-27.

37 Cf. Dinamarco, Cândido Rangel. O conceito de mérito... cit., p. 329: "*Questões de mérito* não se confundem com o próprio mérito: são questões relativas a ele, da mesma forma como as dúvidas sobre a regularidade do processo se definem como *questões processuais* mas não se confundem com o processo em si mesmo".

38 Cabral, Antonio do Passo. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, p. 1290: "A cognição sobre as prejudiciais, embora não leve à interrupção da cognição ou extinção do processo, *condiciona* a análise do mérito".

39 Pontes De Miranda, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. V, p. 174.

40 V. Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. Op. cit., p. 69: "A imutabilidade deve ficar restrita às *questões prejudiciais que figurem na motivação como premissa necessária e determinante do resultado do julgamento*".

41 Como bem alerta Didier Jr., Fredie. Extensão da coisa julgada a# resolução# da questão# prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro, p. 82-83.

42 V. Cross, Rupert; Harris, J. W. *Precedent in english law*, p. 47.

43 Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. Op. cit., p. 81.

44 V. Ramina de Lucca, Rodrigo. *O dever de motivação das decisões judiciais*, esp. p. 301-303.

45 Abramowicz, Michael; Stearns Maxwell. *Defining dicta*, p. 113: "A holding consists of those propositions along the chosen decisional path or paths of reasoning that (1) are actually decided, (2) are based upon the facts of the case, and (3) lead to the judgment. If not a holding, a proposition stated in a case counts as dicta".

- 46 Alerta preciso feito por Didier Jr., Fredie. Op. cit., p. 85.
- 47 Cabral, Antonio do Passo. *Breves comentários...* cit., p. 1294. No mesmo sentido, Yarshell, Flávio Luiz. Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC 2015. Texto inédito.
- 48 Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. Op. cit., p. 69.
- 49 Prates, Marília Zanella. Op. cit., p. 167.
- 50 No mesmo sentido, Zveibil, Daniel Guimarães. Ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no NCPC e o fantasma da simplificação desintegradora, p. 601-611.
- 51 Didier Jr., Fredie. Op. cit., p. 88.
- 52 Compartilha desse entendimento Cabral, Antonio do Passo. *Breves comentários...* cit., p. 1292: "Trata-se de uma postura excessivamente protetiva do legislador, pressupondo que, em caso de revelia, não terá havido contraditório efetivo. Assim não pensamos. É possível que, mesmo havendo revelia, o processo tenha transcorrido com exercício do contraditório. É que o contraditório, no que se refere ao direito de expressão (um de seus consectários), é uma *faculdade* das partes".
- 53 V. Didier Jr., Fredie. Op. cit., p. 89-90; Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. Op. cit., p. 80.
- 54 Igualmente, Cabral, Antonio do Passo. *Breves comentários...* cit., p. 1293.
- 55 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. V. p. 179.
- 56 Amaral Santos, Moacyr. Op. cit., p. 477-478.
- 57 Como explica David Shapiro, a extensão da *issue preclusion* às questões de direito representam um "gradual development, from a time when the concept related only to issues of fact" (Op. cit., p. 53.) Ou seja, o instituto surgiu e desenvolveu-se para impedir a rediscussão de questões *fáticas* e não jurídicas.
- 58 Machado, Marcelo Pacheco. Op. cit., p. 4; Didier Jr., Fredie. Op. cit., p. 87.
- 59 V. Ramina De Lucca, Rodrigo. *O dever de motivação...* cit., passim, esp. p. 121 e ss.
- 60 Didier Jr., Fredie. Op. cit., p. 87; Cabral, Antonio do Passo. *Breves comentários...* cit., p. 1294.
- 61 O que seria severamente agravado se a coisa julgada fosse estendida também para questões prejudiciais decididas desfavoravelmente ao vencedor.
- 62 Aceitando o cabimento da ação rescisória, Didier Jr., Fredie. Op. cit., p. 87; Cabral, Antonio do Passo. *Breves comentários...* cit., p. 1294.
- 63 Enunciado 367 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "(Arts. 1.054, 312, 503). Para fins de interpretação do art. 1.054, entende-se como início do processo a data do protocolo da petição inicial".
- 64 Bandeira De Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 68-69: "Só mesmo em uma visão muito pedestre ou desassistida do mínimo bom senso é que se poderia imaginar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não está a reger nos casos em que sua realização traz consigo a proteção de bens e interesses individuais e que, em tais hipóteses, o que ocorre(...) é a supremacia inversa, isto é, do interesse privado!"
- 65 V., p. ex., Flanagan, James F. *Offensive collateral estoppel: inefficiency and foolish consistency*. passim. Para um resumo geral, v. Prates, Marília Zanella. Op. cit., p. 203-205.
- 66 Ziff, Robert. For one litigant's sole relief: unforeseeable preclusion and the Second Restatement, p. 905-906: "Preclusion, however, is only justified when it is foreseeable. ((...)) Thus, res judicata has



a particular need for clear, well-known rules".

67 Machado, Marcelo Pacheco. Op. cit., p. 6.