

1ª edição – 1979
2ª edição – 1988
3ª edição – 1995
4ª edição – 2003

© *Copyright*
Ovidio A. Baptista da Silva

CIP – Brasil. Catálogo-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

S581s
4.ed.

Silva, Ovidio A. Baptista da, 1929–

Sentença e coisa julgada : ensaios e pareceres / Ovidio A. Baptista da Silva. – 4. ed. rev. e ampliada. – Rio de Janeiro : Forense, 2003.

ISBN 85.309.1657-3

1. sentença (Processo civil). 2. Coisa julgada. I. Título.

02-1719.

CDU 347.953

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n.º 9,610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contratador, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contratadores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n.º 9,610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinais, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei n.º 8,078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela

COMPANHIA EDITORA FORENSE

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br> – e-mail: forense@forense.com.br
Av. Erasmo Braga, 299 – 1.º, 2.º e 7.º andares – 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 2533-5537 – Fax: (0XX21) 2533-4752

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| <i>Advertência</i> | VII |
| Ensaio | 1 |
| 1. A Eficácia Executiva da Ação de Imissão de Posse | 3 |
| 2. Sentença Mandamental | 21 |
| 3. Eficácia da Sentença e Coisa Julgada | 71 |
| 4. Limites Objéticos da Coisa Julgada no Atual Direito Brasileiro | 103 |
| 5. Notas sobre a Execução das Obrigações de Entregar Coisa Certa | 139 |
| 6. Conteúdo da Sentença e Coisa Julgada | 163 |
| 7. Reivindicação e Sentença Condênatória | 185 |
| 8. Conteúdo da Sentença e Mérito da Causa | 231 |
| 9. Antecipação de Tutela: Duas Perspectivas de Análise | 245 |
| 10. Racionalismo e Tutela Preventiva em Processo Civil | 263 |
| 11. A Função dos Tribunais Superiores | 285 |
| Pareceres | 307 |
| 1. Recurso Especial por Violação de Princípio Jurídico | 309 |
| 2. Ressarcimento de Danos em Ação Monitória | 325 |
| 3. Inversão do Ônus da Prova, Aplicação Retroativa do Código de Defesa do Consumidor e <i>Astrevites</i> em Execuções por Quantia Certa | 339 |
| 4. Súmula n.º 343 em Questões Constitucionais | 357 |
| Índice Onomástico | 377 |
| Índice Sistemático | 383 |

e) É pena que Pugliese, em seu fundamental estudo sobre coisa julgada, haja lançado crítica a Liebman, afirmando ser simples eufemismo chamar de eficácia natural a imutabilidade para o terceiro nas ações de estado (*Giudicato civile*, § 29, nota 393). Segundo pensamos, a razão está com Liebman e, na espécie, o que alcança o terceiro é realmente a eficácia natural da sentença, que é sempre imutável para os terceiros que não se legitimem à intervenção, o que só ocorre quando houver conexão de relações jurídicas, o que significa, quando exista *eficácia reflexa*.

A conclusão final, portanto, que se tira é a de que o problema dos limites subjetivos da sentença é uma questão de legitimação. Não há, propriamente, o problema, mas, apenas, um prisma do limite objetivo da eficácia da sentença (Federico Carpi, *Efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, p. 257; Pugliese, *op. cit.*, § 29, p. 879), o que, no fundo, corresponde à velha doutrina de Wach, Chiovenda e Carnelutti.

4

LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO ATUAL DIREITO BRASILEIRO

Sumário: 4.1. Exposição preliminar. 4.2. O problema dos limites objetivos da coisa julgada no Código de 1973. 4.3. O sentido da locução "questões decididas" no art. 468. 4.4. As "questões decididas" e o conceito de lide. 4.5. Ainda o conceito carnelutiano de questão. 4.6. *Causa petendi*, fundamento e questões. 4.7. A demanda como pedido de tutela jurídica definido pela inicial. 4.8. A teoria de Carnelutti e o direito brasileiro. 4.9. Os chamados "sucessos históricos" e sua relevância para a caracterização da *causa petendi*. 4.10. Coisa julgada nas ações matrimoniais. 4.11. A teoria de Schwab. 4.12. Conclusão.

4.1. **Exposição preliminar** — O legislador manteve, quanto à definição e limites da coisa julgada, a mesma atitude corajosa que teve na solução de outros problemas fundamentais do Processo Civil.

Passados cinco anos de sua promulgação, podemos tentar alguma construção hermenêutica mais tranqüila e mais distante do choque inevitável que as transformações operadas em qualquer setor da estrutura social provocam no espírito dos que as sofrem.

A impressão que já se pode vislumbrar, depois do alvoroço inicial, é a de que essa atitude corajosa do legislador, tomando posição ante as disputas doutrinárias, adjudicará, afinal de contas, um importante saldo positivo a seu favor.

Na realidade, mesmo nos casos em que o legislador tente fugir das controvérsias, evitando tomar posições ante assuntos polêmicos, não se pode ter dúvida de que, por trás de sua aparente neutralidade, subjaz toda uma carga ideológica a que nenhum legislador, em qualquer tempo e lugar, se pode furtar.

Se isso é verdadeiro, então estaria desde logo justificada a filosofia seguida pelo legislador brasileiro. Naturalmente, caberá, agora, aos in-

térpretes da nova lei a tarefa de enriquecer-lhe o sentido, dando novos conteúdos a seus preceitos, na medida em que o tempo e as necessidades sociais o exijam.

4.2. O problema dos limites objetivos da coisa julgada no Código de 1973 – Para sermos rigorosos na análise a que propomos, e consistentes nas críticas eventuais que a empresa nos há de impor, convém, desde logo, observar uma regra hermenêutica que nos parece decisiva quando se tem de avaliar o alcance preciso de uma definição, ou mesmo em uma tomada de posição do legislador frente a um problema de índole doutrinária.

A questão é saber se, num corpo legal como o Código de Processo Civil, as regras que estabelecem definições e conceitos, ou que albergam doutrinas específicas que o legislador haja esposado, terão de ser entendidas como sóis, ao redor dos quais não de girar uma constelação de astros menores, de tal sorte que as definições pretendidas sobreparem, como centro de sistemas particulares; ou, ao contrário, devemos entender que também as regras que contêm definições, como as demais, terão de inserir-se no contexto global do sistema, acomodando-se harmonicamente às proposições básicas do conjunto. Para melhor compreender a questão, pensemos no conceito de *lide*, tantas vezes utilizado pelo legislador, e tentemos avaliar até que ponto a palavra *lide*, enquanto conceito de doutrina, abandonou sua morada original, no seio da vasta obra científica de Carnelutti, para inserir-se num contexto de direito positivo, suscitando a questão por nós levantada, com a seguinte indagação: o conceito carnelutiano de *lide* é o centro do sistema de nosso direito positivo e, como tal, deve ser preservado, de modo que em torno de si gravitem todos os demais conceitos e através dele se solucionem todos os problemas; ou o próprio conceito de *lide* está subjugado e há de conformar-se com as outras proposições aceitas pelo legislador?

Essa posição hermenêutica, sem dúvida alguma, tem de ser assumida quando pensamos abordar as questões atinentes à *coisa julgada*, pois, neste setor, como em outros, o legislador serviu-se do conceito carnelutiano de *lide*.

E, tratando-se de coisa julgada, a imensa complexidade do assunto e as múltiplas correlações que o tema mantém com outros institutos basilares do processo civil, exigem a maior prudência do intérprete, pois qualquer solução adotada, ou apenas sugerida, terá repercussões imediatas sobre inúmeros, e às vezes insuspeitados, problemas processuais vinculados à essência e à eficácia das decisões jurisdicionais.

Ao disciplinar os chamados *limites objetivos* da coisa julgada, o legislador de 73 utilizou-se, basicamente, dos dispositivos contidos nos arts. 468 e 469 do Código de Processo Civil. Contudo, o correto entendimento desses dispositivos não pode prescindir da análise de muitos outros artigos disseminados pelo Código, quer no mesmo capítulo em que o legislador trata da coisa julgada, como ocorre com os arts. 471, 473 e 474; quer se situem essas normas em capítulos muito diversos e que, aparentemente, nada teriam a ver com o assunto que nos ocupa, como é caso eloqüente da disposição contida no art. 128 do Código.

Uma exposição completa de todos os problemas implicados nessa tomada de posição do legislador, nos modestos limites de um pequeno estudo, seria tarefa demasiada. Também o exame crítico de todas as doutrinas sobre o tormentoso problema da extensão objetiva da coisa julgada desnaturaria a índole deste pequeno ensaio, cujo propósito não vai além da intenção de fixar algumas idéias e estabelecer certos conceitos sobre a eficácia da sentença, quanto a seus limites objetivos, na perspectiva de nosso direito codificado.

4.3. O sentido da locução “questões decididas” no art. 468 – Assim colocado o problema, comecemos nossa análise, examinando o primeiro dos dispositivos a que nos referimos anteriormente: “Art. 468. A sentença que julgar total ou parcialmente a *lide* tem força de lei nos *limites da lide e das questões decididas*.”

A artigo é uma reprodução, ao que se supõe melhorada, do art. 287 do Código de 1939, onde não figurava, na oração principal do período, a palavra *lide*. O código revogado que, ao redigir o art. 287, copiara o art. 290 do Projeto de Código de Processo Civil elaborado pela Comissão presidida por Ludovico Mortara, em 1926, para a Itália (cf. Pedro Batista Martins, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, atualizada por Frederico Marques, 1960, vol. III, tomo II, p. 289), suprimiu, na tradução para o português, a palavra *lide*, na locução “*ha forza di legge nei limiti della lide e della questione decisa*”, de modo que o mencionado art. 287 do Código de 1939 ficou redigido assim: “A sentença que decidir total ou parcialmente a *lide* terá força de lei nos limites das questões decididas”, e não nos *limites da lide e das questões decididas*.

O legislador de 73, contudo, se permaneceu fiel à origem inspiradora do dispositivo contido no art. 468, traduzindo-o corretamente da versão italiana, ao mesmo tempo afastou-se do modelo, ao suprimir a segunda parte do art. 290 do chamado Projeto Mortara, que, ao contrário de agora, estava reproduzido integralmente no parágrafo único do art.

287 do Código revogado. A versão italiana era a seguinte: "Si considera decisa, anche se non sia risoluta espressamente, ogni questione, la cui risoluzione costituisca una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza." O legislador de 39 recolheu essa regra, no parágrafo único do art. 287 assim: "Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituem premissa necessária da conclusão."

O Código de 73 suprimiu o parágrafo único do art. 287 e, em seu lugar, introduziu duas disposições importantes, a do art. 469 e a disposta no art. 474, que vamos transcrever, para facilitar o raciocínio.

"Art. 469. 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."

"Art. 474. 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."

4.4. As "questões decididas" e o conceito de *lide* — Para desvendar as questões implicadas no art. 468 do Código de Processo Civil, não podemos esquecer que a concepção dessa regra se deve a Carnelutti. E, ao menos, três problemas estão presentes no citado artigo, a exigirem que a doutrina do mestre italiano seja posta no banco de provas: a) o conceito de *lide*; b) o sentido que se deve dar ao conceito de *decisão parcial da lide*; e c) o exato sentido do termo *questão*.

Pedro Batista Martins, autor do Projeto de que se originou o Código de 39, ao referir-se ao art. 287, evidenciava sua confusão entre os conceitos de *lide* e *processo* e concluía que esse dispositivo, ao fazer referência a julgamento parcial da *lide*, estaria a referir-se ao julgamento de uma ou mais demandas das diversas eventualmente cumuladas num mesmo processo (Comentários, cit., p. 290).

Depois de afirmar que o sistema brasileiro vedava a possibilidade de o juiz decidir "apenas uma parte da *lide*", quando haja *cumulação de ações*, caso em que a sentença seria nula por constituir julgamento *citra petita*, escreve ele o seguinte: "Se as partes formularem no mesmo processo pedidos que não lhes era lícito formularem, o juiz, que deverá ater-se ao princípio da economia processual, não anulará o processo: julgará em parte procedente a ação para o fim de condenar o réu no pedido

que lhe pareça compatível com o rito adotado, abstendo-se de decidir as questões insuscetíveis de cumulação. A sentença, em tais casos, deverá, por conseguinte, decidir parcialmente a *lide*" (op. cit., p. 291). O equívoco, aí, é evidente. O autor utiliza-se, indistintamente, de conceitos absolutamente distintos e por ele mesmo postos em situação conceitual diversa, como é o caso dos conceitos de *lide* e *questão*, ao afirmar que o juiz deverá abster-se de "decidir as questões insuscetíveis de cumulação", quando quer significar, provavelmente, *lides* não cumuláveis.

Como resultado, acaba afirmando que a sentença que julgar um dos *pedidos* e *abster-se de conhecer* do outro, seria uma *sentença parcial*. Ora, desde séculos se sabe que a dois pedidos diferentes não de corresponsponder duas demandas separadas e, pois, autônomas. Nem se disputa quanto a isso, pois o cerne das dificuldades situa-se nos casos em que se encontre pluralidade de *causae patendi*.

O juiz que, ante duas demandas (dois pedidos) cumuladas, julga apenas uma delas, para condenar, como diz o escritor, o réu no pedido que lhe pareça compatível com o rito (?) processual adotado, de modo algum "julga em parte procedente a ação". Aqui nota-se a dupla confusão, aliás, mais comum do que se supõe, na doutrina brasileira, entre ação (de direito material) e ação, enquanto pretensão de tutela jurídica processual. A ação que o juiz entendeu cabível (ação no sentido próprio de *ação de direito material*) é integralmente julgada, ao passo que a incabível não é conhecida, pois o juiz, sobre ela, como diz o escritor, *abstem-se* de decidir.

Há, pois, no pensamento de Pedro Batista Martins um duplo engano: quanto ao conceito de *lide* e ao de *questão*, ambos indevidamente usados como se significassem a mesma idéia; e entre os conceitos de *ação* e "ação". Procede, pois, a crítica que lhe fez J. Frederico Marques (*Instituições de direito processual civil*, 1ª ed., 1960, vol. V, p. 50); assim como a crítica semelhante do Ministro Moacyr Amaral Santos (*Primeiras linhas de direito processual civil*, 2ª edição, 3º vol., pp. 68 e 69); e, recentemente, a de Terеза Alvim (*Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*, 1977, p. 72).

Em que hipóteses, então, haverá "julgamento parcial da *lide*", sem que a respectiva sentença incida no vício de ser *citra petita*? O professor Frederico Marques (op. cit., p. 50) sugere que isso só seria possível nos casos em que o juiz se limitasse a "decidir sobre o *an debeturi*", relegando para a ação de liquidação a fixação do *quantum* da condenação.

O Ministro Amaral Santos afirma que o art. 287 dispunha sobre aqueles pontos "de fato e de direito, em que controvertem as partes e, portanto, duvidosos, a reclamarem acertamento e resolução". E, prose-

gue o ilustre processualista: "na resolução das questões da lide está a decisão da lide" (op. e loc. cit.).

Deixando de lado a sugestão de Frederico Marques, que, em princípio, poderia ser aceitável, já que, em certos casos, a sentença que decretasse a condenação e relegasse para outra ação subsequente de liquidação do respectivo montante, constituiria realmente uma *sentença parcial*, mas que, segundo pensamos, não resolve nosso problema, pois não se têm elementos para concluir que a redação do indicado art. 287 do Código de 1939 tenha pretendido esse propósito — dediquemo-nos ao estudo de algumas questões prévias cuja solução auxiliará a compreensão da regra do art. 468 do Código vigente.

4.5. Ainda o conceito carnelutiano de questão — Possuindo o art. 468 uma redação quase idêntica à do art. 287 do Código de 39, devemos indagar se o verdadeiro sentido dessa norma, no contexto do novo Código, será o mesmo sentido que a outra possuía frente à lei revogada. Noutras palavras, nossa indagação consistirá em saber até que ponto o sentido da regra contida no art. 468 está contaminada pelas disposições dos arts. 469 e 474, e pelas outras regras e proposições fundamentais que informam o sistema processual agora vigente.

Para situarmo-nos no problema, recordemos que o legislador de 73, ciente das críticas feitas pela generalidade da doutrina ao art. 287 do velho Código, e apesar delas, o transpôs para o Código novo, apenas corrigindo a versão que se mostrava incompleta na lei revogada, incluindo, agora, a palavra *lide*, inexistente na citada disposição do art. 287.

O professor Alfredo Buzaid (*Do Agravo de petição*, 2ª edição, 1956, p. 112.) era de opinião que a redação do indicado art. 287 era obscura "porque, *excluído a palavra 'lide'* (grifo no original), faz supor que a coisa julgada recaia unicamente sobre as questões decididas", impondo-se, então, segundo o eminente autor do Projeto de nosso atual Código de Processo Civil, uma construção legal dessa norma, de modo a restabelecer o sentido original que ela continha no Projeto italiano.

O fato é notável porque, ao mesmo tempo em que se reincorporou ao novo texto a palavra *lide*, suprimida na primeira tradução brasileira do modelo original, omitiu o legislador o parágrafo único do mencionado art. 287, colocando em seu lugar os arts. 469 e 474.

Realmente, como sabemos, as maiores incompreensões verificadas ao tempo do Código de 39 diziam respeito, não tanto ao dispositivo do art. 287, quanto à norma inscrita em seu parágrafo único. Dir-se-ia que

dispondo a lei que se considerariam decididas todas as questões que consistissem premissas necessárias da conclusão, a doutrina não via outra alternativa, em matéria de limites objetivos da coisa julgada, senão atribuir a força vinculante do julgamento não só ao dispositivo da sentença (*decisum*), mas também às denominadas "premissas necessárias" do julgamento, ou, conforme a doutrina as considera, sobre as questões prejudiciais.

Essa conclusão era possível segundo se vê dos escritores que versaram o assunto, porque, suprimida a palavra *lide* no texto do art. 287, poder-se-ia entendê-lo como se não vedasse um julgamento para além da própria lide deduzida no processo.

O raciocínio poderia ser construído assim: dispondo o original italiano que a sentença teria força de lei "nos limites da lide" e nos "limites das questões decididas"; e havendo o legislador brasileiro suprimido a locução *nos limites da lide*, então é porque lhe pareceu melhor permitir que a sentença extravasasse os limites da respectiva lide posta pelo demandante, para atingir as premissas necessárias, ou as questões prejudiciais. Interpretando, pois, com maior precisão, o pensamento de Buzaid, quando ele escreve que a redação do art. 287 "faz supor que a coisa julgada recaia unicamente sobre as questões decididas", devemos entender que a redação do art. 287, segundo a doutrina que sobre ele se formou, no Brasil, sugeria que a sentença abrangesse não unicamente as questões decididas, mas todas "as questões decididas", fossem elas pertinentes à lide, ou não o fossem, desde que significassem premissas necessárias da decisão. Estariam, pois, abertas as portas para a expansão da eficácia da sentença até as questões relativas à lide prejudicial.

Compreende-se, então, a opinião de A. A. Lopes da Costa (*Direito Processual Civil Brasileiro*, 2ª edição, 1959, vol. 3, p. 435), quando ele afirma que, propondo o autor uma demanda reivindicatória sobre determinado imóvel, e vencendo, não poderia o mesmo réu, numa futura ação que o primeiro lhe movesse objetivando a reconhecimento de uma servidão, rediscutir a propriedade sobre o aludido imóvel, pois essa questão fora questão prévia, ou premissa necessária à conclusão que possibilitou o reconhecimento da procedência da reivindicatória.

Muitos entendiam que, ante o dispositivo contido no art. 287, se alguém propusesse uma ação de rescisão de contrato, a sentença que acolhesse a demanda estaria, implicitamente, afirmando a validade do contrato. Tal a opinião defendida por Buzaid (*Do Agravo de petição*, cit., p. 113).

Sem dúvida, a conclusão de que a sentença que der pela procedência da ação de rescisão contratual julgará, implicitamente, válido o con-

201110 05
M. O. A. X
F. S. P. A. A.

trato, é excessiva, para os que, como o próprio mestre de São Paulo, pretendem inscrever-se entre os defensores da "teoria restritiva" quanto aos limites objetivos da coisa julgada.

Com efeito, a questão da validade do contrato, só apreciada como fundamento da ação de rescisão, seria uma *questão da lide* proposta, ou, ao contrário, uma *questão prejudicial*, tal como a definiu Menestrina (*La pregiudiziale nel processo civile*, reimpr. de 1963, *passim*, mas especialmente pp. 133, 139 e segs. e 172) ? Sem dúvida alguma, a questão da validade do contrato pode ser objeto de uma demanda própria e autônoma, de sentido declaratório; e quanto a essa virtualidade como elemento relevante para o diagnóstico de que ora nos ocupamos, é sempre atual a lição de Calamandrei, exposta, brilhantemente, em seu ensaio publicado em 1929 na *Rivista di diritto processuale civile* ("Appunti sulla riforma-tio in peius", p. 300).

Além de tudo, em nosso exemplo, se admitíssemos que a sentença que decreta a rescisão do contrato decide, simultaneamente, sua validade, seríamos compelidos a concluir que a pronúncia judicial se estenderia, também, à questão da capacidade negocial das partes contratantes, pois não pode haver contrato válido entre partes incapazes (art. 145 do Código Civil). Essa problemática, aliás, é sobejamente conhecida da doutrina, a ponto de dispensar-nos uma discussão mais demorada das implicações gravíssimas geradas pela aceitação de uma teoria "amplexiva" quanto a limites objetivos da coisa julgada (sobre isso, Castro Mendes, *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, Lisboa, 1968, pp. 108 e segs.).

Outra questão que não pode ser desprezada é a pertinente aos limites objetivos da coisa julgada no caso de haver o juiz rejeitado a demanda, ao invés de decretar a rescisão contratual. Se, no caso da procedência da ação, ficar implicitamente decidida a questão da validade do contrato, cabe perguntar se, caso seja a demanda julgada improcedente, apreciado o mérito da causa, também se há de entender implicitamente decidida a questão da validade do contrato. Ou, contra os princípios, estar-se-ia a sugerir que a *eficácia declaratória* da sentença de acolhimento seria de maior amplitude que a sentença, igualmente *declaratória*, de rejeição da demanda, pressupondo-se, indevidamente, uma *eficácia secundum eventum litis*.

(Cabe, aqui, um parêntese, para dar o indispensável destaque a um detalhe, geralmente confundido pelos escritores, quando se referem ao chamado efeito da sentença *secundum eventum litis*, que diz respeito à

confusão de quase toda a doutrina entre a *eficácia erga omnes* da sentença constitutiva de acolhimento de uma ação da mesma natureza e a *eficácia simplesmente declaratória* da sentença de rejeição de uma demanda constitutiva. Está claro que a *eficácia constitutiva* de uma sentença constitutiva que acolha uma demanda de igual natureza terá uma dimensão diversa e mais ampla do que a sentença que rejeitar essa demanda. Embora seja muito evidente essa assertiva, a verdade é que a doutrina, geralmente, se perde quando se depara com a *eficácia simplesmente constitutiva* capaz de alcançar aos terceiros, insistindo em ver, aí, uma anomalia da sentença, responsável pela *eficácia ultra partes* da coisa julgada. Nesse erro incide Liebman e, na esteira desse eminente mestre, naturalmente, muitos processualistas, especialmente brasileiros. A sentença que declara (*accerta*) a nulidade de um contrato não é, como pensa Liebman (*Efficacia ed Autorità della sentenza*, ristampa, 1962, p. 17), uma sentença meramente declaratória, mas, antes, *constitutiva*, ou, ao menos, declaratória, se desejarmos mantermo-nos fiéis à doutrina dominante quanto à natureza do ato jurídico, mas declaratória com *eficácia* também de constituição. Ocorre com essa sentença o que ocorre com a que declara a falsidade do documento. É evidente que a declaração do falso não atingirá aos terceiros, como coisa julgada, mas ninguém há de negar que o documento, ao desaparecer do mundo jurídico, ao *deconstituir-se*, atingirá a todos, partes e terceiros, pois mesmo estes, para quem a sentença será *res inter alios*, não poderão desconhecer que o documento não mais existe, como válido. E sendo inválido, é ineficaz, já que o plano da invalidade é mais profundo).

Exemplo de que nos servimos, ao contrário, mostra duas sentenças visualizadas sob o mesmo prisma declaratório, porque a sentença que decreta a rescisão do contrato é constitutiva, quanto a isso, mas se pretende emprestar a ela *eficácia declarativa* quanto à validade do contrato.

Se figurarmos um outro exemplo, similar ao utilizado pelo professor Buzaid, de uma ação de cobrança de uma determinada prestação constante de um contrato em que figurem obrigações de prestações periódicas e fizermos a mesma pergunta no que respeita à extensão da coisa julgada à *questão* da validade do contrato, relativamente à sentença que condena o réu a pagar a prestação que fora objeto da demanda, a resposta que deveria ser procurada no art. 287 do Código de 39 hoje tem de ser dada pelos arts. 468 e 469, e ambos interpretados em sintonia com o art. 474.

4.6. *Causa petendi, fundamento e questões* – Feita essa indispensável digressão, podemos voltar ao último dos três problemas que colocamos, ao iniciar a redação do § 4º deste estudo. Voltemos nossa atenção para o conceito de *questão*, invertendo a ordem em que os colocamos, por meio dele, esclareçamos os demais.

O professor Buzaid, empregando o mesmo exemplo usado por Carnelutti, da lide entre Tício e Caio “para a posse da herança”, afirma que o conceito de *questão* pode ser de grande utilidade para esclarecer vários problemas; e expõe a doutrina de Carnelutti, segundo a qual “questão é todo ponto duvidoso de fato ou de direito” que dá causa a uma lide. O problema é colocado assim: “Se, por exemplo, a lide entre Tício e Caio para a posse da herança apresenta duas ordens de questões, uma relativa à validade do testamento a favor de Caio, outra à sua capacidade de suceder, mas Tício pediu e o Tribunal proferiu sentença só sobre a primeira, resta fora do julgado a lide para as questões sobre a capacidade de Caio, precisamente porque em relação a estas não só a *decisão não opera*, como a *decisão nem existe* (Op. cit., pp. 112 e 113; os grifos são do original). ”

A) A primeira pergunta que nos vem à mente é a relativa ao exato pedido que constitui a demanda de Tício, uma vez que, dizendo, inicialmente, Buzaid que a lide é “para a posse da herança”, não esclarece quem faz e nem quando surge o pedido que, em suas palavras, seria uma das *questões*, sobre a validade do testamento. Porventura, esse pedido estaria também na inicial, ao lado da demanda *para posse da herança*? E estaria no pedido inicial, como *fundamento* da ação para posse do acervo hereditário, ou seria essa questão sobre a qual “Tício pediu e o Tribunal decidiu” não um fundamento da aludida demanda – portanto, não um elemento interno, a ela pertencente –, mas uma segunda demanda, à primeira cumlada pelo autor? Sem dúvida alguma, se Tício *pediu* que o juiz declarasse a validade do testamento e o Tribunal decidiu esse pedido, temos de reconhecer, aí, outra ação, uma entidade similar ao que Calamandrei denominou “*un atto giurisdizionale completo e tale da poter costituire da solo, anche separato dagli altri capi, il contenuto di una sentenza*” (Op. cit., p. 300). O pedido sobre a declaração de validade do testamento constitui, como refere o mencionado processualista aquilo a que Chiovenda denominava “*acertamento di una singola volontà di legge*”, capaz de dar ensejo a uma demanda peculiar, autônoma, e, pois, completa em si.

No fundo, o problema é o mesmo agudamente identificado por Liebman, quando ele aborda a questão da *pertinência* de uma determinada

questão ao “objeto do processo”, ao tratar da tutela cautelar (*Manuale di diritto processuale civile*, 1968, vol. 1, p. 94). Tema esse, de resto, que corresponde a uma visualização moderna do mesmo problema a que dedicou atenção especial Ihering, por ele tratado como a questão de identificação das *individualidades litigiosas* (*L'Esprit du Droit Romain*, 3ª edição, trad. francesa, 1886-1888, tomo 4º, pp. 30 e 136).

Ação de Tício, no exemplo dado, não foi proposta, então, visando apenas à posse da herança, *fundada* (na suposição da) na validade do testamento: ao pedido da posse, acrescenta o autor o pedido sobre a validade do testamento.

B) Naturalmente, dada a forma sumária com que Carnelutti expõe seu exemplo, poder-se-ia objetar que a *questão* da validade do testamento tenha surgido por iniciativa do réu, possuidor dos bens da herança. Essa interpretação, todavia, parece não corresponder ao pensamento do mestre italiano e o resultado que ela poderia oferecer complicaria mais, ao invés de resolver nossa questão.

Mesmo assim, teremos de averiguar até que ponto serão relevantes para definir o *objeto do processo* as eventuais questões suscitadas pelo demandado, como defesa.

De qualquer modo, o exemplo nos faz mergulhar fundo no discutidíssimo conceito carnelutiano de *questão*, pois, ante a hipótese formulada por Carnelutti, somos forçados a determinar o que seja uma questão sob o ponto de vista processual.

Formulemos, então, mais uma vez a pergunta: numa ação “para a posse da herança”, o problema jurídico (observe-se que não se trata do que Chiovenda denomina *atos simples*, *Instituições de direito processual civil*, 2ª edição brasileira, III vol., p. 25) sobre a validade do testamento é *questão interna*, portanto pertinente à demanda, ou, ao contrário, corresponde a um *ponto prejudicial* que uma eventual controvérsia transformará numa *questão prejudicial*, na terminologia de Menestrina? Nosso problema apresenta, lateralmente, uma outra dificuldade que, provavelmente, nos embaraça ainda mais na busca do entendimento de seu significado real, no pensamento de Carnelutti. Trata-se da circunstância de considerar o mestre italiano a lide petitoria e a lide possessória “*per il governo dell'eredità*” como sendo uma única e mesma lide. Então, para sermos mais rigorosos, não estamos esclarecidos, sequer, sobre a verdadeira natureza da ação imaginada por Carnelutti, que tanto poderia ser uma simples ação possessória, como, quem sabe, até mesmo uma reivindicatória.

Afastando, porém, essa ordem de dificuldades e retomando a nossa indagação, temos de concluir que a *questão* da validade do testamento, e a *questão* da capacidade sucessória do demandado, por certo não são *questões da lide*, mas verdadeiras *prejudiciais*, sobre as quais as partes poderão propor demanda declaratória incidente (Menestrina). Aliás, tal a concepção aceita pelo professor Buzaid e incorporada por ele a nosso Código, através dos arts. 5º, 325 e 470, que deram expressão legal completa à teoria da *prejudicialidade*, como ela é aceita pela generalidade da doutrina (em sentido concordante com o texto, conferir o interessante artigo de Sergio Costa, *Rivista di diritto processuale civile*, 1929, II, pp. 87 e segs.).

As *questões* sobre a validade do testamento, ou de qualquer ato jurídico-base, ou a *questão* da capacidade sucessória do demandado, ou do próprio demandante, sendo *pontos prejudiciais* e, portanto, simples *fundamentos* para a demanda que verse simplesmente sobre a posse (godimento) da herança, porventura passarão a integrar a própria demanda, como *parte da "res deducta"*, quando se trate de uma ação reivindicatória? A maioria da doutrina responde negativamente, afirmando que a questão da propriedade, que seria a relação jurídico-base para a reivindicação, não ficaria abrangida pela coisa julgada, se o autor não tiver o cuidado, ou o interesse, de pedir, cumulativamente, a declaração sobre essa *questão prejudicial* (assim Castro Mendes, op. cit., p. 108; E. Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, 1937, p. 214).

Contudo, o ponto mais grave ainda não é esse. O exemplo utilizado pelo professor Buzaid deixa à mostra toda a fragilidade do conceito carnelutiano de *lide* e, por via de consequência, a imprecisão insuperável do outro conceito dele derivado, que é, justamente, o conceito da *questão*. No exemplo dado, se o tribunal decidiu apenas a *questão* (observe-se que o tribunal teria *decidido*, não só conhecido) da validade do testamento, porque só esta *questão* lhe foi proposta, não seria próprio dizer que a outra *questão* tenha ficado fora do processo e sobre ela nem mesmo decisão exista. E não é próprio porque, para o processualista, ou se se quiser, para o juiz, a controversia que haja ficado fora do processo não passa de um *boato*, de que ele, eventualmente, poderá ter notícia por meio de uma leitura de jornal, ou através de uma conversa de esquina. Ela será tão relevante, sob o ponto de vista processual, como qualquer outro *boato*. Não pode haver *lide* fora do processo pela simples razão de que o conceito de *lide* foi criado para a solução de um ou de vários problemas peculiares ao processo. Pode ser que o historiador, ou o adminis-

trador, ou o sociólogo, ou até mesmo o médico, ou o jornalista, nos seus respectivos campos de atividade, conheçam, descrevam e interpretem esses conflitos sociais, porém, para o juiz eles serão absolutamente irrelevantes. Essas observações foram feitas por Calamandrei, num estudo célebre, a respeito do conceito de *lide*, no pensamento de Carnelutti (*Riv. dir. processuale civile*, 1929, I) e, ao que se saiba, ninguém conseguiu destruir a notável argumentação do mestre de Florença.

Como, então, haveremos de explicar a hipótese admitida pelo art. 468 e que estava no art. 287 do Código anterior, referente ao que o legislador chama de "*juízo parcial da lide*"? Reformulemos a pergunta: julgamento parcial da *lide* terá, ante o Código de 73, a mesma relevância e as mesmas dimensões que este conceito possuía no art. 287 do Código de 1939? Segundo vimos, a doutrina defendida por Buzaid partia do pressuposto de que a questão da validade do testamento, como *questão interna* à *lide* sobre a posse dos bens da herança, estaria implicitamente decidida, mesmo sem demanda reconvenicional, pois ela integraria a própria *res* deduzida na causa originária, hipótese, aliás, que alimentava as disputas doutrinárias, em face da inexistência de texto expresso permissivo da proposição de demanda declaratória incidental, no Código de 39, coisa que, agora, se torna inviável, por haver o legislador seguido o caminho inverso, no que respeita a esta questão.

Há duas ordens de problemas implicados nesse assunto. A primeira delas é saber qual a perspectiva em que se coloca Buzaid, ao afirmar que a validade do testamento era questão decidida, de modo implícito, na demanda figurada em seu exemplo. Indaga-se se tal conclusão era decorrência do texto de nosso Código, caso em que o ilustre professor de São Paulo estaria a utilizar-se da doutrina de Carnelutti, para funções exegéticas; ou se, ao contrário, seu pensamento orientava-se no sentido inverso, da lei para a doutrina. A segunda ordem de considerações deve desvendar a existência de dois problemas na mesma questão, quais sejam a compreensão do conceito de *questão* como relação jurídica condicionalmente, o que nos colocaria frente aos temas peculiares aos limites objetivos da coisa julgada, relativamente à chamada "questão prejudicial"; e os pertinentes à definição do conceito de *questão* enquanto matéria própria, peculiar, inerente à demanda que se examina, ao conceito de *questão* como o legislador o pensou ao redigir o art. 474, chamando-o *allegações e defesas*; não na perspectiva em que ele se coloca, ao conceber os arts. 468 e 469.

Talvez o exemplo da defesa consistente em *compensação*, utilizado por Heinitz, auxilie-nos na exposição do assunto. Como esclarece o es-

critor, o direito italiano admite que a compensação opere, *ipso jure*, independentemente da vontade e do conhecimento das partes (*l' limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 232), doutrina que, segundo ensinam os doutores, provém do Direito Romano do último período, precisamente das Instituições de Justiniano (Instr., § 30, 4, 6: "... *ut actiones ipso iure minuant...*"). O vigente direito italiano procura delimitar os casos admissíveis da chamada compensação legal, como se vê dos arts. 1.241 e seguintes do Código Civil. Contudo, serve-nos o exemplo para enfocar nossa questão.

Se admitirmos um sistema jurídico onde a compensação extinga *ipso jure* os respectivos créditos, sem necessidade de manifestação de vontade da parte contra quem a outra exige o pagamento do seu crédito, teremos que a sentença que julgar procedente a demanda e condenar o réu a pagar o crédito já compensado e, pois, inexistente, será uma sentença no máximo injusta, mas precisamente por isso imodificável pela tentativa da parte que pretenda fazer valer, depois da coisa julgada, seu crédito *inexistente desde antes da sentença*. O autor da primeira demanda teria cobrado e recebido um crédito que não mais possuía, mas, de qualquer forma, seria impossível, sem ofender a coisa julgada, mandá-lo de volver o que recebera, em virtude do julgado, ou revitalicizar o crédito do demandado, já extinto.

Teríamos, então, como o reconhece Heinitz (loc. cit.), a compensação como condição *interna* à demanda de cobrança interposta por qualquer dos credores e o juiz haveria de decidi-la, quer o demandado a suscitasse, quer não, porque a extinção da obrigação objeto da ação opera-se por força de lei, o que significa que, como o crédito já pago antes do ajuizamento da demanda para sua cobrança é crédito inexistente, isso acarretará à improcedência da ação. Estaríamos, então, frente a uma *alegação* das indicadas no art. 474 do Código de Processo Civil que teria sido decidida implicitamente se o réu não a suscitasse a seu favor.

Chegamos, assim, ao ponto de podermos distinguir os respectivos campos da incidência, quanto ao conceito de *alegações* e *defesas* do art. 474 e ao conceito de *questões* do art. 468. No primeiro caso, estamos a tratar do problema de *identificação de demandas*, onde tem pertinência a regra segundo a qual a sentença "cobre tudo o que foi deduzido pelas partes e também o que seria deduzível, embora não o fosse" (*tantum iudicatum quantum disputatum vel disputari debebat*); no outro caso, estaríamos frente ao problema de saber até que limite, fora já do campo próprio da demanda, poderia estender-se a força vinculante da coisa jul-

gada, tanto para o lado dos *pressupostos*, quanto para o lado das *consequências*. Está claro que ambos os problemas se interpenetram e, no fundo, a um só se reduzem, que é a questão fundamental da identificação de demandas, como o reconhece o professor J. I. Botelho de Mesquita ("A causa petendi nas ações reivindicatórias", in *Rev. de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 1967, vol. 6). Mas o tratamento diferenciado desses dois ângulos do mesmo problema por certo nos auxilia a melhor compreendê-lo.

Se examinarmos o problema todo, cotejando a doutrina do autor do projeto, exposta sob a vigência da lei revogada, assim como a natureza de sua crítica à redação do art. 287, com a fórmula por ele dada como solução para o tema, temos de admitir que as conclusões tiradas por Buzaid do exemplo escolhido por Carnelutti, são negadas pelo Código de 73, pois, ante a clara disposição do art. 469, na lide pela posse dos bens da herança, a validade do testamento será simples *fundamento* e, pois, não será questão decidida como *res deducta*.

Se quisermos identificar o antecedente legal do art. 474 do Código vigente, não poderemos filiá-lo ao suprimido parágrafo único do art. 287 do Código revogado. A regra segundo a qual "considerar-se-iam decididas todas as questões que fossem *premissas necessárias* da conclusão" que era matéria do indicado parágrafo, foi substituída pela norma contrária do art. 469, onde se lê que tais premissas (motivos), ainda que importantes para a compreensão do julgado, não integram a decisão.

Enquanto o Código revogado referia-se a *premissas necessárias* da conclusão, emprestando um nítido sabor silogístico ao arcabouço da sentença, dando demasiado relevo a seu aspecto lógico, o Código de 73 declara, sim, que a sentença que julgar a lide terá força de lei nos limites dessa lide (art. 468), envolvendo todas as *alegações* e *defesas* a ela pertinentes, quer as partes as tenham controvertido, efetivamente, nos autos, quer não as tenham (art. 474); mas as premissas, os fundamentos, ou, como preferire chamá-los o art. 469, os *motivos* que serviram ao julgador para sustentar sua conclusão não fazem coisa julgada.

Ao chegarmos a este ponto, podemos dizer que o conceito de *questão*, de que se utiliza o legislador no art. 468, tem de ser entendido a partir do conceito carneluttiano de lide, o que nos obriga a prosseguir na análise, porque a compreensão do conceito de *questão* envolve o problema de saber o que se há de entender por *julgamento parcial da lide*, a que se refere o mesmo artigo.

4.7. A demanda como pedido de tutela jurídica definido pela inicial – Utilizemo-nos de um novo exemplo na tentativa de desvendar

essa questão. Acrescentemos ao próprio exemplo do professor Buzaid, da sentença que, ao decretar a rescisão do contrato, estaria implicitamente afirmando sua validade, novos elementos caracterizadores que lhe dêem maior precisão. Imaginemos que, no exemplo aludido, o contrato cuja rescisão se pretende seja um contrato de parceria agrícola, em que o dono da terra busque obter o despejo do colono, alegando que o mesmo infringira o art. 32, inciso IV, do Decreto n.º 59.566, de 14 de novembro de 1966, que regulamentou o Estatuto da Terra, causando, culposamente, dano à colheita.

Teremos, então, na petição inicial, uma demanda que deve estar delimitada, definida e contida rigorosamente dentro dos contornos que lhe deu o autor, marcada pelo pedido e pelos fatos e fundamentos jurídicos que o sustentam (art. 282). As defesas, porventura opostas pelo réu, ou que poderiam sê-lo com pertinência, de modo algum terão a virtude de diminuir as lindes da demanda, ou de ampliá-las para além dos limites inicialmente colocados: “A sentença de mérito é, portanto, a resposta do juiz à pretensão do autor, ou mais precisamente o julgamento da lide formulada na petição inicial” (A. Buzaid, *Do Agravo de petição*, cit., p. 107).

Estará correta a lição do mestre paulista? A demanda vem inteiramente posta na petição inicial, sem que as partes possam diminuí-la ou ampliá-la durante a instrução, trazendo ou deixando de trazer ao debate uma quantidade maior ou menor de fatos controvertidos? A doutrina exposta por Buzaid representa, no mínimo, uma conquista que se poderia afirmar consolidada na doutrina moderna. E, não obstante, vez por outra, ocorrem sérias contestações a esse princípio, como é o caso de Giancarlo Giannozzi, que, logo ao lançar as perspectivas iniciais de seu ensaio sobre modificação da demanda em processo civil, afirma que sua doutrina inclina-se por admitir a *formação sucessiva*, por estágios, da demanda que só adquiriria seu perfil acabado e definitivo no momento em que as partes ultimassem suas *alegações e defesas* e o processo estivesse preparado para o momento a que nós denominamos de saneamento (*La modificazione della domanda nel processo civile*, 1958, p. 22).

Depois dessa afirmação, o escritor continua assim: “Até esse momento a demanda não se pode dizer completa de todos os elementos necessários a torná-la viável (*procedibile*). E, pois, a própria exigência de alegações (*trattazione*) condiciona o conteúdo da demanda.”

Essa premissa que a Giannozzi se mostra extremamente útil, no desenvolvimento subsequente de sua teoria — que, aliás, tem sustentação

em duas normas consideradas equívocas e embrulhadas por Satta, os arts. 183 e 184 do Código de Processo Civil italiano, que sugerem a possibilidade de modificação a ação no curso da causa, pela introdução de novas demandas, novas exceções e novas conclusões (?) (*Commentario al Codice di Procedura Civile*, ristampa, 1966, livro II, 1ª parte, p. 83) — esse princípio que, em verdade, não é um princípio doutrinário, mas a infeliz expressão legal de uma doutrina duvidosa, seria dificilmente sustentável perante nosso direito. Contudo, teremos de voltar a ele mais adiante.

Não seria necessária uma grande argúcia para ver que, ao contrarmos a teoria compatível com nosso sistema, exposta por Buzaid, segundo a qual a demanda que a sentença deve decidir é a que está na petição inicial; e a outra, professada, ao menos em termos exegéticos, pela doutrina italiana, da possível modificação da demanda, no curso da causa, na realidade, somos lançados, de vez, na voragem de um problema que nos vem rondando desde o início, qual seja a questão do chamado *julgamento implícito*.

Guardemos, pois, o nosso exemplo da ação de rescisão de um contrato parciário, fundada em infração contratual por dano causado à colheita, pelo parceiro-agricultor. E, pensando nesse exemplo, avancemos mais no sentido de precisar e tornar mais concreta a problemática dos arts. 468 e 474 de nosso Código. E o façamos formulando novas perguntas: a) na demanda de rescisão do contrato parciário, qual a verdadeira dimensão da lide “formulada na petição inicial”, para usarmos as palavras de Buzaid? b) encontradas as exatas dimensões, vale dizer, os limites, as fronteiras da lide posta pelo autor em sua petição inicial, a extensão objetiva da coisa julgada, em caso de procedência da ação, dependerá, ou não dependerá, das *questões* que eventualmente venham a ser agitadas pelas partes, no curso da causa; por outras palavras, a controversia *efetiva* será relevante para o alcance da coisa julgada, em sua dimensão objetiva? Ou, ao contrário, as questões pertinentes (J. Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. V, p. 52) serão abrangidas, inexoravelmente, pela coisa julgada, quer as partes as controvertam no processo, quer sobre elas silenciem totalmente? c) colocada a demanda, tal como a definiu a inicial, poderão as partes *modificá-la* no curso da causa, sem que tal modificação importe na configuração de uma nova demanda? E *modificá-la* em que sentido e por que meios? Acrescentando-lhe *novas questões*? d) a circunstância de suscitarem-se novas questões, vale dizer controvertê-las, no curso da causa, ou não, modificaria a demanda por

não serem propriamente *questões novas*, mas antes pertencerem desde o início à ação, ou seriam, realmente, novas questões e ter-se-ia de admitir que a inicial não as compreendia e fora, pois, ampliada até essas questões?

É significativo que o art. 183 do Código Italiano fale na faculdade que têm as partes de *precisarem* a demanda e, quando seja o caso, de *modificarem-na*. Está claro que uma coisa é acrescentarem-se *novos fatos*, visando a dar maior precisão, tornar mais concreta e individualizada a demanda, melhor caracterizada a relação jurídica que fundamenta a ação e mais compreensível a consequência jurídica desejada pelo demandante; outra coisa bem diferente e até oposta há de ser a introdução de fatos novos que a *modifiquem*.

Enquanto *precisamos* nossa demanda, adicionando-lhe novos fatos, porventura não descritos na inicial, mas que, ainda assim, a não modifiquem para transformá-la em outra, nossa operação visa a revelar, tão-somente, o que já estava implícito na inicial desde o começo, pois a demanda permanece a mesma e, pois, as tais *novas questões*, ou *novas exceções*, ou as chamadas novas demandas que se dizem incluídas ou juntadas à demanda original, em verdade, são simples explicitações de conteúdo imanente à causa, como diz Frederico Marques (op. e loc. cit.).

Os praxistas, de resto, nunca ignoraram a questão, aliás discutidíssima, da *emendatio* e da *mutatio libelli*; e se dizia que "*emendare est, salva rerum substantia, errorem tollere, vel corrigere, aut mutare est diversam substantiam intentare*". Donde a permissão de emenda *in accidentalibus*, não *in substantia*, pois, conforme ensinava Manoel de Almeida e Sousa (*Segundas Linhas sobre o Processo Civil*, Lisboa, 1868, pp. 247-249), não se poderia variar de ação, mas tão-só oferecer *novas circunstâncias e novos meios da prova*.

Ao que se supõe, os equívocos que ensejaram as enormes controvérsias, ainda hoje presentes na doutrina, tiveram origem na circunstância de poder o demandante, em direito romano, modificar os termos da demanda, antes da *litisconstitatio*, mas aí o que sofria modificação era a demanda constante da *edictio actionis* extrajudicial que, como se compreende, não era vinculante. Daí dizer um texto de uma constituição de Caracalla incluída no Código, pelos compiladores: "... *edicta actio speciam futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet*... Mas, como observa Biscardi (*Lezioni sul processo antico e classico*, 1967, p. 302), o texto do D. 2, 13, 1, pr. refere-se não ao autor, mas ao autor futuro (*is qui acturus est*).

No fundo, a questão é de *essencialização* de fatos jurídicos processuais, que nosso direito positivo ressalta, ao orientar-se no sentido de só

se terem por relevantes os fatos *essenciais*, para a identificação da demanda.

Quanto à irrelevância sobre a circunstância de controverterem ou não as partes as questões pertinentes à lide, para a solução do problema de sua *identificação*, eis a lição de Buzaid: "Na petição inicial, o autor, portanto, enunciará a matéria da lide e as questões que lhe dão lugar, delimitará seu objeto, indicará os sujeitos ativo e passivo e concluirá formulando o pedido do efeito jurídico que o juiz deve declarar ou constituir (Projeto Carnelutti, art. 201)" (ob. cit., p. 106). Logo depois, escreve o seguinte: "A característica do autor é, desta forma, a de apresentar a lide que deve ser julgada. Haja ou não contestação, o tema da decisão de mérito é sempre a lide proposta pelo autor. A falta de contestação não significa inexistência de lide. Quando o réu não contesta, ou até reconhece como juridicamente fundado o pedido do autor, diz-se que há uma lide de pretensão insatisfeita. A sentença de mérito é, portanto, a resposta do juiz à pretensão do autor, ou mais precisamente, o julgamento da lide formulada na petição inicial" (p. 107).

Se a lide deve estar inteiramente formulada na petição inicial, de tal modo que as defesas opostas pelo demandado não terão a menor possibilidade de alterá-la, diminuindo-a, ou tornando-a mais ampla, parece supérfluo dizer que muito menos poderão transformá-la os pretensos *fatos novos* que o próprio autor trouxer para o processo, visando a uma maior precisão sobre a relação controvertida e sobre as consequência jurídica pretendida com a ação.

Mais adiante, escreve Buzaid: "Isto não significa que a coisa julgada se limite às questões que encontram na decisão uma solução expressa; não se olvide que a decisão é uma declaração como todas as outras a qual muitas coisas, por força de lógica, se fazem entender também sem necessidade de dizê-lo; em particular se a solução de uma questão supõe, como *prius* lógico, a solução de urna outra, também esta outra é contida por implícita na decisão (julgamento implícito). A rigor são implicitamente resolvidas todas as questões, cuja solução é logicamente necessária para chegar à solução expressa na decisão; se, por exemplo, o juiz se pronuncia sobre a rescisão de um contrato, implicitamente lhe afirma a validade" (p. 113).

É importante observar, nesta altura, que a aparente antinomia a que fomos conduzidos resulta de se haver utilizado, sem o menor cuidado em precisá-los, conceitos tais como *fatos*, *fatos jurídicos*, *relações jurídicas* e *questões*. Contudo, o sentido rigoroso em que havemos de

utilizar esses conceitos é uma exigência inafastável, sob pena de não alcançarmos, jamais, nosso propósito, que é a determinação dos limites objetivos da coisa julgada.

Façamos, então, com os dados de que dispomos, um breve resumo da doutrina que estamos expondo: 1 – a lide, por definição, vem delimitada, com seus contornos nitidamente estabelecidos, na petição inicial, tal como a formulou o autor, o qual, na sua atividade processual subsequente, poderá e, na generalidade dos casos, deverá oferecer novos elementos visando a *precisá-la*, torná-la compreensível aos olhos do juiz, para que este possa cumprir com exatidão seu dever de prestar a tutela jurisdicional, que nunca poderá ser maior, ou menor, ou diversa da tutela que foi pedida pelo demandante; 2 – como decorrência desse princípio, temos que a *efetiva controvérsia* por ventura suscitada pelas partes será irrelevante para as dimensões dos limites objetivos da coisa julgada da futura sentença, pois, mesmo em caso de revelia do demandado, a sentença, que é resposta jurisdicional ao pedido do autor, deve ter a mesma qualidade e a mesma extensão da demanda proposta. Assim como a revelia é inoperante para modificar os limites da coisa julgada, são igualmente indiferentes, para esse fim a espécie ou a intensidade das defesas usadas pelo demandado, visando à rejeição da demanda. Quer o réu se defenda por meio de contestação simples, quer invoque a seu favor as chamadas defesas indiretas, ou exceções substanciais – enquanto nada pede, mas apenas procura afastar o pedido contra si formulado pelo autor –, seu comportamento nada poderá acrescentar ao processo, em termos de modificação da demanda, ou de ampliação do objeto litigioso. As modificações da demanda, posteriores a seu ajuizamento, só podem ocorrer pela adição ao pedido inicial de novas demandas, quer pela forma de cumulação de pedidos formulados pelo próprio autor, quer sob a forma de demanda reconvenicional oposta pelo demandado; 3 – mesmo assim, e por isso mesmo, as *questões contidas* implicitamente nessa lide não de ser abrangidas, inexoravelmente, pela coisa julgada, se constituírem antecedente lógico necessário para a solução expressa da decisão final.

A transparência da doutrina carnelutiana de lide, no pensamento do professor Buzaid, parece dispensar qualquer observação, mas o fato merece registro porque a compreensão de nossa lei processual, especialmente em tema de sentença e coisa julgada, terá de pressupor esse dado.

Aliás, não foi outra coisa o que Liebman disse a respeito da redação do antigo art. 287 e seu parágrafo único do Código de 39, ao mostrar que o conceito de lide e, por via de consequência, também o de questão

eram conceitos peculiares ao sistema carnelutiano (“Limites objetivos da coisa julgada”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 144; agora nos *Estados sobre o processo civil brasileiro*, edição de 1976, anotada por Ada P. Grinover, p. 163).

Depois do que ficou exposto, cremos estar mais próximos de poder distinguir as questões que serão abrangidas pela coisa julgada e que serão objeto do que a doutrina denomina, com alguma impropriedade, *juízo implícito* (art. 474) e as *questões* que, sendo *fundamento* da decisão, ainda que importantes para entender-se o significado real da sentença, não fazem coisa julgada (art. 469), pois as *questões decididas* que entram no art. 474 e as que ficam fora da sentença, sejam motivos, ou *questões prejudiciais*, decididas incidentalmente na causa (art. 469), terão de ser identificadas pelos critérios do art. 468.

Isto, em última análise, nada mais é do que um regresso a nosso ponto de partida, pois a operação que o raciocínio nos impõe, para que possamos saber quais as *questões decididas* a que se refere o art. 468, mesmo implicitamente (art. 474), é a exigida para saber identificar uma determinada demanda, com rigor absoluto, pois a sentença não poderá, jamais, ultrapassar os limites da lide, tal como eles foram postos na inicial (art. 128).

Em verdade, ganhamos, até agora, apenas os instrumentos capazes de auxiliar-nos em nossa análise, nada mais.

Neste ponto, contudo, costumam os escritores dar a tarefa por finda e o problema por resolvido. Mas, como se vê, o verdadeiro problema a ser solucionado apenas agora começa.

Tudo o que se disse, embora de utilidade indiscutível, não passa de um preparo de instrumentos de análise, de uma operação preliminar de limpeza do campo onde as sementes deverão ser lançadas e de onde devemos esperar os frutos. Realmente, diante de um problema concreto, qual seja nosso exemplo, da rescisão do contrato parciário, as assertivas e conclusões que tiramos ainda não são suficientes, embora sejam necessárias, para dizer-nos se a *questão* da validade do contrato é uma *questão decidida*, nos termos do art. 468, ainda que as partes a ela não se refiram, em suas controvérsias (art. 474); e se a questão da ocorrência ou não de culpa do réu é uma *questão* de idêntica natureza; ou se, pedindo o autor a rescisão do contrato por infração culposa praticada pelo réu, a alegação de *dano culposo à colheita* é elemento caracterizador da *causa petendi* e, como tal, limitará o campo de cognição do juiz; ou se, ao contrário, a *causa petendi* é a “infração culposa do contrato”, qualquer que ela seja.

4.8. A teoria de Carnelutti e o direito brasileiro – Antes que avancemos mais um passo na direção do resultado a que nos propomos, convém que nos detenhamos, ainda uma vez, para examinar a doutrina de Carnelutti, pois já sabemos que somos herdeiros, em matéria de limites objetivos da coisa julgada, das concepções desse vigoroso e genial processualista italiano; e, como herdeiros, havemos de recolher o acervo hereditário todo, composto de valiosos elementos doutrinários e também de equívocos e criações teóricas que a doutrina posterior rejeitou.

Desde logo, observemos que a posição de Carnelutti, em 1936, quando redigiu o *Sistema*, ainda era muito radical ao conceber a lide como matéria de um processo cognitivo, onde o que importava era, essencialmente, a *solução lógica de questões*, a ponto de considerar ele, então, o Processo de Execução como atividade fora da jurisdição. Verdadeira e própria atividade jurisdicional seria, apenas, a desenvolvida pelo juiz, para *dizer* o direito, não para fazê-lo efetivo e obedecido.

Essa preponderância do sentido lógico da sentença está visível na ligação de Buzaid e, aliás, de uma forma mais ou menos intensa, revelada ou pressuposta, na doutrina da maioria dos processualistas. Vejamo-la nesta passagem de Carnelutti: “Il processo comprende tutte le questioni, la cui risoluzione costituisce un presupposto della statuzione sulla domanda, cioè del suo accoglimento o della sua reiezione. Sarebbe dunque erroneo credere che il processo riguardi solo le questioni trattate o enunciate dalle parti; al contrario non vi è bisogno nè di trattazione nè di enunciazione espresse; basta la rilevata *connessione logica* (este grifo é nosso) delle questioni con la domanda (*supra*, nº 92), Pertanto se la domanda si rivolge al *ricoscimento di un (intero) rapporto giuridico* (es., diritto de proprietà, diritto di credito), il processo si estende necessariamente a tutta la lite, che mette capo a quel rapporto, e così a tutte le questioni, che intorno alla esistenza di quel rapporto possono farsi, anche se non siano state fatte; queste è il fenomeno, che fu chiamato della *adprehensio omnium causarum in uno iudicio*, sebbene si sia creduto, per un difetto di analisi, che esso si verificchi soltanto nel campo dei diritti reali” (*Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, pp. 919 e 920).

A referência aí feita ao que o escritor dissera no § 92 de sua obra é ilustrativa, pois, nesse tópico, ele afirma que o resultado da jurisdição, na sua expressão mais simples, se consubstancia em um *dicerere*: “un giudizio del giudice viene dichiarato” (*Sistema*, I, 270).

É óbvio que seria ingênuo admitir que a doutrina de Carnelutti sobre a natureza das sentenças e coisa julgada ficasse apenas nisso, como

se ele pudesse confundir a decisão jurisdicional com um simples parecer. Longe disso, Carnelutti enfatiza a distinção entre sentença e parecer, porque este é apenas o juízo, enquanto a sentença, além de juízo, é também comando. Mas isso não afasta o relevo dado ao problema lógico do ato jurisdicional, perspectiva essa que nos parece digna de ser explorada, para se poder alcançar a solução de inúmeros e importantes problemas, básicos para a ciência processual.

Não que diz respeito, especificamente, a nosso tema, parece que o conceito de *questão* com que teremos de lidar, para compreender nosso direito positivo, não pode ser desvinculado do conceito de lide, como a define Carnelutti.

Para ele, demanda é “a lide contida no processo”, a porção da lide que o demandante submete ao juiz. As outras partes da lide teriam ficado fora do processo e, nesse caso, não integram a demanda. Daí a conhecida e inefável doutrina do que Carnelutti denomina *processo integral e processo parcial*. O processo compreende *todas as questões* cuja resolução constitui um pressuposto da decisão sobre a demanda.

A diferença que separa essa concepção de processo parcial do que os processualistas alemães denominam *sentença parcial* é enorme (a respeito, Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil* – trad. arg., 5ª ed. alemã, vol. I, pp. 317 e segs.).

O processo então “compreende todas as questões cuja solução constitua um pressuposto necessário para o julgamento da lide”; contudo essas *questões* integram a demanda, quer sejam debatidas, quer não, contanto que sejam um *prinus* em relação à conclusão, como diz o professor Buzaid, ou seja, um pressuposto para a solução da demanda, como afirma Carnelutti.

Reduzindo à expressão mais simples o problema, encontramos-nos ante a seguinte proposição: a coisa julgada envolve todas as questões cuja solução seja um pressuposto da decisão final da causa, *estejam elas expressas ou não* na petição inicial, mas as *questões que não forem invocadas pelo autor ficarão fora da demanda, embora pertençam à lide*.

Aqui é necessário um novo intervalo, para escarpamos ao indistigável jogo inconseqüente de conceitos imprecisos. Voltemos novamente a nosso exemplo do contrato parciário, objeto de uma ação de rescisão sob a alegação de que o réu “causou dano culposos à colheita” e façamos a pergunta, que deve ser respondida por Carnelutti, sobre o número de *questões* que essa demanda apresenta. Note-se que a lei outorga ação de rescisão do contrato no caso de o agricultor causar “dano à gleba

arrendada” e também no caso em que os danos sejam ocasionados, como no exemplo, não à gleba, propriamente dita, mas à colheita.

Em nossa demanda, quais seriam as *questões* que o art. 468 considera “*questões decididas*”, quer as partes a deduzam no processo, quer não (art. 474)? Para nossa lei agrária “dano à colheita” deve abranger também o “dano à lavoura”, relativo ao período em que a planta se desenvolve e amadurece, para a colheita? Se a inicial descreve uma ação culposa, consistente no uso inadequado de fertilizantes e defensivos agrícolas responsáveis pela diminuição da produção e pelo empobrecimento do solo, capaz de torná-lo impróprio por um longo período para novas culturas, ação estaria fundada para pedir-se a rescisão do contrato com base na alegação de danos à colheita? E, em tal caso, se o réu se defende com êxito e demonstra que a produção colhida não sofreu dano algum e seu volume corresponde às mais rigorosas estimativas de normalidade, poderá o juiz acolher a demanda, sob o fundamento de que houve infração do contrato, consistente na causação de “danos à gleba arrendou”?

Variemos, momentaneamente, de exemplo para figurarmos o caso de uma ação de cobrança proposta pelo mutuante contra o mutuário, em que sejam pedidos o pagamento do capital e dos juros. Em tal demanda, a questão do pagamento estará ou não estará contida no pedido inicial, de tal sorte que, sendo defesa deduzível, mas não deduzida pelo réu, a coisa julgada a abranja? Pense-se no caso em que o demandado, ignorando que seu procurador havia pago a dívida, limite-se a contestar a cobrança alegando prescrição da ação, vindo a perder. Poderá, depois de a sentença transitar em julgado, pretender recobrar o que pagou em virtude do julgado, sob o fundamento de que a dívida objeto do primeiro processo não mais existia? Certamente não o poderá fazer, sem ofender a coisa julgada.

Em nosso exemplo anterior, se o juiz rejeitar a demanda fundada em “danos à colheita”, poderá o mesmo autor propor nova demanda fundada nos mesmos fatos, alegando, agora, como causa, “danos à gleba arrendada”? Ou a exceção de coisa julgada o impedirá porque se trataria da *mesma demanda*, apenas com outra denominação?

E na hipótese formulada por Lopes da Costa, da questão do domínio, numa ação reivindicatória, devemos aceitar que a sentença que a julga procedente deixa *estabelecido*, como coisa julgada, que o demandante é *proprietário* do bem objeto da ação? Seria o domínio uma questão *interna* à lide reivindicatória, de tal modo que, fosse ela deduzida ou não, no processo, a sentença a deveria abranger?

Caso a defesa do réu não controversa a questão da propriedade, mas se limite a alegar sua condição de possuidor legítimo, em razão de uma relação jurídica contratual em vigor, estariam decididas, com força de coisa julgada, as questões: a) da existência do contrato alegado; b) que tal contrato é válido e eficaz; c) e que o autor é, realmente, proprietário da coisa que pretende reivindicar? E no caso de vir ação a ser julgada improcedente, ficará decidido que o mesmo não é proprietário? É indiscutível que a ação de reivindicação não pressupõe, como questão implícita, a declaração da propriedade sobre o bem reivindicando; e tal conclusão é, hoje, decorrência de um texto de lei (art. 469).

Referimo-nos antes à tentativa de Calamandrei de conceituar o que venha ser capítulo de sentença e vimos que, segundo ele, não se pode considerar capítulos de uma sentença todas as decisões relativas às questões sejam de direito ou de fato que o juiz tenha de resolver para preparar as premissas de seu silogismo; apenas a decisão com que o juiz extrai dessas premissas sua última conclusão será idônea a adquirir força de coisa julgada (*Appunti sulla reformatio in peius*, cit., p. 300).

A isso respondeu Carnelutti que “*capo di sentenza* coincide con quello di capo di lite e perció di *questione*” (Rivista, 1933, I, p. 118).

Não há dúvida de que a afirmação de Carnelutti identifica, indviduamente, lide, como nós a entendemos, e *questão*.

4.9. Os chamados “sucessos históricos” e sua relevância para a caracterização da *causa petendi* – Imaginemos que, no caso da ação de rescisão do contrato parciário, o autor afirme que o agricultor, por não atender convenientemente a gestão técnico-administrativa da empresa rural, causou culposamente danos à colheita e danos à terra cultivada, destruindo os recursos naturais do solo. Nesta hipótese, estaremos ante uma ação de rescisão do contrato com dois fundamentos, ou em presença de duas demandas rescisórias cumuladas?

Se admitirmos, como parece natural que se admita, que se trata de uma única ação, com dois fundamentos, somos forçados a aceitar que a coisa julgada seria de igual amplitude no caso de o autor haver suscitado na inicial apenas um dos fundamentos, podendo o juiz dar procedência à ação pelo fundamento não alegado. Igualmente, temos de admitir que uma segunda demanda, em que se peça rescisão do contrato fundado em “dano à gleba” arrendada, em que se peça rescisão do contrato fundado em “dano à colheita”, quando o juiz da primeira haja repellido a ação fundada em “dano à colheita”, forçosamente esbarraria com o impedimento da coisa julgada da primeira sentença.

Queremos chamar a atenção do leitor para uma circunstância por nós utilizada, no exemplo por último examinado, e que se refere à hipótese de consistir o alegado motivo para a rescisão do contrato um fundamento capaz de autorizar o pedido de rescisão com base na parte do dispositivo legal que a autoriza quando haja “dano à colheita”; e representar esse mesmo “sucesso histórico”, temporal e espacialmente determinado, fundamento para pedir-se a rescisão por “danos à gleba” arrendada.

A relevância ou a indiferença, para o estabelecimento da chamada *causa petendi*, deste elemento a que a doutrina se refere como *conjunto circunstancial*, ou *successos históricos*, é um dado do problema a ser considerado. Se o autor em nossa demanda de rescisão do contrato parciário afirmar que o réu causou danos à colheita e descrever detalhadamente situando-os no espaço e no tempo os fatos causadores do prejuízo, como se a inicial alegar que isso ocorreu em virtude de o colono cultivar a gleba sem o indispensável preparo do solo, utilizando-se, além disso, de uma variedade inadequada de sementes, estará o juiz adstrito a julgar a demanda só com base nesse conjunto circunstancial? Ou, ocorrendo, no curso da instrução da causa, a constatação de que o dano à colheita efetivamente ocorreu, porém, não como resultado dos fatos alegados e sim em virtude de haver o agricultor, depois de a produção colhida, a ter abandonado em lugar impróprio dando causa a que se estragasse grande parte do produto, depois de colhido, em tal hipótese, poderá o juiz acolher a ação, sem ofender o princípio do art. 128 do Código?

Como se vê, estamos conduzindo o raciocínio para um ponto crítico, através do qual poderemos visualizar os fundamentos em que se baseiam ou, talvez fosse mais próprio dizer, em que se baseavam as chamadas teoria da *individualização* e teoria da *substancição*, que dominaram, por longo tempo, a doutrina sobre identificação de demandas. E, uma vez atingido esse ponto crítico, poderemos orientar-nos, com mais segurança, adotando um ponto de vista satisfatório.

Naturalmente poderíamos, se isso fosse necessário, variar ao infinito as peculiaridades de nosso exemplo, modificando, apenas, os elementos de fatos alegados pelo demandante, como fundamento para o pedido de rescisão. Assim, se o autor descrevesse o fato de haver o réu empregado, na safra indicada com pormenores na petição inicial, uma semente inadequada àquele tipo de terra e perdesse, a sentença teria estabelecido que o réu “não utilizara semente inadequada”, ou deixara firme que o demandado “não utilizara, naquelas circunstâncias de tempo e lugar, semente inadequada”? Se optássemos pela última alternativa, te-

ríamos de admitir como viáveis futuras ações em que o autor pedisse a rescisão do contrato porque houvera danos à colheita decorrentes do emprego de semente inadequada na gleba contígua e não na gleba que fora objeto de prova pericial na primeira ação. E que ele, demandante, constatará, depois da primeira sentença, que se havia enganado ao descrever a gleba que sofrera a ação culposa do réu, indicando outra em seu lugar. Neste caso, parece que ninguém duvidará de que a segunda demanda será inviável por ser a mesma ação já decidida com a primeira sentença.

Teríamos de ariscar, então, que o conjunto de circunstâncias, espacial e temporalmente individualizado, como integrante da *causa petendi*, os chamados “sucessos históricos” devem ser tidos como irrelevantes para a identificação de uma determinada ação.

Variemos, porém, mais uma vez, o ângulo de nossa perspectiva admitindo que o campo de indagação permitido ao juiz, na hipótese figurada, abranja todo o conjunto de circunstâncias capazes de integrarem o conceito “dano à colheita ocasionado pelo emprego de semente imprópria”, caso em que teremos de reconhecer ao autor a ampla faculdade de variar o conjunto de circunstâncias, produzindo provas sobre *factos novos* não descritos na inicial, e indagaremos quais serão os limites da coisa julgada da respectiva sentença. Se a demanda for acolhida, a) estará coberta pela coisa julgada a *questão* da validade do contrato parciário? b) ficará vedado ao autor, caso ele venha a sucumbir, a propositura de uma nova ação em que peça a rescisão do contrato fundado em “dano à colheita” motivado, agora, pelo emprego não de sementes mas de técnicas agrícolas inadequadas? c) se esta segunda demanda for admissível naturalmente como uma segunda demanda diversa da primeira, caso haja o demandante articulado no primeiro processo as duas causas, danos à colheita por “uso inadequado de sementes” e danos à colheita por “emprego de técnicas agrícolas inadequadas”, haverá cumulação de demandas? Ou uma demanda, como dois fundamentos? Se admitirmos que o fundamento danos à colheita pelo “emprego de técnicas inadequadas” não era deduzível no primeiro processo em que a *causa petendi* seria danos à colheita pelo “emprego de sementes impróprias” (art. 474), caso em que estaríamos admitindo a cumulação de duas demandas, quando o autor os invocasse em sua ação, surge a questão de saber se a sentença que julgar provado um dos fundamentos invocados e não provado o outro será uma sentença que julgará procedente apenas em parte a ação, ou procedente uma das ações, condenando o autor na metade das custas, ou se deve admitir que o pedido foi acolhido integralmente, obtendo o autor a *consequência in-*

ridica desejada, que era a rescisão do contrato? (sobre isso, amplamente, Karl Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*, trad. arg. da edição alemã de 1954).

A questão que se nos apresenta é, então, a de caracterizar, na hipótese de nosso exemplo, quais as *alegaciones e defesas* pertinentes à demanda e que, por força do art. 474, ficarão cobertas pela coisa julgada, pois se haverão de considerá-las “deduzidas e repelidas” pela sentença. Por outras palavras, partindo-se da premissa de que o conjunto de circunstâncias descrito na inicial é irrelevante para a compreensão do fundamento da demanda, tem-se de saber até que ponto a simples alegação de infração contratual, qualquer que ela seja, bastará para individualizar a demanda que compreenderá, em tal caso, o conhecimento e decisão de todas as possíveis infrações contratuais porventura ocorridas durante a execução do contrato.

Deixamos estabelecido que, dentro de certos limites, o autor poderá variar o conjunto de circunstâncias alegado como fundamento, de sorte que proposta a ação fundada em “dano à colheita” compreende danos causados pelo uso de sementes impróprias, uso de técnicas agrícolas inadequadas, exposição culposa do produto colhido à ação do tempo que venha a causar o apodrecimento da colheita, o retardamento culposo no cultivo, ou na própria colheita, ou ainda a utilização de defensivos agrícolas em tal intensidade que a planta tenha perecido em consequência disso.

Tais alegações serão pertinentes à demanda de rescisão do contrato e se o autor não as produziu no processo, a futura ação que pretenda sustentar-se numa delas, mesmo não apreciada, na primeira demanda, esbarrará com o que a doutrina denomina *efeito de exclusão* operado pela coisa julgada (K. Schwab, op. cit., § 15), ou, como prefere denominá-lo o professor Barbosa Moreira, *efeito preclusivo* da coisa julgada sobre as questões deduzíveis e não deduzidas (“A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo brasileiro”, in *Temas de Direito Processual*, Ed. Saraiva, 1977, p. 97; e no mesmo volume, o artigo intitulado “Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil”, p. 91).

Entretanto, seria possível acrescentar, indefinidamente, novas alegações que também importem em infração contratual, sem que acabemos por extravasar os limites da própria lide?

No caso da rescisão do contrato parciário, vimos que o conjunto de fatos circunstanciais, espacial e temporalmente determinados, a que a

doutrina chama “sucessos históricos”, de um modo geral, são irrelevantes para a identificação da demanda, sendo admissível que o autor não consiga provar o fato, especialmente descrito na inicial, e mesmo assim tenha sua demanda reconhecida como procedente, se evidenciar que o réu deu causa à rescisão do contrato, com a prática de outro fato, ou com determinada omissão, igualmente culposa, de que haja resultado “dano à colheita”.

Isso, porém, não será suficiente para conduzir-nos ao extremo oposto de admitir como irrelevantes a descrição e caracterização dos fatos como elementos integrantes da *causa petendi*. Verdaderamente, podemos dizer apenas isto: nem todos os fatos serão decisivos para a caracterização da *causa petendi*.

Na ação de rescisão do contrato parciário, nem se pode considerar como *causa petendi* o elemento fático danos à colheita “em virtude de utilização de sementes impróprias”; e nem o extremo oposto, ou seja, rescisão do contrato, *quaisquer que sejam os fatos praticados pelo réu*. Nem a irrelevância absoluta e nem a completa relevância dos fatos. Não de ocorrer fatos que entrem na individualização da *causa petendi*; outros indiferentes, cuja mudança não implique na mudança da ação.

Devemos, também, advertir que estamos a referir-nos a fatos pertinentes ou não-pertinentes, mas não podemos olvidar que relações jurídicas e não apenas fatos poderão constituir matéria integrante da lide e, como tais, abrangidas pela *eficácia preclusiva* decorrente da coisa julgada. A doutrina conhece inúmeros exemplos dessa espécie. Numa ação de rescisão de uma compra e venda fundada em falta do pagamento do preço, resultando não provado esse fato, o juiz decreta a rescisão por defeito do negócio jurídico (Satta, *Comentário*, cit. vol. I, p. 333). Tem-se entendido, igualmente, que se o autor pede a dissolução da sociedade sob o fundamento de que ela não pode atingir as finalidades a que se propõem, não haverá alteração de demanda se, no curso da causa, for pedida a mesma dissolução por defeito do ato constitutivo. E o caso da ação fundada em culpa contratual depois sustentada em culpa extratratual é clássico. O autor que pede indenização por perdas e danos, verificados durante o transporte da mercadoria, com base no contrato de seguro e vem a perder, não poderá, num segundo processo, pedir a mesma indenização, sob a alegação de que o acidente se deu por imperícia do condutor do veículo que transportava a mercadoria.

Comparemos nosso exemplo da rescisão do contrato parciário com o exemplo usado pelo professor Buzaid, da ação visando à posse

dos bens da herança. No caso por ele figurado, a demanda era constituída por uma lide porque as partes apenas controvertem sobre a *questão* da validade do testamento; quanto ao mais, não haveria *decorrido*, de modo que a demanda só se formou sobre aquela *questão*. A conclusão pode ser correta, mas é incompleta, no que respeita ao ponto que nos interessa, que é descobrir qual o *material* com que o juiz e as partes hão de operar em cada caso.

Se, no caso do contrato parciário, a inicial afirmar que o réu infringiu o contrato, por haver causado “dano à colheita” e igualmente “dano à gleba” arrendada, por haver, *com uma única conduta*, lançado à terra quantidade tão grande de um produto químico, que não só destruiu a plantação daquela safra, como tornou estéril a terra por um longo período, teremos uma ou duas ações cumuladas? Observe-se que nesta variante o problema modifica-se por não haver mais, como nas hipóteses anteriores, diversos conjuntos de circunstâncias, mas uma circunstância fática, apenas, um único “sucesso histórico”, o qual, todavia, parece ficar sob o campo de incidência de duas normas, se considerarmos como regras legais autônomas, para fins de fundarem ações distintas, as duas hipóteses do inciso IV do art. 32 do Decreto n.º 59.566.

Estrá claro que a circunstância de não mencionar o autor na inicial o fato da danificação à gleba não poderá ter a virtude de diminuir a dimensão da lide, pois se admitíssemos isso, de duas uma: ou estaríamos a dar relevo à *efetiva controéeria* das questões como índice para os limites da coisa julgada; ou teríamos que a lide com os dois argumentos *expositos*, em verdade, não seria uma lide, mas duas lides cumuladas.

O exemplo que figuramos cai sob o campo da chamada *concorrência de normas*, sobre o qual existe uma ampla e valiosa literatura, que, por isso mesmo, nos dispensa de reproduzi-lo aqui.

4.10. Coisa julgada nas ações matrimoniais — Ante nosso Código Civil, em sua redação primitiva, admitia-se que uma demanda de desquite (hoje separação judicial) identificava-se pelas partes, pelo *pedido* que era a dissolução da sociedade conjugal e pela *causa petendi*, que poderia ser ou o adultério, ou o abandono do lar, ou uma das outras especificadas na lei.

O professor Arruda Alvim, resumindo a doutrina aceita pelos processualistas, escrevia o seguinte: “Se pela ação constitutiva se colima a extinção de uma situação jurídica, como a sociedade conjugal, por exemplo, o juiz, ao prolarar sua sentença, dando pela procedência da

ação, modificará a situação anterior, dissolvendo a sociedade conjugal. Para fazê-lo, contudo, terá que atender à legitimidade da causa invocada (o fundamento invocado). Poderá ser, exemplificativamente, o adultério de um dos cônjuges” (*Direito Processual Civil — Teoria Geral do Processo de Conhecimento*, 1972, vol. 2, p. 96).

Essa conclusão, atualmente, não é mais defensável, pois a redação dada ao Código Civil pela Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, não se refere mais a adultério como fundamento para a ação de separação judicial, mas, ao contrário, utiliza-se da expressão “grave violação dos deveres do casamento”.

A questão, agora, é a seguinte: propondo o autor a demanda de separação judicial fundada em adultério, que descreve com detalhes na inicial, qual o campo de abrangência da respectiva sentença, quanto a limites objetivos da coisa julgada? Será, porventura, apenas, (a) o adultério cometido em tais circunstâncias de tempo e lugar; (b) todos os adultérios imagináveis cometidos pelo demandado, sendo irrelevante a *descrição* daquela em que o autor fundou sua demanda? Ou (c), além do adultério, ficariam abrangidos, como *alegações deduzíveis*, outros fatos que importassem, igualmente, uma “grave violação dos deveres do casamento”?

Se admitirmos, como *causa petendi*, não só o adultério, mas outros fatos que importem em violação do dever conjugal, ficará, porventura, sob o *efeito de exclusão*, provocado pela coisa julgada fatos tais como: 1 — abandono do lar; 2 — falta de assistência material devida ao outro cônjuge e à prole; 3 — embriagues pública e escandalosa capaz de caracterizar injúria grave; 4 — impotência sexual absoluta; 5 — atos de perversão sexual praticados com terceiros, etc.? E se o autor descrever, ao invés de só o adultério, também a embriagues habitual, alegando que tais fatos constituem “grave violação dos deveres conjugais”, estará duplicando a demanda, cumulando duas lides, ao invés de uma? Ou, como parece evidente, será a mesma lide, com dois fundamentos? Contudo, até que ponto, pode o autor limitar a demanda, com a simples operação de omitir, na inicial, certa parte do *conflicto de interesses*, deduzindo apenas algumas circunstâncias, e, pois, limitando-a, transformá-la em outra.

Parece evidente que não poderá ficar ao exclusivo critério do autor o estabelecimento desses limites (G. Giannozzi, op. cit., p. 78) e é, justamente, essa finalidade de evitar a atomização da demanda que acabaria por destruir o próprio conceito de coisa julgada, que inspirou o legislador ao redigir o art. 474.

Verdadeiramente, este artigo é de importância capital em nosso sistema, porque será por meio dele que iremos encontrar o conceito de demanda e teremos condições de identificá-la em seus respectivos elementos estruturais.

4.11. A teoria de Schwab – Segundo pensamos, o legislador disciplinou com muita segurança a questão dos limites objetivos da coisa julgada, absorvendo, excelentemente, o que há de mais moderno na doutrina sobre a tormentosa questão da identificação de ações, superando, realmente, os equívocos da teoria de Carnelutti e ensinando uma construção sistemática, cientificamente correta.

Ao contrário, porém, do que se possa imaginar, nosso Código não se filia à corrente doutrinária da *substanciación*, como de resto não acolhe a doutrina contrária, radical, da *individualización*, mesmo porque, modernamente, as duas posições radicais são rejeitadas (cf. Rosenberg, *Tratado*, vol. 2, p. 43).

Como diz Pontes de Miranda (*Comentários*, 1974, tomo 2, p. 355), os princípios que se extraem de nosso sistema correspondem a uma *atenuação da teoria da substanciación*, pois a lei exige que os fatos sejam expostos como fundamento do pedido, mas tão-só os *atos essenciais*.

Outra, aliás, não é a conclusão a que chega Schwab, em sua obra considerada clássica sobre o assunto, quando afirma que o *efeito de exclusão* causado pela coisa julgada atingirá toda a cadeia de fatos similares, mas não abrangerá os fatos que *não guardem relação com o material do primeiro processo*, vale dizer que correspondam a uma pretensão *discrepante* da exposta na primeira demanda (op. cit., p. 225), pois “o objeto litigioso é a petição de uma resolução designada no pedido. Essa petição necessita, contudo, em qualquer caso, ser fundamentada por fatos” (p. 251).

Para a doutrina de Schwab, que nos parece na essência correta e conforme à nossa lei – ao contrário do que seguidamente imaginam seus opositores – não é o pedido só que importa, mas o pedido *convenientemente interpretado* (p. 243). E para interpretá-lo, diz o processualista de Nüremberg, deve recorrer-se aos fatos, ou ao que ele denomina “estado de coisas”, que abrangem *atos e relações jurídicas* deduzidas ou deduzíveis.

Se alguém ingressa com uma ação de rescisão de um contrato parciais, como nós imaginamos no exemplo, e descreve na inicial danos culposos à colheita, o fundamento da demanda deve ser interpretado, não apenas o “estado de coisas” alegado, mas outras infração contratual análogas, que guardem semelhança com o pedido, não se podendo des-

cartar até mesmo a prova da inabilitação técnico-profissional do agricultor de que tenha derivado os danos alegados pelo autor. Dir-se-ia que, ao pedir a rescisão do contrato, o arrendador (parceiro) sustenta a demanda numa causa mais ampla em que os fatos expostos submergem e se dissolvem.

A lei, ao outorgar ação contra o colono que causa “danos à gleba” e “danos à colheita”, pressupõe, como idéia matriz, para ambas as hipóteses, um conjunto mais geral de circunstâncias, capaz de abranger o inadimplemento do contrato fundado em qualquer outra conduta culposa que guarde semelhança com os fatos previstos por essa norma, ou seja, apoiado em circunstâncias que não se mostrem discrepantes da previsão constante da norma.

Certamente, essa conclusão deverá oferecer alguma dificuldade, em casos concretos, mas, ao que parece, será a única viável, dadas as dificuldades ainda maiores que as soluções extremas oferecem, quer se procure dar relevo absoluto ao conjunto de fatos, afirmando a existência de transformação da demanda sempre que os fatos sejam substituídos; quer se considere, no extremo oposto, totalmente irrelevante para a caracterização da demanda, a mudança total e sem limite dos fatos inicialmente articulados.

Um exemplo poderá esclarecer o assunto. Proposta uma ação de despejo fundada na alegação de que o inquilino não cumpriu o contrato, na cláusula em que se obrigara a pintar o imóvel e reparar os assoalhos, uma vez rejeitada a ação por não provados esses fatos, poderá o locador propor uma segunda ação em que alegue que o locatário infringira outra cláusula contratual de que resultou o corte no fornecimento de energia elétrica e do telefone por falta de pagamento, obrigações estas que lhe cabiam. Parece que o material do primeiro processo não abrange o fundamento do segundo. Há incompatibilidade entre o “estado de coisas” das duas demandas e, segundo afirma Schwab, “o autor de uma segunda ação dirigida a um mesmo objetivo pode alegar fatos já existentes, mas não alegados no primeiro processo, desde que não guardem relação com o material processual deste último” (p. 239).

Ainda que o pedido ocupe o lugar de destaque no litígio, as partes litigam sobre o fundamento do pedido (p. 243).

Assim, pois, tem-se que “fica excluída do novo processo toda alegação tendente a dar uma imagem ou criar um juízo que discrepem do material processual do processo decidido com autoridade de coisa julgada. Ao contrário, se a nova alegação não guarda relação com o material

do primeiro processo, ela não ficará excluída nem pela coisa julgada, nem pelo efeito de exclusão alheio à coisa julgada, ainda que os fatos pudessem ser expostos já no primeiro processo” (Schwab, p. 22).

O processualista realfirma, com maior clareza, esse ponto de vista, ao considerar injusta a decisão do Supremo Tribunal alemão que rejeitou, por ofensiva à coisa julgada, uma segunda ação declaratória de inexistência de um contrato, fundada no fato de coação ilegal, quando a primeira fundara-se em ausência de autorização ao menor, indispensável por parte do tribunal de tutelas (p. 235).

Essa é, sem dúvida, a fórmula correta para interpretar as regras, aparentemente antinômicas, dos arts. 468 e 474 do Código de Processo Civil.

De tal sorte, quando afirmamos que o conceito de questão (final do § 6º, *supra*), na locução “questões decididas”, incluída no art. 468, deveria ser entendido a partir dos conceitos carnellutianos de *lide* e *questão*, queríamos significar que a origem do problema teria de ser descoberta na doutrina de Carnelutti, mas as conotações doutrinárias de tais conceitos haverão de submeter-se aos princípios gerais do sistema e às correções teóricas que a ciência posterior desenvolveu sobre eles.

4.12. Conclusão – Concluindo, podemos dizer que o sistema de nosso vigente Código de Processo Civil ensina uma construção quanto a limites objetivos da coisa julgada em sintonia com as correntes mais modernas sobre o assunto, sem esquecer as raízes de nossas melhores tradições, que teve em Paula Baptista (*Compendio de teoria e prática*, 7ª edição, p. 250) um precursor emérito.

Realmente, a concepção correta, mais intuitiva do que desenvolvida pelo grande mestre do Recife, corresponde ao ponto de equilíbrio, notável e fecundo, para a compreensão de outros problemas, entre a doutrina professada por Savigny e as correntes modernas radicais que limitam demasiadamente o alcance objetivo da coisa julgada, procurando conter-lo todo no dispositivo da sentença. Se é correto dizer que os motivos ainda que importantes não fazem coisa julgada (art. 469), não é menos certo afirmar que o dispositivo se há de entender e *dimensionar* em razão desses motivos, tanto que o legislador os considera importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.

Na ação de rescisão de contrato parciário, por nós utilizada como exemplo, as *questões* que hão de ficar decididas, na forma da concepção do art. 468, serão as *pertinentes* à demanda proposta, ficando estabeleci-

do que cada demanda terá uma configuração peculiar, com a estrutura que o autor lhe emprestou, de modo que a sentença há de abrangê-la integralmente, sejam ou não deduzidas as alegações e defesas *pertinentes*.

Se o fundamento exposto na inicial foram os “danos culposamente à colheita”, ter-se-á de identificar nessa demanda, como seu verdadeiro fundamento (*causa petendi*), além do fato descrito (“sucessos históricos”), todos os outros que com ele sejam *compatíveis*, de modo que a reapreciação dessa mesma cadeia de fatos numa futura demanda resultasse numa decisão *discrepante* (Schwab). Ter-se-ão, pois, como decididas (implicitamente) — porque são, na verdade, *questão da lide* submeida pelo autor ao juiz — todas as possíveis causas que possam dar lugar à rescisão do contrato sob alegação de inadimplemento culposo do demandado.

Se a demanda foi individualizada nesses termos, a coisa julgada deixará intocadas as questões de uma possível rescisão por infração do inciso II, do art. 32 do aludido Decreto que outorga essa preensão em casos de sublocação, cessão ou empréstimo do imóvel, sem consentimento do arrendador, ou terceiro-outorgante. Ao contrário, a hipótese do inciso VI desse artigo, qual seja o “abandono total ou parcial do cultivo”, é fato que impede uma segunda demanda, por ser *alegação pertinente* à primeira.

Certamente se poderia objetar que uma conclusão dessa ordem legitimaria uma margem excessiva de insegurança e imprecisão, quanto ao estabelecimento dos limites objetivos da coisa julgada, pela admissão de um certo *subjetivismo* na caracterização da demanda, já que se atribuiria ao autor a faculdade de configurá-la, com uma dose apreciável de liberdade, subjetivismo que Schwab, ao que parece, exagera (op. cit., p. 238). Contudo, se a objeção é procedente, não se pode dizer que a solução alvirada seja novidade, pois outra coisa não recomendavam os textos romanos, quando sugeriam que, nos casos duvidosos, quando não se tivesse certeza sobre a perfeita identidade do objeto litigioso, se recorresse, para conhecê-lo, à intenção manifestada pelo autor (D. 5, 1, 61, p. 1; e D. 45, 1, 83, 1). Essa é, também, a excelente exposição de Biscardi (*Lezioni sul processo romano antico e classico*, 1967, pp. 289-294).