

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Renato Montans de Sá

Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2010**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Renato Montans de Sá

Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração: Processo Civil, sob a orientação do Professor Doutor Cassio Scarpinella Bueno.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

*À minha MÃE, pessoa que tornou tudo isso possível.
Não tenho nem palavras para dizer o amor que eu sinto por você.*

*Aos meus queridos CLAUDIA, DADO e PAULO,
mais que irmãos, melhores amigos.*

À ALICE, por tudo mesmo!

Ao meu afilhado FERNANDO, uma vida de muito sucesso pela frente.

PAI, queria muito você aqui.

AGRADECIMENTOS

Gostaria profundamente de agradecer ao Professor CASSIO SCARPINELLA BUENO. Foi muito gentil de sua parte aceitar meu convite para orientar-me na dissertação. Sem falso agradecimento, é motivo de orgulho ser *orientado* (como de fato fui!) por quem, mesmo antes do meu ingresso no mestrado, já nutria grande admiração acadêmica.

Igualmente aos eminentes professores JOÃO BATISTA LOPES e EDUARDO TALAMINI, que dispuseram de seu preciso tempo para a leitura do trabalho, bem como para participar da banca de defesa.

A todos os meus amigos professores da Rede LFG, em especial a ANDRÉ LUIZ PAES DE ALMEIDA, JOÃO RICARDO BRANDÃO AGUIRRE, ALEXANDRE MAZZA, GUILHERME MADEIRA, DARLAN BARROSO, MARCO ANTÔNIO DE ARAÚJO, FABIO MENNA, GUSTAVO JUNQUEIRA, PATRÍCIA VANZOLINI, FLÁVIO MARTINS, ANDRÉ BARROS, BRUNNO GIANCOLI, FLÁVIA CRISTINA, RODRIGO DA CUNHA, PAULO HENRIQUE e ELIZABETH VIDO pela força e pela compreensão da minha ausência temporária.

Aos meus amigos MARCELO TADEU COMETTI, MICHELLE BORGES e FABIO FIGUEIREDO e aos meus tios CARLOS e CAROLINA.

A todos o meu muito obrigado!

RESUMO

A coisa julgada exerce inegável função de segurança das relações jurídicas submetidas ao Judiciário. A imperatividade, como característica essencial da jurisdição, somente pode ter sua vigência de maneira plena se aquilo que foi decidido não puder ser infirmado ou reduzido por posterior decisão. Contudo, esta proteção conferida pelo Estado está circunscrita a limites estabelecidos pela lei. A proteção conferida pela *res iudicata* não pode ser maior que a *res iudicanda*. Seus limites encontram-se dentro da lide. Apesar de lide ser expressão polissêmica, podendo se confundir até mesmo com o próprio processo, constitui, para os fins que este trabalho propõe o conflito de interesses (ou parcela dele) projetado ao processo. Não destoam a doutrina em asseverar que a coisa julgada é instituto de natureza eminentemente prática: imunização da decisão submetida à jurisdição. Dessa forma, somente a parte que modifica a realidade dos sujeitos do processo interessa à estabilidade da coisa julgada, vale dizer, o dispositivo. Nosso ordenamento não cria essa mesma proteção para o *iter* lógico que levou o julgador a chegar às suas conclusões. Apesar de importante e essencial para compreender o que foi decidido, a fundamentação não é alcançada pela autoridade *res iudicata*. A fundamentação tem estreita relação com a causa de pedir formulada pelo autor e a causa *excipiendi* apresentada pelo réu, como um eixo imaginário que ligasse as duas pontas, como assevera a doutrina autorizada. O sistema seria reduzido a uma segurança quase inexistente se novos argumentos que alterassem a causa de pedir pudessem ser deduzidos em nova demanda, desde que não deduzidos na primeira. O presente trabalho tem por objetivo enfrentar qual material do primeiro processo se torna imutável ou irrelevante (conforme a doutrina) para posteriores discussões. Desta forma, o estudo da eficácia preclusiva da coisa julgada tem na teoria da tríplice identidade, e toda sua análise, a estrutura essencial para o entendimento do instituto.

Palavras-chave: Coisa julgada. Eficácia preclusiva. *Causa petendi*. Objeto litigioso.

ABSTRACT

The judicial estoppel exercises an undeniable safety function in the legal relationships submitted to the Judiciary. The mandatory, as an essential characteristic of the jurisdiction, can only be completely in force if what has not been decided cannot be either invalidated or reduced by a later decision. However, this protection provided by the State is circumscribed by limits set by the law. The protection granted by the *res iudicata* cannot be bigger than the *res iudicanda*. Its limits are contained within the dispute itself. In spite of the fact of the dispute being polysemy, it being possible to confuse it with the process itself, it constitutes, to the end proposed by this paper, the conflict of interests (or part of it) projected to the process. The doctrine does not conflict by assessing that the judicial estoppel is an institution of an eminently practical nature: immunization of the decision submitted to the jurisdiction. In this way, only the part that modifies the reality of the subjects of the process interests to the stability of the judicial estoppel, meaning, the dispositive. Our ordinance does not create this same protection for the logical *iter* that took the judge to reach his conclusions. In spite of it being important and essential for the understanding of what has been decided, the fundamentals are not reached by the *res iudicata*. The fundamentals have a close relationship with the *causa petendi* formulated by the author and the *causa excipiendi* presented by the defendant as if an imaginary shaft that connected the two ends, as assessed by the authorized doctrine. The system would be reduced to an almost inexistent safety if new arguments that modified the *causa* could be drawn in a new demand since they had not been drawn in the first one. The present paper has as its objective to face what material of the first process becomes unchangeable or irrelevant (according to the doctrine) for further discussions. In this way, the study of the preclusive coming into force of the judicial estoppel has in the theory of a triple identity, in its entire analysis, the essential structure for the understanding of the institution.

Keywords: Judicial stoppel. Preclusive coming into. *Causa petendi*. Object in question.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
1.1 Importância do tema e delimitação do estudo	11
1.2 Sistemas rígidos e flexíveis	14
1.3 A adoção pelo nosso ordenamento (dinâmica do procedimento sob a ótica do sistema de preclusões)	23
1.4 Regra da eventualidade.....	29
1.5 Estabilização da demanda (arts. 264 e 294 do CPC).....	36
2. DOS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DA AÇÃO	43
2.1 Introdução – Importância da tríplice identidade.....	43
2.2 Do elemento subjetivo: as partes	51
2.3 Dos elementos objetivos: da pretensão processual.....	61
2.3.1 Do pedido	61
2.3.2 Da causa de pedir	70
3. ESPECIFICAMENTE SOBRE A CAUSA DE PEDIR	73
3.1 Causa de pedir e sua relação com o objeto litigioso.....	73
3.1.1 Introdução	73
3.1.2 O conceito de pretensão	77
3.1.2.1 Objeto litigioso como afirmação jurídica (de direito material) ...	80
3.1.2.2 Objeto litigioso representado pelo pedido	82
3.1.2.3 O objeto litigioso representado pelo pedido e pela causa de pedir.....	85
3.2 Conteúdo da causa de pedir.....	89
3.2.1 Introdução	89
3.2.2 Teoria da substanciação e individuação	91
3.2.3 Harmonização das teorias e seu reflexo na eficácia preclusiva da coisa julgada.....	102
3.3 Fatos constitutivos (causa de pedir remota)	110
3.3.1 Fato jurídico	112
3.3.2 Fato simples	115
3.4 Fundamento Jurídico (causa de pedir próxima)	118

3.5	Causa de pedir passiva e ativa	125
3.6	<i>Iura novit curia</i> como presunção de conhecimento do magistrado e a causa de pedir	128
4.	COISA JULGADA	140
4.1	Um debate doutrinário sobre a coisa julgada no direito moderno	140
4.1.1	A coisa julgada como presunção absoluta de verdade	140
4.1.2	A coisa julgada como ficção de verdade (teoria da representação)	143
4.1.3	A coisa julgada como certeza judicial	146
4.1.4	A coisa julgada como eficácia da sentença	147
4.1.4.1	Revisitando os conceitos de eficácia, efeito e conteúdo	147
4.1.4.2	A coisa julgada como eficácia da sentença	154
4.1.4.3	Especificamente sobre as teorias material e processual da coisa julgada – As funções criadora e declaratória	160
4.1.5	A coisa julgada como atividade estatal – A separação entre autoridade e eficácia – As teorias de CHIOVENDA e CARNELUTTI	165
4.1.6	A coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença – A doutrina de LIEBMAN	170
4.1.7	A coisa julgada como qualidade da força da sentença – A doutrina de BARBOSA MOREIRA	178
4.1.8	Um desdobramento da teoria da eficácia da sentença – A doutrina de Ovídio Araújo BAPTISTA SILVA	183
4.2	O direito positivo brasileiro e nossa posição	188
5.	OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA	196
5.1	A evolução dos limites objetivos no direito brasileiro – O art. 287 do CPC/1939	196
5.1.2	Considerações iniciais	196
5.3	A regra do art. 287 do Código de Processo Civil de 1939	208
5.4	Os limites objetivos da coisa julgada no sistema vigente brasileiro: uma leitura dos arts. 468, 469 e 470 do CPC	216
5.5	Os motivos	228
5.6	A verdade dos fatos como fundamento da sentença	233
5.7	A apreciação de questão prejudicial e a ação declaratória incidental (CPC, art. 470)	236
6.	EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA	244
6.1	Introdução	244

6.2 Aspectos sobre a inserção da eficácia preclusiva no ordenamento jurídico brasileiro	245
6.3 Conceito	252
6.3.1 Teoria ampliativa	273
6.3.2 Teoria restritiva	278
6.3.4 A discutida posição de Ovídio Araújo BAPTISTA SILVA	285
6.4 Matérias alcançadas pelo efeito preclusivo	288
6.5 Efeito preclusivo da coisa julgada <i>versus</i> princípio do deduzido e dedutível	294
6.6 Eficácia preclusiva interna: análise endoprocessual. O aspecto temporal (relações continuativas e eficácia preclusiva de primeiro grau, art. 517, CPC)295	
6.7 Os limites subjetivos da eficácia preclusiva: autor, réu e terceiros	304
6.8 Eficácia preclusiva em face do efeito preclusivo na execução da sentença (art. 475-L, VI, CPC) e da liquidação (art. 475-G)	310
6.9 Eficácia preclusiva e rescisão do julgado	316
CONCLUSÕES	320
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	325

Capítulo 1

INTRODUÇÃO

1.1 Importância do tema e delimitação do estudo

(i) A análise da eficácia preclusiva da coisa julgada em especial no sistema jurídico brasileiro é o objetivo do presente estudo. No plano normativo, a regra se encontra hospedada no art. 474 do Código de Processo Civil, mas não somente. O perfeito delineamento e correta compreensão de seus efeitos e de seu alcance, essencial interpretar esta norma com alguns artigos correlatos especialmente os arts. 128, 264, 294, 300 *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, 467, 468, 469, 470 e 473 do mesmo diploma, sem prejuízo de outros dispositivos que, de forma direta ou oblíqua, têm importância na configuração do instituto.

Contudo, para que esta empreitada seja possível, o itinerário do trabalho depende da prévia incursão por diversos institutos processuais – todos igualmente complexos.

(ii) Eficácia preclusiva *panprocessual* da coisa julgada é a impossibilidade de discussão, após o trânsito em julgado, das questões que: a) poderiam ter sido inseridas (mas não foram) na demanda e ficaram de fora do julgamento; b) foram inseridas, mas não foram julgadas. Em qualquer dos casos, havendo essa impossibilidade, estas matérias (mesmo que, se apreciadas, viessem a mudar o resultado da decisão) não possuem mais interesse *desde que* atinentes ao caso julgado. A questão, contudo, não é simples.

(iii) Numa primeira análise, para que seja possível desenvolver toda esta sistemática é importante deitar o estudo em raízes sólidas: a razão de ser da eficácia preclusiva repousa na opção de cada ordenamento, à luz do sistema de preclusões, em adotar ou não rigidez no procedimento.

Afinal, adotou o Brasil um sistema mais flexível com ampla liberdade para as partes apresentarem suas alegações no curso do procedimento ou estabeleceu momentos próprios e preclusivos para tanto? Qual a consequência da inobservância das regras legais neste sentido? É de se ver as vantagens e desvantagens de uma ou outra escolha, especialmente com uma análise (ainda que perfunctória) pelo ordenamento estrangeiro e seu panorama atual, para refletir sobre os benefícios que uma correta escolha possa trazer para a condução e o resultado do processo.

(iv) Ademais, para que se possa saber *o que* de fato se tornou precluso (decorrente da eficácia *panprocessual*) é importante estabelecer o conceito de objeto litigioso, pois a matéria fora deste está livre para ser apresentada em outra demanda. O tema é complexo e a tentativa de se criar um conceito unitário para o instituto (*SCHWAB*) é temerosa especialmente à luz das ricas e incontáveis vicissitudes que podem surgir no tramitar do processo.

(v) Afinal, o objeto litigioso dos alemães pode se confundir com o mérito como se confunde aqui no Brasil (conforme exposição de motivos)? Enfrentamento relevante, igualmente, é saber o que compõe este objeto: se somente o pedido, se o pedido somado a causa de pedir ou se uma outra forma de olhar o instituto, mais voltado ao direito material (quase que exclusivamente) como afirmação jurídica, v.g.

(vi) Ademais, dentro da causa de pedir (e aqui se adianta posição que tomaremos no item 3.1, no sentido de inserir a *causa petendi* dentro do objeto litigioso) é importante saber seu conteúdo mínimo.

Adotou de fato o ordenamento pátrio a teoria da substanciação? Como resolver este impasse à luz do art. 282, III, do CPC que adota aparentemente, uma teoria híbrida? Se positiva a resposta (se a substanciação *de fato* prevalece no ordenamento), deve-se, como corolário lógico, excluir da causa de pedir *para fins de sua identificação* o fundamento jurídico e as normas legais. Eventual alteração destas, desde que respeitado o princípio do contraditório, não acarretam mudança da demanda

ex art. 301, § 2º, do CPC. Incorrerá a nova causa em litispendência ou coisa julgada conforme o momento em que for apresentada.

(vii) Nesta esteira há de se estudar, igualmente, a recepção pelo Código de Processo Civil atual da *teoria da tríplice identidade* e responder a seguinte indagação: é de fato a forma mais precisa para identificar a demanda ou quando menos, constitui meramente uma boa proposta de trabalho?¹ É possível aceitar a teoria da identidade da relação jurídica (*Savigny*)?

(viii) Será necessário também verificar o conceito de coisa julgada. A coisa julgada exerce uma relação muito próxima com a eficácia preclusiva: dos esforços que se colhem da doutrina e da jurisprudência para a perfeita compreensão de ambos os institutos, vê-se desde a completa indiferença até a uma similaridade como se a eficácia ampliasse os limites objetivos daquela.

Para tanto, no atual estágio de cientificidade dos estudos do processo é fundamental desapegar-se de velhos dogmas e posicionamentos, bem como desconsiderar conceitos apenas acadêmicos, na medida em que a coisa julgada é instituto de função eminentemente prática (BARBOSA MOREIRA).

(ix) O estudo da coisa julgada não poderá se limitar à sua natureza e função. É importante observar (também) a sua dinâmica no ordenamento, especificamente sob a ótica dos seus limites objetivos. Para uma melhor compreensão, deve-se verificar a origem da teoria adotada no Brasil (restritiva ou ampliativa), se de fato é a melhor opção para o ordenamento vigente e como essa teoria dá ensejo e reage diante da existência da eficácia preclusiva.

(x) Nosso estudo chega ao fim com a análise da eficácia preclusiva em si considerada. É importante verificar sua extensão (*quais questões* – alegações e defesas

¹ José Rogério Cruz e TUCCHI. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 233

– ficam preclusas) seguindo a corrente restritiva ou ampliativa ou mesmo se posicionando por uma corrente intermediária (TESHEINER).

Para tanto, a análise do objeto litigioso e especialmente da causa de pedir serão bons indicadores. Bem como sua eficácia dentro e fora do processo (CPC, art. 473). A eficácia preclusiva será analisada ainda na sua ótica subjetiva (*quem é atingido por ela*), e sua dinâmica na fase da execução e na ação rescisória.

O foco principal é analisar a *repercussão prática* do instituto, afinado ao denominado (e exaustivamente estudado pela doutrina) *instrumentalismo processual*, daí por que prescindiu o presente trabalho trilhar caminhos que, a despeito de relevantes, desnecessários à consecução do estudo aqui proposto.

1.2 Sistemas rígidos e flexíveis

É comum na linguagem jurídica associar o vocábulo *sistema* ao de ordenamento jurídico.²

Cândido DINAMARCO define o sistema (processual) como “um conglomerado harmônico de órgãos, técnicas e institutos jurídicos regidos por normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de propiciar a sua operacionalização segundo objetivo externo de solucionar conflitos”.³

Contudo, como bem observa João Batista LOPES,⁴ “o jurista não trabalha só com normas ou com leis, mas deve considerar os valores e os fatos. O conjunto desses

² Norberto BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 75.

³ *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1, p. 171.

⁴ *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1, p. 3. O autor ainda observa que “O sistema não é um corpo físico, uma coisa, mas um esquema mental, um conjunto de idéias que se relacionam, formando uma unidade harmônica”.

elementos e as influências ou relações que existe entre eles formam o sistema jurídico”. A nosso ver, o autor tem razão.

O sistema processual constitui, em última análise, o *modelo processual*, o modo do processo. Contudo, o referido autor denomina o sistema brasileiro como um *paradoxo metodológico*. E isso porque segue forte nas influências europeias, em especial os alemães e italianos (todos da tradição canônico-romana), *mas* contempla o controle da Administração feita pelo Judiciário, tal qual se adota nos países da *common law*.⁵

Pois bem. A análise do sistema deve ser vista à luz do procedimento adotado por cada país.⁶ O procedimento é, no entendimento de Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA, a base interna do formalismo.⁷

Procedimento,⁸ segundo entendemos, constitui uma das feições de um conceito maior: o processo. Daí concordarmos com Cândido DINAMARCO, tratar o processo de entidade complexa.⁹ Complexa porque sua precisa definição somente pode

⁵ Cândido Rangel DINAMARCO. Op. ult. cit., p. 176. Informa o autor que inexistente o contencioso administrativo adotado nos países que foram influência brasileira.

⁶ Contudo, observa Antônio Alberto Alves BARBOSA que a preclusão constitui um corolário lógico do procedimento e “a lei processual que aplicar o instituto da preclusão está de acordo com os bons princípios da processualística” (*Da preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994. p. 67).

⁷ *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 126.

⁸ Conforme observa Antonio Scarance FERNANDES, a evolução do procedimento no decorrer do tempo foi centrada em três grandes fases: “a) do praxismo, ou do procedimentalismo; b) do procedimento como expressão externa do movimento processual e c) do procedimento como expressão essencial da unidade do processo” (*Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 23).

⁹ *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2, p. 25. “O processo, no modelo traçado pela Constituição e pela lei, é uma *entidade complexa*, integrada por estes dois elementos associados – *procedimento e relação jurídica processual*” (grifos no original). Cleanto Guimarães SIQUEIRA (*A defesa no processo civil*. As exceções substanciais no processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 210) assevera: “Processo, como ente jurídico, é composto de atos processuais. Esses atos se aglutinam em fases – as fases do procedimento –, que, somadas, compõem a totalidade dessa exteriorização da relação jurídico-processual. Os atos do procedimento predem-se por um critério de racionalidade; um ato é sempre a causa conseqüente e a conseqüência do seu antecedente” (grifos no original).

ser extraída da conjugação de dois fatores – um intrínseco e outro extrínseco. O intrínseco constitui a relação jurídica que aglutina as partes e o Estado. Cada qual, ordenadamente goza de posições processuais de direitos, deveres, ônus e faculdades. O extrínseco é a forma perceptível, o procedimento.¹⁰

O procedimento é o modo de ser do processo.¹¹ É opção do legislador estabelecer como e qual o grau de rigidez que será adotado pelo *iter* procedimental. É importante utilizar a expressão “grau de rigidez” na medida em que todos os sistemas conhecidos têm um procedimento rígido, ainda que com poucas regras formais.¹²

Historicamente o sistema alemão mantinha um sistema flexível no sentido de se permitir novas alegações no curso do procedimento consoante se depreende do § 132 do ZPO.¹³ Dessa forma, relegando a eventualidade, é

¹⁰ Para o autor, o procedimento coordena as atividades do processo com base em quatro elementos: “(a) a indicação dos *atos a realizar*, (b) a determinação da *forma* de que cada um deles se revestirá, (c) o estabelecimento da *ordem seqüencial* a ser observada entre eles, (d) a *diversificação estrutural* entre diversos ou muitos conjuntos de atividades e a destinação dos modelos assim instituídos às diferentes espécies de tutela jurisdicional postulada” (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 444 – grifos no original).

¹¹ Flávio Luiz YARSHELL, analisa o processo sob a ótica da tutela jurisdicional em sua famosa obra *Tutela jurisdicional* (2. ed. São Paulo: DPJ, 2006. p. 181). O autor, seguindo a linha de Cândido DINAMARCO, defende o processo como entidade complexa, mas analisa a tutela jurisdicional não apenas como o resultado do processo como “nos próprios meios predispostos à consecução dos resultados”.

¹² Quem observou com precisão a questão foi Fernando da Fonseca GAJARDONI (*Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 77). Nesse mesmo sentido Antônio Alberto Alves BARBOSA: “o estatuto processual de cada país ou estado poderá adotar um sistema de preclusões mais ou menos pronunciado ou atenuado. Mas que o instituto da preclusão tem que ser adotado, não há a menor dúvida” (*Da preclusão processual civil*, cit., p. 67). Nesse sentido Heitor Victor Mendonça SICA. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 289. Para o autor “não lograríamos encontrar sistemas puramente rígidos e sistemas flexíveis, e sim graus diferentes de rigidez”. Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA obtempera que “o processo não pode prescindir de um mínimo de organização, sendo inconcebível qualquer tentativa de informalizá-lo totalmente” (*Do formalismo no processo civil*, cit., p. 127).

¹³ § 132: “Os escritos preparatórios que contenham fatos ou quaisquer novas alegações deverão ser transmitidos à outra parte pelo menos com uma semana de antecedência do debate ou com três dias quando se referirem a uma questão incidental” (Tradução de José Rogério Cruz e TUCCI. *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 109).

possível até o final da última audiência a apresentação de novos argumentos.¹⁴

Contudo, a permissibilidade de dedução de novos fatos ao longo do procedimento gerava invariavelmente o retardamento da marcha do processo. Aos poucos, parte da doutrina, em meados do século passado começou a desenvolver teorias para criar um procedimento mais concentrado e célere. Este modelo foi denominado “modelo de Stuttgart”. Esta nova metodologia teve o mérito de trazer de volta a regra da eventualidade, tornando como situação excepcionalíssima a possibilidade de dedução de fatos após a fase postulatória.¹⁵

Este modo de pensar foi normatizado no ZPO, conforme se observa do § 253, 2, ao asseverar que a exata indicação do objeto e da causa da pretensão esteja na petição inicial. Esta regra vem reforçada com § 282 ao estabelecer que as partes tenham apenas uma oportunidade para apresentar suas alegações.¹⁶

É de se ver que ao estabelecer a exigência da indicação do pedido e da causa de pedir, o modelo alemão adotou estes dois elementos indistintamente como identificadores da demanda, e conseqüentemente como elemento integrante do objeto litigioso, mesmo não havendo consenso acerca do conceito de *Streitgegenstand*.

Há outros sistemas europeus que adotam um método denominado “preclusão temperada”, vale dizer, a *eventualmaxime* detém uma força mitigada, permitindo a

¹⁴ Em verdade, antes da entrada em vigor da ZPO alemã (1879), o sistema germânico era marcado por um sistema rígido de preclusões, seguindo a teoria da substanciação. Contudo, após a entrada em vigor, foi desenvolvida a denominada teoria da individualização, na medida em que o sistema era mais flexível, permitindo a inserção de fatos no curso do procedimento.

¹⁵ Dessa forma, conforme a complexidade da causa, o procedimento pode ser mais flexível. Dessa forma, após a fase postulatória, ao fixar os pontos controvertidos, poderá o magistrado determinar que as partes esclareçam ou integrem os elementos anteriormente trazidos, não sendo considerado no sistema alemão, modificação do libelo (§ 264).

¹⁶ Conforme observa José Rogério Cruz e TUCCI (*A causa petendi no processo civil*, cit., p. 92), em qualquer das duas espécies de procedimento, seja aquele mais complexo com a fase preliminar escrita (§ 276) ou aquele que se segue diretamente a audiência (§ 275).

alegação posterior de fatos desde que não haja prejuízo para o litigante adverso. Este sistema é adotado em Portugal,¹⁷ conforme art. 268 de seu CPC com a reforma dada pelo legislador de 1997.¹⁸ É também seguido na Áustria e na Suíça.

Especialmente em Portugal, continua a vigorar a teoria da substanciação, conforme se depreende da leitura dos arts. 467-1 e 498-4 do CPC português.¹⁹ Contudo, a regra sofre uma dose de relativização, pois, após a citação do réu é possível complementar a causa de pedir ou o pedido. Estas alterações podem ser tanto *com* (art. 272²⁰ do CPC português) como *sem* (art. 273, 1 e 6,²¹ do CPC português) a anuência do réu.²²

Ademais, o CPC português adotou o denominado princípio da adequação formal em seu art. 265-A ao assim dispor: “Quando a tramitação processual prevista

¹⁷ Sobre a reforma do CPC português de 1997, observa Miguel Teixeira de SOUZA: “A preocupação de coadunar a estrutura e os fins do processo civil com os princípios do Estado social de direito e de garantir uma legitimação externa às decisões do tribunal esteve presente na reforma do processo civil português” (Aspectos do novo processo civil português. *RePro*, n. 86, ano 22, p. 175, São Paulo: RT, abr.-jun. 1997).

¹⁸ Na exposição de motivos da legislação reformadora se depreende que: “Procura, por outro lado, obviar-se a que as regras rígidas, de natureza estritamente procedimental, possam impedir a efectivação em juízo de direitos e plena discussão acerca da matéria relevante para propiciar uma justa composição do litígio. Assim, estabelece-se como princípio geral do processo o princípio da adequação, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista em lei não se adequa perfeitamente às exigências da acção proposta, a possibilidade de adaptar o processado à especificidade da causa, através da prática de actos que melhor se adequem ao apuramento da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo” (*Código de Processo Civil*. 2. ed. Porto: Porto Ed., 2000).

¹⁹ Em especial quanto ao último: “Art. 498-1. Há identidade de causa de pedir quando a pretensão deduzida nas duas acções procede do mesmo facto jurídico. Nas acções reais, a causa de pedir é o facto jurídico de que deriva o direito real; nas acções constitutivas e de anulação é o facto concreto ou a nulidade específica que se invoca para obter o efeito pretendido”.

²⁰ “Havendo acordo das partes, o pedido e a causa de pedir podem ser alterados ou ampliados em qualquer altura, em 1ª ou 2ª instância, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito.”

²¹ “1. Na falta de acordo, a causa de pedir só pode ser alterada ou ampliada na réplica, se o processo a admitir, a não ser que a alteração ou ampliação seja consequência da confissão feita pelo réu e aceita pelo autor [...] 6. É permitida a modificação simultânea do pedido e da causa de pedir, desde que tal não implique convalidação para relação jurídica diversa da controvertida [...]”

²² Nesse sentido José Rogério Cruz e TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 146: “Impende reconhecer que, sem abandonar a teoria da substanciação, o atual modelo processual português procurou-se libertar da rigidez que caracterizava a fase postulatória, visto que dominada pela regra da eventualidade”.

na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”.

Já o direito espanhol segue uma linha menos rígida do que o diploma anterior (1881) tendência do sistema atual.²³ A atual redação do art. 399, 3 e 4, da *Ley de Enjuiciamiento Civil* determina que o autor apresente na sua inicial os fatos de maneira clara bem como os fundamentos de direito.²⁴

Após, os arts. 400 e 401 estabelecem a preclusão da narrativa de fatos posteriormente à contestação.²⁵

No sistema italiano as diversas mudanças legislativas que se empreenderam ao longo dos anos fizeram o ordenamento peninsular seguir uma linha ora mais rígida, ora mais flexível decorrente do momento histórico em que a reforma se situava.

Assim, o sistema rígido da concepção originária do CPC de 1942 (o art. 163, IV, exigia a apresentação dos elementos de direito e os fatos integradores da causa de pedir na petição inicial) cedeu diante da reforma empreendida em 1950 em que se autorizava a apresentação de novas alegações pelas partes na primeira audiência de debates (art. 183) e a modificação do libelo, produção de novas provas e apresentação de novas defesas enquanto a demanda estivesse sob a égide do juiz da causa (art. 184), além da possibilidade de certa liberação do *jus novorum* em sede de apelação (art. 345).

²³ Flexível a ponto de se entender que o novo sistema espanhol não aderiu nem a teoria da substanciação, nem a da individualização (Teresa Armenta DEU. *Lecciones de derecho procesal civil*. 2. ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 115).

²⁴ Conforme observa Teresa Armenta DEU (ibidem, p. 115-116), “Se pretende, por tanto, que se expliciten suficientemente los hechos y los fundamentos de derecho referidos a tales hechos, amén de las cuetiones procesales que puedan obstar a uma resolución sobre el fondo”.

²⁵ Em complemento, o art. 413 estabelece que na sentença não se pode levar em consideração fatos e fundamentos jurídicos que “introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas e de las personas que hubiere dado origen a la demanda”.

A reforma de 1993 (Lei 353)²⁶ alterou a redação dos já citados arts. 183 e 184 somente permitindo as mudanças após autorização judicial²⁷ e ainda inviabilizou a possibilidade de alteração dos elementos objetivos em sede recursal.²⁸ Em 2005 a regra foi flexibilizada autorizando modificações na demanda em sede de audiência preliminar. Mas mesmo assim, não há no sistema italiano – como há no português (art. 265-A) – o princípio da adequação formal.

CALAMANDREI²⁹ costumava denominar “princípio da adaptabilidade do órgão às exigências do processo”. Este princípio tem por objetivo “construir o processo não como um esquema rígido no qual as energias se percam inutilmente sem servir para a finalidade, senão como um mecanismo sensível e adaptável a todas as exigências, no qual o órgão julgador possa facilmente, também no curso do mesmo grau do processo, mudar a estrutura segundo as necessidades da causa, de maneira que possa oferecer às partes, nas várias fases das quais o processo se compõe, as qualidades que sirvam melhor para obter as finalidades próprias daquele momento”.

Diante de um sistema unitário rígido, mas, dentro dele com variações de flexibilização, é possível encontrar duas formas distintas de procedimento: i) o sistema

²⁶ Esta reforma teve sua gênese em 1977 no que se convencionou denominar “Comissão Liebman”.

²⁷ Sobre essa reforma observou Giuseppe TARZIA que o legislador de 1990 “quis, pois, impor a concentração e a completude da defesa, seja do autor, seja do réu: uma exigência, que sabemos difusamente constatada no processo civil moderno [...]. Todos os fatos constitutivos devem, portanto, ser alegados conjuntamente; e assim, pois, todas as exceções” (Aspectos da reforma do Código de Processo Civil. *RePro*, n. 79, p. 53, São Paulo: RT, jul.-set. 1995).

²⁸ Sobre a questão o autor assim esclarece: “A apelação conserva, portanto, o seu fundamental efeito devolutivo (*tantum devolutum quantum appellatum*) [...] tudo isso transforma a função do juízo de apelação de *novum iudicium* a *revisio prioris instantiae* [...] O juízo recursal de apelação acentuará, portanto, o caráter de simples controle sobre o juízo de primeiro grau, que já antes frequentemente possuía”. Aspectos da reforma... cit., p. 63.

²⁹ Piero CALAMANDREI. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abézia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1, p. 301-303.

da legalidade das formas (*Präklusivstadien*) e ii) o sistema da liberdade das formas (*Prozessfreiheit*).³⁰

O primeiro constitui um sistema rígido cuja obediência à forma prescrita em lei é fundamental sob pena de invalidade.³¹ No segundo, por falta de expressa previsão legal compete ao juiz, com auxílio das partes, estabelecer o momento em que o ato processual deva ser praticado.³²

Os primeiros privilegiam a segurança e a previsibilidade das relações jurídicas, pois as partes já sabem, de antemão, como será a condução do processo.³³ Contudo o formalismo excessivo implica invariavelmente a prática de atos predeterminados, muitas vezes prescindíveis para aquela situação concreta, gerando demora injustificada do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).³⁴

O segundo, como pode ser moldado pelos sujeitos da demanda, certamente terá uma adequação ao direito material e ao caso concreto mais rente à realidade fática

³⁰ Evidentemente que estas duas formas consistem na maneira *extremada*, por assim dizer, de expor o grau de rigidez do procedimento. Entre esses dois limites é possível encontrar versões intermediárias como, v.g., o atual sistema português.

³¹ Neste sentido Flavio Luiz YARSHELL. *Tutela jurisdicional*, cit., p. 183. Contudo o autor bem assevera que o sistema pode atenuar a rigidez da regra (assim como se aplica no Brasil) com a denominada *atipicidade irrelevante* para certos casos. Neste momento tem-se a vigência do princípio da instrumentalidade que leva em consideração a finalidade do ato e não o modo como este foi obtido (CPC, art. 244).

³² Antônio Alberto Alves BARBOSA observa que constitui o princípio da auto-responsabilidade. E isso porque “A preclusão constitui, sem dúvida, uma garantia do processo; força as partes litigantes e o juiz a acompanharem-no com diligência, praticando os atos processuais nas fases e momentos oportunos” (*Da preclusão processual civil*, cit., p. 67).

³³ Observa MONTESQUIEU que “as formalidades são necessárias à liberdade”. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 29.

³⁴ José Roberto dos Santos BEDAQUE assevera que: “Esta é a finalidade da técnica representada pela preclusão. É preciso garantir o desenvolvimento rápido e seguro da relação processual, a fim de que o objetivo maior seja alcançado, e que outro não é senão a formulação e a aplicação prática da regra de direito material com a conseqüente eliminação do litúgio” (*Efetividade e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 125).

contida no processo.³⁵ Contudo, perde no fator segurança, pois as partes não têm condições de saber quando será o término de suas alegações o que, evidentemente, acarretará prejuízo ao contraditório, já que constantemente as partes podem ser surpreendidas com novas alegações.³⁶

No procedimento flexível, não há falar em “momentos oportunos” para a apresentação de alegações. E isso porque as partes, assim como o juiz podem dilatar o momento para a apresentação de suas argumentações.³⁷

É importante constatar que a peremptoriedade dos prazos processuais pode deflagrar a rigidez ou flexibilização do sistema.³⁸ Mais especificamente o momento em que se dá a estabilização do processo.³⁹

³⁵ Junior Alexandre de Moreira PINTO dispõe que: “A partir do momento em que a solução da demanda não está adstrita aos limites impostos na petição inicial e pela contestação, pode o juiz, quando da prolação da sentença, utilizar, como pacificação da situação litigiosa, fatos, argumentos e circunstâncias surgidos no decorrer da demanda. É óbvio que um processo que se possa utilizar de todas estas variantes corresponde muito mais ao interesse da justiça do que aquele que deve ‘fechar os olhos’ diante dos fatos que poderiam contribuir para o deslinde do caso, mas que, pelo fato de terem sido introduzidos em momento inoportuno, a técnica não permite que sejam considerados” (Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda, in: José Rogério Cruz e Tucci; José Roberto dos Santos Bedaque (Coord.), *Causa de pedir e pedido no processo civil* (questões polêmicas), São Paulo: RT, 2002, p. 79).

³⁶ O que não se pode asseverar é a irrestrita defesa que se faz do sistema rígido para coibir a lealdade processual. Nem sempre, os argumentos extemporâneos apresentados pelas partes após o momento oportuno decorrem de má-fé. A uma, porque não se pode aprioristicamente presumir a conduta ilícita da parte. A duas porque o sistema já é dotado de mecanismos para inibir tal conduta (CPC, arts. 14, parágrafo único e 18, §§ 1º e 2º).

³⁷ Observa Everardo de SOUZA. Do princípio da eventualidade no sistema do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, n. 251, p. 106, Rio de Janeiro: Forense, jul-ago-set, 1975, “se o processo pudesse marchar sem ordem e sem disciplina, ao sabor das conveniências dos litigantes, por certo que falharia ao seu escopo, tornando-se campo aberto às manobras dilatórias e chicanistas, que tendem a procrastinar, indefinidamente, as lides forenses”.

³⁸ Nesse sentido da preponderância dos prazos peremptórios e dilatórios para qualificar o sistema, Bruno Silveira de OLIVEIRA. *Conexidade e efetividade processual*. Coord. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 2007. p. 265. (*Temas fundamentais de direito* v. 8.).

³⁹ Há autores, contudo, que não associam uma questão a outra. Heitor Victor Mendonça SICA. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 290. Para o autor “Um sistema pode ser mais rígido quanto à fixação do objeto litigioso do processo e rígido quanto ao regime de preclusão das questões incidentais (como no processo civil espanhol, posterior à LEC de 2000), rígido quanto à fixação do objeto litigioso e flexível quanto às questões incidentais (como no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, previsto na

A tendência de todos os sistemas é, como dito, focar-se na vertente da rigidez do procedimento. E isso porque dado o caráter público⁴⁰ que envolve o processo, as normas que nele se contém são cogentes e, portanto, não comportam derrogação pelas partes ou pelo Estado-juiz.⁴¹ Em consequência existe uma limitação das partes na possibilidade de cadenciar o procedimento.⁴²

A estabilização da demanda decorre de uma necessidade extrínseca da natureza do processo.

1.3 A adoção pelo nosso ordenamento (dinâmica do procedimento sob a ótica do sistema de preclusões)

Em rápida análise do atual Código de Processo Civil é fácil constatar que o ordenamento brasileiro adotou um sistema rígido de preclusões. Poder-se-ia pensar que este sistema de atos concentrados iria de encontro à natureza publicista do processo. E isso porque, sendo a sua função (o processo) a busca (ainda que utópica) da justiça, uma permissão de possíveis alegações e inserção de novas matérias no

Lei n. 9.099/95), flexível quanto ao princípio da eventualidade e rígido quanto às questões incidentais (como no processo civil alemão, anterior à reforma que entrou em vigor em 1977) e flexível nas duas disciplinas (como no processo italiano, após a *Novella* de 1950 e antes da de 1990)". Ainda Bruno Silveira de OLIVEIRA (*Conexidade e efetividade processual*, cit., p. 266) ao observar que "a alternativa rígido/flexível não se limita à questão da imutabilidade do objeto litigioso. Tachar um sistema de rígido ou de flexível com vistas apenas ao modo por que ele regula aquela questão é desconsiderar inúmeras preclusões que pode haver – e não raro há – ao longo do arco procedimental".

⁴⁰ O interesse público decorre do interesse da sociedade na correta e eficaz aplicação das normas do processo sobre a vida das pessoas e não sobre uma específica forma de tutela que o processo civil alcança sobre o direito público (e não o privado, somente). Sobre o assunto é relevante a sistematização feita por Cassio SCARPINELLA BUENO. *Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização*. *Processo civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003. p. 23-37.

⁴¹ As normas do processo e adoção do procedimento constituem questões de ordem pública que fogem do alcance das partes (*RT* 492/102, 479/185, 491/207).

⁴² Heitor Victor Mendonça SICA. *Preclusão processual civil*, cit., p. 280. Observa o autor que "Os momentos em que o impulso processual incumbe às partes são justamente aqueles em que materialmente se mostra impossível ao juiz dar o direito à prática de determinado ato por precluso e dar prosseguimento ao processo até final, bem como nos casos em que o interesse particular prepondera completamente sobre o público". *Idem*, *ibidem*, p. 281.

curso do procedimento, bem como uma natureza mais inquisitória pelo juiz, permitindo ao Estado modificar a demanda, teria o julgador melhores elementos para decidir mais rente à realidade do direito material controvertido.⁴³

Contudo a adoção desse sistema, já adotado em alguns países da Europa, a despeito de criticada por parte da doutrina, não ofende a natureza pública do processo.

Antes da exposição, é necessário proceder a uma constatação: para fins de sistema, o fenômeno *preclusão* somente pode ser tomado como relevante (e esta é a preocupação deste trabalho) sob a sua ótica relacional. Os limites aqui propostos não permitem a incursão pelo estudo da preclusão em si considerada e a análise geral do instituto, em especial após a sistematização empreendida por CHIOVENDA no século passado.⁴⁴ Será analisada, portanto, a preclusão – e mais precisamente o sistema rígido do ordenamento brasileiro – sob o enfoque *aplicado*, analisando as situações sujeitas ao instituto.⁴⁵

Mesmo antes da vigência do Código de Processo Civil de 1939, as legislações estaduais regulamentavam um sistema procedimental rígido.⁴⁶

Na uniformização da legislação processual perante um único diploma, o Código de Processo Civil de 1939 adotou um sistema ainda mais rígido que o atual.⁴⁷

⁴³ Junior Alexandre de Moreira PINTO. Sistemas rígidos e flexíveis... cit., p. 55.

⁴⁴ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 183-184 “*Todo processo, uns mais, outros menos [...], com o fim de assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos judiciais, traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além de tais limites, não se pode usar delas. Emprestei a essa consequência o nome de preclusão*” (grifos no original).

⁴⁵ Esta preocupação também foi de Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA, ao discorrer em sua grande obra sobre o formalismo no processo civil (*Do formalismo no processo civil*, cit., p. 201). São palavras do autor: “Interessa aqui a preclusão como princípio, considerada assim não em si mesma, mas no seu complexo, organizada em sistema dentro da estrutura processual, com vistas ao direto e precípua funcionamento desta”.

⁴⁶ O Código do Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo dispunha que “A inicial só pode ser alterada na substancia, mediante nova citação do réo, antes de proposta a acção” (art. 209, Lei 2.421/30). Nesse mesmo sentido o Código do Processo Civil do Estado de Minas Gerais (Lei 830/22).

Dispunha o art. 157: “Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só em ação distinta poderá formulá-lo”. E ainda o art. 181 estabelecia: “Apresentada a contestação, o autor não poderá sem consentimento do réu, alterar o pedido ou sua causa, nem desistir da ação. Parágrafo único. A recusa do réu será rejeitada, se da desistência não lhe resultar prejuízo”.⁴⁸

Já o Código de Processo Civil de 1973 que adotou igualmente um sistema de preclusões, permite a alteração do pedido em duas oportunidades: nos arts. 264⁴⁹ e 294.⁵⁰

A comissão de juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil (instituída pelo Ato n. 379, de 2009) apresentou propostas que tendem a atenuar a rigidez do procedimento, permitindo ao juiz “adequar as fases e atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa” assim como “permitir a alteração do pedido e da causa de pedir em determinadas hipóteses, assegurando sempre a ampla defesa”.⁵¹

Numa visão finalística do estudo da rigidez procedimental, pode-se falar que se trata de opção político legislativa. Contudo, esta adoção precedeu fatores externos ao processo que levaram a tal ou qual escolha. O mundo do direito, ao contrario do

⁴⁷ Antes do Código o formalismo já se apresentava no Decreto 960, de 17 de dezembro de 1938 que regulava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública.

⁴⁸ Gabriel REZENDE FILHO, escrevendo na vigência do Código de 1939, ao comentar o sistema preclusivo discorreu que “possíveis fôssem tais alegações, arbitrariamente impostas por qualquer dos litigantes, e a sentença final não poria termo a um determinado litígio entre determinadas partes interessadas” (*Curso de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. v. 2, p. 67).

⁴⁹ “Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.”

⁵⁰ “Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa.”

⁵¹ Conforme proposta apresentada ao Presidente do Senado, Senador José Sarney, em dezembro de 2009.

mundo dos fatos, trabalha com valores (efeitos jurídicos) valores estes que incidem sobre os fatos quando há a incidência da regra jurídica. Não se trata, portanto, de uma escolha fruto da mera volitividade do legislador com base num poder a si conferido.

Mas, antes disso, de uma análise no fenômeno social, elegendo e considerando as exigências que o ordenamento postula com base nos valores que lhe são próprios como a justiça, a efetividade, a segurança e a paz social.⁵²

Observa LIEBMAN que

o legislador, porém, no intuito de dar ordem, clareza, precisão e segurança de resultado às atividades processuais, bem como de salvaguardar os direitos das muitas pessoas interessadas nelas, alçou algumas exigências técnicas a regras legais e subordinou a eficácia dos atos processuais à observância dos requisitos de forma.⁵³

Por isso, inegável que os atos processuais que compõe o procedimento, à luz do ordenamento brasileiro, devem ter previsão normativa. Esta previsão decorre, além de outros fatores externos que o legislador leva em consideração para a criação da norma, a já pontuada preservação da segurança e previsibilidade.⁵⁴

⁵² Nesse sentido Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 67-93.

⁵³ *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel DINAMARCO. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 290. Nesse sentido é o entendimento de J. J. Calmon de PASSOS que observa: “permitir que a atividade processual se desenvolva segundo melhor pareça às partes – os mais autorizados juízes do próprio interesse, ou nos moldes fixados pelo magistrado, o melhor árbitro das necessidades no caso particular – porque técnico e imparcial, seria olvidar-se que numa ou outra hipótese a incerteza e a insegurança representariam alto preço de vantagens muito discutíveis. A legalidade da forma, por conseguinte, se impôs como solução universal, estando na lei, e somente nela, toda a ordenação da atividade a ser desenvolvida para que o Estado realize os seus fins de justiça” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 3, p. 11). Igual pensamento está consignado em sua obra *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 43-46.

⁵⁴ Cândido DINAMARCO observa que: “Cada ordenamento jurídico opta por rigor maior ou menor, na exigência da ordem em que os atos do procedimento devem ser realizados. O brasileiro adere tradicionalmente ao sistema de procedimento rígido, caracterizado pela nítida distribuição dos atos

Evidentemente que nem sempre essa previsão legal confere a justa e eficaz tutela jurisdicional requerida. Fernando GAJARDONI observa que “pela índole do nosso sistema procedimental rígido, as normas do procedimento só podem ser adaptadas à adequada tutela do direito material por força de disposição legal, cujo processo legislativo demanda espera incompatível com a ânsia pela tutela adequada”.⁵⁵ O autor sugere, com razão, que como o pressuposto da segurança jurídica é a previsibilidade das futuras ações, basta que se dê, mesmo sem o apanágio da lei, conhecimento prévio das mudanças aos litigantes para que possam se manifestar, independentemente de onde estas mudanças vieram.⁵⁶

Para que se dê vigência a este modelo de sistema é importante adotar a preclusão como regra a ser seguida. Dessa forma, os atos processuais devem respeitar os limites cronológicos estabelecidos no ordenamento e, uma vez não observada a prática do ato no tempo ou modo devido, apena-se o detentor daquela posição jurídica de vantagem não exercida com a perda de sua prática.

Giuseppe CHIOVENDA observa que o procedimento sofre os efeitos da preclusão que age em dois momentos distintos:

Antes da sentença do juiz, age por meio da prefixação dum ponto até o qual é possível e além do qual não é mais possível introduzir novos elementos de cognição, propor novos pedidos e exceções [...]. Depois da sentença, a preclusão age mediante prefixação dum termo às impugnações admitidas contra aquela. E assim por diante, no subsequente processo de impugnação e após a sentença nele proferida.⁵⁷

processuais em fases e pelo emprego acentuado do instituto da preclusão, destinado a impedir retrocessos” (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 453).

⁵⁵ *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 84-85. O autor ainda assevera que “a relação entre a justiça e forma criou a ilusão de que a legalidade e a rigidez do procedimento são sinônimas de previsibilidade e de segurança jurídica, sem o que haveria margem para o arbítrio”.

⁵⁶ *Flexibilização procedimental*, cit., p. 85.

⁵⁷ *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2008. v. 1, p. 450.

A disciplina do sistema de preclusões brasileira, mais especificamente na preclusão dos poderes do magistrado, encontra-se como ato final o art. 471, *caput*, do CPC (“nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”). Conforme bem observa Egas Dirceu Moniz de ARAGÃO “O enunciado dessa disposição revela serem dois os seus objetivos; um concerne à coisa julgada material, outro à preclusão”.⁵⁸

Contudo para o atendimento desta finalidade e a resolução de uma causa e a decisão final, é possível que o magistrado tenha que proceder a uma *fragmentação da lide* (lide de LIEBMAN), pois é perfeitamente corrente que nem todas as questões referentes *àquela lide* sejam julgadas conjuntamente por ocasião da prolação da sentença. É possível, portanto, que determinadas situações (“porções de lide”) sejam decididas em momento anterior.

CHIOVENDA⁵⁹ empresta dois elucidativos exemplos. No primeiro caso a matéria é de mérito: o magistrado acolheu a prescrição e extinguiu o processo com resolução do mérito (CPC, art. 269, IV). A parte sucumbente recorreu e o tribunal anulou a sentença para que seja proferida uma nova. Esta nova sentença não poderá discutir mais a questão da prescrição que foi alcançada pela preclusão. No segundo caso a matéria é estranha ao mérito: o magistrado acolhe a alegação de incompetência e remeta os autos para o juízo competente. Sobreveio recurso anulando a decisão do juízo *a quo*. Os autos retornam a vara de origem que não poderá mais decidir sobre aquela questão.

A construção, a despeito de ter sido erigida e refletida com base na realidade italiana, aplica-se ao sistema brasileiro. A redação do art. 463 não exaure o seu

⁵⁸ Preclusão (processo civil). *Saneamento do processo*. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989. p. 166.

⁵⁹ *Cosa giudicata e preclusione*. *Saggi di diritto processuale civile*. 3. ed. Mião: Giuffrè, 1993. v. 3, p. 276.

conteúdo. Sua restrição vai antes, além dos lindes da sentença, incidindo igualmente para as decisões conforme se depreende igualmente com o art. 516 do CPC.⁶⁰

É importante proceder a análise de dois institutos intimamente relacionados ao sistema de preclusão, especialmente na parte que interessa a este ensaio: a regra da eventualidade e a estabilização da demanda.

1.4 Regra da eventualidade

Conforme dito no item anterior, a regra da eventualidade⁶¹ guarda estrita referibilidade com o sistema de preclusões. E isso porque a obrigatoriedade da concentração de todos os atos postulatórios em um único momento restará preclusa qualquer inserção extemporânea de material que deveria ser utilizado no momento pré-definido em lei.⁶² A regra da eventualidade apanha as *causae petendi* apresentadas pelo autor e, com muito mais intensidade as *causae excipiendi* apresentadas pelo réu.

A relação que a regra da eventualidade possui com a preclusão fez com que uma série de processualistas identificassem como expressões sinônimas. Assim é o entendimento de Eduardo COUTURE⁶³ e Humberto THEODORO JÚNIOR.⁶⁴

Contudo, ambos os institutos não se confundem. A preclusão é instituto mais amplo incidindo numa série de outras situações endoprocessuais não alcançadas pela

⁶⁰ Egas Dirceu Moniz de ARAGÃO. Preclusão (processo civil), cit., p. 166. Cassio SCARPINELLA BUENO, em outros termos, também é contrário a literalidade do dispositivo estendendo a sua aplicação igualmente aos *acórdãos*. *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. Coord. Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1502.

⁶¹ Denominada como *regra da concentração* no direito português.

⁶² O sistema brasileiro excepciona esta regra no art. 303 do CPC.

⁶³ *Fundamentos do direito processual civil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 95. “Uma segunda acepção do vocábulo [preclusão] corresponde ao que já foi chamado de princípio da eventualidade”.

⁶⁴ *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1, p. 375.

eventualmaxime. O mero ônus de afirmar e de contestar, premissas da eventualidade não se aplicam ao magistrado ou auxiliares da justiça e, não se pode negar que muito do que se decide no processo fica sujeito à preclusão.⁶⁵

A preclusão tem por precípua objetivo evitar um prolongamento desnecessário do processo atendido o primado do contraditório. Tem seu campo de operação no curso de todo o procedimento e não apenas no seu início.

Dessa forma, a necessidade de se apresentar todos os fatos na inicial e na defesa não decorre da preclusão, mas da eventualidade. Já a exigência de apresentação de determinadas alegações e meios de prova não se dá pela eventualidade, mas ao contrário pela preclusão.⁶⁶

Pode se dizer que a regra da eventualidade (*eventualmaxime*) refere-se a questão da imutabilidade do objeto litigioso e da causa *excipienda*. Já as preclusões atingem a todos os demais casos. Todas, estas e aquela, compõem o que se denomina sistema de preclusões.

Dessa forma, conforme será mais bem explicado no capítulo 6 (item 6.4) a eficácia preclusiva impede ao autor apenas de deduzir causa de pedir em nova demanda se apenas as argumentações forem distintas. Nova causa de pedir enseja nova demanda, pois escapa da proteção exercida pela tríplice identidade.

As alegações de defesa, contudo, são todas repelidas: as que foram e as que poderiam ter sido apresentadas, impedindo o réu de buscar o Judiciário com

⁶⁵ Nesse sentido Maurício GIANNICO. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 31.

⁶⁶ Guilherme Freire de Barros TEIXEIRA. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005. p. 45-46 (Coleção Temas atuais de direito processual civil, v. 10). Contudo, observa o autor que “não significa a existência de uma relação de continente/conteúdo entre a preclusão e a eventualidade, já que se trata de conceitos diversos, utilizados para delimitar situações distintas”.

fundamento em qualquer outra alegação hábil que *poderia ter servido de base* para a defesa na primeira demanda.

Everardo de SOUZA, em excelente trabalho, referência sobre o tema assevera que a eventualidade

funda-se na necessidade de uma ordem lógica para o exercício das atividades processuais das partes. Só se verifica dentro do processo, onde projeta os seus efeitos. Exerce uma função de índole especificamente processual, cuja observância é assegurada pelo sistema de preclusão. Obriga às partes, isto é, aos sujeitos da relação processual, incidindo sobre atos que pratica (ataque, defesa, prova).⁶⁷

A regra da eventualidade, como dito, está associada ao ônus de afirmar e de contestar. A teoria da substanciação determina que o autor deva apresentar, conforme dito seus argumentos na petição inicial e o réu na defesa.

A premissa é importante. Duas correntes permanecem vigentes e antagônicas na doutrina sobre a correta extensão da eventualidade. Uma, denominada *ampliativa*, assevera que a eventualidade alcança tanto o autor como o réu. Dessa forma, o autor e o réu têm o ônus de apresentar suas alegações, respectivamente na petição inicial e na defesa.⁶⁸

Já a corrente restritiva refere-se apenas ao réu no ônus de alegar em contestação todas as matérias inerentes a sua defesa, ainda que entre estas não haja perfeita compatibilidade. Numa rápida análise do Código de Processo Civil brasileiro, verifica-se a adoção desta corrente. E isso porque o art. 300, do qual a doutrina se debruça para explicar o instituto está inserto no capítulo “Da resposta do réu” e apenas

⁶⁷ Do princípio da eventualidade no sistema do Código de Processo Civil, *Revista Forense*, 251/101.

⁶⁸ Esta teoria é defendida no Brasil por Egas D. Moniz ARAGÃO. Preclusão (processo civil), cit., p. 153; Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 202 e ss. José Rogério Cruz e TUCCI. *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 158, Everardo de SOUSA. Do princípio da eventualidade no sistema do Código de Processo Civil, *Revista Forense*, 251/101.

sobre ele a regra (no texto normativo) é designada. Como consequência da aparente opção legislativa, a doutrina majoritária segue este caminho.⁶⁹

Guilherme Freire de Barros TEIXEIRA,⁷⁰ acertadamente, sugere uma relativização das duas teorias. De fato, é difícil manter a defesa da teoria restritiva sabendo que o autor sofre a regra da estabilização da demanda (CPC, arts. 264 e 294) (item 1.6) que constitui um aplicação da regra da eventualidade. Se assim não fosse, o autor poderia emendar/aditar livremente o seu pedido ou causa de pedir (*emendatio/mutatio libeli*).

A adoção da teoria da substanciação, bem como a exigência de nova citação quando alterar os elementos da demanda no caso de revelia e ainda a impossibilidade de apresentação de declaração incidente nessa mesma situação são indicadores da inequívoca existência da eventualidade para o autor.

Contudo é igualmente difícil manter integralmente a teoria ampliativa, pois cria-se um excessivo alargamento à regra da eventualidade na medida em que abrange não somente o autor e o réu, como todos os meios de prova por eles apresentados.

É importante observar que a eventualidade e as provas não se relacionam necessariamente.⁷¹ Existe a necessidade de narrar os fatos na inicial sob pena de preclusão. Igualmente existe a imposição (= ônus) de apresentação de todos os argumentos de defesa na contestação. Ocorre que as provas serão requeridas pelo juiz

⁶⁹ Humberto THEODORO JÚNIOR. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 375. Moacyr Amaral SANTOS. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 217; Vicente GRECO FILHO. *Direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, p. 125.

⁷⁰ *O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 27-50.

⁷¹ Há casos como no rito sumário e nos embargos de terceiro em que a produção da prova sofre uma rigidez maior dada a concentração dos atos (v. arts. 276, 278 e 1050, CPC). A regra dos arts. 276 e 278 não escaparam das críticas de Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA. Para o autor a exigência da prova na fase postulatória é desnecessária na medida em que “o novo sistema concebe duas audiências a de conciliação e a de instrução e julgamento (art. 278, § 2º), havendo entre ambas intervalo de tempo suficiente para a formulação de quesitos, em ocasião mais madura porque ciente o autor dos termos da resposta” (*Do formalismo no processo civil*, cit., p. 204).

ora de ofício, ora após a fixação dos pontos controvertidos. Definitivamente o mero e genérico protesto de prova na petição inicial e na contestação não delimita todos os meios de prova que serão utilizados.⁷²

Contudo, no Brasil ainda remanesce entendimento da ampla disponibilidade do direito material em conflito, afinal se a parte pode praticar atos de disposição (renúncia, reconhecimento, transação), também lhe é lícito dispor sobre como e quais as provas que devem ser produzidas. Ademais, a produção da prova pelo juiz comprometeria sua imparcialidade.

Entretanto, as desigualdades entre as partes, o desapego à teoria privatista do processo com a perfeita compreensão do estudo publicista do processo e a concepção de que a atividade judicial não mais pode ser estática (calcada no princípio da cooperação) fez com que se mitigasse – no sistema probatório – a regra do princípio dispositivo, para dar azo ao princípio inquisitivo.

Afinal, a função do juiz é promover o equilíbrio entre as partes (CPC, art. 125, I). Assim, nas palavras de Cândido DINAMARCO “aos juízes não cumpre atuar como meros homologadores de conduta dos particulares”.⁷³

Em obra específica sobre o tema, José Roberto dos Santos BEDAQUE⁷⁴ é extremista defensor dos amplos poderes instrutórios do juiz e, dessa feita, procede a uma análise na doutrina que defende o princípio dispositivo, atacando ponto a ponto:

⁷² “Ao protestarem os autores, na inicial por todos os meios de prova em direito permitidos, seguiram forma usual, porquanto a precisa indicação das necessárias, muitas vezes, só é possível após a contestação, pois esta até pode admitir como verdadeiro todos os fatos alegados dispensando-se, assim, a instrução probatória” (RTJ 106/157 e RT 580/260). Nesse sentido: “Evidenciando-se a necessidade de produção de provas, pelas quais, aliás, protestou o autor, ainda que genericamente, constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, fundado exatamente na falta de prova do alegado na inicial” (STJ, 3ª T, REsp 7.267-RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 20.03.1991, DJU 08.04.1991, p. 3.887).

⁷³ *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 53.

⁷⁴ *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

O autor estabelece uma diferença no plano do direito material e processual acerca do direito das partes, máxime os direitos disponíveis, que seriam de esfera privativa das partes e não do juiz. Explicita que se o pedido requerido e os limites da prestação da tutela pertencem às partes, a forma como ele é prestada pertence ao Estado. Dessa feita, o direito posto em juízo não influencia na atividade instrutória do juiz.⁷⁵

Igualmente não ofende a isonomia das partes a produção da prova pelo juiz, ao contrário. Já que se vige no nosso sistema a igualdade substancial, é *dever* do magistrado zelar pela correta equiparação das partes no processo produzindo provas que a parte, dada sua desigualdade, não produziu.⁷⁶

E aqui recai em outro argumento esposado por quem seja contrário ao ativismo judicial no campo das provas. Há quem entenda que ao produzir a prova do magistrado seria retirada a imparcialidade. E isso porque ao determinar *ex officio* a produção de uma prova o magistrado não tem condições de saber a quem ela favorecerá “apenas proporciona uma apuração mais completa dos fatos”.⁷⁷

A não produção da prova poderia incidir na parcialidade do juiz, afinal tinha conhecimento de que a produção da prova poderia esclarecer de forma mais pormenorizada os fatos, mas deixou de fazê-lo, favorecendo, portanto, a parte que não tinha razão. Ademais, ao produzir a prova, basta que as partes participem para eventualmente repercutir no seu convencimento (princípio do contraditório).

A norma central do princípio inquisitivo na produção probatória gira em torno do art. 131 do CPC que confere ao magistrado amplos poderes para apreciar livremente a prova (se atendo, evidentemente, àquilo que restou demonstrado nos

⁷⁵ *Poderes instrutórios do juiz.*, cit., p. 86-96.

⁷⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 96-75.

⁷⁷ *Idem*, p. 80.

autos). Esta norma possui dois artigos que lhe dão base: o art. 130, que estabelece a permissibilidade de o juiz produzir provas de ofício, bem como o já referido art. 125, I, que determina que o magistrado deve garantir a igualdade entre as partes no processo.

Ademais, há diversos outros artigos informadores dessa regra e que permitem uma atividade mais ativa do juiz para com o processo (vide arts. 342, 418, 437 e 440, todos do CPC).

Evidentemente que a produção da prova pelas partes ainda deve ser levada como regra decorrente do tradicional ônus da prova (CPC, art. 333, I e II) que disciplina que a prova deve ser produzida por quem *alega*.

Entretanto, em determinadas situações o magistrado pode (deve) avançar no campo probatório para guiar o seu convencimento sobre a verdade dos fatos como nas ações de estado ou capacidade das pessoas e nas ações coletivas.

Outra questão que deve ser levantada e se discute na doutrina é a coerência lógica da contestação. É comum se defender que, dada a imperiosidade que a regra da *eventualmaxime* impõe, a parte teria o ônus de alegar *todas as matérias de defesa* mesmo que elas *sejam incompatíveis entre si*.⁷⁸

Contudo, bem observa Cândido Rangel DINAMARCO que

não é absoluta a liberdade inerente à eventualidade da defesa, porque as grandes incoerências entre fundamentos cumulados podem configurar mentiras ao menos em um deles e a mentira é ato de deslealdade processual, incluído entre as hipóteses punidas a título de litigância de má-fé (art. 17,

⁷⁸ É clássico o exemplo de Ernane Fidélis SANTOS com forte influência em Goldschmidt: “Não devo, porque não há contrato; se há, é nulo; se existir ou não estiver nulo, já está paga a dívida; se não está paga, já ocorreu a prescrição e, de qualquer forma, a conclusão que se tira dos fatos não permite deduzir a pretensão do autor” (*Manual de direito processual civil*, 12. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 461). Nesse mesmo sentido, Luiz Rodrigues WAMBIER; Flávio Renato Correia de ALMEIDA; Eduardo TALAMINI. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1, p. 347; Marcos DESTEFENNI. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, t. I, p. 355; Marcus Vinícius Rios GONÇALVES. *Novo curso de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 372-373.

II). As sanções à litigância de má-fé constituem limites à eventualidade da defesa.⁷⁹

Afinal, a eventualidade que acarreta a concentração dos atos processuais é operacionalmente útil ao processo, e mais especificamente à tutela dos direitos?⁸⁰

Quem responde é Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA:

representa ao mesmo tempo garantia e obstáculo a um processo justo, adequado para refletir da melhor maneira possível a situação jurídica fora do processo. Constitui, não há dúvida, proteção contra a chicana, a demora e a ocultação da situação fática, acarretadas pelo transcurso de tempo. Todavia implica também o risco de exclusão de alegações e pleitos omitidos sem culpa pela parte como já se notou com agudeza, frequentemente se mostra impossível no início do processo apresentar de maneira compreensiva todos os aspectos do caso.⁸¹

1.5 Estabilização da demanda (arts. 264 e 294 do CPC)

O formalismo do processo pode acarretar – como entre nós acarreta – na impossibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido. Esta inflexibilidade decorre do interesse público na correta ordenação dos atos e prestação ágil e efetiva da tutela jurisdicional.⁸²

⁷⁹ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 331.

⁸⁰ Adolf SCHÖNKE analisou a questão da eventualidade pelo autor sob a ótica da boa-fé: “A lei limitou a admissibilidade da modificação da demanda para proteger ao demandado diante de uma gestão leviana do processo, e lhe dar logo que seja possível oportunidade para decidir se se propõe responder a demanda ou não, e como se defender” (*Direito processual civil*. Campinas: Romana, 2003. p. 233).

⁸¹ *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 205.

⁸² A estabilidade não é apenas objetiva (CPC, art. 264 e 294). Como integrante dos elementos da demanda as partes também tem o seu momento em que sua alteração resta vedada. Logo, a estabilidade também é subjetiva (CPC, arts. 41 e 87). Neste sentido Adolf SHÖNKE: “Também é uma modificação da demanda a mudança de partes. Esta pode efetuar-se entrando no processo um terceiro como parte, em lugar do demandante ou do demandado primitivos, ou junto a eles” (*Direito processual civil*, cit., p. 236). Em sentido contrário (e mesmo afirmando ser corrente minoritária), entendo não haver mudança da demanda quando se tratar das partes, Leo ROSEMBERG. *Tratado de derecho procesal civil*, cit., Traducción Anhgela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, t. II, p. 129. Para o autor “*Sólo la modificación de la petición de la demanda o de*

Diferentemente do sistema alemão⁸³ e do sistema português,⁸⁴ o ordenamento brasileiro adota a regra da imutabilidade do libelo.⁸⁵

No momento em que a petição inicial é distribuída, verifica-se uma relação que se estabelece entre o autor e a autoridade judicante. Após a citação do réu complementa-se a relação jurídica com a participação dos sujeitos integrantes do processo: *iudicium est actum trium personarum*.

É longa (e divergente) a discussão sobre quando o processo é formalizado. Se existe processo sem a presença do réu ou, somente com sua participação é possível a sua formação. É dizer com mais precisão e analisando a questão sobre outro enfoque: é a citação pressuposto de existência do processo?

O direito positivo entende que o processo existe independentemente da citação conforme se depreende dos arts. 267, I e 263 do CPC. Parcela da doutrina defende positivamente esta corrente.⁸⁶ Outra entende que se trata de pressuposto de

sus fundamentos es modificación de la demanda; no lo es el cambio de las partes". Enrique VESCOVI em excelente trabalho sobre o assunto (La modificación de la demanda. *RePro*, n. 30, p. 209, São Paulo: RT, abr.-jun. 1983) admite a possibilidade da modificação das partes alterar a demanda, igualmente.

⁸³ O § 263 da ZPO permite a alteração da demanda mesmo sem concordância da parte contrária.

⁸⁴ O CPC português no art. 273, incisos 1 a 6 autoriza a ampliação ou modificação da causa de pedir na réplica se o processo não vedar (salvo nos casos de confissão). Igualmente é possível a ampliação ou modificação do pedido na réplica, bem como outras especificações.

⁸⁵ Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA critica essa posição adotada pelo sistema alegando que “do ponto de vista cooperativo, no atual estágio de desenvolvimento social brasileiro, está mais do que em tempo de se começar a pensar na reforma da legislação para permitir a alteração do pedido e da causa de pedir, nos termos da legislação processual portuguesa atual. Dessa forma, mais uma vez seria estimulado o desejável diálogo entre o órgão judicial e as partes, quebrando-se ao mesmo tempo um formalismo excessivo que não tem mais razão de ser” (*Do formalismo no processo civil*, cit., p. 176).

⁸⁶ Arruda ALVIM. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: RT, v. 1, p. 479-480, Teresa Arruda Alvim WAMBIER. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 285, Cassio SCARPINELLA BUENO. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 440-443.

desenvolvimento.⁸⁷ Há ainda aqueles que entendem não ser a citação sequer pressuposto processual.⁸⁸

Para Cassio SCARPINELLA BUENO, a citação – como manifestação clássica do princípio do contraditório – é pressuposto de existência. E isso porque “não haveria como conceber um processo juridicamente existente se o réu não for citado”.⁸⁹

Esta regra não entra em choque com os arts. 296 e 285-A do CPC. Ambos os casos permitem a extinção do processo sem citar o réu. No primeiro a extinção se dará sem resolução de mérito já que a petição inicial não preenche requisitos mínimos de admissibilidade sendo inviável o prosseguimento da demanda.

No segundo, em virtude de a demanda ser de direito (e, portanto, não haverá necessidade de dilação probatória) o magistrado já constata – com base nos anteriores precedentes de seu juízo – que a causa não terá êxito para o autor. Nos dois casos (extinção por inadmissibilidade ou por improcedência *prima facie*) viu-se desnecessária a citação. O que não desnatura a sua imprescindibilidade.

A alteração dos elementos da demanda, em especial os objetivos (causa de pedir e pedido) constituem um direito processual, desde que antes da citação.⁹⁰ Após a

⁸⁷ José Maria TESHEINER. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 84. José Roberto dos Santos BEDAQUE. *Efetividade do processo...* cit., p. 212-213. O autor observa que os pressupostos de existência “devem existir antes da propositura da demanda, para que o processo possa nascer” por isso “o único pressuposto real de existência seja a *investidura do órgão jurisdicional*. Os demais são necessários ao julgamento do mérito, e sua ausência determina a extinção de processo existente”.

⁸⁸ Cândido DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 507. O argumento é, de fato muito coerente: A citação não seria requisito de existência mas de eficácia do processo. Sabendo que validade e eficácia são fenômenos distintos. O processo existe desde sua propositura. Fredie DIDIER entende que constitui “condição de eficácia do processo em relação ao réu” (*Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 1, p. 453). E assevera o autor que seria ilógico falar em pressuposto de existência “fato que está, na linha do tempo, em momento posterior à existência daquilo que se pretende condicionar” (idem, ibidem, p. 454).

⁸⁹ *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 395.

⁹⁰ De acordo com Fredie DIDIER, constitui negócio jurídico processual. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 448. Mesmo que essa conceituação não seja aceita por boa parte da doutrina. Ver, por todos: Enrico Tullio LIEBMAN. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 291-292.

citação, a alteração de qualquer dos elementos somente poderá ser feita com a autorização do réu. Esta possibilidade se encerra com o saneamento, em que torna vedada a alteração da demanda.⁹¹

Entretanto, estas possíveis alterações no objeto litigioso devem encontrar um limite. A modificação do libelo não pode ser exercida indefinidamente, sob pena de comprometer a efetividade e a rápida solução do litígio (CF, art. 5º, LXXVIII).

É aqui que incide a estabilização da demanda. “Seu objetivo é limitar o poder das partes de eternamente modificar a própria demanda, ou mesmo propor novas no curso do processo”.⁹²

Nesta fase postulatória, antes da citação do réu, o princípio dispositivo se torna mais acentuado, na medida em que permite o autor emendar a petição inicial por mera deliberalidade, alterando o pedido e a causa de pedir (CPC, art. 294)⁹³ ou por exigência judicial (CPC, art. 284). Poderá até desistir da “ação” independentemente da concordância do réu (CPC, art. 267, § 4º).⁹⁴

⁹¹ A regra comporta temperamentos, contudo. A oposição na modalidade interventiva (CPC, art. 59) que permite o ingresso de terceiro para discutir o mérito da causa. De acordo com as regras procedimentais da referida intervenção, o ingresso somente pode ser dado até a audiência de instrução e julgamento (após o saneador, portanto).

⁹² Junior Alexandre Moreira PINTO. Sistemas rígidos e flexíveis..., cit., p. 55.

⁹³ Antes da Lei Federal n. 8.718, de 14 de outubro de 1993, a redação do art. 294 (na sua concepção original pelo Código de 1973) impedia o autor depois de apresentada a petição inicial agregar pedido que deixou de fazer. Na verdade a jurisprudência anterior permitia a mudança *qualitativa* (mudança do pedido) e não a *quantitativa* (JUTAcivilSP 50/208). A alteração teve por objetivo permitir que essa modificação fosse possível. E isso porque, se o autor quisesse aditar o pedido deveria fazê-lo por processo autônomo.

⁹⁴ No processo civil espanhol, a despeito de mais flexível que o nosso ordenamento possui regra semelhante no art. 412: “1. Establecido lo que sea objeto del proceso em la demanda, e la contestación y, em su caso, en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, em los términos previstos em la presente Ley”. Sobre a estabilização no processo espanhol observa Teresa Armenta DEU que “Por las mismas razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y prohibición de indefensión (art. 24 CE) que ocasionaían los câmbios en el objeto del proceso, a partir de un determinado momento, el art. 412 LEC consagra la prohibición de modificar el citado objeto del proceso, a partir de la litispendência” (Lecciones..cit. p. 161).

Dois são os fundamentos para a existência da estabilização do processo. Em primeiro plano, a estabilização é interesse Estatal, já que a desmedida possibilidade de alteração dos fatos no curso da demanda incorre em instabilidade para proferir a decisão além de demora na entrega da tutela jurisdicional. Em segundo plano fomenta a boa-fé processual já que não haverá surpresa com a apresentação de novos fatos que, por vezes, propositalmente foram omitidos para dificultar o contraditório.⁹⁵

A alteração do pedido e especialmente da causa de pedir depende da fixação de premissas. Premissas no sentido de se verificar o que, *para fins de identificação da demanda*, constitui o conteúdo mínimo da causa de pedir.

Dessa forma, não haverá alteração da causa de pedir se a mudança se deu na adução de fatos simples,⁹⁶ qualificação jurídica ou na qualificação legal⁹⁷ (*infra*, itens 3.4 e 3.6).⁹⁸ Neste específico tocante, decorre da escolha do ordenamento brasileiro

⁹⁵ Milton Paulo de CARVALHO. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 122.

⁹⁶ “Somente existe modificação dos fundamentos da demanda, caso sejam trocados os fatos alegados para a substanciação da mesma. Na variação dos pontos de vista jurídicos não existe modificação da demanda” (Adolf SCHÖNKE. *Direito processual civil*. Campinas: Romana, 2003. p. 233). Nesse sentido Lino Enrique PALACIO (*Manual de derecho procesal civil*, cit., p. 135), ao observar que “*se opera la transformación de la pretensión siempre que se modifique la base fáctica que la sustenta*”. Enrique VESCOVI. La modificación de la demanda, cit., p. 209, igualmente observa que a modificação somente pode ser dada “se trata del hecho esencial, relevante, no de los hechos secundários”.

⁹⁷ Conforme Arruda ALVIM. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 328. É o mesmo entendimento da doutrina alemã: “Por eso, la modificación del punto de vista jurídico no es nua modificación de la demanda cuando las circunstancias de hecho se completan dentro de lo fijado em el § 268, inc. 1, conforme a la tipicidad abstracta de la nueva norma jurídica aplicable” (Leo ROSEMBERG. *Tratado de derecho procesal civil*, cit., p. 129).

⁹⁸ Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO observam que “Inexiste alteração da causa de pedir se o demandante, ao longo do processo, limita-se a aperfeiçoar a narrativa de circunstâncias não-essenciais, atribui às suas alegações de fato qualificação jurídica diferente da originalmente atribuída (sem a efetiva alteração do fato constitutivo), alega norma jurídica diversa da invocada inicialmente (desde que ambas levem ao mesmo efeito jurídico) ou efetua mera correção de erros materiais” (*Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 253 (comentários ao art. 264)).

(conforme será verificado nos itens 3.2.2 e 3.2.3) pela teoria da substanciação; evidentemente quando não causar prejuízo ao contraditório.⁹⁹

Quanto ao pedido há a impossibilidade tanto de alterar o pedido mediato como o imediato.¹⁰⁰ Não é dado ao autor requerer a mudança, v.g., de pedido condenatório para declaratório se não for exercido corretamente o contraditório.¹⁰¹

A modificação do libelo comporta, contudo, temperamentos em alguns artigos: 303, 321, 462, 517 e 475-N, III, todos do CPC. Sobre o último, preconiza a regra que constitui título executivo judicial “a sentença homologatória de conciliação ou transação ainda que inclua matéria não posta em juízo”. Esta regra que não veio com a reforma de 2005, mas com a anterior reforma empreendida pela Lei 10.352/2001.¹⁰²

Apenas em arremate, conforme foi exposto no item 1.2, a estabilidade do processo se reveste de suma importância especialmente pela efetividade, segurança e previsibilidade na condução da demanda. Contudo, o formalismo excessivo pode impedir a prolação de decisão mais rente à realidade do direito material vigente. É

⁹⁹ “Deve-se considerar que a simples indicação do fundamento jurídico, ou a afirmação do direito (relação jurídica), possibilitando a substituição do fato constitutivo, por ser indiferente à relação jurídica, sem que se altere o direito, atinge o princípio do contraditório, pois a controvérsia se dará sobre os fatos alegados, e dessa controvérsia os efeitos jurídicos pretendidos, tendo como exemplo mais claro a presunção de veracidade dos fatos quando ocorre a revelia” (Alexandre Alves LAZZARINI. *A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução de união estável*. São Paulo: RT, 1999. p. 47-48).⁹⁹

¹⁰⁰ “Tambien se configura la situación que analizamos cuando se modifica el objeto inmediato o mediato de la pretensión, como por ejemplo, si primero se solicita la declaración de rescisión de un acto jurídico y, posteriormente, su nulidad”. Lino Enrique PALACIO. *Manual de derecho procesal civil*, cit., p. 135.

¹⁰¹ Este é o posicionamento de Arruda ALVIM. Para o jurista, esta mudança não pode ser recusada: “Isto porque, mesmo que tal hipótese seja entendida como *desistência da sanção* da ação condenatória, no Direito vigente é essencial a audiência do réu para se efetuar a mesma (art. 267, § 4º), como o é para a desistência pura e simples da ação. Se não houver prejuízo para o réu, ainda que o mesmo discorde, deverá ser aceita esta modificação, na verdade, uma desistência, o que prevalece como correto, “a luz da nova redação do art. 294” (*Manual de direito processual civil*, cit., vol. 2, p. 328).

¹⁰² “A regra deve ser aplaudida porque vai ao encontro de uma das mais caras finalidades do processo civil atual: a pacificação com justiça levando-se em conta outros meios de resolução de controvérsias” (Cassio SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 3, 2008, p. 85).

dizer, *de lege ferenda*, não haveria nenhum prejuízo em se permitir a alteração dos elementos da demanda a qualquer momento (mesmo após o saneamento) conquanto as partes estivessem concordes.

O prejuízo não pode ser hipotético, mas concreto, analisado caso a caso: *Pas de Nullité Sans Grief*.

Capítulo 2

DOS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DA AÇÃO

2.1 Introdução – Importância da tríplice identidade

Observa Ernesto HEINITZ que “Se l’essenza della cosa giudicata sta nel vincolo costituito da essa per ogni futuro processo, bisogna precisare fino a che punto si estenda in vincolo suddetto”.¹⁰³

A identificação da demanda¹⁰⁴ sempre foi uma preocupação dos processualistas nacionais e estrangeiros.¹⁰⁵

Inegavelmente este problema perpassa pela análise e (consequentemente) opção do ordenamento jurídico. Constitui, portanto, escolha político-legislativa.

É o ordenamento que estabelece as regras de congruência (CPC, arts. 128 e 460), estabilização do libelo (CPC, arts. 264 e 294), cumulação de pedidos (CPC, art. 292), inércia (CPC, arts. 2º e 262), os limites (objetivos) da coisa julgada (CPC, arts. 468 e 469) e, em decorrência, sua eficácia preclusiva (CPC, arts. 471 e 474). Assim constitui-se uma relação de duplo sentido vetorial: por meio da correta identificação da demanda é possível verificar e sistematizar os institutos mencionados. Entretanto, esta

¹⁰³ *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: Cedam, 1937, p. 129.

¹⁰⁴ Jaime GUASP define demanda como “ato típico e ordinário de iniciação processual (*Derecho procesal civil*, t. I, 2. ed. 1985, p. 416). Contudo, a doutrina não chegou a um consenso acerca da correta nomenclatura: CHIOVENDA denomina elementos da ação (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 427), Humberto THEODORO JÚNIOR dispõe que se trata de elementos da causa e não da ação (*Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 68-69) e Frederico MARQUES entende que se trata de elementos à pretensão (*Manual de direito processual civil*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 1, p. 154).

¹⁰⁵ Ugo ROCCO adverte que “In tutti questi casi il problema è sempre identico: accertare se si tratti di una soal ed única azione o di più e diverse azioni, ed il paragone per stabilire tale identità avviene, confrontando gli elementi dell’azione” (*Trattato di diritto processuale civile*. Turim: Utet, [s.d.]. v. 1, p. 354).

identificação torna-se necessária na exata medida em que estes mesmos institutos são colocados na prática.¹⁰⁶

Prescindiria estabelecer um estudo sobre identificação da demanda se não houvesse campo de aplicação.¹⁰⁷ Como todos estes fenômenos processuais decorrem de escolha do legislador, a identificação da causa será moldada de tal ou qual forma para melhor atender a estes institutos. Não se pode, portanto, concordar com CHIOVENDA que preconiza que os elementos da demanda decorreriam naturalmente do ordenamento.¹⁰⁸

Diversas são as situações jurídicas em que a identificação da demanda se faz importante. A cumulação de demandas, a congruência, a sua alteração e a coisa julgada. Certamente a congruência – ao menos para a identificação da demanda – se mostra como uma das mais importantes. A parte tem livre acesso ao Judiciário decorrente do princípio da inafastabilidade (CF, art. 5º, XXXV). Contudo, existem regras infraconstitucionais que limitam esse direito.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Assevera LIEBMAN que “cada ação em concreto tem sua própria individualidade, que a distingue das demais. É isso que nos permite verificar, entre outras coisas, diante de duas demandas propostas [domande giudiziali], se representam o exercício da mesma ação ou de ações diferentes” (*Manual de direito processual civil*, cit., p. 248).

¹⁰⁷ “La teoría del objeto del proceso cumple principalmente una función de identificación del proceso, esto es, de individualización del mismo, de distinción de los demás procesos posibles, y por ello la pretensión sirve perfectamente para esa finalidad” (Juan Montero AROCA. *El nuevo proceso civil – Ley 1/2000*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000. p. 187).

¹⁰⁸ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 427.

¹⁰⁹ É conhecida a identificação da ação como ação constitucional e ação exercida. A ação pode ser vista de duas formas: i) como um direito. O direito constitucional de acessar o Judiciário dada a inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV); ii) como um exercício. Também denominada “ação exercida” e denominada por sinônima como demanda, causa, lide, pleito, feito. Ação exercida é a ação que concretiza no processo o direito abstrato de ação. Sua importância processual é fundamental, pois por meio da ação exercida que se desenvolve os estudos sobre elementos da ação, cumulação de ações, conexão, continência, coisa julgada e as condições da ação são estudadas por esse enfoque. A ação exercida é condicionada a existência das condições da ação. Esta – a exercida – não pode ser confundida com a garantia constitucional de acesso ao Judiciário. Este acesso é amplo e irrestrito. Todavia o exercício sofre temperamentos no campo infraconstitucional que pode estabelecer limites.

Os arts. 128 e 460 do CPC, sob enfoques diferentes, determinam que o magistrado deva julgar nos estritos limites da lide proposta e o impedem de proferir sentença de maneira diversa, superior ou abaixo do postulado. Dessa forma, o magistrado está limitado à identificação da demanda apresentada pelo autor.

Entretanto, esta adstrição da sentença ao pedido deve seguir parâmetros objetivos, vale dizer, é necessário que se estabeleça critérios para a correta aferição da demanda e seus limites. Essa é a importância da identificação da demanda.

Assevera o jurista carioca Leonardo GRECO:

Os fatos e as relações jurídicas submetidos à jurisdição são múltiplos e complexos. Para que ela não venha a atuar mais de uma vez sobre a mesma controvérsia ou sobre o mesmo direito, é preciso identificar cada uma das suas atuações. Essa é a utilidade da chamada identificação das ações.¹¹⁰

No percorrer da história, a preocupação com a identificação da demanda potencializou-se no final do século XIX com a declarada autonomia processual em relação ao direito material.¹¹¹ Dessa forma, foram erigidas várias teorias para individuar a demanda e impedir a reprodução, simultânea ou sucessiva.

Contudo, dois sistemas de identificação disputaram a prevalência nos diversos ordenamentos jurídicos: a *teoria da identidade da relação jurídica* e a *teoria da tríplice identidade*. Como bem observa José Rogério Cruz e TUCCI, “ostentam as

¹¹⁰ *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 47.

¹¹¹ José Rogério Cruz e TUCCI (*A causa petendi no processo civil*, cit., p. 79) assevera que os alicerces do processo foram edificados antes mesmo de Oskar Von BÜLLOW com Grolman, Gönner e Almendingen que criaram a denominada “teoria geral do procedimento” em seu tesoro della scienza tedesca dell’ Ottocento. A despeito de a identificação das demandas ter sido uma preocupação originária do período romano, conforme observa Enrique VESCOVI: “En el Derecho romano en el primer momento en el cual existió la primitiva actio (en el sistema de las legis actionis) despredida de a relación jurídica material (substantiva), aquélla era facilmente identificable, pero luego de una evolución y progresiva abstracción de las acciones, se planteó el problema de la identificación, recurriéndose a la tradicional regla de las tres identidades: eadem personae, eadem res y eadem causa petendi” (La modificación de la demanda. *RePro*, n. 30, p. 207, São Paulo: RT, abr.-jun. 1983.

mesmas finalidades, quais sejam, a de determinar a reunião de processos em atenção à regra da economia processual ou, então, impedir a reprodução simultânea ou sucessiva de demandas”.¹¹²

A primeira teoria encontrou em SAVIGNY o seu maior defensor. Ao analisar a coisa julgada e a possibilidade de se alegar sua exceção em outra demanda, defendeu a possibilidade de identificar duas demandas por meio das mesmas pessoas e a mesma questão (identidades subjetiva e objetiva).¹¹³ Entendia o autor que o correto cotejo entre duas demandas somente poderia ser solucionado por meio da identidade da relação jurídica.

Constitui a identidade da relação jurídica numa técnica de cotejo entre duas demandas “fundada na coincidência de determinado relacionamento jurídico entre dois sujeitos (*eadem quaestio*), não importando sua natureza de direito pessoal ou real”.¹¹⁴

Se a questão jurídica é diversa, não se pode apresentar exceção de coisa julgada. Contudo, serão consideradas idênticas quando, a despeito da identidade da relação, haja pequenas modificações estruturais como mudança de nomenclatura, posição invertida das partes etc.¹¹⁵

De outro lado, e voltando um pouco na história, no direito romano, regras dispersas teriam fornecido elementos para que no período medieval fosse engendrada a teoria dos *tria eadem*, técnica de identificação de demandas utilizada em grande escala nos tempos atuais.¹¹⁶ A tríplice identidade foi adotada em 1804, por influência de

¹¹² A causa petendi *no processo civil*, cit., p. 231.

¹¹³ *Sistema del ditirro romano attuale*, v. 6. Apud José Rogério Cruz e TUCCI. *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 82.

¹¹⁴ Guilherme Freire de Barros TEIXEIRA. *Princípio da eventualidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2005, p. 160 (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 10).

¹¹⁵ José Rogério Cruz e TUCCI. *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 82.

¹¹⁶ “Una tradizione più che secolare identifica gli elementi individuatori della domanda nei soggetti, nel petitum e nella causa petendi; la dommatizzazione di ciascuno di tali elementi, ma soprattutto dell’ ultimo, risale, peraltro, al secolo scorso e, in Italia, ha avuto compiuta e consapevole sistemazione nella teoria dell’ azione

POTHIER,¹¹⁷ pelo Código Civil francês (art. 1.351) e adotada em vários sistemas legislativos, inclusive o nosso (CPC, art. 301, § 1º).¹¹⁸

Foi em CHIOVENDA que se estabeleceu a principal exposição sobre o assunto. Conforme ressaltado, com a autonomia processual que se deu no final do século XIX, duas correntes se originaram para se determinar os limites objetivos do processo. Uma, de origem alemã que preocupou em estudar o objeto litigioso e outra, de origem italiana¹¹⁹ que construiu o que se denominou moderno conceito de ação.

O autor italiano, baseado nos estudos de WACH, foi o grande responsável por esta conquista. Afastou-se dos caminhos que a doutrina italiana havia chegado (que se aproximava muito do sistema francês) especialmente no campo da relação processual. Para o autor a relação se dá contra o demandado e não como na tradição germânica contra o Estado.¹²⁰

Ademais, a demanda judicial deveria conter três elementos: pedido, causa de pedir e partes, resgatando as fontes romanas clássicas. Estes estudos influenciaram sobremaneira a doutrina italiana moderna especialmente a LIEBMAN.¹²¹

di Giuseppe Chiobenda” (Luigi MONTESANO e Giovanni ARIETA. *Trattato di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 2001. t. I, p. 309-310).

¹¹⁷ E antes dele por Jacques CUJAS, conforme observa José Rogério Cruz e TUCCI. *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 81.

¹¹⁸ Egas Dirceu Moniz de ARAGÃO entende que a concepção clássica da tríplice identidade se deu por Matteo PESCATORE, sessenta anos depois. Assim: “Precisamente em 1864, há mais de um século, o comendador MATTEO PESCATORE, Professor Emérito de Leis na Real Universidade de Turim e Conselheiro da Corte de Cassação de Milão, no famoso, e hoje raro, livro *Sposizione Compendosa della Procedura Civile e Criminale* nelle some sue ragioni e nel suo ordine naturale com appendici di complemento sui temi principali di tutto il diritto giudiziario, editado em Turim pela UTET (Unione Tipografico-Editrice Torinese), divulgou a muito aludida, mas nem sempre lida, doutrina a propósito della continenza di causa”. Conexão e tríplice identidade, *Ajuris*, n. 28/72.

¹¹⁹ É conhecido que a origem do direito de ação também seja de gênese alemã (a famosa disputa entre Windscheid e Muther) e consolidada por WACH.

¹²⁰ “A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei” (CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 42).

¹²¹ *Manual de direito processual civil*, cit., p. 248-252

No Brasil,¹²² assim como na Itália,¹²³ teve acolhida pela grande maioria da doutrina.

Preconiza o art. 301, § 2º, do CPC brasileiro:¹²⁴ “Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.¹²⁵ A redação do artigo não ficou imune às críticas como de Celso Agrícola BARBI criticando que o método da tríplice identidade é ultrapassado devido a suas grandes deficiências.¹²⁶

Em resposta, Alfredo BUZAID observa que a teoria da tríplice identidade teve adoção pelo Código de Processo Civil de Portugal bem como a aceitação pela ampla doutrina nacional.¹²⁷

Cândido DINAMARCO¹²⁸ observa que os elementos identificadores da demanda

servem, antes e acima de tudo, para determinar o provimento que será lícito ao juiz emitir, pois definem a sua natureza (condenatório, constitutivo etc.), especificam-lhe o objeto e extensão (o bem da vida), delimitam os seus

¹²² Majoritária doutrina brasileira atual defende a teoria da tríplice identidade. Evidentemente existem ressalvas, situações em que sua atuação não produz efeitos (máxime nos casos de direitos coletivos), mas esta incapacidade de atuar sobre todas as situações jurídicas decorre muito mais da complexidade do direito material e a incapacidade de se criar um “conceito perfeito e unitário” para a identificação das ações do que defeitos na própria teoria dos *tria eadem*.

¹²³ Salvatore SATTA. *Direito processual civil*. 7. ed. Tradução de Luis Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. p. 173-174; Ugo ROCCO. *Trattato di diritto processuale civile*, cit., p. 354; Giuseppe CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 234. Francesco CARNELUTTI. *Instituições do processo civil*. Campinas: Servanda, 1999. v. 1, p. 88.

¹²⁴ No art. 163 do CPC italiano consta os elementos necessários para efetivar a citação do réu. Nos requisitos 2, 3 e 4 assevera a identificação das partes, a indicação do bem da vida que se pretende somado aos fatos e os elementos de direito que constituem a demanda (partes, causa de pedir e pedido).

¹²⁵ Que regulamenta, em verdade, o § 1º do referido dispositivo que assim dispõe: “Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada”.

¹²⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 1, t. I, p. 74-75.

¹²⁷ *Ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 352-353.

¹²⁸ O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1987. p. 186.

fundamentos (os fatos, situação da vida concreta alegada ao demandar) e indicam o alcance subjetivo (partes).

Ocorre que o tempo de operacionalidade da tríplice identidade constitui “índice seguro da sua correspondência a uma necessidade e, pois, possivelmente uma verdade científica”.¹²⁹

A identificação da demanda, independentemente do método que se utilize para caracterizá-la, não se pode verificar somente por um sistema interno, intrínseco, mas também externo, relacional. A identificação das demandas tem razão de ser na medida em que se limita a atividade jurisdicional, já que o magistrado, como dito, deve julgar nos limites em que a demanda é proposta (CPC, arts. 128 e 460) como também permitir o correto confronto com outra demanda resolvendo uma série de questões processuais pertinentes.¹³⁰

No cotejo entre duas demandas a relação é gradativa conforme a similaridade ou não dos elementos que a compõe. Assim, as demandas podem ser completamente diferentes, podendo haver entre elas mera afinidade, conexão e culminando com a litispendência que é a identidade total entre as causas.

Contudo, encontrar-se-ão na doutrina, com certa frequência, autores que entendem ser a teoria da tríplice identidade insuficiente para a resolução de todos os problemas práticos respeitantes à identificação da demanda.¹³¹

¹²⁹ Arruda ALVIM. *Direito processual civil*. São Paulo: RT, [s.d.]. v. 2, p. 62-65.

¹³⁰ Cândido Rangel DINAMARCO confere valiosa sistematização sobre a utilidade da identificação dos elementos da demanda nos seguintes casos: a) para definir competência, quer em razão da pessoa, domicílio, natureza do direito ou do bem pretendido; b) fixação do réu; c) verificação de litispendência; d) verificação de coisa julgada; e) verificação de conexão ou continência; f) na viabilidade de cumulação de pedidos; g) na possibilidade de possível questão prejudicial e conseqüente admissibilidade de ação declaratória incidental; h) influi na admissibilidade do litisconsórcio; i) e delimita a coisa julgada (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 129).

¹³¹ Adverte José Rogério Cruz e TUCCI que “perante várias situações concretas, a teoria da tríplice identidade desponta insuficiente para desempenhar o papel que lhe é reservado no confronto de duas ou mais ações. E,

Veja-se a discutida questão na doutrina entre a ação declaratória negativa e a ação condenatória. Se o réu apresenta ação declaratória negativa e o autor ação condenatória, evidentemente o caso não será de litispendência, mas de conexão, pois o pedido entre eles é diverso (CPC, art. 103).

Agora, se a parte autora já ajuizou ação de cobrança, é possível à parte contrária ingressar com ação declaratória de inexigibilidade? Neste caso não, pois a defesa já satisfaz o direito do devedor.

Quem pede condenação pede, implicitamente, declaração de inexistência da dívida, que é condição indispensável para a procedência da ação. Por outro lado, a defesa do réu contém implícita, a pretensão à declaração da inexistência do direito do autor. Por conseguinte, a declaratória que viesse a ser ajuizada teria seu objeto já totalmente absorvido pelo da ação condenatória procedente.¹³²

Em verdade, é possível hoje estabelecer três correntes distintas no tocante à opção do sistema de identificação das demandas (ações): a) existem aqueles que defendem a teoria da *tria eadem* como melhor forma de identificação das demandas; b) existem outros que entendem ser a teoria da *tria eadem* a mais adequada para identificação das demandas, mas insuficiente para a resolução de todas as propostas práticas e c) aqueles que, por entender que a teoria da tríplice identidade não soluciona todos os casos, adota a teoria da identidade da relação jurídica.

a despeito de sua adoção expressa pelo nosso Código, não pode restar dúvida de que a doutrina e a jurisprudência devem procurar soluções para determinadas questões que extravasam os lindes daquela” (A causa petendi *no processo civil*, cit., p. 232). Desta conclusão decorre a clássica frase do autor que a teoria da tríplice identidade seria uma “boa hipótese de trabalho” (idem, *ibidem*, p. 233).

¹³² Calmon de PASSOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 260-261. Nesse sentido Arruda ALVIM, *Direito processual civil*, v. 1, cit. p. 400. Cândido DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 499, observa a desnecessidade de reconvenção quando “sabendo-se que a rejeição da demanda (improcedência) já é em si mesma a concessão de tutela jurisdicional plena ao réu”.

2.2 Do elemento subjetivo: as partes

Analisando o processo como relação jurídica¹³³ – uma de suas acepções – é possível constatar inegavelmente que o processo se desenvolve pelos atos dos sujeitos que o integram.

Falando exatamente dos sujeitos, pode-se afirmar certamente que o processo hospeda em seu pórtico procedimental pelo menos três protagonistas que cumprem direitos e deveres na esfera processual. São eles o juiz o autor e o réu.

O juiz pelo próprio exercício jurisdicional é sujeito desinteressado¹³⁴ já que sua função substitutiva é dirimir o conflito gerado pelo autor e réu. Estes últimos têm interesse na demanda e, portanto, são parciais, flexão do conceito de parte da qual irá se tratar.¹³⁵

Portanto, parte¹³⁶ é quem pede e contra quem se pede determinada providência jurisdicional.¹³⁷ Na lúcida definição de Cassio SCARPINELLA BUENO¹³⁸ “Partes são

¹³³ Em verdade o processo pode ser considerado uma entidade complexa. O Estado e as partes estão interligados por uma série de vínculos. Estes vínculos conferem às partes o direito de praticar atos, pois são titulares de posições jurídicas. “Relação jurídica é exatamente o nexos que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus (...). Poderes e faculdades são posições jurídicas ativas correspondentes à permissão (pelo ordenamento) de certas atividades. O que as distingue é que, enquanto a faculdade é a conduta permitida que se exaure na esfera jurídica do próprio agente, o poder se resolve numa atividade que virá a determinar modificações na esfera jurídica alheia (criando novas posições jurídicas)” (Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 280-281). Assim não se pode afirmar que processo seja sinônimo de relação jurídica, pois esta última não tem aptidão de definir todo o instituto processo. A relação jurídica é uma das partes, uma vertente, da definição maior do instituto. Dessa forma, processo é uma entidade complexa com a soma da relação jurídica (seu aspecto intrínseco) com o procedimento (seu aspecto extrínseco).

¹³⁴ Nesse sentido Athos Gusmão CARNEIRO. *Intervenção de terceiros*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 3.

¹³⁵ Ovídio Baptista SILVA assevera que o conceito de parte é importante para a solução de inúmeros problemas de natureza processual, valendo-se do conceito de parte nos arts. 13, 14, 125, I, 104 3 472 (*Curso de processo civil* – v. 1: *Processo de conhecimento*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 227).

¹³⁶ Há uma classificação, hoje ultrapassada, no sentido de classificar em parte processual e parte substancial. A primeira é a definição clássica de parte como se conhece hoje e como se definiu no presente trabalho. Já a segunda seria aquele que se afirma o titular de determinado direito. Assim, na substituição processual, a parte material seria o substituído e a parte processual o substituto.

¹³⁶ Cassio SCARPINELLA BUENO. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 3.

os não-terceiros; terceiros são todos os que não são partes. O conceito de parte, nestas condições, é obtido pela negação de quem, seja terceiro e vice-versa”.¹³⁹

Esta definição é sobretudo importante, pois o “ser” parte basta figurar no processo,¹⁴⁰ pouco importando a relação que tenha essa parte com o direito substancial trazido para juízo. *A definição pura e simples de parte é eminentemente processual.*¹⁴¹ Tem como base o fato objetivo de o nome da pessoa estar inserto na petição inicial demandando ou sendo demandada.

Nestas condições, o sujeito do processo não guarda relações com o direito material já que é conceito puramente processual. Ser sujeito do processo é verificar, em última análise, os atos no plano do processo.¹⁴² Esta definição decorreu de uma gradual evolução no próprio sistema do processo civil desde sua autonomia, a partir do momento em que se conferiu à relação jurídica processual sua devida independência.¹⁴³

¹³⁷ Giuseppe CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 234. A definição do autor é mais específica: “aquele que demanda em seu próprio nome a atuação de uma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”. Esta definição remonta a teoria do autor peninsular em visualizar a ação como um direito potestativo.

¹³⁸ *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, cit., p. 3.

¹³⁹ Nesse sentido Leo ROSEMBERG: “partes no processo civil são as pessoas que solicitam e contra as quais se solicita, em nome próprio, a tutela jurídica do Estado” (*Tratado de derecho procesal civil*, cit., t. 1, p. 211).

¹⁴⁰ A doutrina clássica costumava identificar o autor como o credor e o réu como devedor, fazendo clara análise do conceito de parte como imposição do direito material. Ver por todos Francisco de Paula BATISTA. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. Campinas: Russel, 2002. p. 23.

¹⁴¹ Nesse sentido Francesco CARNELUTTI. *Instituições do processo civil*, cit., v. 1, p. 220; Piero CALAMANDREI. *Direito processual civil*, cit., v. 2, p. 228.

¹⁴² Para Teresa Armenta DEU, “son las personas sobre las que recaerán los efectos del proceso, aquellas a quienes afectará de forma directa el pronunciamiento del tribunal, sea cual sea el contenido” (*Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 113).

¹⁴³ Este mérito é de Oskar Von BÜLLOW. Sobre o tema assevera o autor: “La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones por otra singular característica, que puede haber contribuído, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso” (*La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: El Foro, 1999. p. 10).

Por exclusão, terceiro é o não-parte. Eles deverão agir em juízo, mas por algum motivo não integram o contraditório.

Há quatro formas de se tornar parte em um dado processo: a) ajuizando uma demanda, b) sendo demandado, c) por sucessão processual ou d) por intervenção de terceiros.

A grande maioria dos atos praticados pelas partes do processo (e, mais amplamente, por todos os sujeitos processuais) constitui-se como declarações de vontade. Assim se opera com a apresentação da petição inicial, com a defesa e com os recursos.¹⁴⁴

Contudo, para que esta declaração de vontade possa ser emitida pela parte, é indispensável que ela possua capacidade para tanto. De acordo com CHIOVENDA, é a capacidade “de realizar atos processuais com efeitos jurídicos no próprio nome, ou por conta de outro”.¹⁴⁵

A capacidade de ser parte corresponde à capacidade de ter direitos e obrigações na órbita civil.¹⁴⁶ A ordem jurídica é quem confere a um ente (pessoa física ou jurídica) estes direitos e obrigações.¹⁴⁷ Ou seja, apenas aquele que tiver aptidão para vivenciar direitos e obrigações no plano material pode validamente exercê-los.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Como bem observa Cândido DINAMARCO, existem atos que são declarações de conhecimento, como por exemplo o depoimento pessoal (CPC, art. 342) e a confissão (CPC, art. 348) (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 281).

¹⁴⁵ *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 314.

¹⁴⁶ “É a aptidão de uma pessoa para ser parte, isto é sujeito de direitos e obrigações na ordem civil”, conforme leciona Frederico MARQUES. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 249.

¹⁴⁷ Arruda ALVIM. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 28.

¹⁴⁸ Contudo, a lei confere a determinados entes, mesmo não sendo pessoa física ou jurídica, poderes para exercer direitos e obrigações em juízo, como a massa falida (CPC, art. 12, III e Lei Federal 11.101/2005, art. 22, III, *n*) e o consórcio. Essas pessoas, por possuírem repercussão patrimonial na esfera dos direitos, possuem personalidade judiciária.

Mas nem toda pessoa que tem aptidão para contrair direito ou obrigações tem capacidade para exercê-los. A capacidade jurídica ou de gozo¹⁴⁹ não se confunde com a dinâmica da ação. Dessa forma, a capacidade para estar em juízo diz respeito com a efetiva possibilidade do exercício dos direitos de que se é titular. A capacidade de ser parte deve ser antecedida obrigatoriamente pela capacidade de estar em juízo.

Isso se dá porque a pessoa é juridicamente incapaz. A incapacidade impede o “ser parte” por si em juízo. Essa vedação é encontrada tanto no Código Civil (arts. 3º e 4º) como no Código de Processo Civil (arts. 7º e 8º).

Assim, o direito processual limita o exercício do direito de ação e o direito civil circunscreve quais são os casos. É desta forma que deve ser lido o art. 8º. Nesses casos tem-se uma capacidade atrofiada, pois a parte possui aptidão, mas não o direito de agir. Dessa forma, para integralizar esta capacidade, deve ser representado ou assistido por outra pessoa que exercerá esta função.¹⁵⁰

Como somente os maiores e capazes detêm capacidade processual, os demais devem ir a juízo por meio dos mecanismos de representação (aos absolutamente incapazes) ou assistência (aos relativamente incapazes).

Os tutores são nomeados em favor dos menores e os curadores a todos os outros.

Uma questão importante: quem deve ser citado quando se fala em relativamente incapaz? A melhor solução seria o menor desde que venha assistido pelo seu responsável na forma da lei civil. Tanto o relativo quanto o absolutamente

¹⁴⁹ Importante asseverar que é possível haver capacidade ao exercício de direitos sem que haja capacidade de gozo. A mãe que representa o menor possui capacidade ao exercício, mas somente este possui a capacidade de gozo. Nesse sentido Arruda ALVIM, *Manual de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 31.

¹⁵⁰ Há um caso em que não existe sequer capacidade de direito (art. 12, VII): sociedades sem personalidade jurídica.

incapazes são partes. Mesmo nos casos da incapacidade absoluta, em que não há a prática de nenhum ato diretamente pelo incapaz.

Mas em nenhuma hipótese é o caso de litisconsórcio e sim de representação.

Como visto, a capacidade de ser parte a todos pertence. E isso porque basta o nascimento com vida para a aquisição desse requisito. Igualmente a capacidade para estar em juízo, como pressuposto processual que é depende da capacidade de fato, ou de exercício.

Contudo, tais situações são pertinentes ao processo e não possuem vínculo algum com as situações de vida trazidas pelo autor. Por não estarem relacionados a nenhum caso concreto, são considerados requisitos genéricos já que “tem capacidade para ser parte e para estar em juízo qualquer pessoa capaz, independentemente do pedido que venha a formular”.¹⁵¹ Frederico MARQUES entende que a legitimidade de parte é um conceito que medeia a definição de ser parte e o de parte vencedora, pois é mais do que parte (sabe que tem direito a tutela jurisdicional), mas não se sabe ainda se esse direito lhe será concretamente outorgado.¹⁵²

Usualmente denominada legitimidade para agir,¹⁵³ a legitimação para a causa é condição da ação e relaciona-se com a identificação daquele que pode pretender ser o titular do bem da vida deduzido em juízo seja como autor (legitimação ativa), seja como réu (legitimação passiva).¹⁵⁴ Esta regra tem grande utilidade quando a lei não

¹⁵¹ José Roberto dos Santos BEDAQUE. *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. Coord. Antônio Carlos MARCATO. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21.

¹⁵² *Manual de direito processual civil*, cit., p. 250.

¹⁵³ Salvatore SATTA diferencia legitimidade de interesse alegando que “enquanto o interesse é uma condição objetiva a justificar a ação, a legitimação é uma condição subjetiva, um nexos de determinado sujeito com o provimento do juízo” (*Direito processual civil*, cit., p. 170).

¹⁵⁴ Nas palavras de Athos Gusmão CARNEIRO, “Consiste na legitimação para a causa na coincidência entre a pessoa do autor e a pessoa a quem, em tese, a lei atribui a titularidade da pretensão deduzida em juízo, e a coincidência entre a pessoa do réu e a pessoa contra quem, em tese, pode ser oposta tal pretensão” (*Intervenção de terceiros*, cit., p. 25).

precisar de maneira suficientemente clara que é o titular da situação que se quer ver legitimada. Portanto, o critério da coincidência entre a situação jurídica meramente afirmada e “o esquema de proteção traçado pela lei”.¹⁵⁵

A doutrina brasileira¹⁵⁶ tem o hábito de distinguir capacidade de legitimidade referindo-se à noção gramatical de transitividade. Na capacidade não se exige complemento: fulano é capaz. Todavia a legitimidade que depende sempre de um complemento tem legitimidade para quê?

Assim, a legitimação para a causa é a via dinâmica e concreta da titularidade estática e abstrata da capacidade de ser parte. Em conclusão: a legitimidade para a causa tem reflexo para fora do processo de se saber a quem pertence o bem jurídico deduzido em juízo. A legitimidade para o processo volta-se precipuamente, a saber, quem pode praticar os atos no plano do processo e dentro do processo.

Dessa forma, a legitimação para o processo constitui pressuposto processual e a legitimação para a causa constitui na própria titularidade de figurar em específica causa.

Verificação da legitimidade para a causa é, em última análise, certificar que aquele que busca o Judiciário (e contra quem se busca) são os mesmos que figuraram na relação jurídica de direito material subjacente ao processo.

O sistema divide a legitimidade em ordinária e extraordinária. A classificação em ordinária e extraordinária toma como critério a relação do legitimado com o objeto litigioso do processo.

A legitimação ordinária é a regra no sistema, vale dizer, a aptidão de requerer em juízo (ou ser demandado) acerca de direito material conflituoso que lhe diga

¹⁵⁵ Sérgio BERMUDES. *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 49.

¹⁵⁶ Arruda ALVIM. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 32.

respeito. A legitimação comum (ordinária) refere-se à coincidência entre aqueles que se encontram no Judiciário com aqueles que figuraram no direito material, vale dizer: postular em nome próprio (seu nome no processo) direito próprio (titular do direito discutido).

Seria desnecessário o vocábulo ordinário não houvesse outra forma de legitimação. Excepcionalmente o sistema processual admite uma ruptura, entre os planos de direito material (provável titular do bem da vida) e do processual (quem se apresenta em juízo para tutelar este bem da vida) e permite a alguém, em nome alheio, ser condutor do processo mesmo não sendo titular das condições da ação.

Denomina-se legitimação extraordinária. Assim a parte figura no Judiciário em nome próprio, mas tutelando direito alheio.¹⁵⁷ É possível que o aquilo que se discute no Judiciário também lhe diga respeito. Nesses casos tem-se a legitimação extraordinária concorrente, pois várias pessoas estão autorizadas a buscar o Judiciário. Se apenas um deles resolve tutelar em juízo, exercerá dupla função: legitimado ordinário, de seu direito e co-legitimado (legitimação extraordinária) de direito alheio. São os casos de condomínio e de dívidas solidárias.

Difere-se da legitimação exclusiva, quando apenas um sujeito tiver a possibilidade de tutelar em juízo (Ministério Público na ação civil pública).

A legitimação extraordinária deve ser entendida como gênero da qual figuram como espécie a substituição processual¹⁵⁸ e a representação. Na representação o representante defende em juízo direito alheio em nome alheio. Na substituição a defesa

¹⁵⁷ Athos Gusmão CARNEIRO assevera que ocorre a “legitimação extraordinária, quando alguém pode sustentar em juízo, como parte, um direito cuja titularidade o autor afirma pertencer a outrem” (*Intervenção de terceiros*, cit., p. 31).

¹⁵⁸ Giuseppe CHIOVENDA toma as expressões como sinônimas, denominado a legitimação de substituição. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 300-307. “Como no direito substancial, casos se verificam em que se admite alguém a exercer no próprio nome direitos alheios, assim também outro pode ingressar em juízo no próprio nome (isto é, como parte) por um direito alheio” (ibidem, p. 300-301).

do direito alheio se dá em nome próprio desde que expressamente admitido nos termos do art. 6º do CPC.

Assim, a substituição processual¹⁵⁹ embora mais comum não é sinônimo de legitimidade extraordinária.

A legitimação extraordinária permite uma ruptura entre o plano do direito material e o plano do processo. Quem conduz o processo não é – nem pretende ser – o titular da relação de direito material nele deduzida.

E isso decorre porque por vezes o legislador processual verifica que é melhor distinguir aquele que é titular de determinado bem da vida daquele que pretende fazer valê-lo em juízo. Até como uma forma de otimizar (viabilizar) a tutela jurisdicional.

Esta dicotomia entre direito e processo é bastante aguda, máxime no chamado direito processual coletivo em que a distinção entre quem se apresenta em juízo e os titulares dos bens jurídicos tutelados é a regra.

Há casos em que o legitimado extraordinário tutela em juízo objeto litigioso que também lhe diga respeito, quando então o legitimado reunirá as duas características numa única situação jurídica, ordinária (pelo que é seu) e extraordinária (pelo que é de outrem).

Em verdade, a escolha (=opção) do legislador para a permissividade de outrem tutelar em juízo direito alheio é opção política.

¹⁵⁹ Para Francesco CARNELUTTI, “Existe substituição quando a ação no processo de uma pessoa diferente da parte se deve, não à iniciativa desta, e sim ao estímulo de um interesse conexo com o interesse imediatamente comprometido na lide ou no negócio” (*Instituições do processo civil*, cit., v. 1, p. 222).

O legitimado extraordinário é parte, mesmo que seja “só” no sentido processual e é atingido pela coisa julgada (não poderá o substituto, via de regra, em nome próprio pretender rediscutir em outra via o objeto da discussão).¹⁶⁰

A substituição processual decorre de lei, assim o interesse do substituto não é subjetivo, mas legal, portanto é irrelevante (e porque não dizer metajurídico) saber se existe interesse ou não, pois basta verificar se a lei atribui interesse para agir. Até mesmo porque não existe legitimação extraordinária convencional.

Dizer que o substituto é parte não quer dizer que ele possa realizar todas as atividades de parte. Sua atividade é circunscrita à sua própria condição. Assim não poderá o substituto dispor sobre o direito material deduzido em juízo. Sua atividade se limita à gestão do processo.

Conforme visto na capacidade de ser parte, nem todas as pessoas têm capacidade para estar *per si* em juízo. Estas pessoas, por serem incapazes, precisam ser representadas ou assistidas em juízo se for absoluta ou relativamente incapaz.

¹⁶⁰ Há de levar as exceções em consideração como os arts. 103 do CDC e 274 do CC. Assim, dispõe o art. 103 do CDC: “Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe; § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual; § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99; § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória”. E o art. 274 do CC: “O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve”.

A despeito da nomenclatura diversa, ambas orbitam sob o gênero representação processual. O representante processual não é parte, é integrador de capacidade. Por ele e só por ele, é possível que o incapaz postule em juízo.

O advogado não é representante processual, apenas detém capacidade postulatória.

Difere-se a representação da legitimação extraordinária. Enquanto na legitimação extraordinária a parte postula em nome próprio direito alheio, na representação, o sujeito ingressa tutelando direito alheio em nome alheio.

E isso porque o incapaz integrará o processo, apenas será “processualmente tutelado”. Dessa forma, numa ação de alimentos proposta pelo menor contra o pai, a mãe representará o filho, mas parte não será.¹⁶¹ Tutela direito alheio (do menor) em nome dele.

Com relação à identidade de partes, para fins de identificação de demanda, é importante ressaltar, como bem assevera Joaquim José Calmon de PASSOS,¹⁶² que a identidade entre os sujeitos deve ser jurídica e não somente física. E isso porque a pessoa pode ostentar diversas qualidades e apenas poderá se considerar a mesma lide quando uma qualidade específica da parte for reproduzida na outra demanda.¹⁶³

Se houver a mesma parte em demandas diversas, mas em cada uma apresenta esta parte qualidades distintas, não haverá, a despeito da repetição, *bis in idem*.

Explica-se: se em determinado processo a pessoa agiu como representante e na segunda demanda age em nome próprio, não houve reprodução da mesma ação. Contudo, o contrário também é possível. Duas pessoas físicas distintas podem ser

¹⁶¹ Poderá até ser, mas não nesse exemplo.

¹⁶² J. J. Calmon de PASSOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 259.

¹⁶³ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 430.

impedidas de litigar em dois processos distintos sem que incorra em litispendência ou coisa julgada se possuírem a mesma qualidade jurídica. Dessa forma, uma ação já intentada pelo (agora) *de cujus*, não poderá ser reproduzida pelos seus herdeiros. Fisicamente são pessoas distintas, mas juridicamente são as mesmas.¹⁶⁴

2.3 Dos elementos objetivos: da pretensão processual

2.3.1 Do pedido

Como o processo é o espelho do direito material, já que traduz os conflitos realizados por essas relações materiais, é possível definir o pedido como o meio condutor de se projetar para dentro do processo a referida pretensão que no direito material não foi cumprida.¹⁶⁵

O princípio da congruência determina que o juiz deva julgar nos estritos limites que a demanda é a ele apresentada (arts. 128 e 460 do CPC) o que a doutrina convencionou em denominar como adstrição da sentença ao pedido.¹⁶⁶

Contudo, essa regra da congruência cede passo em quatro situações processuais;

a) nos pedidos implícitos (CPC, art. 293): a regra é que os pedidos sejam interpretados restritivamente (extrair do pedido somente aquilo que nele se contém). Contudo, a lei autoriza, em certos casos, a formação de pedido implícito. Pedido implícito é aquele que não se pede, mas *ex vi legis*, pode se obter. Assim são os juro

¹⁶⁴ Calmon de PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 259.

¹⁶⁵ É possível, contudo, dentro do sistema, a possibilidade de formular pedidos de fundamentação processual (assim é a ação rescisória o mandado de segurança contra ato judicial, a ação anulatória, a exceção de incompetência, a impugnação ao valor da causa, entre outros), mas todos eles, por via oblíqua, objetivam alguma pretensão no campo do direito material.

¹⁶⁶ Sobre o assunto, ver amplamente Vallisney de Souza OLIVEIRA. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

legais – que podem ser compensatórios (impostos pela lei como remuneração do emprego do capital alheio) ou moratórios¹⁶⁷ (art. 290 do CC c/c Súmula 254 do STF), correção monetária (com a autorização de incidência nos débitos judiciais pela Lei 6.899/81, art. 1º) e honorários do advogado (art. 20 do CPC);¹⁶⁸

b) nos pedidos de prestações periódicas (CPC, art. 290);

c) nas matérias de ordem pública, sejam elas de direito processual (e.g. pressupostos processuais e condições da ação – arts. 267, § 3º e 301, § 4º, do CPC) sejam de direito material (função social do contrato (CC, 421), boa-fé objetiva (CC, art. 422), função social da propriedade (CF, art. 5º, XXIII c/c o art. 170, III));

d) demanda superveniente, que ocorre sempre quando o réu apresenta algum pedido em juízo como os pedidos reconventionais, contrapostos e todos aqueles veiculados na intervenção de terceiros (chamamento ao processo e denunciação da lide).

Ademais o pedido serve para identificação da demanda para fins de verificação de litispendência, conexão, continência e coisa julgada. E além de tudo para fixação do valor da causa.

O pedido terá uma pretensão mediata (o bem da vida que se pretenda, o resultado prático extraído da demanda) e uma imediata¹⁶⁹ (a providência jurisdicional pleiteada, no mais das vezes, uma sentença). Uma decisão que declare, condene ou constitua.

¹⁶⁷ Os juros de mora incidem a partir da citação quando a obrigação decorrente dessa for contratual e a partir do evento danoso quando for extracontratual.

¹⁶⁸ Nesse sentido, José Carlos BARBOSA MOREIRA. *O novo processo civil brasileiro*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 12.

¹⁶⁹ Lino Enrique PALACIO observa que “El primero es la clase de pronunciamiento que se reclama (condena, declaración, ejecución, etc.) y el segundo, el bien de la vida sobre el cual debe recaer el pronunciamiento pedido” (*Manual de derecho procesal civil*, cit., p. 122). Nesse sentido Teresa Armenta DEU. *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 114.

Essa busca por dois bens jurídicos distintos e sucessivos (bem da vida e tutela) que Cândido DINAMARCO¹⁷⁰ afirma haver; para o autor uma pretensão bifronte.

Quanto à formalização do pedido, preconiza o art. 286 que o pedido deverá ser certo ou determinado. Não resta a menor dúvida na doutrina de que os termos certeza e determinação são conjuntivos e não alternativos como assevera a lei, já que um requisito depende do outro. Portanto, o pedido deve ser certo e determinado.

Pedido certo é aquele explícito expresso, delimitado, o que descreve com exatidão o bem jurídico que lhe quer ver outorgado pelo Estado. Determinado é a extensão do pedido certo, o *quantum debeatur*, a individuação do seu gênero e de sua quantidade.

Essa regra perde sua importância nas coisas certas (aquele imóvel, aquele contrato), pois elas bastam por si mesmas para individuar o pedido. Enquanto a certeza é a regra, no Código de Defesa do Consumidor é a exceção. Esta regra toma maior realce no art. 95 do referido diploma legal quando se fala em defesa de interesses individuais e homogêneos: “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

As incertas – que serão indicadas ao menos pelo seu gênero e quantidade (CC, art. 243) – não. A certeza se relaciona ao pedido imediato e a determinação ao mediato.

Todavia, existem situações da qual o autor está impossibilitado de fixar o valor do bem jurídico que pretende seja-lhe conferido, conquanto o queira. Por vezes a situação de fato que se quer ver legitimada em juízo não pode ser delimitada na inicial e impede que o autor fixe um valor exato para a causa. Nem por isso a lei tolhe as

¹⁷⁰ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 108.

partes de buscar suas pretensões em juízo até mesmo para dar vigência ao art. 459, parágrafo único, do CPC.

Nesses casos, a lei não só autoriza como também enumera as situações da qual se postula. O pedido nesse caso será certo, porém determinável. São denominadas vulgarmente pela lei de *pedido genérico*. Somente se aplica ao pedido mediato, pois o imediato sempre será determinado.

Não confundir essa espécie de pedido com os pedidos vagos, que por não preencherem uma exigência da lei é inepto em sua essência (condenação do réu “nas penas da lei”, “ao que for devido”, “pagar uma indenização”).

Igualmente não se pode confundir com o pedido condicional que subordina a eficácia da sentença a evento futuro e incerto – o que, pelo princípio da segurança jurídica, é vedado pelo sistema (art. 460, parágrafo único, do CPC).

Pedido genérico é aquele que a parte, dada a natureza da obrigação, está, momentaneamente, impossibilitada de lhe fixar o valor exato. A lei prevê em três situações.

1) Nas ações universais o pedido nesse caso é cabível quando não for possível individualizar os bens efetivamente pretendidos. É o caso da petição de herança, inventário ou mesmo a doação de bens não discriminados (os que guarnecem tal residência, e.g.), nesse caso não há como saber a universalidade de bens que compõe o direito do titular conquanto ele tenha o direito de receber esses bens.

O pedido será certo em relação ao que se quer (ex.: inventário), mas determinável em relação aos bens que serão seu objeto. Importante ressaltar a diferença que a doutrina faz entre universalidade de fato (art. 90 do CC) e universalidade de direito (CC, art. 91). No primeiro caso pode se exemplificar com uma biblioteca, um rebanho, que são bens pertencentes a uma mesma pessoa.

Já a universalidade de direito refere-se às relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de conteúdo econômico.

2) Quando ocorrer ato ou fato ilícito¹⁷¹ *indeterminado*. São os casos mais comuns no cotidiano forense. Ocorrem nas ações de reparação de dano, quando o autor não puder quantificar (mensurar) o tamanho do ato ilícito praticado pelo réu.

Por vezes as consequências do ato ilícito ainda não se definiram, porque os efeitos do ato nocivo se prolongaram pelo tempo e há de se verificar os valores decorrentes das consequências que se deram posteriormente ao ajuizamento da ação.

Tome como exemplo um acidente de veículos terrestres que tenha ensejado lesões corporais. A vítima ingressa em juízo. O valor da indenização será sopesado com base nos valores despendidos antes da propositura da ação e os valores gastos depois, como uma operação, medicamentos a serem percebidos, entre outros.

Nesses casos o autor optou em não aguardar o deslinde de todos os valores que decorreram do ato de responsabilidade civil. Dessa forma, importante que se diga que não é o direito material que torna o pedido genérico, mas o momento da propositura da demanda em juízo.

Em especial o dano moral, a doutrina e a jurisprudência são vacilantes e ainda não existe um entendimento pacificado sobre o assunto. Para uns, o pedido de dano moral deve ser fixado, pois não haverá argumentos novos que modifiquem o valor a ser arbitrado.

Alegam também a dificuldade de se delinear a sucumbência (princípio do interesse) para fins recursais tendo em vista que a fixação do *quantum* foi outorgada ao

¹⁷¹ Não somente a prática de atos ilícitos gera o dever de indenizar. Alguns atos lícitos também assistem esse dever: a legítima defesa e o exercício regular do direito, a despeito de serem atos lícitos, podem gerar o dever de indenizar (CC, arts. 188 e 929) (Fredie DIDIER, *Curso de direito processual civil*, cit., p. 430).

juiz, logo a parte nada perdeu se deixou nas mãos de outrem esse valor. Para outros o valor delimita o poder do magistrado em conceder de acordo com a causa de pedir, já que o autor – acanhado – poderá atribuir à causa valor inferior àquele que o juiz imaginou para a condenação.

Cassio SCARPINELLA BUENO¹⁷² entende que o valor deve ser atribuído pela parte. Já que

Não obstante a existência de diversos julgados em sentido contrário, não há como admitir que, nas demandas que buscam indenização por dano moral, seja lícito ao autor deixar de formular pedido certo e determinado, a não ser que *comprove* que a indenização perseguida, amolde-se a uma das situações dos incisos II e III do art. 286. Por mais difícil que possa ser a tarefa de quantificar o dano moral, se ele preexiste ao início do processo e não depende de qualquer fato posterior para que seja quantificado, não há como, sem violar o art. 286, deixar de fixar, desde logo, seu valor.

Defendemos a possibilidade de o juiz atribuir o referido valor. E isso porque ninguém melhor que o magistrado para atribuir valor justo à reparação do dano, pois que a parte, evidentemente atribuirá valor de acordo com seu interesse (que pode ser nublado pela animosidade com a parte adversa, decorrente da ofensa). Ademais, a parte pode recorrer da condenação módica fixada judicialmente já que a sucumbência também é aferida pela causa de pedir.

Por arremate, a maioria dos casos de dano gera ainda no futuro outros danos que, por ainda não existirem, não podem ser quantificados. Assim as diversas cirurgias estéticas decorrentes do ato, ou o período indeterminado que a parte deve ministrar medicamentos até a sua melhora.

3) Quando depender de comportamento a ser adotado pelo réu. A última hipótese de pedido genérico depende não das circunstâncias de fato, mas de um ato do réu para que se fixe o valor. É o caso da prestação de contas, pois o réu será condenado

¹⁷² *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., p. 79-80.

no pagamento dos valores apurados nas contas que ele mesmo apresentar (art. 918 do CPC). Trata-se de uma ação bifásica em que a primeira parte haverá a prestação propriamente dita. Tendo apuração de haveres, passa a segunda fase (que é condicional, como visto). O *quantum* a ser cobrado, dependerá do que foi prestado na primeira pelo réu.

É importante, em arremate, falar sobre a cumulação de pedidos. Especificamente da cumulação própria de natureza simples.

Há cumulação própria quando se formula mais de um pedido contra o réu em ordem aditiva (e) requerendo que *todos* sejam apreciados pelo juiz. Esta cumulação gerará como consequência lógica uma decisão dividida em capítulos.

Nem sempre a ocorrência de fatos que dão ensejo a uma ação têm apenas uma consequência jurídica. Assim, de uma relação *ex locato* poderá surgir duas demandas do locador contra o locatário inadimplente: o despejo e a cobrança de alugueres. Num acidente de veículo do qual a vítima seja transportador de carga, o autor poderá cobrar o dano emergente (valor efetivo do abaloamento), as avarias da carga e os lucros cessantes (período que ficará sem o transporte essencial ao seu ganho).

O cúmulo de dano material com dano moral igualmente são cumuláveis à luz do Enunciado 37 da Súmula do STJ.

Quando o autor quiser obter mais de um resultado por meio do processo poderá cumular pedidos dentro do mesmo processo.

A cumulação simples de pedido é a possibilidade de se veicular dentro do mesmo procedimento pedidos que poderiam ser apresentados em ações distintas desde que se preencha determinados requisitos processuais.

Conforme visto, a cumulação de pedidos têm relação umbilical com as outras formas de cumulação (CPC, arts. 288 a 292) e devem ser tratados de forma sistemática e não isolada.

É considerada forma de cumulação posterior de pedidos quando o réu se insurge contra o autor dentro do mesmo processo. Assim é na reconvenção (art. 315 do CPC) na ação declaratória incidental (arts. 5º e 325 do CPC) e na denunciação da lide (art. 70 do CPC).

Conquanto a regra do art. 292 não necessariamente se aplique a esses casos, a identidade procedimental e de competência são necessárias (art. 292, § 1º, II, do CPC).

São requisitos para cumulação:

a) *Compatibilidade entre os pedidos* – a lei deixa bem claro que os pedidos formulados cumulativamente não precisam ser conexos. A razão de ser é oportunizar um maior número de cumulações possíveis, já que o requisito necessário para que dois ou mais pedidos possam coexistir dentro do mesmo processo é a mera compatibilidade entre eles.

Portanto, para que se possa formular pedidos esse primeiro requisito exige que os pedidos não se excluam. Assim, não se pode pedir a restituição da coisa e o pagamento do preço, pois são pedidos que logicamente não podem coexistir no mundo fático.

Outro exemplo ocorre nos casos de vício do produto ingressar com ação pedindo a rescisão do contrato c/c o abatimento do preço.

Se os pedidos forem incompatíveis entre si haverá a extinção do processo por inépcia (CPC, art. 295, parágrafo único, IV), entretanto, poderá o magistrado, em razão da instrumentalidade das formas, autorizar que o autor modifique a estrutura

formal do pedido e o torne cumulação imprópria alternativa ou eventual, pois nesses casos a cumulação não é necessária.

b) *Mesma competência* – é necessário que o mesmo juiz seja competente para todos os pedidos. Em caso de incompetência absoluta essa regra não goza de concessões e deve o juiz determinar o desmembramento dos pedidos e manter para si apenas o pedido que for de sua competência.

Entretanto, nos casos de competência relativa essa questão fica prejudicada pelos casos de modificação de competência (conexão, derrogação ou prorrogação). Contudo, apenas poderá haver desmembramento de pedidos (nesse caso) se a parte contrário opuser exceção de incompetência. E que será indeferida de plano se os pedidos a serem cumulados forem conexos, pois a conexão (CPC, arts. 103 e 105) é matéria de ordem pública e se sobrepõe a disponibilidade das partes.

Nesses casos o magistrado não deve indeferir o feito (como assevera a regra do art. 295, parágrafo único, IV), mas desmembrar o pedido estranho e prosseguir o julgamento com os demais. Aliás, este é o entendimento do Enunciado 170 da Súmula do STJ.¹⁷³

c) *Compatibilidade de procedimentos* – os procedimentos que serão submetidos ao mesmo pórtico procedimental devem ser compatíveis. Ou seja, só se cumula rito ordinário com rito ordinário, rito sumário com rito sumário, procedimento especial com procedimento especial (dentro da mesma espécie). O requisito em tela tem a função precípua de otimizar a condução do processo em atenção ao princípio da economia processual.

¹⁷³ Súmula 170. “Compete ao juízo onde primeiro for intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites de sua jurisdição sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com pedido remanescente, no juízo próprio”.

O princípio se revela de tal importância no estudo da cumulação que se permite ainda a cumulação de procedimentos distintos se, para todos eles, puder se adotar o rito ordinário (art. 292 § 2º, do CPC). Essa renúncia estabelecida pelo autor segue parâmetros dogmáticos que a lei, tampouco a doutrina, se desincumbiu de enumerar.

O legislador apenas tratou de asseverar que o erro do procedimento não gera a extinção se “puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal” (CPC, art. 295, IV).

Logo, deve-se verificar caso a caso a possibilidade de cumulação entre pedidos veiculados em procedimentos diferentes. E isso porque o nosso sistema adota o princípio da indisponibilidade do procedimento.

2.3.2 *Da causa de pedir*

Já asseverou CHIOVENDA que a causa de pedir (ou título, como denomina, também, a doutrina italiana) é o elemento da demanda mais delicado a examinar, dado seu grau de complexidade.¹⁷⁴

Conforme assevera LIEBMAN,¹⁷⁵ “A causa da ação (*causa petendi*) é o fato jurídico que o autor coloca como fundamento de sua demanda, ou seja – na linguagem da lei, o *título da ação*” (grifos do original).

A argumentação referente à causa de pedir é a forma como o autor apresenta o seu direito subjetivo no processo. Contudo, como bem observa José Rogério Cruz e TUCCI, trata-se de direito subjetivo *meramente afirmado* decorrente da autonomia guardada entre direito material e processo. Esta autonomia, decorrente dos avanços do

¹⁷⁴ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 433. Este é exatamente o mesmo entendimento de Milton Paulo de CARVALHO ao asseverar a causa de pedir “como o diapasão de sensibilidade maior que os outros dois elementos” (*Pedido no processo civil*, cit., p. 79).

¹⁷⁵ *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 249.

estudo da teoria abstrata, conferem ao demandante o direito a uma sentença de mérito e não um provimento favorável.¹⁷⁶

Assim, o agir não confere nenhum direito senão o “direito de obtê-lo”.¹⁷⁷ É o entendimento de FAZZALARI com a clássica definição de “situação substancial” que constitui a narração dos fatos trazidos em juízo (*in statu assertionis*).¹⁷⁸

No Brasil, a despeito de alguns Códigos Estaduais estabelecerem os elementos da demanda, apenas no Código de Processo Civil de 1939, com a unificação legislativa da matéria de processo e com ampla influência dos ordenamentos europeus, estabeleceu claramente a causa de pedir. Dispunha o art. 158, III, que a petição inicial deve indicar “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão de maneira que o réu possa apresentar sua defesa”.

Como consequência lógica, e disso a doutrina pátria não destoa, o ordenamento processual brasileiro, desde sua origem, adota a teoria da substanciação.¹⁷⁹

A causa de pedir possui quatro funções no ordenamento de acordo com o foco que se toma o instituto em apreço: a) quanto aos efeitos, a causa de pedir resulta da importância de resolver problemas de cunho endoprocessual como a litispendência, a conexão, a coisa julgada, a eficácia preclusiva e a estabilização da demanda; b) quanto à forma, a *causa petendi* objetiva identificar determinada ação, separando-as das demais; c) quanto à função, a causa de pedir objetiva delimitar o pedido, tanto que,

¹⁷⁶ Conforme entendimento da teoria concretista.

¹⁷⁷ Nesse sentido José Roberto dos Santos BEDAQUE. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 10-11.

¹⁷⁸ Sobre o assunto, indispensável a leitura do texto de José Rogério Cruz e TUCCI. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. *RePro*, n. 68, p. 271-281, São Paulo: RT, out.-dez. 1992.

¹⁷⁹ Neste sentido: Araken de ASSIS. *Cumulação de ações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 117; PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. IV, p. 28; Cândido DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 127.

com ele, traduz-se na moderna processualística a composição do objeto litigioso; e, d) quanto à finalidade, a causa de pedir objetiva facilitar o contraditório.

O estudo sobre a causa de pedir será analisado com mais profundidade no capítulo seguinte.

Capítulo 3

ESPECIFICAMENTE SOBRE

A CAUSA DE PEDIR

3.1 Causa de pedir e sua relação com o objeto litigioso

3.1.1 Introdução

Uma explicação preliminar: com a autonomia do processo e seu desenvolvimento acadêmico como ciência autônoma levou a doutrina da Europa a desenvolver (e explicar) o que seria o polo metodológico do processo.

Em especial dois países seguiram esta tendência: Alemanha e Itália. Contudo, estes dois países seguiram caminhos distintos: Os italianos, especialmente em CHIOVENDA,¹⁸⁰ se enveredaram pelo estudo da *ação*¹⁸¹ (CARNELUTTI,¹⁸² diversamente, logrou seus esforços para o estudo da lide). A grande diferença entre ambas está no enfoque dado ao direito material. Enquanto os italianos se preocupavam com essa coordenação com o direito material (situação substancial).

¹⁸⁰ O autor, em 1903, formou a moderna escola processual italiana, afastando-se dos caminhos que a doutrina italiana havia chegado (que se aproximava muito do sistema francês). Para o autor ação constitui num “direito por meio do qual, omitida a realização de uma vontade concreta da lei mediante a prestação do devedor, se obtém a realização daquela vontade por outra via, a saber, mediante o processo” (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 37-38).

¹⁸¹ Fabio Peixinho Gomes CORRÊA, observa que o conceito de tutela jurisdicional é mais útil que o de ação como polo metodológico. A tutela jurisdicional somente é outorgada a quem tem razão à luz do direito material e a ação se contenta com o mero provimento, como dito. A tutela não é só o resultado, mas os meios idôneos para se obtê-la. O estudo da tutela jurisdicional decorre de um melhor aprimoramento das técnicas processuais que devem ser lidas com base no direito material postulado em juízo (*O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 39-48).

¹⁸² *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 77 e ss.

Contudo os alemães não se debruçaram no estudo da ação, voltando sua atenção para o conceito de pretensão, mais precisamente o objeto litigioso ou objeto litigioso do processo.¹⁸³

O estudo do objeto litigioso é complexo e ainda inacabado. Para que se logre êxito em apenas relacionar a causa de pedir com o instituto proposto, sem adentrar nas grandes – e interessantes – discussões doutrinárias é preciso estabelecer um corte metodológico. O presente trabalho irá se ocupar apenas do objeto litigioso sob a ótica alemã, não obstante as relevantes discussões sobre a ação ao longo da história.¹⁸⁴

A locução “objeto litigioso”, a despeito de nem mesmo a sua nomenclatura ser pacífica na doutrina,¹⁸⁵ é recente. Quando da concepção da ZPO alemã, foi introduzida a expressão nos §§ 130; 253,3 e 935. Contudo, conforme observa Alfredo BUZAID¹⁸⁶ o fenômeno é antigo e remonta ao período romano. Entretanto, somente no período

¹⁸³ Araken de ASSIS observa que “a distância que a doutrina peninsular, e a brasileira de sua área de influência, guardam do objeto litigioso, se compreende através da substituição realizada, no angusto problema, deste conceito por outro, precedentemente estudado, a ação” (*Cumulação de ações*, cit., p. 93).

¹⁸⁴ Para uma análise profunda sobre o tema, José Ignácio Botelho de MESQUITA. *Da ação civil. Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 33-94.

¹⁸⁵ Para aprofundado estudo sobre a questão da acepção terminológica, ver por todos, Sydney SANCHES. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v. 55, p. 13-28, São Paulo: Lex, nov.-dez. 1978. Kazuo WATANABE (*Da cognição do processo civil*. São Paulo: CPJ, 1999, p. 97) observa que o objeto litigioso comumente é chamado de *lide*, *res in iudicium deducta*, fundo do litígio, objeto do processo e mérito. Este entendimento é também comungado por Arruda ALVIM. O autor ainda assevera que objeto do processo é todo o material que o magistrado terá a sua disposição para julgar o conflito, como, por exemplo, os pressupostos processuais, as condições da ação, as matérias de defesa (que *não fazem* parte do objeto litigioso) entre outros. Objeto litigioso, ao contrário constitui o mérito, somente aquilo que será julgado e, portanto, recairá a autoridade da coisa julgada material. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 424-425. Esta é a mesma posição adotada por Milton Paulo de CARVALHO. *Do pedido no processo civil*, cit., p. 61.

¹⁸⁶ Da *lide*: estudo sobre o objeto litigioso (1980). *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 73. O autor assevera ainda na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil que “só utiliza a palavra *lide* para designar o mérito da causa”. Antes do nosso Código, CARNELUTTI já observava uma imprecisão terminológica no CPC italiano, pois utilizava-se do vocábulo *lide* como sinônimo de causa e as vezes de processo (*Instituições de direito processual civil*, cit., p. 77). Não é diferente no nosso ordenamento. A despeito de acertar em várias passagens como no “julgamento antecipado da *lide*” equivocava-se no conceito em denunciação da *lide* e curador à *lide*, conforme adverte Cândido DINAMARCO. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*, 2. ed., cit., p. 183.

moderno que a questão ganhou foros de notoriedade, tendo vários autores, em especial os alemães, desenvolvido monografias de fôlego sobre o tema.¹⁸⁷

Contudo, se por um lado, os laboriosos estudos da doutrina, sejam alemães, italianos, espanhóis ou brasileiros, ajudaram na melhor compreensão e numa melhor interpretação sistemática do tema, por outro criou uma enorme falta de uniformidade quanto à definição do objeto litigioso. De fato existem tantas correntes, partindo de tantas premissas diversas, que seria pretensioso solucionar o problema ou mesmo estabelecer um critério infenso a aporias ou críticas.

Os estudos ajudaram a caminhada para alguns pontos que são aparentemente aceitos pela doutrina. Um caminho já foi perpassado: o objeto litigioso somente pode ser estudado como instituto do direito processual e não como uma mera pretensão de direito material. Dessa forma, resta evidenciar qual é o seu alcance e seu conteúdo.¹⁸⁸

A despeito de interessante, o estudo histórico do objeto litigioso se torna relevante e possui maior interesse a partir do século XIX quando se dá início à verdadeira revisão científica do estudo do processo civil. É clássico, e já foi asseverado neste trabalho em mais de uma oportunidade que pela lavra de Oskar Von BULLOW se deu a iniciação do estudo processual como ciência autônoma por meio de sua clássica obra *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, de 1868.¹⁸⁹

Dois fatores foram importantes para que essa autonomia fosse levada a efeitos: a primeira foi a idéia de Estado soberano e a segunda a correta definição de relação jurídica.

¹⁸⁷ Karl Heinz SCHWAB. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968; Walter J. HABSCHEID. La teoria dell'oggetto del processo nell'attuale dottrina tedesca. Tradução de Angela Loaldi. *Rivista di diritto processuale civile*, ano XXXV, segunda serie, n. 3, jul.-set. 1980. Observa José Rogério Cruz e TUCCI que o primeiro autor a conceituar o objeto litigioso de maneira mais ampla foi Arthur NIKISH em sua obra *Gegenstand des Prozesses (A causa petendi no processo civil*, cit., p. 100).

¹⁸⁸ Observação feita por Alfredo BUZAID. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso (1980), cit., p. 74.

¹⁸⁹ A tradução espanhola é de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Libreria del Foro.

No primeiro caso, a justiça que era descentralizada foi polarizada ao Estado por meio da outorga do povo, como forma de estabelecer o monopólio da administração da justiça. Esta mudança se deu em especial após a Revolução francesa.

A noção de relação jurídica, desenvolvida por SAVIGNY, confere um vínculo que liga os sujeitos do processo criando direitos, deveres, ônus e obrigações.¹⁹⁰ Dessa forma, sendo uma relação jurídica dirigida ao Estado, desloca-se sua situação do direito privado para uma natureza publicista.

O estudo do objeto litigioso é importante para entender o conteúdo da demanda¹⁹¹ bem como sob a ótica relacional. E isso porque, é por meio deste estudo e da consequente fixação dos elementos integrantes da pretensão que se soluciona os intrincados problemas acerca da cumulação de ações, litispendência, dos limites objetivos da coisa julgada e da sua eficácia preclusiva.

O objeto litigioso é fixado pelo autor: as matérias de defesa do réu não ampliam o objeto litigioso.¹⁹² O réu ao se defender, formula resistência à pretensão já formalizada. Tanto que sobre estas matérias de defesa não recai a coisa julgada, residindo na parte da fundamentação da sentença não alcançada pelos limites objetivos previstos em lei (CPC, art. 469).¹⁹³

¹⁹⁰ É controversa, ainda hoje, a definição do conceito de processo. Entendemos a mais correta aquela que defende o processo como uma entidade complexa que envolve tanto o aspecto intrínseco (relação jurídica) como o extrínseco (procedimento). Nesse sentido, Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 25-26.

¹⁹¹ “La teoría del objeto del proceso cumple principalmente una función de identificación del proceso, esto es., de individualización del mismo, de distinción de los demás procesos posibles, y por ello la pretensión sirve perfectamente para esa finalidad”. Juan Montero AROCA, *El nuevo proceso civil – Ley 1/2000*, cit., p. 187. Nesse mesmo sentido, Manuel Ortells RAMOS: “al objeto del proceso está ligada una función de identificación del proceso, en su aspecto objetivo como es lógico” (*Derecho procesal civil*. 5. ed. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004. p. 240).

¹⁹² Salvo com a apresentação de pedido veiculado em reconvenção, ação declaratória incidental, pedido contraposto, denúncia da lide entre outros. Já o objeto do objeto, conforme ressaltado insere quaisquer matérias, independentemente de quem as tenha trazido. A mera apresentação da contestação ganha “contornos cooperativos” na visão correta de Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009. p. 108.

¹⁹³ Nesse sentido Ortells RAMOS. *Derecho procesal civil*, cit., p. 254.

O objeto litigioso não se confunde com lide.¹⁹⁴ Lide é elemento acidental do processo e não se discute a possibilidade de haver julgamento do mérito sem que haja lide. Assim, no reconhecimento jurídico do pedido, na revelia e na ação de anulação de casamento proposta pelo Ministério Público. Igualmente não se pode denominar objeto litigioso as suas questões (questões de mérito). E isso porque estas questões são resolvidas no curso da demanda e serão apenas objeto de *cognitio*, mas não de *iudicium*.

Por fim, não se pode confundir objeto litigioso com demanda, como defende CHIOVENDA,¹⁹⁵ ou com pedido. A demanda não é o mérito da causa, mas a maneira de apresentá-lo em juízo. Igualmente não se confunde com o pedido. O pedido está inserido dentro da demanda e constitui um dos elementos que integram o objeto litigioso (juntamente com a causa de pedir). O objeto litigioso, seguindo amplo posicionamento da moderna doutrina alemã, é a pretensão, conforme será visto adiante.

3.1.2 O conceito de pretensão

O conceito de pretensão sempre foi objeto de intensa discussão entre os alemães. Independentemente de se debater se a pretensão discutida remontava a *actio* romana,¹⁹⁶ preocupavam-se os tedescos em precisar o conceito de pretensão para a perfeita definição de quatro institutos processuais muito caros à ciência processual: o cúmulo de demandas, a sua modificação, a litispendência e a coisa julgada.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Este posicionamento é de Alfredo BUZAID. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 104. São palavras do autor: “A lide é, portanto, o objeto fundamental do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”.

¹⁹⁵ *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 42.

¹⁹⁶ O próprio conceito de *actio* romana era mal interpretado até a célebre discussão entre Bernhard WINDSHEID e Theodor MUTHER. O primeiro autor propôs a substituição do termo *Actio* para *Anspruch* (pretensão).

¹⁹⁷ Nesse sentido, Ugo ROCCO. *Trattato di diritto processuale civile*, cit., p. 353-356.

Como bem observa José Rogério Cruz e TUCCI¹⁹⁸ referindo ao pensamento de HABSCHEID, a legislação alemã não conseguiu definir claramente pretensão (objeto litigioso), no sentido de se estabelecer uma noção unitária que expressasse o centro do processo. Vê-se na legislação substancial o termo *Anspruch* (§ 194 BGB) que também se encontra na processual (§ 281, ZPO). Ademais utiliza-se o ZPO da expressão *Streitgegenstand* (§ 81), *Streitverhältnis* (§§ 118, III e 139, I) bem como *streitiges Rechtsverhältnis* (§§ 62 e 606) as duas últimas respectivamente relação litigiosa e relação jurídica litigiosa.

A pretensão já foi estudada como um fenômeno do direito civil (§194, BGB) sob a lavra de WINDSCHEID.¹⁹⁹ Entretanto, a despeito de serem institutos semelhantes e o estudo da pretensão sob a ótica substancial pode levar a esse equívoco, a pretensão não se confunde com direito subjetivo. O direito de propriedade, *v.g.*, que não constitui pretensão, mas uma vez admoestado em sua titularidade podem decorrer diversas pretensões.

O autor trouxe o conceito de pretensão como forma de demonstrar o direito substancial em sua forma dinâmica. Um instituto figurado entre o direito subjetivo e a ação.²⁰⁰ Diferem ambas do direito de ação. Este é dirigido contra o Estado e aqueles (pretensão e direito subjetivo) são dirigidos a determinada pessoa na esfera (via de regra) do direito privado.²⁰¹

¹⁹⁸ A causa petendi *no processo civil*, cit., p. 96.

¹⁹⁹ Walter J. HABSCHEID. *Introduzione al diritto procesuale civile comparato*. Rimini: Maggioli, 1985. A transmutação da idéia comunitária de direito para o individualismo, estrutura marcante da idade moderna, levou-se a pensar numa idéia de direito subjetivo como ponto nuclear do sistema.

²⁰⁰ O Código Civil brasileiro de 2002 introduziu pela primeira vez o conceito de pretensão, decorrente da já sabida influência do direito alemão no direito privado (CC, arts. 189 e 190).

²⁰¹ Lino Enrique PALACIO observa que o estudo da ação foi substituído pelo de pretensão que pode ser definida como “el acto em cuya virtud se reclama ante um órgano judicial, y frente a una persona distinta, la resolución de um conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación” (*Manual de derecho procesal civil*, cit., p. 119. O jurista argentino observa que a ação movimenta a pretensão.

Contudo, com o passar do tempo a *actio* começou a ser estudada com foros estritamente processuais e, deste estudo, passou-se a diferenciar a pretensão material da pretensão processual, tendo chegado a um consenso que a pretensão processual (*Anspruch*) era aquela que fazia referência no ZPO. “Reina, a propósito, pleno consenso na doutrina e na prática. *A pretensão processual é o objeto do processo*”²⁰² (grifos no original).

Deve-se a Adolf WACH o mérito de ter desenvolvido um conceito processual de pretensão (1888). Em breves linhas a teoria substancial do objeto litigioso foi desenvolvida com base na tendência que a noção principal do processo era a narrativa do direito material trazido pelo autor. Contudo, a jurisprudência flexibilizou a definição material pelas regras de o juiz conhecer o direito (*iura novit curia* e da *mihi factum dabo tidi ius*). Dessa forma emergiu o entendimento processual em que a pretensão deveria ser processual com o autor apresentando os fatos e o magistrado somente aplicando o direito no caso concreto.²⁰³

A pretensão processual tem como polo passivo o Estado e não a parte contrária.²⁰⁴ Ainda na conceituação de pretensão, Cândido DINAMARCO, em texto que já se tornou clássico, assevera não poder confundir mérito (pretensão, sob sua

²⁰² José Rogério Cruz e TUCCI. *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 97. Este entendimento vem de antes. Oskar Von BÜLLOW, na sua clássica obra *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (cit., p. 10), asseverava que o tribunal antes de analisar o mérito da causa e seu suporte fático (*Tatbestand*) deveria analisar a relação processual. Dessa forma consistiam estes pressupostos como requisito para a análise do direito material controvertido. Este desmembramento (relação jurídica e mérito) acarreta em análise de seu objeto que receberá informações especificamente do processo.

²⁰³ A pretensão somente pode ser processual. A decisão judicial de mérito terá incidência sobre aquilo que se levou ao Judiciário (pretensão processual) e não sobre sua aspiração substancial (pretensão material).

²⁰⁴ Jaime GUASP entende que a pretensão processual apresenta três sujeitos distintos, quais sejam o ativo (o autor), o passivo (contra quem é endereçada a pretensão) e o destinatário dela (o Estado) (*Derecho procesal civil*, cit., t. I, p. 210-211).

ótica) com demanda “significa dar peso maior ao continente do que ao conteúdo substancial”, já que a pretensão vem de fora do processo e existe antes dele.²⁰⁵

Diversas correntes tentaram explicar e definir a pretensão processual, mas fundamentalmente três mereceram destaque e notoriedade: i) a que defende a pretensão como afirmação do direito material; ii) a que se identifica com o pedido (*Antrag*) e iii) a que se define por fatores exclusivamente processuais, mas com a coordenação do direito material, portanto composta a pretensão pelo pedido com a inserção da causa de pedir.

3.1.2.1 Objeto litigioso como afirmação jurídica (de direito material)

Ainda com reminiscências da pretensão substancial, parte da doutrina se posicionava no sentido de que o objeto litigioso era a afirmação jurídica do direito material. Estes processualistas não negavam o jaez processual da pretensão, mas asseveravam importante ligar os fatos com o direito material que se pretendia provar. A teoria de LENT não faz referência ao § 194 do BGB, mas, como dito, numa afirmação de um direito.

Não pretenderam os autores remontar a teoria imanentista, pois, se isso fosse levado adiante, nesse caso, como poderia a pretensão material representar o objeto litigioso se não se sabe, até o final da demanda, quem sairá vencedor e se, de fato, o autor é titular do direito que postula?

Dessa forma, como meio de criar uma harmonização aduzindo que o objeto litigioso é somente a *afirmação* deste direito, tem como ponto fundamental estabelecer que o conteúdo da pretensão será verificado com dados obtidos do direito substancial. Na medida em que ocorra a dedução do direito em juízo, a causa terá por escopo verificar se este direito existe ou não.

²⁰⁵ O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., 2. ed., p. 196.

Os defensores desta teoria foram principalmente Friederich LENT,²⁰⁶ BLOMEYER,²⁰⁷ Emilio BETTI e NIKISCH.²⁰⁸ Apesar de haver diferenças metodológicas entre a teoria desses autores, é possível estabelecer uma referência comum entre elas: o forte vínculo estabelecido com o direito material.

Dessa forma, o objeto litigioso do processo é representado pela afirmação do direito material ainda que hipotético. Nesses casos, o objeto litigioso não guarda referibilidade nem com o pedido tampouco com a causa de pedir.²⁰⁹ Deve-se olhar “para *fora* do processo e de algo exterior procura extrair o que constitui o mérito deste”.²¹⁰ Para LENT, o objeto litigioso “no es el derecho material como tal, sino la afirmación de un derecho o de una relación jurídica”.²¹¹

Para NIKISCH, o objeto litigioso seria a soma da afirmação jurídica (anulação do negócio, v.g.) com o fato constitutivo.²¹²

Apesar do denodo empregado na elaboração da teoria da afirmação, os autores não conseguiram responder a problemática das ações declaratórias negativas, já que nessa hipótese não é a afirmação substancial do autor que será acolhida, mas, ao contrário, a inexistência do *próprio direito*.

²⁰⁶ *Diritto processuale civile tedesco*. Parte prima. Trad. Edoardo Ricci. Napoles: Morano, 1962. p. 156-157.

²⁰⁷ Observa SCHWAB que, para o autor alemão, “el objeto litigioso consistiría en la afirmación de un derecho de esa índole, junto a llamada afirmación básica” (*El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 249).

²⁰⁸ *Idem*, *ibidem*, cit., p. 59-72.

²⁰⁹ Em sentido diverso, mas com posicionamento muito próximo da teoria da afirmação jurídica, SCHÖNKE, asseverou a imprescindibilidade dos fatos (o autor adotava a teoria da substanciação) já que compete ao magistrado aplicar o direito.

²¹⁰ Cândido DINAMARCO. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., 2. ed., p. 199.

²¹¹ *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 13.

²¹² O autor alemão seguia a teoria da individualização, de modo que o objeto litigioso não teria a apresentação dos fatos constitutivos, evidentemente, tratando-se de ações reais ou referentes a direitos absolutos (para maior detalhamento, ver *infra*, 3.2.2). Em igual sentido LENT observa – com fundamento no § 252,2 do ZPO que a alegação dos fatos é importante para fixar a lide, mas dispensável nos direitos absolutos. (*El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 59).

3.1.2.2 Objeto litigioso representado pelo pedido

Até determinado momento na história do processo, o centro do estudo da doutrina se estabeleceu no objeto litigioso como afirmação jurídica. Assim sendo, os defensores dessa teoria, com maior ou menor ingerência do direito material, defendiam o amplo diálogo do direito e do processo.

Entretanto, com a autonomia do direito processual em face do direito material, fez com que alguns autores levassem desmedidamente esta independência às últimas conseqüências e, parte da doutrina confundisse autonomia com indiferença. Um dos efeitos visíveis dessa concepção de se enxergar o processo veio da pena de Karl Heinz SCHWAB. O jurista alemão, talvez o autor da mais completa e minuciosa obra sobre o assunto, estabeleceu que o objeto litigioso é representado somente pelo pedido (*Streitgegenstand im Zivilprozess* – 1954).

O autor propugnou sua teoria em se estabelecer um conceito unitário de objeto litigioso analisando os institutos da cumulação de ações, modificação da demanda, litispêndência e os limites objetivos da coisa julgada. Para tanto analisou minuciosamente a teoria dos autores à época.

A grande característica de sua teoria é a extrema aproximação do processo com o objeto litigioso.²¹³ Propugna que o objeto litigioso decorre do pedido do autor (*Antrag*),²¹⁴ sem que com ele se acompanhe o fundamento (*Klagegrund*). E isso porque o objeto do processo é a resposta do Estado ao pedido do autor. Assim, somente o pedido é o único elemento individualizador do objeto litigioso.

²¹³ Portanto, a pretensão material prevista no § 194 (ZPO) não se confunde com a pretensão processual objeto de seu estudo.

²¹⁴ “La solicitud ocupa pues el lugar clave em el litigio” (*El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 243).

Excluiu o autor por completo a causa de pedir (*Sachverhalt*)²¹⁵ como elemento integrante da pretensão. A decisão independe do evento de fato que o originou.²¹⁶ Esta definição, contudo, não encontra eco no Código de Processo Civil alemão.²¹⁷

A teoria de SCHWAB teve a valiosa adesão de BÖTTICHER²¹⁸ e Leo ROSEMBERG.²¹⁹

Este último talvez seja o primeiro processualista moderno a se debruçar sobre o estudo do objeto litigioso (pretensão processual) no seu *Zur Lehre vom Streitgegenstand* (1932). O autor observa que a ZPO utiliza a expressão de várias formas, mas não se pode confundi-la com a do Código Civil (BGB).²²⁰

²¹⁵ O autor, ao comentar sobre a cumulação de ações, assevera que, havendo um só pedido, haverá apenas um objeto litigioso. O estado das coisas (elemento de fato) não constitui causa de pedir. Prova disso é que a pluralidade de estado das coisas apresentadas ao Judiciário com base em um pedido constitui apenas uma demanda e não várias. Esta consideração mostra o descaso com a teoria da substanciação, na medida em que é possível a apresentação de novos fatos desde que não alterem o pedido. Dessa forma, “Objeto litigioso es la petición de la resolución designada en la solicitud. (...) Sólo en algunos pocos casos el estado de cosas expuesto con fines de fundamentación sirve para individualizar, pero nunca con la consecuencia de convertir el estado de cosas en elemento del objeto litigioso” (*El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 251). Em conclusão, para o autor, “debe dejarse inequívocamente establecido que “el motivo de la pretensión” no es un elemento del concepto de objeto litigioso” (ibidem, p. 253).

²¹⁶ “La fundamentación de la demanda carece de significación para la definición del objeto litigioso (...) Todo depende pues siempre de la solicitud. El estado de cosas, la fundamentación de la demanda, no son utilizables para una definición general del objeto litigioso” (*El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 250). Não obstante o autor asseverar em outra passagem que “Objeto litigioso es la petición de la resolución designada en la solicitud. Esa petición necesita sin embargo en todos los casos ser fundamentada por hechos” (ibidem, p. 251). O fato teria significado apenas para a individualização do pedido. Assim, a mudança da causa de pedir não muda o objeto litigioso, mas somente se um diverso fato que acarretar um diverso pedido.

²¹⁷ Quem explica é Alfredo BUZAID. O Código utiliza a expressão *pretensão* (*Anspruch*) para designar o objeto litigioso. Dessa forma, utiliza-se o primeiro conectado ao segundo. “Na oração o verbo usado foi posto em conexão com este conceito [objeto litigioso]. Assim a terminologia *exige-se, faze-se valer, se reconhece, se acolhe ou se rejeita* uma prestação. Esta nomenclatura não convém ao conceito de *pedido*. Um pedido não se exige: também não se faz valer. Formula-se. Não se reconhece, não se acolhe, não se rejeita, antes ou se está de acordo com ele ou se recusa”. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso (1980). *Estudios e pareceres de direito processual civil*, cit., p. 106 (grifos do original).

²¹⁸ Partindo da explicação dos processos matrimoniais, o autor expande para todos os outros a sua teoria, segundo o qual as causas (no caso do divórcio e anulação de casamento) não são necessárias para individualizar a demanda, pois o pedido já é o suficiente (*El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 93).

²¹⁹ *Tratado de derecho procesal civil*, cit., p. 27-38

²²⁰ “Los dos significados del objeto litigioso como pretensión y objeto de la pretensión son puramente procesales, y su sentido es completamente distinto del unido a los conceptos correspondientes del derecho civil” (Leo ROSEMBERG. Ibidem, p. 28).

ROSEMBERG assevera que o autor não pode deixar ao encargo do magistrado para a procedência da demanda os fatos e efeitos jurídicos. Por isso, compete ao autor, além de apresentar o pedido e o seu fundamento, a afirmação sobre o efeito jurídico que deseja seja realizada.²²¹

O objeto litigioso não constitui os fatos, mas apenas no pedido (afirmação de um direito)²²² decorrente da pretensão. A teoria do autor (SCHWAB), contudo, não ficou isenta de críticas: e isso porque, para determinar *o que* da decisão se tornou imune após a coisa julgada, socorreu-se o autor da causa de pedir. O autor assevera que após a prolação da sentença, o interesse não estará mais no objeto litigioso em si considerado, mas na decisão do Tribunal sobre este mesmo objeto.

De fato o autor alemão adota uma teoria restritiva dos limites objetivos e, portanto, somente a parte dispositiva será assim, por dizer, atingida. Contudo, este dispositivo somente pode ser entendido por meio da motivação.²²³ Haveria uma vinculação do juiz e das partes ao dispositivo e a fundamentação impedindo que qualquer um deles seja volvido ao Judiciário.²²⁴

No Brasil defendem esta teoria Cândido Rangel DINAMARCO,²²⁵ Kazuo WATANABE, José Carlos BARBOSA MOREIRA,²²⁶ Sydney SANCHES,²²⁷

²²¹ “El actor no puede limitarse a someter al juez um conjunto de hechos y dejar a discreción suya las consecuencias jurídicas que quiera sacar de ellos y reconocerle” (idem, ibidem, p. 30).

²²² Idem, ibidem, p. 35.

²²³ “Si el tribunal, al dictar la resolución, no tuvo en cuenta um estado de cosas expuesto, su decisión será errada igual que si no hubiera considerado um criterio de derecho material. Así como la cosa juzgada no estaria restringida entonces en la medida en que no se hubiesen tenido en cuenta hechos que habían sido expuestos” (Karl Heinz SCHWAB. *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 205).

²²⁴ Ricardo de Barros LEONEL aponta precedente constatação a este pensamento do autor: “Tal solução, a rigor, não seria possível pela sua própria concepção. Se o objeto litigioso é a pretensão processual (pedido), seu reexame deveria ficar definitivamente precluso. Estariam esgotados todos os fundamentos, expostos ou não, examinados ou não, mas hipoteticamente relacionados à pretensão processual deduzida no primeiro juízo” (*Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006. p. 52).

²²⁵ Conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., 2. ed., p. 218. DINAMARCO associa o objeto à pretensão, mas exclui as questões e admite o pedido como elemento materializador da pretensão em juízo. Mas estabelece correta e precedente crítica à SCHWAB sobre a já

Alexandre Freitas CÂMARA²²⁸ e Ricardo de Barros LEONEL.²²⁹ É, entretanto, teoria sujeita a críticas conquanto não recepcionada no direito brasileiro (CPC, art. 301, § 2º) e tampouco no direito alemão (ZPO, § 253).

Cândido DINAMARCO define objeto litigioso como “a pretensão a um bem da vida, quando apresentada ao Estado-juiz em busca de reconhecimento ou satisfação”.²³⁰ Em outra passagem da obra observa:

o objeto do processo consiste exclusivamente no pedido formulado pelo demandante. É ali que reside a pretensão cujo reconhecimento e satisfação o demandante quer. A utilidade do processo reside precisamente nisso, na capacidade de absorver pedidos e dar-lhes afinal a solução prática conveniente segundo o direito.²³¹

3.1.2.3 O objeto litigioso representado pelo pedido e pela causa de pedir.

Era necessário um terceiro entendimento para colocar no eixo do sistema a verdadeira configuração do objeto litigioso. Nem tão apegado ao direito material remontando a noção imanentista do direito de ação, nem tão distante da realidade substancial criando um processo sem referência. A posição tomada por uma terceira parte da doutrina, e que se insere, a nosso ver, no plano atual que o sistema brasileiro adota, é a do instrumentalismo.

discutida incompatibilidade de sua tese com a coisa julgada. Assim, “a prevalecer a opinião sustentada, caracterizando-se o objeto do processo (apenas pelo Antrag (pedido), porém não pelo Sachverhalt (entre nós ‘causa de pedir’), a autoridade da coisa julgada material teria o ‘efeito de exclusão’ sobre toda e qualquer demanda futura sobre o mesmo objeto, ainda que apoiada em fatos diferentes (outro ‘estado de coisas’)”.

²²⁶ *O novo processo civil brasileiro*, cit., p. 10.

²²⁷ Objeto do processo e objeto litigioso do processo, cit., p. 23. O autor assevera que “pelo menos no processo civil brasileiro, a lide submetida a juízo pelo autor, com sua pretensão processual fica limitada ao pedido por ele formulado (...) Ainda em nosso processo civil o próprio réu pode expor outra lide, formulando pretensão processual contra o autor mediante a reconvenção (artigos 315 e segs.)”.

²²⁸ *Lições de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 219.

²²⁹ *Causa de pedir e pedido*, cit., p. 103-104.

²³⁰ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 180.

²³¹ *Idem*, *ibidem*, p. 184.

Dessa forma, a pretensão é configurada não somente pelo pedido, mas também pela causa de pedir. O mais fervoroso expositor dessa tese foi Walter HABSCHEID, um dos últimos grandes autores a escrever sobre o tema. O autor sistematizou em três as teorias sobre a *Streitgegenstand*: a) a teoria material; b) a teoria processual (SCHWAB); e c) a teoria intermediária.²³²

As últimas modalidades são, em verdade, teorias processuais já que tem por conceito o direito subjetivo afirmado. Esta é a teoria que defende. Com base no § 253, II, 2 (*Anspruch*) da ZPO identifica esta regra com a definição de objeto litigioso que deseja sustentar.

O autor, contrapondo os argumentos de SCHWAB, qualificou como “simplista” já que não poderia o objeto litigioso ser definido somente pelo pedido. Estabeleceu, portanto, que a sua fixação é importante além da cumulação de ações, litispendência e coisa julgada, para o contraditório. E isso porque a função da fixação do objeto litigioso – que é conceito eminentemente processual – é, além de fixar a demanda, permitir a ampla defesa do réu.²³³ Assim o objeto litigioso é formado por dois elementos: a pretensão (*Rechtsbehauptung*) que compreende o direito substancial e processual e o estado de fato (*Lebenssachverhalt*) que dá fundamento para a pretensão.²³⁴

Com os fatos constitutivos integrando o objeto do processo, o réu terá melhor oportunidade de se defender já que terá identificado com mais precisão o seu objeto. E isso porque causas de pedir distintas ensejam objetos litigiosos distintos. Portanto, o

²³² Conforme asseverado por Alfredo BUZAID. Da lide: estudo sobre o objeto litigioso (1980). *Estudos e pareceres de direito processual civil*, cit., p. 107.

²³³ Mesmo que esta não precisasse dos fatos como nos direitos absolutos, era importante substanciar a demanda para que o réu pudesse se defender.

²³⁴ Este último, indispensável equivale ao episódio da vida que seria a causa de pedir. Ocorre que este episódio da vida abrange todos os fatos constitutivos como apenas um episódio e não vários, como seria com a causa de pedir. “Destarte, não interessa se o episódio narrado incide em dois ou mais suportes fáticos, porque o juiz tem o dever de ofício de examinar qual a regra jurídica aplicável ao caso”. Araken de ASSIS. *Cumulação de ações*, cit., p. 104.

objeto litigioso é a afirmação jurídica que o autor apresenta em juízo. Será composta pela afirmação do autor (pretensão, seu objeto) somada ao fato da vida (seu fundamento).

Inegavelmente o ponto de discussão entre os dois grandes autores está também na teoria que adotam. Enquanto SCHWAB segue a individualização, pois sob sua ótica os fatos são prescindíveis (somente serão importantes quando necessários à interpretação da pretensão), HABSCHEID os entende como essenciais, sendo defensor da teoria da substanciação, portanto.

Desta forma, a teoria ampliativa do objeto litigioso incide importantes efeitos nos limites objetivos da coisa julgada. Pois se levar em consideração que a *causa petendi* delimita o que se tornou imutável, um mesmo pedido pode ser fundamentado com diversas causas de pedir. Dessa forma, seriam repelidas todas as demandas que, baseadas em diferentes causas de pedir, seguem o mesmo pedido.

Esta teoria tem igualmente estrita relação com a eficácia preclusiva da coisa julgada, pois mesmo os fatos não invocados na primeira demanda (mas integrantes do seu estado de fato) ficam impedidas de análise na segunda.

No Brasil, esta posição é defendida por José Rogério Cruz e TUCCI, José Roberto dos Santos BEDAQUE²³⁵ e Eduardo TALAMINI.²³⁶

²³⁵ “O objeto do processo e da tutelar jurisdicional não é um ato ou fato, mas um direito, que precisa ser identificado mediante seus atos constitutivos. Essa identificação depende das especificidades do direito material” (José Roberto dos Santos BEDAQUE. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: José Rogério Cruz e TUCCI; José Roberto dos Santos BEDAQUE (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil* (questões polêmicas). São Paulo: RT, 2002. p. 26).

²³⁶ *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 80. O autor estabelece precisa comparação com a vida social para explicar a imprescindibilidade: “a causa de pedir está para a pretensão assim como a vida de uma pessoa está para essa pessoa. Não se pode dizer que a vida de alguém *seja alguém*. Um aspecto é o *ser*, sua *essência*, seu *espírito*; o outro, sua *experiência*. No entanto, não há como tentar compreender o que alguém é ou foi senão compreendendo sua vida, o que fez, disse, pensou, deixou de fazer...qualquer tentativa de compreensão que prescinda disso, serão, quando muito, um simples retrato, um resumo de dados burocráticos (nome, endereço, documento de identificação, telefone...) ou coisa que o valha. Do mesmo

Em posição semelhante está Elio FAZZALARI. O autor italiano tece críticas à moderna doutrina alemã que estaria se afastando demais do direito material em nome da autonomia do processo. Sua distinção com a teoria de HABSCHEID se encontra no que acompanha o pedido (*Antag*). Entende o autor ser muito vaga a expressão “episódio da vida” pelo próprio autor criada.²³⁷

O autor propõe ampla coordenação entre o direito e o processo com a defesa da tese dualista do ordenamento jurídico. Para tanto, a causa de pedir é fundamental, pois por meio dela se torna possível ligar o fato à norma no “momento em que a situação substancial, retratada na petição inicial, é levada à cognição judicial”.²³⁸

A nosso ver esta teoria está mais afinada ao ordenamento jurídico. E isso porque considerando a causa de pedir elemento integrante do objeto litigioso, a sua mudança, mesmo mantendo-se o pedido, gera a alteração da demanda. Mesmo que seja extremamente difícil proceder à importação do “estado das coisas” (*Sachverhalt*) do direito alemão para o conceito de *causa de pedir* do direito brasileiro.

A evolução processual germânica e latina seguiram caminhos distintos e partiram de premissas diversas de modo que nem sempre é possível fazer a perfeita compatibilização entre os institutos.

O ordenamento brasileiro segue esta teoria. O art. 282, III e IV, exige a presença do pedido e da causa de pedir. Este entendimento é ratificado pelo art. 295, parágrafo único, inciso I e 301, § 2º, todos do CPC.

modo a tentativa de compreensão e identificação da pretensão processual sem a consideração da causa de pedir incidiria no mesmo defeito”.

²³⁷ Autores há, como Cândido DINAMARCO que entendem que a teoria de FAZZALARI se assemelha à posição de LENT, no sentido que o “mérito reside na afirmação do direito subjetivo, da obrigação correspondente da lesão e (eventualmente) da situação extraordinariamente legitimante”. O conceito de mérito em processo civil. In Fundamentos do processo civil moderno. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 198.

²³⁸ A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. José Rogério Cruz e TUCCI. Revista de processo n. 68. São Paulo: RT, outubro-dezembro de 1992, p. 275.

Inegavelmente é fácil perceber que o objeto litigioso é o mérito da causa. E o mérito da causa consiste na pretensão que se consubstancia na exigência (por meio da demanda) que alguém apresenta ao Judiciário determinado direito que se diz titular. Constitui, portanto, pedir algo que está fora do processo. Ingressando no Judiciário, este objeto litigioso é identificado pelo pedido e pela causa de pedir, essenciais para sua perfeita configuração.

3.2 Conteúdo da causa de pedir

3.2.1 Introdução

Entre todos os elementos da demanda, certamente a causa de pedir é o mais complexo e a maior fonte de discussões na doutrina e na jurisprudência, quer seja em relação ao seu conceito, quer seja em relação ao seu conteúdo mínimo. Aliás, observa Araken de ASSIS que “dentre os elementos individualizadores da ação material, a causa de pedir constitui o mais delicado e problemático”.²³⁹

A despeito da fixação da causa de pedir dentro do conceito de pretensão (objeto litigioso)²⁴⁰ e não como mero instrumento de auxílio para a identificação do pedido, resta verificar qual a sua amplitude, o seu conteúdo.

O correto estudo sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada depende de acurada análise sobre o conteúdo da causa de pedir. Sendo elemento integrante da dimensão objetiva da demanda – e aqui se segue, conforme exposto, a teoria da tríplice

²³⁹ *Cumulação de ações*, cit., p. 122. As generalidades dos autores que se debruçou sobre o assunto fizeram esta observação. Neste sentido, ver por todos CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 433.

²⁴⁰ Conforme apresentado, a tese ampliativa do objeto litigioso desenvolvida principalmente por HABSCHEID recebeu as valiosas adesões de juristas brasileiros. Dentre eles, José Rogério Cruz e TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 106-109, José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*, cit., p. 28-29, Eduardo TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 68 e ss.

identidade – importante verificar *o que* constitui, *o que* a compõe e *o que* fica sujeito à preclusão para ulteriores discussões (efeito negativo).

Conforme explanado no capítulo 1, a doutrina não diverge que, sob determinada ótica, o processo tem por objetivo atuar coercivamente o direito material no caso concreto. Esta atuação pode decorrer por, pelo menos, dois fatores importantes: i) ou o direito material não foi espontaneamente cumprido na prática; ii) ou somente pode ser obtido por meio da atuação estatal, como no caso das ações constitutivas necessárias.

Contudo, para que a tutela jurisdicional seja satisfatoriamente entregue a quem seja titular do direito subjetivo pretendido, é necessário que o postulante apresente alguns dados ao julgador. Esses dados, como visto, constituem na causa de pedir.²⁴¹ É possível colher, dentro do Código de Processo Civil, dispositivos que se referem à causa de pedir, mesmo que denominada com outra nomenclatura, conforme se observa nos arts. 46, III, 103, 264, 282, III, 295, parágrafo único, I, 301, § 2º e 321.

Como a causa de pedir constitui premissa para a correta compreensão do pedido, deve conter estreita correlação com ele, como causa e efeito. Daí o porquê da necessidade da narração dos fatos e da fundamentação jurídica que encampam estes mesmo fatos. Este é o conteúdo da *causa petendi*.²⁴² Fatos são situações do agir humano ou da natureza que ocorreram em determinado período histórico e foram projetados para o processo. Quando causam determinada consequência jurídica, adjetivam aos fatos os fundamentos jurídicos.²⁴³

²⁴¹ “Causa de pedir é toda aquela *ratio* que, por si só, pode levar a procedência da demanda”. Teresa Arruda Alvim WAMBIER. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 113.

²⁴² PONTES DE MIRANDA acrescenta um terceiro elemento que seria o direito subjetivo público de se poder demandar em juízo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. IV, p. 15.

²⁴³ Manuel Ortells RAMOS exclui do conteúdo da causa de pedir os argumentos e os meios de prova. Assim: “Queda excluído, en consecuencia, que formen parte de la causa de pedir los argumentos (que no son hechos, sino construcciones intelectuales) y los médios de prueba (que son instrumentos para demostrar los hechos)” (*Derecho procesal civil*, cit., p. 249).

3.2.2 Teoria da substanciação e individuação

O estabelecimento dos elementos estruturais da *causa petendi* nem sempre navegou em águas tranquilas. No curso da história, duas teorias se confrontaram para determinar qual dos elementos deveria prevalecer. Se for possível estabelecer uma hierarquia entre eles – qual desses elementos é essencial e qual é meramente circunstancial.²⁴⁴

Decorrente de divergências foi desenvolvida duas teorias para explicar o conteúdo mínimo da causa de pedir: a denominada teoria da substanciação (*substantiierungstheorie*) e a teoria da individuação ou individualização (*individualisierungstheorie*).²⁴⁵

Pela teoria da substanciação, o conteúdo da causa de pedir é formalizado pelo fato ou conjunto de fatos constitutivos do direito do autor. Como consequência lógica – para os fins que esse trabalho propõe – a mudança dos fatos acarreta, conseqüentemente uma nova causa de pedir e, portanto, uma diferente demanda (CPC, art. 301, § 2º).²⁴⁶

Já a individuação é conceituada pelos fundamentos jurídicos, sendo os fatos secundários e não relevantes para a perfeita identificação da causa de pedir.²⁴⁷ A

²⁴⁴ O problema da individuação ou substanciação tem sua origem na distinção romanista entre as ações que envolvem direitos pessoais das que discutem direitos reais. Nas primeiras, era necessária maior fundamentação tendo em vista a possibilidade de existir mais de uma vez (o que inexistia nas demandas de direitos reais).

²⁴⁵ Em verdade, a disputa das teorias recai sobre a causa de pedir ativa (infra, item 3.5), pois não atina a causa de pedir passiva.

²⁴⁶ O CPC de 1939, assim como o atual tinha disposição expressa sobre a narração dos fatos. Desta forma o art. 158, III assim preconizava: “O fato e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira que o réu possa preparar a defesa”.

²⁴⁷ A teoria da individuação teve em CHIOVENDA um dos seus maiores defensores. Seguindo a regra da tríplice identidade, o autor italiano assevera que apenas será necessária a narração de fatos constitutivos das demandas oriundas de direitos de obrigação (*Instituições de direito processual civil*, cit., p. 360-361). “Na teoria da individuação, portanto, para se delimitar a causa petendi ativa, não se leva em conta o meio ou o modo (fato constitutivo) por que se originou o direito alegado, mas o direito em si, com base no qual o autor

mudança da qualificação jurídica, para esta corrente, consistiria em nova demanda, mesmo que os fatos, da segunda causa, sejam os mesmos da anterior.²⁴⁸

É importante enfrentar a sua gênese mais próxima: Historicamente o ordenamento alemão, precursor da autonomia do processo, seguia a teoria da substanciação na medida em que o ordenamento até então vigente detinha um sistema rígido de preclusões.

Com a entrada em vigor, no ano de 1879, do novo Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung*), estabeleceu-se profunda controvérsia se a causa de pedir era identificada pela causa de pedir remota, próxima ou se ambas eram necessárias.²⁴⁹ E isso porque a nova redação do dispositivo mitigava a força da eventualidade principal condutor da rigidez do sistema e critério de fixação da teoria da substanciação, pois uma vez fixados momentos oportunos para a apresentação dos fatos, estes inegavelmente adquirem importância no sistema. O sistema, como dito, abandonava esta ideia.²⁵⁰

Assim, muitos processualistas abandonaram a concepção firmada da substanciação para a individualização, por entender que o § 230 da ZPO correspondia

pretende obter o bem da vida, objeto da tutela jurisdicional pleiteada”, conf. Bruno Silveira de OLIVEIRA, *Conexidade e efetividade processual*, cit., p. 41.

²⁴⁸ Para Victor Fairén GUILLÉN, a teoria da substanciação “se basa la fundamentación de la demanda em la suma de los hechos constitutivos (causa agendi remota), o sea em la relación fáctica aportada por el actor al proceso a título de justificación de su afirmación jurídica y como base de su pretensión”. Já a teoria da individualização, “entiende por fundamentación de la demanda solamente la exposición de la relación jurídica que apoya a pretensión (causa agendi proxima)” (*Estudios de derecho procesal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 466-467).

²⁴⁹ Verificando a exposição de motivos da ZPO (§ 230), observa-se a expressão “fundamento da pretensão deduzida” e que seria necessária a indicação “do objeto e do fundamento da pretensão deduzida, além de um pedido determinado”. A partir daí, levou-se ao entendimento de uma atenuação ao princípio da eventualidade.

²⁵⁰ A bem da verdade, a grande polêmica se limitou na configuração das ações reais, porque nas ações obrigacionais, mantinha-se a exigência da indicação do fato constitutivo, conforme observa Cerino CANOVA. *La domanda giudiziale ed il suo contenuto. Commentario del Codice di Procedura Civile*. Toutino: Utet, 1980. t. 1, Libro Secondo, p. 48-49.

melhor a esta teoria.²⁵¹ Esta nova concepção foi transportada para a Itália, tendo como defensores da individualização CHIOVENDA,²⁵² CARNELUTTI e BETTI, mas ainda mantendo-se pela substanciação, ZANZUCHI²⁵³ e GIANNOZZI.²⁵⁴

O Brasil adotou a teoria da substanciação. Conforme será visto, tal opção decorreu da opção político-legislativa não somente representada pelo art. 282, III (que exige a presença do fato e dos fundamentos jurídicos), mas, principalmente, em virtude do sistema rígido de preclusões adotado no nosso ordenamento (*eventualmaxime*).²⁵⁵ A regra da eventualidade é elemento essencial para os ordenamentos que adotam a substanciação.²⁵⁶

Contudo, mesmo com a notória adoção pelo Brasil da teoria da substanciação, seguindo a linha de pensamento da maioria dos ordenamentos vigentes, autores há que entendem ter o Brasil adotado uma teoria híbrida consistente na adoção das duas teorias.²⁵⁷

²⁵¹ Entretanto, a reforma empreendida em 1976, que implantou o denominado “modelo de Stuttgart”, com adoção expressa da regra da eventualidade e maior prestígio a um sistema com fases preclusivas, obrigou o sistema alemão a aduzir os fatos constitutivos na demanda. Deste evento histórico duas conclusões podem ser retiradas: a) o ordenamento alemão voltou a seguir a teoria da substanciação, se aproximando, neste particular, a grande maioria dos ordenamentos Europeus; b) a causa de pedir ganhou particular importância, entendendo alguns que ela integraria o objeto litigioso (*Habescheid*).

²⁵² *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 433-439.

²⁵³ Marco Tullio ZANZUCCHI. *Diritto processuale civile*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1964. v. 1, p. 125. Conforme observa José Rogério Cruz e TUCCI, ZANZUCCHI foi o primeiro autor italiano a se opor à teoria da individualização.

²⁵⁴ Ainda o mesmo autor assevera que o sistema italiano não foi diferente. As reformas processuais no ordenamento peninsular de 1942, 1950, 1973 e todas da década de 90, foram cada qual tendendo para um lado. Ora se seguia a teoria da individualização, ora se seguia a teoria da substanciação. E isso porque, as reformas criavam sistemas rígidos e depois flexíveis, o que, corolário desse sistema, havia uma necessidade maior ou menor com a transcrição dos fatos (*A causa petendi no processo civil*, cit., p. 118-119).

²⁵⁵ Giovanni VERDE assevera que a escolha por uma das teorias (substanciação ou individualização) tem estreita relação com a política legislativa adotada em cada ordenamento (*Profili del processo civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 1999. v. 1, p. 145).

²⁵⁶ Júnior Alexandre Moreira PINTO. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007. p. 35. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 12.)

²⁵⁷ Mesmo na Itália recente, LIEBMAN, asseverava que as circunstâncias fáticas somente se mostram relevantes se delas decorrer alguma consequência jurídica (*Manual de direito processual civil*, cit., p. 194).

Araken de ASSIS assevera que, a despeito de o nosso ordenamento ter seguido a teoria da substanciação, não se consagra tese oposta a individualização.²⁵⁸ Esta posição é confirmada por José Ignácio Botelho de MESQUITA,²⁵⁹ da qual entende haver uma posição de equilíbrio entre as duas correntes (tendo este autor escrito à luz do CPC de 1939). Nesse mesmo sentido Ovídio BAPTISTA.²⁶⁰

O autor gaúcho, ao comentar a posição de SCHWAB, alega que o nosso Código não segue a teoria da substanciação e tampouco da individuação, pois existe “uma atenuação da teoria da substanciação”, já que a lei exige apenas os fatos essenciais para fins de fundamentos do pedido.²⁶¹

Quem não seguiu a realidade brasileira resultando numa problemática menor na divisão das teorias foi o sistema espanhol: a fixação dos fatos se dá de maneira preclusiva quando da apresentação da petição inicial (o que demonstra a adoção do princípio da eventualidade). Contudo, a qualificação desses fatos, conforme disposição expressa, poderá ser apresentada até a audiência prévia, podendo, até, ser alterada na fase instrutória.

²⁵⁸ *Cumulação de ações*, cit., p. 126. Assevera o autor ainda que as teorias em comento “revelariam duas fases da mesma realidade, com a única diferença de enfoque, ora ficado sobre o suporte fático (substancialização), ora nos efeitos correspondentes (individualização)” (ibidem, p 125).

²⁵⁹ *Causa petendi* nas ações reivindicatórias, *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2006. v. 1, p. 154

²⁶⁰ Ovídio Baptista da SILVA. *Sentença e coisa julgada: ensaios*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1979. p. 166. Segue também essa teoria intermediária: José Rogério Cruz e TUCCI. *Causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001; Milton Paulo de CARVALHO. *Do pedido no processo civil*, cit.; Alexandre Alves LAZZARINI. *A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução de união estável*, cit.

²⁶¹ Há quem defenda (e que será melhor explicado no item seguinte) que as teorias da individuação e substanciação são face da mesma moeda. Neste sentido: Elio FAZZALARI. *Azione civile* (teoria generale e diritto processuale). *Diggesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Torino: Utet, 1988. v. 2, p. 132 “l'allegazione dei fatti costitutivi o quella del rapporto giuridico significa porsi, rispettivamente, dal punto di vista della fattispecie (sostanziale) e da quello degli effetti che ne promanano, cioè da due punti di vista perfettamente compatibili, anzi corrispondenti”.

Nesse caso o sistema espanhol adotou expressamente a substanciação (arts. 218.1, II, 209.4 e 433.3 da Ley de Enjuiciamiento Civil).²⁶² Aqui se está a verificar que este modelo segue expressamente a substanciação, exigindo a causa remota, mas não o fazendo com a causa próxima (afastando, neste particular, da regra da eventualidade).

Contudo, defender que o ordenamento brasileiro adotou ambas as teorias²⁶³ seguindo apenas na análise do art. 282, III,²⁶⁴ do CPC é, nos dizeres de José Rogério Cruz e TUCCI,²⁶⁵ muito simplista. A resposta a esta importante questão, que trará consequências práticas especialmente aos limites objetivos da coisa julgada decorre de se estabelecer uma interpretação sistemática ao referido artigo.²⁶⁶

Não se pode entender a adoção de uma ou outra teoria com a leitura isolada do referido artigo. É necessária uma interpretação lógico-sistemática,²⁶⁷ até mesmo porque as normas exigem nexos de dependência devendo ser analisadas reciprocamente.

Analisando a norma no contexto do sistema e não somente de forma abstraída do ordenamento, a melhor compreensão só é possível se verificar a estrutura de

²⁶² Contudo, não entendendo a adoção expressa, Teresa Armenta DEU. *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 115, assevera que “La nueva Ley [CPC espanhol] no se adscribe expressamente a ninguna de estas posiciones”.

²⁶³ Desconhece-se na doutrina atual brasileira quem defenda a individualização.

²⁶⁴ O artigo estabelece que a petição inicial indicará: “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”. Teresa Armenta DEU. *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 115, assevera que “La nueva Ley [CPC espanhol] no se adscribe expressamente a ninguna de estas posiciones”.

²⁶⁵ *Causa petendi no processo civil*, cit., 2. ed., p. 146.

²⁶⁶ O autor ainda assevera que com a mera leitura do art. 282, III, do CPC brasileiro, pode-se chegar à conclusão de que se tenha adotado por aqui a teoria da substanciação dada a similaridade deste dispositivo de lei com o § 253, 2, da ZPO alemã bem como do art. 163, 4, do atual Código de Processo Civil italiano. *Idem*, *ibidem*, p. 157.

²⁶⁷ Sobre o assunto, Tercio Sampaio FERRAZ. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 288.

preclusões adotada no sistema processual brasileiro: se rígido ou flexível. E o Brasil adotou o sistema rígido, com base na regra da eventualidade²⁶⁸ (item 1.4).

Observa Antônio Alberto Alves BARBOSA,²⁶⁹ ao comentar a preclusão no ordenamento brasileiro que o nosso legislador

preocupou-se sobremaneira em afastar os inconvenientes que decorrem do sistema de *liberdade* que, se garante maior variedade e agilidade, permitindo modelar o desenvolvimento do processo à feição do caso concreto, também abre a porta a um grande arbítrio das partes, favorecendo as manobras dilatórias, a desordem no movimento processual e as surpresas.

É inegável que no sistema de preclusões no sistema brasileiro (em especial nos arts. 264, 294, 300, 301, 474 do CPC) é caracterizada pela transposição de fases, fases em que se estabelecem pormenorizadamente os atos que devem ser praticados, sendo vedada a repetição ou inovação do ato perdido. Assim sobreleva constatar a supremacia dos fatos sobre a fundamentação jurídica (elemento essencial na teoria da individualização), ainda que esta fundamentação jurídica tenha uma importância maior nos chamados direitos absolutos.²⁷⁰

É perceptível a importância dos fatos, consoante se verifica, apenas a guisa de exemplo, o ônus da impugnação específica (art. 302 do CPC), a revelia, e a vedação do *jus novorum* em grau recursal (art. 517 do CPC).²⁷¹ É por conta da concentração dos

²⁶⁸ O próprio José Rogério Cruz e TUCCI utiliza a expressão “Regra da eventualidade como pressuposto da substanciação” em seu *Causa petendi no processo civil*, cit., 2. ed., p. 88.

²⁶⁹ *A preclusão processual civil*, cit., p. 65.

²⁷⁰ A eventualidade não tem incidência na individualização na medida em que os fatos para essa teoria assumem um plano secundário, já que a alteração dos fatos (por serem secundários) não modifica a demanda.

²⁷¹ Júnior Alexandre Moreira PINTO questiona porque os fatos prevalecem sobre o direito se a lei os colocou no mesmo patamar? O próprio autor responde o que é voz corrente na doutrina: “reside na possibilidade do juiz de modificar a relação jurídica indicada pelo autor, comportamento este vedado quanto aos fatos. E assim, entende-se que ao se permitir o câmbio da causa de pedir próxima estaria a legislação impondo posição de destaque à causa remota, imodificável no curso da demanda”. A causa petendi e o contraditório, cit., p. 36-37. Mas o próprio autor entende este posicionamento equivocado, na medida em que nem toda

atos postulatórios, que a narrativa dos fatos se faz tão importante entre nós e se sobrepõe à fundamentação jurídica, mesmo que a lei, repise-se, não tenha estabelecido expressamente uma hierarquia entre esses dois elementos.²⁷²

O fato de não haver essa restrição, importante que se diga, aos efeitos da causa de pedir próxima (fundamentos jurídicos) da mesma forma que existem com os fatos, decorre da competência judicial para a aplicação do direito²⁷³ (*da mihi factum, dabo tidi jus*).²⁷⁴

Existem, contudo, bons argumentos para se adotar a teoria da individualização. Como a decisão levará em conta quaisquer fatos subjacentes à relação jurídica trazida em juízo, certamente existirá uma maior aproximação da verdade real.²⁷⁵ Dessa forma a individuação torna o procedimento menos rígido, permitindo o ingresso de novas alegações fáticas no curso do procedimento, uma vez que, para essa teoria, não há preocupação com os fatos, pois estes não têm aptidão de modificar a qualificação jurídica. Não havendo importância, não há sistema rígido para sua apresentação em prestígio ao contraditório, pois nesses casos o contraditório deve ser levado em conta em virtude da fundamentação jurídica trazida pelo autor.

causa de pedir remota seja imutável, e a causa de pedir próxima não pode ser alterada sem a observância do contraditório.

²⁷² Como bem observa Ricardo de Barros LEONEL, “Isso pode ser justificado como adoção de técnica processual relacionada à eventualidade e conseqüentemente, v.g., à maior celeridade na decisão, amplo exercício do direito de defesa, fixação e preparação do *thema disputandum* e do *thema probandum* desde o princípio etc.” (*Causa de pedir e pedido*, cit., p. 90).

²⁷³ “Por esta opinión abona el principio de que es misión de las partes aportar el material de hechos necesario para el litigio, mientras el Juez há de aplicar el derecho” (Adolf SCHÖNKE. *Derecho procesal civil*. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1950. p. 166).

²⁷⁴ Entretanto, como bem observa Junior Alexandre Moreira PINTO, “nem sempre a causa de pedir remota é imodificável, tampouco a causa próxima pode ser mudada sem a possibilidade de manifestação das partes a respeito da nova qualificação jurídica”. *A causa petendi e o contraditório*, cit., p. 37.

²⁷⁵ Gian Franco RICCI critica a teoria da substanciação ao asseverar que a teoria da individuação possui uma maior aproximação à verdade real, na medida em que se pode levar em consideração quaisquer fatos referentes à relação jurídica subjacente à causa. Portanto “Solitamente si dice che muovendo dalla teoria della sostanziazione, il giudicato non há necessariamente l’ ampiezza del diritto tutelato, ma solo quella che emerge dalla sua correlazione con i fatti debotti” (Individuazione” o “sostanziazione” nella riforma del processo civile. *Rivista Trimestrale di diritto e Procedura Civile*, n. 4, p. 1235, Milano, Giuffrè, 1995).

Entretanto, esta regra se inverte quando se aplica o sistema de rigidez dessas duas teorias repercutindo na eficácia preclusiva da coisa julgada.²⁷⁶

Contudo, inegavelmente, este valor sacrificará o tempo e a efetividade do processo, pois a adoção da individualização prejudica a marcha do processo causando seu retardamento, já que a eventualidade não alcança a apresentação dos fatos, permitindo a sua alegação em qualquer momento. Ademais, dificultaria o contraditório ante a desnecessidade de transcrição dos fatos constitutivos.

Outra grande defesa dos que seguem a teoria da individualização está nos direitos absolutos²⁷⁷ (que detêm eficácia *erga omnes* – como os direitos reais, de família e da personalidade). Dessa forma, para que possa se entender a operacionalidade das duas teorias, necessário estender algumas explicações sobre os direitos absolutos e relativos.

Esta distinção tem sua origem no processo civil romano em que os diversos tipos de *actio* eram classificados de acordo com o direito subjetivo postulado. Portanto, esses direitos poderiam ser *in personam* (*condictiones*) ou *in rem* (*vindicationes*). As ações pessoais necessitavam de maior fundamentação na medida em que uma mesma obrigação poderia subsistir mais de uma vez, o que não se verifica nas ações reais.²⁷⁸

²⁷⁶ Bruno Silveira de OLIVEIRA, *Conexidade e efetividade processual*, cit., p. 55.

²⁷⁷ “Nas ações declaratórias e condenatórias, fundadas em direito absoluto, para identificar a ação, basta indicar o direito de que se afirma existente (propriedade, servidão etc.), sem que seja necessário mencionar o fato constitutivo de que se afirma oriunda a relação jurídica (p. ex., título aquisitivo de propriedade), uma vez que tal direito permanece sempre o mesmo, qualquer que seja o fato constitutivo em particular que, caso a caso seja invocado: a propriedade de um bem é sempre o mesmo direito, tenha ela sido adquirida por herança, compra e venda ou usucapião. Por isso não muda a *causa petendi* pelo simples fato de haver referência a um ou a outro dos possíveis títulos de aquisição” (*Manual de direito processual civil*, cit. p. 194-195).

²⁷⁸ Nesse sentido: José Rogério Cruz e TUCCI e Luiz Carlos de AZEVEDO, *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2001. p. 106; José Carlos Moreira ALVES. *Direito romano*, Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1, p. 231.

PONTES DE MIRANDA, ao dispor sobre os direitos absolutos e relativos, assevera que: “O proprietário pode reivindicar qualquer que tenha sido o título; o credor nem sempre pode cobrar”.²⁷⁹ A classificação em direitos absolutos e relativos leva em consideração a eficácia do direito subjetivo em relação a outras pessoas ou apenas para o seu titular.²⁸⁰

E isso porque o conteúdo dos direitos absolutos é único.²⁸¹ Uma vez com a aquisição do direito real este constitui um só, irrelevante se decorrente de propriedade, usufruto, servidão etc. Assim como o direito de personalidade ou de família, como o nome, a imagem, a condição de herdeiro. Nestes casos basta a simples afirmação deste direito sendo desnecessário o modo de sua formação para poder individualizá-lo.²⁸² A

²⁷⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 4, p. 17. Araken de ASSIS é contra ao entendimento do autor alagoano nesse caso. E isso porque o autor entende que os fatos jurídicos caracterizadores à configuração do domínio (= causa de sua aquisição) são fundamentais. Assim preleciona: “Ora, a dúvida em torno da relação jurídica, ou de alguma parte integrante dela, deve ser real e concreta, e não subjetiva, porque o escopo da atividade jurisdicional não se harmoniza com o de prestar consultas ao interessado. Por isso, além de expor os fatos pertinentes à relação jurídica, cujo reconhecimento se reclama, ou não, ao juiz, compete ao autor historiar os fatos que determinaram, do lado do réu, a criação da dúvida ou da sua jactância, irrogando-se titular de um direito subjetivo frente ao autor” (*Cumulação de ações*, cit., p. 134).

²⁸⁰ Esta classificação, todavia não é suficiente para tutelar todas as questões adequadas e isso porque a doutrina vem entendendo que os direitos reais atingem a um grupo maior de situações englobando: “(a) direitos reais de gozo; (b) os direitos sobre bens imateriais, (c) os direitos da personalidade (nome, imagem, privacidade, honra, vida, liberdade, etc.) e (d) direitos de *status civitatis* e de família, em uma crescente evolução e abrangência do conceito”. Sistematização feita por Ricardo de Barros Leonel, baseado na obra de Santoro Passarelli, *Diritto soggettivi (diritti assoluti e relativi)*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1959. v. 4, p. 148 (apud Ricardo LEONEL, *Causa de pedir e pedido*, cit., p. 94).

²⁸¹ Para CHIOVENDA nas ações reais basta a alegação da relação jurídica para que se possa identificar corretamente a ação. Desse modo, não é necessário indicar o fato de como, v.g., se tornou proprietário. “Isso pode ser necessário para provar a existência da relação jurídica de propriedade, não, porém, para identificar a ação” (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 436).

²⁸² É evidente que nem todos os casos de direitos reais possuem essa eficácia. Aplica-se aos direitos reais de gozo, mas não aos de garantia. Estes, como por exemplo, o penhor, a hipoteca e anticrese, podem ser instituídos em mais de uma oportunidade, ao mesmo tempo, referente ao mesmo bem, assegurando duas ou mais obrigações distintas. Dessa forma, pode-se concluir que as demandas autodeterminadas abrangem, além dos casos de propriedade, os direitos reais de gozo, as questões de direito de família, o direito da personalidade bem como os direitos de crédito quando a obrigação se apresenta específica (um fazer, por exemplo).

narração dos fatos nas ações de direito absoluto seria uma condição de êxito da demanda e não propriamente um elemento identificador.²⁸³

Adolf SCHÖNKE, acrescenta mais um tipo de demanda que independe dos fatos: as ações declaratórias negativas. Nesses casos “é bastante a indicação da relação jurídica, cuja inexistência afirma o demandante; nestas demandas é de se seguir a teoria da individualização (Tribunal Supremo). Também é necessária a indicação dos fatos dos quais se deduza a legitimação em causa (Tribunal Supremo)”.²⁸⁴

Já os direitos relativos podem existir mais de uma vez. É perfeitamente possível determinado devedor possuir dois créditos de naturezas distintas perante um mesmo credor. A simples alegação do dever de pagamento (fundamentação jurídica) não torna claro nem fornece todas as informações sobre *qual* crédito (fato) se está cobrando. Pela congruência, o Estado deve responder pelo exato pedido que autor fizer e não poderá “presumir” qual crédito restou requerido e qual crédito restou relegado, pois a autoridade da coisa julgada somente poderá recair sobre o objeto da pretensão.²⁸⁵

Em resumo, a teoria da substanciação agirá de forma mais ou menos intensa, na medida em que a qualificação jurídica possua autonomia *de per se* para figurar como *status* jurídico suficiente a qualificar uma demanda.

²⁸³ José Rogério Cruz e TUCCI, *Causa petendi no processo civil*, cit. p. 120.

²⁸⁴ *Direito processual civil*, cit., p. 226.

²⁸⁵ Se, por exemplo, alguém se denomina credor de outrem, esta qualidade pode ser ostentada por um contrato de compra e venda, de mútuo ou mesmo de locação. Assim qualquer fato pode tornar alguém credor daí a necessidade da precisa narração dos fatos. Na substanciação, o prestígio se dá aos fatos constitutivos. Assim, a alteração dos fatos, mesmo mantendo incólume o pedido e o direito alegado, faz emergir uma nova ação. E mais, a sentença baseada em determinados fatos impede a propositura de nova ação entre as mesmas partes com base nos mesmos fatos, ainda que se pretenda retirar diversa consequência jurídica. Para esta teoria, ao contrário da individualização, não há diferença entre direitos absolutos e relativos, pois os fatos sempre devem ser narrados.

Com base nessa classificação em direitos absolutos e relativos, que leva em consideração as características do direito material afirmado em juízo, que se estabeleceu a clássica distinção entre demandas *autodeterminadas* e *heterodeterminadas*. Esta classificação prevalente na doutrina italiana liga a primeira aos direitos absolutos e a segunda aos direitos relativos.

Demandas autodeterminadas são aquelas que podem ser identificadas em relação às demais pelo seu próprio conteúdo.²⁸⁶ Dessa forma, por esta peculiaridade não podem existir mais de uma vez com o mesmo objeto entre as mesmas partes no mesmo momento (direitos reais de fruição, personalidade). Ninguém pode ser proprietário duas vezes de maneiras distintas de um mesmo imóvel ao mesmo tempo.²⁸⁷ Como consequência lógica, não é necessária a informação do modo de aquisição desse direito, pois ele, por si, já é suficiente e determinante para identificar a causa.²⁸⁸ São casos em que “a individuação do direito, e da demanda, através do conteúdo e dos sujeitos, justifica-se precisamente pela unicidade e irrepetibilidade da mesma situação substancial”, conforme observa Cerino CANOVA.²⁸⁹

As demandas heterodeterminadas têm como objetos direitos que, somente têm aptidão de se distinguir dos demais com a precisa narração dos fatos constitutivos (*fatto genetico*). E isso porque é possível a existência de mais de um direito no mesmo momento histórico (um credor pode possuir dois créditos distintos com o devedor. Assim a diferenciação entre uma demanda e outra se dá pelo modo de aquisição desse

²⁸⁶ São aquelas “em que deduzido um direito dessa natureza, é identificada pelo próprio direito e não pelo título de aquisição, porquanto contempla potencialmente todos os possíveis títulos”. José Rogério Cruz e TUCCI, *Causa petendi no processo civil*, cit., p. 120-121.

²⁸⁷ Basta a mera indicação da propriedade, sendo irrelevante se adquirida por sucessão hereditária, compra e venda ou usucapião.

²⁸⁸ Este o motivo da nomenclatura “autodeterminado”.

²⁸⁹ *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 185-186. O autor, a despeito de defensor da teoria da individualização, procurou estabelecer uma série de critérios para identificar as demandas.

direito. Aqui é necessário, para sua perfeita identificação, um fator exterior, estranho ao próprio direito.²⁹⁰

De acordo com Guilherme Freire Barros TEIXEIRA, os primeiros “são aqueles que não se identificam pelo seu título de aquisição, mas pelas partes e pelo conteúdo, não podendo existir mais de uma vez, com o mesmo conteúdo, entre as mesmas partes”.²⁹¹ Já os direitos heterodeterminados, “podem existir simultânea e potencialmente mais de uma vez entre as mesmas partes e com o mesmo conteúdo, necessitando, para sua individualização, da referência do fato gerador, como ocorre nos direitos de crédito”.²⁹²

Dessa forma, está constatada que a principal diferença entre os direitos absolutos e relativos é a eficácia do direito material perante terceiros.²⁹³

As demandas heterodeterminadas não participam da discussão entre as teorias da individuação e da substanciação. E isso porque, mesmo os seguidores da primeira corrente entendem (e defendem) a necessidade de dedução de fatos acerca de demandas dessa natureza de molde a definir a causa de pedir ativa ora apresentada.²⁹⁴

3.2.3 Harmonização das teorias e seu reflexo na eficácia preclusiva da coisa julgada

É clássica a constatação de FAZZALARI, seguida pela maioria da doutrina italiana moderna, ao asseverar que as teorias da substanciação e individuação são faces

²⁹⁰ Como observam Luigi MONTESANO e Giovanni ARIETA, *Tratado di diritto processuale civile*, cit., p. 176.

²⁹¹ Guilherme Freire de Barros TEIXEIRA, *O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 195.

²⁹² Idem, *ibidem*, p. 196.

²⁹³ Trata-se de expressão originariamente utilizada por Augusto Cerino CANOVA em seu *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., p. 177-191.

²⁹⁴ Victor Fairén GUILLÉN assevera que não é necessário indicar o título quando se trata de direito real e sua necessidade quando se trata de direito a prestação (*Estudios de derecho procesal*, cit., p. 468-469).

da mesma moeda.²⁹⁵ E isso porque uma teoria depende da outra, pois a perfeita compreensão do direito está condicionada à correta narrativa dos fatos. Assim como o fato, por si, não traz nenhuma consequência jurídica se não enquadrado perfeitamente no arquétipo da norma abstrata.

Aliás, este é o entendimento de Leo ROSEMBERG, ao afirmar que:

Nos últimos tempos, essas duas teorias vem se aproximando, tanto que também os representantes da teoria da individualização admitem que o autor se limita à apresentação dos fatos, na medida em que estes se referem aos elementos de individualização da relação jurídica controvertida; e os representantes da teoria da substanciação já não exigem no libelo a apresentação de todos os fatos que fundam o direito, senão unicamente os “essenciais”.²⁹⁶

O que há de fato é certa relativização entre as teorias, mas nunca uma completa indiferença.

As diferenças se acentuam no que toca à identificação da demanda, especialmente no que se refere à litispendência e à autoridade da coisa julgada. Na teoria da individuação permite-se a alteração fática da demanda em outro processo,²⁹⁷ mas a simples modificação da relação jurídica em outra causa afasta a autoridade da

²⁹⁵ *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996. p. 118. Nesse sentido, José Roberto dos Santos BEDAQUE: “Existe incerteza, ainda, sobre o *quantum* mínimo desses fatos e razões, necessárias à identificação da demanda. A teoria da substanciação, coordenada com o princípio da eventualidade, exige a dedução de todos os fatos históricos invocados como constitutivos do direito afirmado. A teoria da individuação exige apenas a especificação do direito substancial, tendo a causa de pedir a função de identificar a relação jurídica controvertida. As duas teorias representam o verso e reverso da medalha” (Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório, cit., p. 34).

²⁹⁶ *Tratado de derecho processual civil*, cit., p. 43. Nesse sentido, José Rogério Cruz e TUCCI, *Causa petendi no processo civil*, cit., 2. ed., p. 122.

²⁹⁷ Importante frisar que para configurar uma nova demanda esta modificação fática deve alterar a qualificação jurídica, vale dizer, as novas alegações trazidas na posterior demanda devem conduzir a um resultado jurídico diverso ao afirmado pelo postulante na demanda anterior. Se os fatos trazidos, mesmo que diferentes não alterarem a relação jurídica, não houve – para os individualistas – modificação da demanda. Desta forma, se na primeira demanda a defesa da propriedade decorreu do argumento da aquisição onerosa de domínio e na segunda a defesa teve como causa de pedir a usucapião, mantém-se incólume a fundamentação jurídica, qual seja, a propriedade.

res iudicata. Dessa forma, se numa primeira demanda houver narrativa dos fatos com a qualificação jurídica X, nada impede que estes *mesmos fatos* possam estar numa segunda demanda, desde que se utilize a qualificação jurídica Y. Permanecendo inalterada a relação jurídica, a eventual mudança dos fatos constitutivos não acarreta na mudança da causa de pedir.

Como consequência deste fenômeno no campo da propositura de nova demanda há inegável potencialização da amplitude da teoria da individuação, nem tanto aos limites objetivos da coisa julgada (que são delimitados pelo pedido,²⁹⁸ conforme item 5.4), mas, e principalmente, na eficácia preclusiva dela (CPC, art. 474) já que a eficácia preclusiva atina especificamente sobre a causa de pedir.²⁹⁹

Para a teoria da substanciação, a demanda apenas muda se mudarem os fatos. Novos fatos, *nova demanda*.³⁰⁰ Para a individuação, como dito, a demanda muda com a alteração da fundamentação jurídica. Contudo, não há mudança de demanda reivindicatória quando se passa de um título de aquisição para outro.³⁰¹

Este é o entendimento de Lino Enrique PALACIO que, em relação à causa de pedir,

²⁹⁸ Ver, neste sentido o art. 459 do CPC em que a sentença é uma resposta ao pedido do autor. Em exemplo bastante elucidativo trazido por Milton Paulo de CARVALHO (*Do pedido no processo civil*, cit., p. 83) da obra do autor português Anselmo de CASTRO assevera que: “em demanda sobre responsabilidade civil, se o autor classificar os fatos inicialmente como de responsabilidade contratual, e no curso do feito passar a atribuir aos mesmos fatos os efeitos da responsabilidade aquiliana, terá havido mudança da causa para a teoria da individuação, mas nenhuma alteração terá ocorrido para a teoria da substanciação”.

²⁹⁹ Neste sentido, ver por todos: Enrico Tullio LIEBMAN. *Limites objetivos da coisa julgada*. Estudos sobre o processo civil brasileiro. Campinas: Bestbook, 2001. p. 127-130.

³⁰⁰ Este é o entendimento de Enrique VESCOVI. *La modificación de la demanda*, cit., p. 210-211. Interessante posicionamento possui José Ignacio Botelho de MESQUITA. *Causa petendi* nas ações reivindicatórias, cit., p. 143-144. Para ele os defensores da teoria da substanciação não conseguirão defender o posicionamento de duas demandas que possuam os mesmos fatos, mas na primeira a qualificação jurídica é a reivindicação e a outra o enriquecimento ilícito. Seriam ações com resultados diferentes, mas incorreria no mesmo fato. Evidentemente que nesse caso o pedido será diferente e, portanto, alteraria um dos elementos da demanda.

³⁰¹ Nesse sentido Giuseppe CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 437.

debe entenderse que el simple cambio de argumentación jurídica en que se fundó una pretensión, excluye la procedencia de una pretensión posterior que se sustente en las mismas circunstancias de hecho. De modo que, por ejemplo, rechazada una pretensión de divorcio fundada en el adulterio, no cabría intentar una nueva pretensión sosteniéndose que los mismos hechos configuran la causal de injurias graves.³⁰²

Se o Brasil seguisse a teoria da individualização, a perfeita narração dos fatos não seria obrigatória. Dessa forma, qualquer fato apto a trazer, como ilação, aquela consequência jurídica, poderia sofrer os efeitos da decisão o que, evidentemente, fere de morte o princípio do contraditório. Ademais, a coisa julgada não teria limites seguros já que mesmo alguns casos, de alteração superveniente dos fatos, não poderiam ser levados ao Judiciário novamente.³⁰³

O direito afirmado, portanto, abrangeria todas as questões que *poderiam ser feitas* para a constituição daquele direito, já que a eficácia preclusiva abrangeria a todas. Não é o que ocorre na teoria da substanciação. Nesta, a coisa julgada fica limitada as questões suscitadas e as que poderiam ter sido *nos limites da causa de pedi proposta*.³⁰⁴ Neste caso tornaria “improponível nova demanda sobre a mesma relação de direito ainda que fundada em fatos não alegados na primeira”.³⁰⁵

³⁰² *Manual de derecho procesal civil*, cit., p. 124.

³⁰³ Conforme Ricardo Barros Leonel “Já na teoria da individualização da demanda, como esta se identifica pelo conteúdo do direito deduzido, ficam absorvidos todos os fatos que servem à sustentação do direito invocado em juízo. Inviabiliza-se que, em ulterior ação, seja formulada a mesma pretensão, com amparo em fatos já existentes na época da primeira ação, ainda que não alegados. Aqui, os fatos jurídicos servem apenas para a prova do direito alegado, não para sua identificação” (*Causa de pedir e pedido*, cit., p. 89).

³⁰⁴ Apenas para exemplificar, se numa demanda cuja fundamentação jurídica seja a propriedade, é possível alegar, como título aquisitivo, a cessão onerosa do bem. Se a parte alegar em outra demanda o mesmo fundamento jurídico, mas argumento que adquiriu o bem por sucessão hereditária, constituir-se-á nova causa de pedir que não será abarcada pela eficácia preclusiva. Esta regra explica a teoria da substanciação, mas não a da individualização, já que ambos os fatos decorreriam da mesma fundamentação jurídica e, portanto, estaria vedada a propositura da segunda demanda.

³⁰⁵ Botelho de MESQUITA. *Causa petendi* nas ações reivindicatórias, cit., p. 151. Nesse sentido Guilherme Freire de Barros TEIXEIRA, *O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 182 ao asseverar que “a sentença que decidir a relação jurídica trazida à apreciação judicial será extensiva a todos os fatos dela

Seguindo a linha da substanciação, qualquer modificação dos fatos constitutivos no curso da demanda leva, invariavelmente, a modificação da causa de pedir. Sendo a narração dos fatos constitutivos imprescindíveis para a identificação da causa, o estabelecimento da atividade jurisdicional, bem como a coisa julgada, os fatos não apresentados pelo autor remanescem fora do espectro de abrangência da eficácia preclusiva da coisa julgada, *ex* do art. 474 do CPC.

É a eficácia preclusiva que impede o conhecimento da causa de pedir já julgada (deduzida) e quaisquer *argumentos* que poderiam ser utilizados nela com o objetivo de contrapor àquilo que foi anteriormente decidido (dedutível). E isso porque

as questões de fato, de direito ou prejudiciais, deduzidas ou dedutíveis, se estranhas aos limites objetivos do julgado, podem ser deduzidas em outro processo; não há preclusão. Mas a alegação é inadmissível se a finalidade for a obtenção de resultado diverso daquele relativo ao objeto do primeiro processo. Trata-se da eficácia preclusiva da coisa julgada, fenômeno diverso daquele caracterizado pela imutabilidade da sentença (coisa julgada), mas com ele conexo.³⁰⁶

Defende-se a impossibilidade de se seguir, para o mesmo ordenamento, as duas teorias. E o Brasil claramente segue a teoria da substanciação assim como entende majoritária doutrina.

Os fatos assumem inegavelmente maior importância que a fundamentação, que lhe dá juridicidade. Teresa Arruda Alvim WAMBIER, demonstra a importância dos fatos para a causa de pedir com elucidativo exemplo: Se duas pessoas são conviventes e decidem se separar, o marido não pode ingressar com duas ações, uma na vara de família sobre a partilha suscitando união estável e outra na cível com o mesmo pedido de partilha, mas alegando sociedade de fato. E isso porque o elemento preponderante da causa de pedir é o fático, logo a situação de fato de ambas as causas

emergentes, mesmo que não tenham sido alegados pelo autor, tornando improponível nova ação sobre a mesma relação de direito, ainda eu fundada em fatos não alegadas na primeira”.

³⁰⁶ José Roberto dos Santos BEDAQUE, Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório, cit., p. 26.

é a mesma, mesmo que a qualificação jurídica seja diversa. Neste caso existe litispendência, pois as ações “são mutuamente excludentes [...] uma ação exclui a outra, quando somente é possível o resultado de uma delas”.³⁰⁷

É possível que em muitos casos os fatos tenham sua importância mitigada para a identificação da demanda, seja pela natureza do direito (direitos absolutos, v.g.),³⁰⁸ seja por previsão legal (usucapião extraordinária). Mas sempre serão importantes,³⁰⁹ mesmo com sua importância, de certo modo, reduzida. Cassio SCARPINELLA BUENO assevera que não é possível afastar a incidência dos fatos de nenhuma ação ou processo, mesmo nos casos de direitos reais. “A mesma exigência tem sentido também com relação aos títulos executivos extrajudiciais. É insuficiente, embora seja indispensável (art. 614, I), a mera apresentação do título executivo”.³¹⁰

Mas o simples fato de as demandas sobre direitos relativos necessitarem de fatos – premissa que nem mesmo os defensores da individualização negam – por si só já não pode alegar a prevalência de uma teoria sobre a outra.

É verdade que a teoria da substanciação encontra barreiras na sua sustentação diante dos arts. 462 e 474 do CPC. O primeiro diz que o juiz poderá conhecer de ofício ou a requerimento da parte fatos posteriores dadas as circunstâncias descritas no

³⁰⁷ Teresa Arruda Alvim WAMBIER. *Omissão judicial e embargos de declaração*, cit., p. 111. O que é permitido é a requalificação jurídica e não fática. “Assim, por exemplo, não estará o Tribunal decidindo *extra petita* se, a partir da descrição feita pelo autor na inicial em ação baseada no Código de Defesa do Consumidor, chegar à conclusão de que determinada cláusula contratual não deva produzir efeitos não porque é abusiva (art. 51 do CDC), mas porque, ao caso concreto, deve aplicar-se a teoria da imprevisão” (idem, *ibidem*, p. 113).

³⁰⁸ Assim para Botelho de MESQUITA numa ação reivindicatória, a alegação de domínio deve ser feita com o título de propriedade e não pelas alegações ou a afirmação da titularidade. A mesma regra se aplica um divórcio direto litigioso bastando na causa de pedir a existência do casamento e o decurso de mais de dois anos (arts. 226, § 6º, da CF e 1.580 do CC) sem que seja necessária a invocação de qualquer culpa ou outro motivo para a ruptura da vida conjugal.

³⁰⁹ Enrico Tullio LIEBMAN, em sentido, contrário entende que os fatos não são importantes nas demandas que versem sobre direitos absolutos, somente nas que discutem direitos relativos (*Manual de direito processual civil*, cit., p. 250).

³¹⁰ *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 2, t. I, 2010, p. 101.

artigo. O segundo versa sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, que tornam preclusas (e repelidas) todas as alegações que a parte poderia ter feito para o acolhimento ou rejeição da demanda.

É de se perguntar se, com base nesses dispositivos, poder-se-ia inserir na causa de pedir fatos estranhos à alegação do autor. Se sim, o ordenamento brasileiro estaria se inquinando para a teoria da individualização da causa de pedir.³¹¹

Em sentido contrário a individualização também deveria prestar contas com alguns institutos do processo. E isso porque pela regra do adágio *jura novit curia*, o juiz tem o dever de conhecer o direito. Quer dizer, eventuais mudanças na qualificação jurídica dos fatos não teriam o condão de modificar a causa de pedir.

Desta feita o direito do autor estaria individualizado somente pelos fatos, afinal a qualificação jurídica não constitui um ônus para parte, mas um dever para o Poder Judiciário, decorrente da inafastabilidade, princípio nuclear que norteia o sistema jurisdicional.

Araken de ASSIS, com precisão observa que

realmente, duas ações constitutivas diferem caso, numa, se invoque erro e, noutra, coação. Mas se, em ambas, os fatos descritos se revelam inteiramente coincidentes, divergindo apenas a qualificação jurídica que se lhes atribui, nada obsta a identidade das ações, à vista do art. 301, § 2º. Distingue-as, segundo a proposição, somente a roupagem jurídica, ou seja, o fundamento legal, elementos extrínsecos à causa de pedir e, como visto, irrelevante.³¹²

³¹¹ Esta questão foi bem observada por Leonardo GRECO, *A teoria da ação no processo civil*, cit., p. 56

³¹² *Cumulação de ações*, cit., p. 131. Nesse sentido: Artur Anselmo de CASTRO. *Direito processual civil declaratório*. Coimbra: Almedina, 1982.

A despeito de alguns autores (como, por exemplo, Botelho de MESQUITA³¹³) estabelecerem uma tentativa de aproximação entre ambas, é fato que possuem focos diferentes (uma incide sobre os fatos e a outra sobre a relação jurídica) e o nosso sistema além de prestigiar os fatos em detrimento da relação jurídica em decorrência da eventualidade, é importante lembrar que a relação jurídica não subsiste sozinha; sua perfeita compreensão (mesmo nos direitos absolutos) depende de fatos que lhe dão significado e contornos.

Afinal, tratando-se da consequência jurídica, certamente decorre de algum evento ocorrido no campo do direito material. Quando trazidos ao processo constitui a narrativa dos fatos. Defender o contrário seria imaginar extrair uma consequência jurídica do vácuo.

Apenas em arremate, o Código de Processo Penal brasileiro estabelece em seu art. 383 regra expressa da adoção da teoria da substanciação.³¹⁴ Trata-se da *emendatio libelli*, pois não se trata de alteração do libelo, mas uma correção da peça de acusação.³¹⁵

Como conclusão, pode-se estabelecer que: i) nosso ordenamento segue um sistema rígido de preclusões que exige a perfeita explicitação dos fatos em momentos estabelecidos no curso do processo;³¹⁶ ii) a fundamentação integra o enquadramento jurídico que é prerrogativa judicial (*iura novit curia*); iii) a individualização derrubaria o instituto da eficácia preclusiva, pois qualquer fato (deduzido ou dedutível), seria acobertado pela autoridade da coisa julgada, ou seríamos levados a seguir a teoria

³¹³ *Causa petendi* nas ações reivindicatórias, cit., p. 146 e ss.

³¹⁴ “Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”

³¹⁵ É o entendimento de Julio Fabrini MIRABETE. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 453-454; Damásio de JESUS. *Código de Processo Penal anotado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 256.

³¹⁶ PROTO PISANI assevera que em qualquer caso a exposição dos fatos é obrigatória (*Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999. p. 59).

ampliativa;³¹⁷ iv) na prática existe uma latente dificuldade de se saber *quando* estes fatos terão menor relevância e *quando*, dada esta “perda de importância dos fatos” gerará atenuação da regra da eventualidade. Em suma: é extremamente difícil calibrar com exatidão quando a importância dos fatos ou não na demanda podem gerar uma atenuação ao caso.

Dessa forma, o sistema brasileiro não adotou expressamente a substanciação pelo simples fato de haver exigência precisa dos fatos,³¹⁸ mas que o sistema de preclusões, como técnica processual para impingir celeridade à demanda, este sim, constitui fator determinante para a opção de uma ou outra teoria.

3.3 Fatos constitutivos (causa de pedir remota)

Antes uma explicação de ordem terminológica: uma vez estabelecido que o conteúdo mínimo da causa de pedir se desmembra em fatos e fundamentos jurídicos, a doutrina costuma os denominar como causa de pedir remota (os fatos) e causa de pedir próxima (o fundamento jurídico).³¹⁹

³¹⁷ “E como decorrência desta teoria, a sentença que decidir sobre uma determinada relação jurídica se estenderá a todos os fatos que, em seu apoio pudessem ter sido alegados pelo demandante, tornando improponível nova demanda sobre a mesma relação de direito, mesmo que fundamentada em fatos não alegados na primeira”. José Roberto dos Santos BEDAQUE. *Causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007. v. 12, p. 44 (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil).

³¹⁸ Até mesmo porque, nem mesmo o art. 282, III, estabelece como e em que medida a narrativa desses fatos deve ser feita e quanto é suficiente para que se tenha uma descrição fática satisfatória.

³¹⁹ Apesar de ser adotada pela grande maioria da doutrina, esta sistematização (ver, por todos Cassio SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 1, 4. ed., 2010, p. 411) está longe de estar pacificada. Nelson NERY e Rosa Andrade NERY (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 550) entendem exatamente o contrário. Para os autores os fatos “compõe a *causa de pedir próxima*. É o inadimplemento, a ameaça ou a violação do direito (fatos) que caracteriza o interesse processual imediato, quer dizer, aquele que autoriza o autor a deduzir pedido em juízo. Daí por que a causa de pedir próxima, imediata, é a violação do direito que se pretende proteger em juízo, isto é, os fundamentos de fato do pedido. O direito em si, em tese e abstratamente considerado, não pode ser o fundamento imediato do pedido [...]”. Já a fundamentação jurídica “compõe a causa de pedir remota. É o que mediatamente, autoriza o pedido. O direito, o título não podem ser a causa de pedir próxima porque enquanto não ameaçados ou violados, não ensejam ao seu titular a necessidade de ingresso do juízo, ou seja, não caracterizam *per se* o interesse processual primário e imediato, aquele que

Quando um fato da vida encontra correspondência num fato abstratamente previsto na lei, dizemos que o direito incidu. E porque incidu, as conseqüências igualmente previstas na lei devem ocorrer. Esse fato da vida, condição da incidência do direito, é denominado de fato jurídico.³²⁰

Conforme ficou estabelecido, os fatos consistem no elemento integrante da causa de pedir que se afiguram essenciais para a caracterização da pretensão do autor.³²¹ E isso porque o sistema brasileiro, assim como praticamente todos os ordenamentos estrangeiros adotam a teoria da substanciação como pressuposto da *causa petendi*. Esta conclusão não decorre, como dito, de mera opção político-legislativa³²² ou mesmo doutrinária, mas principalmente como premissa para a perfeita identificação dos direitos relativos (direitos heterodeterminados) que não se mostram devidamente caracterizados com a mera indicação da fundamentação jurídica.

Daí por que Cassio SCARPINELLA BUENO³²³ assevera com precisão que “não é necessário que o autor *qualifique juridicamente* seu pedido, bastando fornecer, com a maior exatidão possível, a origem dos fatos que dão fundamento jurídico ao seu pedido” (grifos no original).

motiva o pedido”. Existe uma terceira corrente esposada por Teresa Arruda Alvim WAMBIER que categoriza a causa de pedir e seus elementos em uma corrente intermediária. Para a autora se está diante de um falso problema, pois tanto a causa de pedir remota como a próxima abrangem fato e direito Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão judicial e embargos de declaração*, cit., p. 109. Neste sentido: Vallisney de Souza OLIVEIRA. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 132-133.

³²⁰ J. J. Calmon de PASSOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 141.

³²¹ Interessante classificação é feita por José Maria TESHEINER ao diferenciar *o fato*, evento histórico e imutável e a *descrição dos fatos* que trata-se da versão e portanto revela apenas alguns elementos dos fatos (*Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 42-43).

³²² Até mesmo porque analisando assistematicamente o art. 282, III, do CPC, poderá concluir que o ordenamento brasileiro adotou uma corrente mista revelando a importância das duas teorias, já que fala em “fato e fundamentos jurídicos do pedido”. Nesse sentido: José Rogério Cruz e TUCCI. *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 146.

³²³ *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 2, t. I, p. 72.

Contudo, nem todos os fatos trazidos ao conhecimento do juiz são aptos a mostrar a identificação da causa. E isso porque existem fatos que produzem consequências jurídicas – os denominados *fatos jurídicos*, na conhecida lição de Milton Paulo de CARVALHO.³²⁴ Estes fatos são obrigatórios. Outros, não produzem *de per se*, tais consequências. Sua finalidade fica circunscrita ao esclarecimento dos fatos jurídicos. São os denominados *fatos simples*. Como resultado, podem ser livremente modificados ou mesmo conhecidos pelo juiz independente de provocação.

3.3.1 Fato jurídico

Para usar uma definição de Cândido Rangel DINAMARCO:³²⁵

Narrar fatos significa descrevê-los como faz um historiador. Descrevem-se os acontecimentos em si mesmos, em sua autoria e em circunstâncias de modo, lugar e tempo. Fatos descritos são segmentos da História, ou eventos da vida, aos quais o demandante atribui a eficácia de lhe conferir o direito alegado e a necessidade da tutela jurisdicional postulada.³²⁶⁻³²⁷

Os fatos jurídicos são também chamados fatos principais, essenciais ou relevantes. Estes fatos são aqueles que exclusivamente objetivam delimitar a pretensão da parte.³²⁸

³²⁴ *Do pedido no processo civil*, cit., p. 81.

³²⁵ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 127.

³²⁶ Araken de ASSIS, defensor da teoria da substanciação, entende que “não há dúvida de que os fatos se ostentam essenciais, irremovíveis, indispensáveis”. “Assim, a narrativa fática integra a *causa petendi*”. Esta opinião não deixa dúvidas ao asseverar que “a teoria que dispensa os fatos, reclamando a relação jurídica se apresenta errônea” (*Cumulação de ações*, cit., p. 128).

³²⁷ É de CHIOVENDA este entendimento ao asseverar que “a vontade da lei, conforme se viu, torna concreta, vale dizer, dá lugar a relações jurídicas, em virtude de fatos que se verificam” (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 31).

³²⁸ Conforme José Rogério Cruz e TUCCI. *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 162. Neste sentido, espelhando entendimento jurisprudencial maciço, o STJ em acórdão da 3ª Turma (REsp 702.739-PB, rel. Min. Nancy ANDRIGHI) estabeleceu que “Os fatos que são essenciais para configurar o objeto do processo e que constituem a causa de pedir são exclusivamente aqueles que têm o condão de delimitar a pretensão;

Conforme asseverado, nem todos os fatos são considerados de interesse para a configuração da causa de pedir. E isso porque nem todo fato é fato jurídico. Assim, fato jurídico, nos dizeres de Milton Paulo de CARVALHO, é considerado “como causa eficiente de uma pretensão processual”.³²⁹ Toda demanda deve conter a explanação dos fatos jurídicos. Fatos estes que devem ser entendidos como o complexo de fatos que sofrerão a incidência da norma jurídica. É sobre eles que incide o ônus da prova

Fatos jurídicos são os acontecimentos que derivam consequências jurídicas. Ao contrário dos fatos simples que são os que comprovam, somente, a existência do fato jurídico.³³⁰ Dos fatos simples não decorrem, ao menos de maneira direta, consequências jurídicas, mas invariavelmente tornam certa a existência ou não de determinado fato jurídico.

Este é o entendimento de Arruda ALVIM:

Por fatos jurídicos entendemos os de que dimanam consequências jurídicas. Distinguem-se eles, como categoria mental, dos chamados fatos simples, os quais, *de per se*, são insuficientes para gerar consequências jurídicas. Levam estes, apenas, ao conhecimento pleno dos fatos jurídicos (qualificados aqueles como tais), os quais não poderão, de forma alguma, ser mudados durante a demanda (salvo modificação do libelo – art. 264, *caput*, se admitida), o que já não ocorre com os simples.³³¹

isto é, aqueles que são carregados de efeito pelo ordenamento (jurígeno ou principal) são particularizados por determinados acontecimentos produzidos pela dinâmica social (fatos simples ou secundários), dos quais é possível extrair uma consequência jurídica. A prova dos fatos secundários prova indiretamente os fatos principais”.

³²⁹ *Do pedido no processo civil*, cit., p. 81.

³³⁰ Neste sentido, Cassio SCARPINELLA BUENO. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 2, t. I, 3. ed., 2010, p. 101.

³³¹ Arruda ALVIM. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 430.

Entretanto, na prática se entremostra extremamente difícil estabelecer uma clara distinção entre fato simples e fato jurídico, já que “um mesmo fato pode ser essencial em certa demanda e secundário em outra”.³³²

Em algumas situações, também, a atitude do réu em defesa, pode influir na classificação de um fato como simples ou jurígeno. Conforme observa José Roberto dos Santos BEDAQUE,³³³ se numa dada ação de indenização por acidente de veículo terrestre, o autor alega que o acidente ocorreu em determinado dia, como, por exemplo, no sábado. Tal informação se entremostra irrelevante, alocando no grupo dos fatos secundários. Entretanto, se a defesa alegar que o réu não pode sair aos sábados em decorrência de sua crença religiosa, o dia da semana passa ser fato essencial.

Somente são fatos constitutivos os fatos jurídicos, pois somente estes integram a constituição da causa de pedir. Contudo, para se verificar a incidência da eficácia preclusiva da coisa julgada em relação a uma segunda demanda, quantos fatos seriam necessários à configuração de uma causa de pedir?

É importante asseverar que cada fato, ou conjunto de fatos aptos a produzir o efeito jurídico que o autor pretende, constitui uma causa de pedir. Contudo, sempre que houver um conjunto de fatos distintos que podem produzir consequências jurídicas, haverá pluralidades de causas de pedir. Em sistematização sobre o tema, José Carlos BARBOSA MOREIRA³³⁴ estabelece a seguinte distinção:

³³² Guilherme Freire de Barros Teixeira, *O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 167. O autor exemplifica: “Em caso de adultério, por exemplo, a princípio, a pessoa com quem foi praticado o ato está inserida no conjunto dos fatos principais. Todavia, como em muitos casos a prova da ocorrência do adultério é difícil, a pessoa com quem foi praticado o ato pode ser um fato simples, como na hipótese de haver uma fotografia demonstrando o relacionamento com pessoa não identificada. O fato principal é o relacionamento extraconjugal, não importando, neste caso, a identificação da terceira pessoa, que se inclui entre os fatos secundários” (o exemplo do autor foi trazido dos debates do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, na disciplina O objeto litigioso do processo: a causa de pedir e o pedido).

³³³ Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório, cit. p. 36.

³³⁴ *O novo processo civil brasileiro*, cit., p. 17.

i) fatos ou conjunto de fatos distintos e *homogêneos*: possuem igual estrutura, atingindo a esfera jurídica de uma mesma pessoa. Uma ação de resolução contratual com base em reiteradas infrações a mesma cláusula. Cada infração é uma causa de pedir;

ii) fatos ou conjunto de fatos distintos e homogêneos: possuem igual estrutura mas atingem a esfera jurídica de mais de uma pessoa. Duas pessoas cobram a indenização de um mesmo acidente contra o mesmo réu. Os danos causados, ainda que idênticos, constituem causas de pedir autônomas;

iii) fatos ou conjunto de fatos distintos e *heterogêneos*: o marido propõe separação em face da mulher por conduta desonrosa e grave violação de dever conjugal. Cada um desses fatos é uma causa de pedir diferente.

3.3.2 *Fato simples*

Também denominados fatos secundários ou acidentais. São aqueles fundamentais à compreensão da causa de pedir, mas não limitam a pretensão.

Os fatos simples integram, ao lado dos fatos jurídicos, o grupo de fatos que compõe a causa de pedir. Entretanto, a despeito de integrá-la, não fazem parte do seu conteúdo mínimo, especialmente para o fim de identificação com outra demanda.

São fatos que, por si, não têm aptidão para gerar consequências jurídicas, já que apenas auxiliam no conhecimento dos fatos jurídicos, sem que isso tenha importância para a identificação da demanda.

Dessa forma, os fatos simples são aqueles que apenas possuem importância se puder servir de prova à existência de um fato jurídico, segundo CHIOVENDA.³³⁵ Em

³³⁵ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 434.

acidente de trânsito, v.g., a culpa do condutor por excesso de velocidade é o fato principal. A alta velocidade do carro pouco antes do acidente e seu hábito de correr constituem fatos secundários.

Nesse sentido observa Arruda ALVIM:

Por fatos jurídicos entendemos os de que dimanam conseqüências jurídicas. Distinguem-se eles, como categoria mental, dos chamados fatos simples, os quais, *de per si*, são insuficientes para gerar conseqüências jurídicas. Levam estes, apenas, ao conhecimento pleno dos fatos jurídicos (qualificados aqueles como tais), os quais não poderão, de forma alguma, ser mudados durante a demanda (salvo modificação do libelo – art. 264, *caput*, se admitida), o que já não ocorre com os simples.³³⁶

Sua prescindibilidade para a identificação do conteúdo da *causa petendi*, não retira, contudo, sua obrigatoriedade. É fato que alguns autores afirmam que os fatos simples não são obrigatórios podendo, por consequência dessa inexigibilidade, ser modificados no curso da demanda. Entretanto a moderna processualística e seus princípios informadores determinam que os fatos simples são essenciais e devem estar inseridos na causa de pedir para conferir aos fatos jurígenos sua perfeita identificação.³³⁷

E isso porque a descrição dos fatos simples tem por objetivo ajudar no contraditório. E essa a premissa a ser tomada: a essencialidade dos fatos deve residir na possibilidade do contraditório. Assim, se o réu puder se defender de modo pleno com base nos fatos narrados, preenchido está o quadro fático (afinal não há nulidade sem prejuízo conforme clássico princípio da cominação específica das nulidades). Essa premissa impede que o julgador, ao decidir, verse sobre fatos diversos daqueles alegados. Dessa forma, “Deve a doutrina caminhar, portanto, no sentido de estabelecer

³³⁶ *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 430.

³³⁷ Nesse sentido, Miguel Teixeira de SOUZA, Aspectos do novo processo civil português, *RePro*, v. 86, p. 174, São Paulo: RT, abr-jun, 1997.

uma visão abrangente do fenômeno fático, para que passe a integrar o fato essencial não só os que possuem aptidão para justificar a procedência da demanda”.³³⁸

Calmon de PASSOS assevera acerca da necessidade de dedução dos fatos simples, pois, caso não houvesse essa obrigatoriedade, o juiz poderia conhecer de fatos não deduzidos o que acarretaria uma ofensa ao princípio da bilateralidade do processo e ao ônus da impugnação específica dos fatos (art. 302 do CPC) ao admitir a prova de fato simples não alegado na inicial.³³⁹

Araken de ASSIS, contudo, relega importância aos fatos simples por não preencherem o suporte fático mínimo. Dá vigência ao seu posicionamento com os seguintes exemplos:

se o adultério se consumou de manhã, ou à noite; se o dia estava ensolarado, ou chovia; se o marido embriagou-se nesta ou naquela bodega; se o acidente ocorreu no início desta rua ou no fim daquela; se numa sexta-feira ou num sábado; tudo isso, circunstâncias da *causa petendi*, completa-a, esclarece-a, mas não a constitui, nem a distingue, de modo a que, na omissão de um desses fatos, a causa de pedir se mostre irreconhecível e inservível à individualização da ação material.³⁴⁰

Portanto, para os fins de alcance da estabilização da demanda e da coisa julgada os fatos simples podem ser alterados, pois estes não influem na fixação do conteúdo da causa de pedir. Se não são essenciais à demanda (no sentido de estarem por si), mas apenas têm função de auxiliar a compreensão dos fatos principais, podem ser alterados e não esbarram na questão preclusiva do art. 264 do CPC.³⁴¹

³³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa petendi e o contraditório*, cit., p. 41.

³³⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 3, p. 192.

³⁴⁰ *Cumulação de ações*, cit., p. 128.

³⁴¹ Observa Ernane Fidélis SANTOS que no processo “passam os fatos simples a ser elementos fundamentais da causa de pedir, mas não limitam a lide, de forma tal que, nos termos do art. 474, consideram-se simples

Em Portugal, há diferença entre fatos essenciais, instrumentais e complementares, decorrentes do art. 264º do CPC. Os fatos essenciais são aqueles que integram a causa de pedir ou o fundamento de defesa sendo indispensável a sua existência. Já os fatos instrumentais são os que referem os fatos essenciais usando-os como indício. E por fim os fatos complementares que não sendo essenciais para a viabilidade da ação o são para a sua procedência (ou improcedência).

3.4 Fundamento Jurídico (causa de pedir próxima)

A relevância dos fundamentos jurídicos no ordenamento e a necessidade de sua imprescindibilidade como caracterização da causa de pedir sempre foi a preocupação dos defensores da teoria da individualização. Para isso era necessário inculcar no ordenamento a dispensabilidade dos fatos que, apenas teriam relevância nas denominadas demandas heterodeterminadas decorrentes de direitos relativos.

Esta gradação de importância do fundamento jurídico em relação aos fatos, contudo, a despeito de defendida por juristas do quilate de CHIOVENDA e CARNELUTTI, não se demonstrou a mais adequada, não sendo seguida pela grande maioria dos ordenamentos.

É importante asseverar a importância da fundamentação jurídica como elemento integrante da *causa petendi*.³⁴² Contudo, *para fins de delimitação objetiva da demanda, os fundamentos não possuem a mesma importância dos fatos, pois*

tratando-se de elementos puramente jurídicos e nada tendo de concreto relativamente ao conflito e à demanda, a invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera proposta ou sugestão

alegações que deveriam ser articuladas e não o foram” (*Manual de direito processual civil*. Processo de conhecimento. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 430).

³⁴² Além da exigência expressa na lei, para alguns autores, revela sua importância no tocante à individualização da demanda nos casos de competência, como por exemplo, fundadas em direito pessoal (CPC, art. 94) ou real (CPC, art. 95). Nesse sentido Cândido DINAMARCO (*Instituições de direito processual civil*, cit., p. 128).

endereçada ao juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados.³⁴³

Aliás, é peremptória a conclusão de Manuel Ortells RAMOS quando diz que “puede afirmarse radicalmente que la calificación jurídica que se haga o pueda hacerse de los hechos no es elemento identificador de la causa de pedir”.³⁴⁴

Conforme visto, o art. 282, III, do CPC (assim como fez o CPC/1939, em seu art. 158) contempla como elementos da causa de pedir o fato e os *fundamentos jurídicos do pedido*. Uma desavisada leitura no art. 282, III, daria a impressão de que a regra da eventualidade atinge também a fundamentação jurídica (causa de pedir próxima), uma vez que é exigência do ordenamento os fundamentos jurídicos que sustentam o pedido do autor. Em consequência, a causa de pedir próxima possuiria exatamente o mesmo tratamento jurídico da remota, sofrendo a incidência do modelo rígido adotado pelo nosso sistema pela regra da proibição da *mutatio libelis*.

Esta conclusão pode ser acentuada na medida em que o art. 295, parágrafo único, II, do CPC assevera que a petição inicial será inepta sempre que “da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão”. Se o liame que liga os fatos à conclusão (*petitum*) é o enquadramento jurídico destes fatos (fundamentação jurídica), então a fundamentação se apresenta importante. “Em síntese, entre a *causa petendi* e o pedido há de existir nexo de causa e efeito”.³⁴⁵

³⁴³ *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 128.

³⁴⁴ *Derecho procesal civil*, cit., p. 256.

³⁴⁵ Araken de ASSIS. *Cumulação de ações*, cit., p. 135 (grifos do original). De acordo com J. J. Calmon de PASSOS, de duas formas a inicial poderá incidir no vício da incompatibilidade lógica: i) o autor narrou fato não qualificado pelo direito (irrelevante para o direito, portanto); ii) o fato é jurídico, mas: a) qualificou corretamente os fatos mas atribuiu o autor consequências jurídicas não autorizadas ou b) qualificou incorretamente os fatos (*Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 202-203).

Contudo, não é assim que o sistema reage. Foge da regra da eventualidade a fundamentação jurídica. Este, aliás, é o entendimento de Cassio SCARPINELLA BUENO,³⁴⁶ José Carlos BARBOSA MOREIRA³⁴⁷ e José Rogério Cruz e TUCCI.³⁴⁸

Dessa forma, de regra é na petição inicial que deve o autor apresentar os fundamentos jurídicos junto aos fatos constitutivos do seu direito *ex* do art. 282, III, CPC. Contudo a alteração da qualificação jurídica é possível no curso da demanda sem ofender a sua estabilização (CPC, art. 264) ou a congruência (CPC, art. 128) se esta mudança não alterar a estrutura dos fatos essenciais.³⁴⁹

Havendo alteração fática decorrente dos novos fundamentos jurídicos apresentados, estará o magistrado rompendo com a correlação e julgando indevidamente *extra petita*. A simples mudança de erro para coação, desde que não se altere a estrutura da causa de pedir remota, pode ser autorizada, pois *iura novit curia*.³⁵⁰

³⁴⁶ *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 1, 2007, p. 366.

³⁴⁷ *O novo processo civil brasileiro*, cit., p. 18-19.

³⁴⁸ *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 162.

³⁴⁹ Dessa forma, “o fato que o autor alega, seja no crime ou no cível, recebe da lei determinada qualificação jurídica. Por exemplo, matar alguém capitula-se como crime de homicídio (CP, art. 121) [...] Mas o que constitui a causa *petendi* é apenas a exposição dos fatos, não sua qualificação jurídica. Por isso é que, se a qualificação jurídica estiver errada, mas mesmo assim o pedido formulado tiver relação com os fatos narrados, o juiz não negará o provimento jurisdicional (manifestação disso é o art. 383, CPP). O direito brasileiro adota, quanto à causa de pedir, a chamada teoria da substanciação, que difere da individuação, para o qual o que conta para identificar a ação proposta é a espécie jurídica invocada (coação, crime de homicídio, etc.), não as “meras circunstâncias de fato” que o autor alega” (Antonio Carlos de Araújo CINTRA; Ada Pellegrini GRINOVER; Cândido Rangel DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, cit., p. 260-261).

³⁵⁰ Duas demandas são diferentes se invocar em uma, erro e na outra coação e se identificar claramente esta condição nos fatos. Contudo, se os fatos forem idênticos, mudando apenas a roupagem jurídica, será considerado litispendência. Observa Araken de ASSIS: “Realmente, duas ações constitutivas diferem caso, numa, se invoque erro e, noutra, coação. Mas se, em ambas, os fatos descritos se revelam inteiramente coincidentes, divergindo apenas a qualificação jurídica que se lhes atribui, nada obsta a identidade das ações, à vista do art. 301, § 2º. Distingue-as, segundo a proposição, somente a roupagem jurídica, ou seja, o fundamento legal, elementos extrínsecos à causa de pedir e, como visto, irrelevante” (*Cumulação de ações*, cit., p. 131). Contudo, como se verá adiante (cap. 6) o autor gaúcho mantém posição minoritária no campo da

Contudo, se numa ação em que se, v.g., discute-se a responsabilidade sobre os danos causados decorrentes de acidente de trânsito, não poderá, no curso da demanda, haver modificação do enquadramento de responsabilidade subjetiva para objetiva, pois nesse caso ocorrerá mudança na estrutura fática. Esta alteração, além de ofender a regra da eventualidade, conseqüentemente inutilizará a defesa apresentada.

E isso porque “a subsunção dos fatos ao plano jurídico representa passagem lógica do raciocínio do julgador para a conclusão e tomada de posição sobre o assunto. Não pode o réu ser submetido à surpresa com novos argumentos jurídicos que não tenha combatido”.³⁵¹

Todavia, é sobretudo difícil distinguir quando determinada fundamentação jurídica terá o condão de alterar os fatos e quando apenas servirá para seu enquadramento. Esta problemática reside na própria dificuldade prática de se distinguir os fatos dos fundamentos jurídicos conforme se verá abaixo.

Portanto, para fins de identificação, duas demandas serão idênticas se, com os mesmos fatos constitutivos, apresentarem teses jurídicas diversas.³⁵² Entretanto, pode um mesmo fato gerar mais de uma qualificação jurídica (fato típico complexo). Em ocorrendo, não haverá litispendência se a consequência jurídica que se apresenta for

eficácia preclusiva da coisa julgada, ao asseverar que se a parte alegou erro, mesmo que a coação decorra de novos fatos, ficaria alcançado pela eficácia preclusiva em uma futura demanda.

³⁵¹ Junior Alexandre Moreira PINTO. *A causa petendi e o contraditório*, cit., p. 86.

³⁵² Nesse sentido: Artur Anselmo de CASTRO, *Direito processual civil declaratório*, v. 3. Coimbra: Almedina, 1982, cit. p. 103.

Manuel Ortells RAMOS, estabelece que “Si los hechos son los mismos, la posibilidad de calificarlos jurídicamente de varias maneras (siempre que esto sea posible sin alterar la consecuencia jurídica pretendida), no determina otras tantas causas de pedir, no objetos procesales diferentes por este último elemento” (*Derecho procesal civil*, cit., p. 256). Sobre o assunto, Ovídio Araújo Baptista da SILVA, traz exemplo que, em sua ótica, seria apenas um fato, com dois direitos, ao exemplificar o caso da rescisão de parceria rural em que ocorreram danos à gleba (por erro na técnica agrícola) e danos na colheita (pelo fato de a semente ser imprópria), neste caso, trata-se de dois fatos que poderiam ser veiculados em demandas distintas. Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual (*Sentença e coisa julgada: ensaios*, cit., p. 159-164).

diversa num e noutra fato (o que, de resto, se aplicaria da mesma forma se houvesse a mesma qualificação jurídica, mas com fatos diversos).

Assim é interessante o exemplo colhido da doutrina em que o autor ingressa com reivindicatória alegando propriedade. Nada impede que, se a primeira demanda tiver sido julgada improcedente, ingressar com nova requerendo a posse por direito de usufruto.³⁵³ Da mesma forma se aplica para a anulação de negócio jurídico por simulação, e sendo vencido na primeira, o autor ingressa com novo agora com outro vício de consentimento.

É possível que de uma mesma causa de pedir a parte extraia duas diferentes conclusões.³⁵⁴ Assim, seguindo os exemplos passados por Araken de ASSIS, a prática de relações sexuais com outro parceiro fora do casamento constitui adultério e injúria grave, ambas capituladas no art. 5º da Lei 6.515/77. Ou a utilização de determinado produto químico de forma indevida na terra que causou dano à colheita e danos irremediáveis à gleba.³⁵⁵

Igualmente é possível também uma pluralidade de causas de pedir remotas com uma unidade da causa de pedir próxima, assim “a ação de separação judicial em que o autor narra o adultério do cônjuge com ‘A’ e com ‘B’ em ocasiões distintas. E da outra o dano à gleba e à colheita em ato único.

Nesses casos não existe identidade de causa de pedir, não havendo implicações com a coisa julgada ou a litispendência. E isso porque

³⁵³ Artur Anselmo de CASTRO. *Direito processual civil declaratório*. Coimbra: Almedina, 1982, v. 3. p. 104.

³⁵⁴ Assim entende Calmon de PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 261 “fala-se no particular em *fattispecie*, ou fato jurídico complexo. Se a consequência jurídica pretendida é diversa, ou se para a mesma consequência é fato novo que se invoca, não há por que se falar em identidade de causa de pedir. Por isso mesmo, se reivindico determinado imóvel, afirmando-me seu proprietário e sou vencido, nada impede que venha a pretender a sua posse sob a invocação de caber-me, em relação a ele, usufruto”.

³⁵⁵ *Cumulação de ações*, cit., p. 136.

um mesmo complexo de fatos origina, às vezes, a dois direitos subjetivos e, em seguida, a duas ações materiais, que os asseguram. Por outro lado, se cada adultério, individualmente, enseja, *de per si*, o direito subjetivo à separação, se afigura irreprochável que, alegado mais de um, há dois direitos e duas ações materiais.³⁵⁶

Importante apenas que se respeite o princípio do contraditório, vale dizer, que as partes tenham oportunidade de se manifestar sobre a alteração na fundamentação jurídica imposta.³⁵⁷ Nesse sentido, é o entendimento de Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA:

a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a ser imprimidos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório.³⁵⁸

Dessa forma, o cuidado do magistrado em modificar a *causa petendi* próxima repousa na margem de liberdade dada ao julgado para alterá-la sem prejuízo ao processo e ao princípio da adstrição. Evidentemente que essa modificação – em favor da utilidade do processo – apenas pode ser efetivada quando mantidas incólumes as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Os fatos são trazidos *in status assertionis* do modo como as partes descrevem como ocorreram. É vedado ao magistrado alterá-los sob pena de ofensa ao já mencionado princípio da congruência. Já a qualificação do direito não se encontra no

³⁵⁶ Araken de ASSIS, *Cumulação de ações*, cit., p. 136-137.

³⁵⁷ Em sentido contrário Enrique VESCOVI, *La modificación de la demanda*, cit., p. 211. Entende que somente poderá haver a modificação da relação jurídica se houver erro quando da propositura da demanda. E isso porque, para o autor, a fundamentação integra a causa de pedir não podendo ser alterada livremente senão nessa hipótese.

³⁵⁸ Garantia do contraditório. In: José Rogério Cruz e TUCCI (Coord.). *Garantias constitucionais*. São Paulo: RT, 1999. p. 143.

direito material, e sim no critério silogístico eleito pelo ordenamento para que dado fato, caso ocorra – e seja provado – terá uma consequência abstrata prevista no ordenamento.

Essa previsão não decorre de ato volitivo da parte, mas de situação preestabelecida no sistema. Tanto que as partes não narram os fatos procurando uma consequência que se amolde a ela no sistema, mas dada a consequência que se quer seja declarada, narra os fatos de acordo com a previsão específica nela contida.

Este é o motivo que faz a matéria fática ser de difícil dissolução da matéria jurídica. Quando se separa os fatos da vida – originários de direitos subjetivos – que serão projetados ao processo, estará invariavelmente condicionado ao que o postulante encontrar como regra abstrata prevista na lei como a conduta permissiva. Portanto, ao escolher as situações fáticas que serão narradas (e como serão narradas) se levará em consideração àquilo que se encontrar na regra geral abstrata. Se a tutela jurisdicional é obtida mediante a escoreita simetria dos fatos à norma (método subsuntivo) evidentemente que a parte fará uma narrativa de molde a enquadrar perfeitamente o fato invocado com a consequência jurídica prescrita no direito.

José Roberto dos Santos BEDAQUE assevera que “Essa seleção já implica valoração jurídica e resultará na qualificação jurídica dos fatos”.³⁵⁹ E o autor pergunta: “Se a valoração ou qualificação jurídica da matéria fática importa subsunção desta à norma, como distinguir fundamento jurídico de legal?”.³⁶⁰

O autor de determinada demanda, ao colocar na sua peça a consequência jurídica prevista no ordenamento (previsão normativa abstrata) gerando um liame lógico entre sua argumentação e a regra, terá que perpassar, invariavelmente pela fundamentação jurídica. Assim, seria impossível de se imaginar o autor que narre os

³⁵⁹ José Roberto dos Santos BEDAQUE, Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório, cit., p. 33.

³⁶⁰ Idem, ibidem, p. 33.

fatos e a fundamentação legal sem que isso incorra na transcrição da consequência jurídica.³⁶¹

Contudo, não se pode confundir fundamentação jurídica com fundamentação legal, mesmo possuindo um ponto de intersecção muito forte entre eles. A distinção será explicada no item abaixo.

Como o juiz, é importante que se diga, apenas está adstrito aos fatos e não à fundamentação jurídica ou legal, pela regra do *iura novit curia*, é irrelevante do ponto de vista prático, para fins processuais (v.g., estabilização da demanda, CPC, art. 264) estabelecer essa diferença (vale o grifo: *para fins processuais*), pois o juiz pode requalificar a fundamentação bem como a aplicação do texto de lei no caso concreto, sem se preocupar com as regras de preclusão, eventualidade e estabilização da demanda, figuras típicas do sistema rígido adotado pelo nosso ordenamento pátrio.

Somente os fatos seriam imprescindíveis. “A matéria fática seria, portanto, o dado fundamental à caracterização da causa de pedir”.³⁶²

3.5 Causa de pedir passiva e ativa

Existe uma classificação adotada por parte da doutrina que divide a causa de pedir em ativa e passiva. Esta classificação tem como base o interesse processual do autor na demanda. Não se trata de fácil classificação como já asseverou Cândido Rangel DINAMARCO: “A distinção entre causa de pedir ativa e passiva não é nítida em todos os casos, mas às vezes reveste-se de muita valia, seja para a boa

³⁶¹ Não é pacífica a consideração que a estrutura da decisão, quando da análise do fato e do direito se dê pelo método silogístico lógico. E isso porque, esse método não responde uma série de situações, além do que, os argumentos surgem na cabeça do juiz antes mesmo da conclusão, daí o porque, parte da doutrina utiliza o que se convencionou em denominar “lógica do razoável”. Trata-se de um modo em que se desconsidera os mecanismos psicológicos que levam o magistrado a decidir, levando em conta apenas se as partes que integram a sentença formam um “todo lógico e coerente” como observa Sérgio NOJIRI (*O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 133).

³⁶² José Roberto dos Santos BEDAQUE, Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório, cit., p. 32.

compreensão da versão sustentada pelo autor, seja para a delimitação precisa da causa de pedir (art. 128)” .³⁶³

A causa de pedir ativa refere-se à existência do direito alegado. Trata-se dos fatos ou o conjunto de fatos necessários a fundamentar a pretensão do autor. Guarda estreita referibilidade com o fato constitutivo levado ao Judiciário.

Já a causa de pedir passiva é a situação fática, antijurídica, que leva o requerente a pretender a obtenção de tutela pelo Estado.³⁶⁴ Se o autor requer a restituição de quantia emprestada a terceiro, o aspecto ativo é o empréstimo, fato constitutivo do direito e o não pagamento da dívida no vencimento gerando dano constitui no aspecto passivo da causa de pedir.³⁶⁵

A causa de pedir passiva decorre de lesão ou ameaça ao direito pelas denominadas “crises” que muito bem identificou José Roberto dos Santos BEDAQUE, inspirado na doutrina italiana, ao asseverar que

Se considerarmos a situação de direito material sobre a qual incidem os efeitos da tutela jurisdicional, podemos identificar três situações diversas: a incerteza sobre a existência ou inexistência da relação jurídica, a presença dos requisitos necessários a uma modificação jurídica e, por fim, o inadimplemento de uma obrigação de dar, fazer ou não-fazer.³⁶⁶

Nas demandas condenatórias a causa de pedir passiva caracteriza-se pelo inadimplemento. Este inadimplemento, pode ser atual (lesão) ou iminente (ameaça a direito).³⁶⁷ Nas demandas constitutivas não necessárias (aquelas que

³⁶³ Cândido Rangel DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 362-363.

³⁶⁴ Nesse sentido, Giancarlo GIANNOZZI. *La modificazione della domanda nel processo civile*. Milani: Giuffrè, 1958. p. 72.

³⁶⁵ Exemplo de José Carlos BARBOSA MOREIRA. *O novo processo civil brasileiro*, cit., p. 17.

³⁶⁶ *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 520.

³⁶⁷ Conforme observa Bruno Silveira de OLIVEIRA. *Conexidade e efetividade processual*, cit., p. 63.

podem ser obtidas com a vontade das partes se assim desejarem) é fundamental demonstrar a necessidade concreta de se requerer a criação, extinção ou modificação de determinada relação jurídica.

Contudo, nas demandas constitutivas necessárias,³⁶⁸ a causa de pedir passiva se torna desnecessária na medida em que o Estado já presume esta necessidade.

Por fim, nas demandas declaratórias, como percebeu o jurista alemão Adolf WACH, o interesse na demanda declaratória (e conseqüentemente na constatação da sua causa de pedir passiva) decorre do não reconhecimento, por determinada pessoa da posição jurídica que ocupa em determinada relação.³⁶⁹

Conforme observa Giancarlo GIANNOZZI, a causa de pedir passiva não constitui componente essencial para identificação do objeto do processo e, desta forma, pode ser modificado, sem que isso implique alteração da causa de pedir e conseqüentemente da demanda. Contudo, é necessário que essas modificações não alcancem a causa de pedir ativa, qual seja, os fatos constitutivos do direito do autor.³⁷⁰

Não se pode confundir causa de pedir passiva com causa *excipiendi*. Como bem observa Augusto Tanger JARDIM

a causa *excipiendi* é concentrada no âmbito do fato contrário do réu, ou seja, no contexto do inadimplemento do direito do autor. Ou, em outras palavras,

³⁶⁸ Há causas em que a parte não tem a opção de buscar a solução da crise por outras vias, sendo o judiciário o único caminho adequado para a obtenção do provimento desejado. Nessas situações o interesse pela necessidade é presumido, não necessitando ao juiz verificar – no plano do direito material – se a prestação poderia ter sido cumprida de outro modo. Desta forma “na jurisdição voluntária, a serem cabíveis as condições da ação, como me parece, o interesse de agir decorreria normalmente da própria lei que subordina a validade ou eficácia de um ato da vida privada [...]” (Leonardo GRECO, *A teoria da ação no processo civil*, cit., p. 34-35). É o que se verifica nas ações de interdição, usucapião, separação litigiosa, falência e na esfera penal que só pode ser tutelada pelo Estado. Nesses casos, o interesse é implícito, não necessitando de sua comprovação – comprovação de existência – ao contrário dos demais casos em que o interesse deve ser provado.

³⁶⁹ *La pretension de declaracion*. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Ejea, 1962. p. 112-113.

³⁷⁰ Giancarlo GIANNOZZI. *La modificazione della domanda nel processo civile*, cit., p. 72-73

a causa *excipiendi* é o elemento em que se embasa a defesa do réu, eis que esta se coloca no contexto do processo como antítese do direito e dos fatos afirmados pelo autor”.³⁷¹

Causa *excipiendi* é o elemento que dá base à defesa do réu. Está vinculada à fundamentação fática e jurídica que será deduzida em defesa. Já a causa de pedir passiva é relacionada, como dito, ao interesse de agir. A expressão passiva não pode ser tomada como atividade do réu.

Conforme todo exposto é sobremodo importante a perfeita configuração entre a causa de pedir ativa e passiva para verificar os limites objetivos da coisa julgada: é possível haver duas causas com a mesma causa de pedir ativa, conquanto haja diferentes causas de pedir passivas.

3.6 *Iura novit curia* como presunção de conhecimento do magistrado e a causa de pedir

Fundamentação jurídica e fundamentação legal não se confundem. A fundamentação jurídica, conforme dito, é uma qualidade que atinge o fato por estar ele – fato – sujeito a uma situação jurídica. A fundamentação legal prescreve somente o artigo de lei (regra) que dá vigência à fundamentação jurídica em um de seus aspectos. Consoante assevera Arruda ALVIM a indicação do artigo de lei “é extrínseca à identificação de ações. Nada tem a ver com ela”.³⁷²

José Roberto dos Santos BEDAQUE assevera que:

Enquanto a primeira traduz a mera indicação do dispositivo legal invocado pela parte, a segunda representa a denominada causa de pedir próxima,

³⁷¹ A causa de pedir no direito processual civil. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 107. Em sentido contrário, entendendo se tratar de fenômenos idênticos Carlos Silveira NORONHA. A causa de pedir na execução. *RePro*, n. 75, p. 28, São Paulo: RT, jul.-set. 1994.

³⁷² *Direito processual civil*, cit., v. 2, p. 51.

traduzida como o enquadramento dos fatos no ordenamento jurídico, isto é, a subsunção daqueles fatos constitutivos (causa remota) à violação ocorrida no plano material.³⁷³

Esse, aliás, é o novo posicionamento da Ley de Enjuiciamiento Civil, ao restringir o brocardo *iura novit curia* somente aos artigos de lei, com a importância que se deu aos fundamentos jurídicos.³⁷⁴

Já no início do século passado, CHIOVENDA excluía do conteúdo da causa de pedir a lei trazida em juízo. E isso porque “individua-se e identifica-se a ação por meio de seus elementos de fato que tornaram concreta a vontade da lei, e não pela norma abstrata da lei”.³⁷⁵

A origem do adágio é desconhecida gerando distorções na sua aplicação, conforme adverte Fritz BAUR.³⁷⁶ Esta dificuldade na interpretação do conceito pode nublar o conhecimento do intérprete acerca da sua extensão. Araken de Assis entende que a regra da *iura novit curia* não é tratada pela doutrina com a clareza e profundidade necessárias.³⁷⁷

É necessário, portanto, ao correto delineamento do tema enfrentar dois questionamentos: i) as normas jurídicas precisam ser provadas?; ii) qual o grau de monopólio do juiz na aplicação do direito? A resposta a estas duas questões, certamente, poderá esclarecer se o enquadramento legal dos fatos integra a causa de

³⁷³ A causa petendi e o contraditório, cit., p. 82.

³⁷⁴ O § 2º do apartado 1 do art. 1.218 dispõe da seguinte forma: “1. El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

³⁷⁵ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 433.

³⁷⁶ Observa o autor, em tempos remotos, entendia-se que a expressão relacionava-se a desnecessidade de prova das normas jurídicas e depois foi evoluindo para o que se entende hoje como a exclusividade de aplicação do direito ao encargo do magistrado. Da importância da dicção “iura novit curia”. *RePro*, n. 3, p. 169, São Paulo: RT, jul.-set. 1976.

³⁷⁷ *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 141.

pedir e se a mudança deste enquadramento acarreta em nova demanda, ou na mesma, mas com nova roupagem.

Quanto à primeira indagação, é pacífico que o magistrado deve conhecer as regras processuais e materiais para que as aplique corretamente sobre fatos que lhe são apresentados. Contudo, tanto aqui³⁷⁸ como no direito estrangeiro³⁷⁹ existem raras exceções em que a prova de direito é exigida. Em conclusão, de regra, o direito aplicável no caso concreto não pode ser imposto como um ônus à parte, pois esta função é afeta ao Judiciário. É o que assevera Francisco Javier Ezquiaga GANUZAS, como uma presunção de conhecimento do direito que o juiz deve aplicar.³⁸⁰

Recomendável, porém, pelo excesso de processos que sobrecarregam o Judiciário diariamente, que a parte, de antemão, trace o caminho jurídico que deseja o juiz siga para a solução do caso concreto. Certamente não há uma *obrigação formal*,³⁸¹ no sentido de a parte ser *compelida a* traçar este itinerário, mas uma *obrigação material*, pois caso não o faça é possível que o magistrado não descubra esse caminho normativo, ou, no mais das vezes, trace outro que não seja aquele favorável ao requerente.

A segunda questão assume um papel ainda mais importante no sistema, em especial quanto aos reflexos na teoria da eficácia preclusiva da coisa julgada: é discutir o monopólio do magistrado na aplicação do direito no caso concreto.

³⁷⁸ No Código de Processo Civil brasileiro, observa-se a seguinte regra: “Art. 337. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim determinar o juiz”.

³⁷⁹ V.g., § 293 do ZPO alemão.

³⁸⁰ “Desde esse punto de vista, la manifestación más importante del aforismo iura novit curia em su vertiente de aportación de oficio del Derecho aplicable es la no vinculación del juez a las alegaciones jurídicas de las partes, debido a que se presume que el órgano jurisdiccional conoce aquél” (Francisco Javier Ezquiaga GANUZAS. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 24).

³⁸¹ Conforme aponta Fritz BAUR no seu magistral trabalho Da importância da dicção “iura novit curia”, cit., p. 171.

Dependendo do grau de abertura deste monopólio é possível responder também se o magistrado, de alguma forma, estaria vinculado ao fundamento legal trazido pelas partes: Pode o magistrado se sobrepor à vontade das partes sobre a correta subsunção do fato à norma?

Antes de adentrar nesta seara, é importante levar em consideração um aspecto formal da discussão: a expressão usada deve ser *direito* e não *lei*.

Já está superada a ideia de que somente a lei (regra) é fonte de análise do magistrado para decidir.³⁸² Este entendimento foi bem observado por Niklas LUHMAN ao asseverar que

O juiz permanece vinculado à lei – mas justamente não à legislação. Evidentemente, regras genericamente válidas continuam sendo indispensáveis no sistema. No entanto, a legislação e a jurisprudência participam do processo de formação e da modificação, da condensação e da confirmação de regras genericamente válidas.³⁸³

Nesse sentido Teresa Arruda Alvim WAMBIER estabelece que “O princípio da legalidade, tal como entendido modernamente, não pode levar, como de fato não leva, a uma situação de automatismo na aplicação da lei”.³⁸⁴

Dessa forma, imaginar que o Estado-juiz utiliza-se somente da lei para a criação do direito *in concreto* seria reduzir de maneira injustificada o campo de pesquisa do julgador. Não se está retirando a importância das regras, que mantêm

³⁸² Sobre a importância do precedente judicial como fonte do direito, ver obra de José Rogério Cruz e TUCCI. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, especialmente p. 18-26.

³⁸³ A posição dos tribunais no sistema jurídico, *Ajuris* 49, p. 149-168.

³⁸⁴ *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 102.

incólume sua cogência no ordenamento, seja porque editadas por autoridade competente, seja porque prestigiam valores como a segurança, a paz e a igualdade.³⁸⁵

Mas é importante constatar que as regras, tão somente, são insuficientes para tutelar todos os direitos subjetivos existentes.

Voltando a questão, o Estado detém este monopólio. Inegavelmente o magistrado tem o poder-dever de aplicar o direito. Esta possibilidade-exigência confunde-se com o próprio escopo da jurisdição.³⁸⁶ Já asseverou com propriedade José Roberto dos Santos BEDAQUE que “o Estado tem interesse em que a tutela jurisdicional seja prestada da melhor maneira possível. Assim, se o pedido da tutela e os limites da prestação são privados, o modo como ela é prestada não o é”.³⁸⁷

Entretanto, a atividade jurisdicional na aplicação do direito esbarra em dois entraves de natureza dispositiva: a limitação fática trazida pelas partes e a disponibilidade do direito deduzido em juízo.

Quanto ao primeiro problema, o alcance e os contornos da aplicação das normas jurídicas dependem do estabelecimento fático aportado pelo autor e pelo réu no processo. A fixação do objeto litigioso se dá pelo autor com os contornos trazidos pelo réu e deles o magistrado não pode se desgarrar, pena de ofensa ao princípio da adstrição (CPC, arts. 128 e 460). Dessa forma, não poderá o magistrado, v.g., aplicar regra sobre propaganda enganosa (CDC, art. 37, § 1º) em determinada discussão judicial se esta questão fática, a despeito de próxima, não foi levantada por nenhuma

³⁸⁵ Conforme entendimento esposado por Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 114.

³⁸⁶ Sobre o escopo da jurisdição, é clássico o entendimento de Cândido Rangel DINAMARCO (*A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1991. p. 316-317) ao asseverar que “Como expressão de poder, a jurisdição tem objetivos que se relacionam *com os fins do próprio Estado*. É impossível definir os escopos da jurisdição (e, portanto, do sistema processual) *sub specie aeternatis*, sendo inexorável a relatividade social e política também nessa matéria” (grifos no original).

³⁸⁷ *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994. p. 70.

das partes. Sua liberdade de aplicação do direito está circunscrita ao material fático constante do processo.

Girolamo MONTELEONE assevera que não há violação ao princípio da correlação quando o magistrado qualifica os fatos narrados de maneira diversa do que a parte emprestou. Sua limitação, contudo, está nos fatos narrados.³⁸⁸

Criar direitos sobre fatos não narrados é criar indevidamente nova causa de pedir. Para Teresa Arruda Alvim WAMBIER é nula a sentença com base em causa de pedir não alegada pelo autor na inicial, especialmente se tratar de fato não provado nos autos.³⁸⁹

É desta forma que a regra do *iura novit curia* deve ser vista: o magistrado possui liberdade para aplicar o direito dentro dos fatos narrados.³⁹⁰ Constitui exceção à regra da *perpetuatio jurisdictionis* (CPC, art. 264).³⁹¹

Como consequência, a qualificação dada pelo texto legal é irrelevante para a composição da causa de pedir.³⁹² Tanto que, mesmo que as partes estejam concordes

³⁸⁸ *Diritto processuale civile*. 2. ed. Cedem: Padova, 2001. p. 243.

³⁸⁹ *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 239.

³⁹⁰ “Porém, a regra *iura novit curia* deve ser aplicada também no que diz respeito aos fundamentos jurídicos do pedido. Embora haja exigência legal de que a petição inicial contenha a narrativa dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, ou seja, causa de pedir remota e próxima, respectivamente, o juiz tem liberdade para utilizar fundamento jurídico não suscitado pelo autor”. Guilherme Freire de Barros TEIXEIRA. *O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 174.

³⁹¹ Observa Leonardo GRECO que a aplicação da regra do juiz conhecer o direito não pode desvirtuar a vontade do autor na fixação dos limites da *res in iudicium deducta*. O autor exemplifica com o pedido de comodato formulado pelo autor: não poderá o magistrado nesse caso julgar com base em locação e se o pedido leva para o caminho da locação, deve a demanda ser julgada improcedente. Até mesmo para a satisfação do contraditório (*A teoria da ação no processo civil*, cit., p. 59).

³⁹² “Não modifica a causa de pedir a mudança do dispositivo legal em que se fundamenta a pretensão” (*RTFR* 136/77). Ademais, “Se alegou, p. ex., nulidade da arrematação, invocando determinado texto de lei, e a argüição foi repelida, não pode ingressar com nova ação de nulidade, sob outro fundamento legal, porque ao juiz competia, na primeira ação, decidir sobre a nulidade, aplicando a lei, ainda que não invocada: “Da mihi factum dabo tidi ius”” (*RT* 605/46). Theotônio NEGRÃO e José Roberto F. GOUVÊIA. *Código de Processo Civil*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 594-595, coment. ao art. 474 do CPC.

com os dispositivos de lei trazidos, poderá o magistrado rejeitá-los, uma vez que não está vinculado à norma trazida, mas sim aos fatos, já que *iura novit curia* (*da mihi factum, dabo tibi ius*). Poderá, portanto, o magistrado julgar com base em normas jurídicas que não foram mencionadas sem que isso considere o *decisum extra* ou *ultra petita*.³⁹³

Aliás, é o que prevê o CPC português, em seu art. 664º, ao asseverar que “o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito; mas só pode servir-se dos factos articulados pelas partes, sem prejuízo do disposto no art. 264º”.

Em sua obra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, PONTES DE MIRANDA³⁹⁴ assevera incisivamente que “como se há de impor, a quem não faz leis e ganha a vida advogando, nunca errar em catalogar fatos, em metê-los nas caixetas das categorias jurídicas? [...] porém se lhe escapou a ele, juiz, o erro de classificação de categoria, como ser tão exigente quanto à parte?”.

É o mesmo fenômeno que ocorre com a fundamentação jurídica. Numa ação de anulação de ato jurídico, revela-se irrelevante a referência ao erro ou dolo, na medida em que o magistrado pode criar uma moldura diversa aos fatos narrados. Estes, os fatos, sim, devem se submeter a rigorosa precisão, para que a parte ou mesmo o juiz, extraia adequadamente as consequências jurídicas do caso.³⁹⁵

Este reflexo se projeta também no nome da ação. LIEBMAN assevera que “o *nomen iuris* pode variar, cabendo sempre ao juiz a qualificação jurídica da relação

³⁹³ José Rogério Cruz e TUCCI. *Causa petendi no processo civil*, cit., p. 159 e ss.

³⁹⁴ p. 17.

³⁹⁵ Na correta observação de Junior Alexandre Moreira PINTO, existe “uma contraposição entre o princípio da demanda e a regra *iura novit curia*. Enquanto a primeira representa o monopólio da parte para a apresentação dos fatos apresentados em juízo, a segunda significa o monopólio do juiz quanto à capitulação legal desses mesmos fatos”. *A causa petendi e o contraditório*, cit., p. 76. Nesse sentido, PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 209.

deduzida em juízo, desde que o fato jurídico permaneça o mesmo”.³⁹⁶ Dessa forma, se a parte requereu no pedido reintegração de posse, mas nominou a demanda como manutenção de posse, o autor, se procedente o provimento será reintegrado e não mantido. Aliás, nenhuma relevância possui o nome da ação, pois a qualificação jurídica trazida pelas partes, como será visto, não vincula o magistrado que pode aplicar aos fatos o direito que melhor compreende correto “così come supplire alle parti nel campo del puro diritto”.³⁹⁷

O segundo problema depende de análise mais acurada. Consoante visto, o magistrado, pela própria função jurisdicional que exerce, tem o dever de aplicar o direito no caso concreto de maneira escoreita. Esta é a sua função.

Dessa forma, o Judiciário não fica vinculado ao regramento legal quando ambas as partes estabelecem em suas peças postulatórias o direito a ser aplicado *fattispecie*. A inércia da jurisdição impede o conhecimento oficioso de fatos não narrados (CPC, arts. 2º e 262). Ademais, os limites de como a demanda deve ser julgada, como visto, são respondidos pelo princípio da congruência ou adstrição (CPC, art. 128). Esta, aliás, foi a solução dada pelo direito francês (CPC, art. 12), ao estabelecer que “Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables”.

A parte apresenta os fatos em juízo, pois deseja que determinada consequência jurídica incida sobre aqueles fatos. Contudo, os fatos *per si*, não trazem nenhum corolário prático na vida das pessoas. Para que eles tenham importância para o direito é necessário que sejam fatos com previsão no arquétipo abstrato da norma.

Esta “consequência” geral e abstrata é conferida pela lei. Dessa forma, a parte não pode escolher a melhor consequência para o seu caso concreto, sob pena de

³⁹⁶ *Manual de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 194.

³⁹⁷ Cf. ZANZUCCHI. *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello (art. 490-491 CPC)*. Milano: Soc. Ed. Libr., p. 336-337.

permitir a qualquer fato ser suscetível de algum direito no ordenamento. Bastaria que um bom advogado conseguisse narrar adequadamente o fato e estabelecer uma qualificação jurídica que seja mais proveitosa ao seu cliente.

A aplicação do direito decorre de uma operação mental que foge do espectro de ingerência das partes. Esta operação denomina-se subsunção. Dada a incidência do fato à norma decorre o direito. Assim, como dito, não podem as partes eleger o direito a ser discutido, sob pena de se permitir ao particular uma modificação no sistema legal sem os trâmites adequados.³⁹⁸

Seguindo esta linha de raciocínio, fica mais fácil explicar como alguns magistrados seguem um caminho diverso mesmo quando há especificamente naquele caso a previsão da norma. Tal situação decorre porque a aptidão do legislador em criar leis é infinitamente menor que as mudanças correntes na sociedade. As leis podem vir a perder o seu valor com o tempo, contudo, enquanto não forem retiradas do ordenamento, continua vigendo. Não se revoga lei pelo “não uso”.

É patente a evolução do nosso ordenamento em estabelecer leis mais generalizadas, que possam perdurar um maior lapso de tempo. As “cláusulas gerais” e as “normas de conceito vago e indeterminado” recrudescem o poder judicial na criação da norma individual e concreta.³⁹⁹ Dessa forma, permite ao juiz, em seu momento

³⁹⁸ Fritz BAUR (Da importância da dicção “iura novit curia”, cit., p. 172-173), traz elucidativo exemplo: “O réu era empregado comercial do autor. Tirou ele uma certa soma de dinheiro da causa do autor. O autor exige o reembolso da soma, fundando-se em violação contratual. Mas declara expressamente que sua demanda não deve ser examinada do ponto-de-vista da responsabilidade delitual. Não deseja ele destruir a carreira profissional do réu”.

³⁹⁹ Nesse sentido, é o preciso entendimento de Cassio SCARPINELLA BUENO no sentido de que “os novos “Códigos” com seus princípios, suas cláusulas gerais e seus conceitos vagos e indeterminados, permitindo que o magistrado em cada caso concreto – e não mais o legislador abstrata e genericamente –, o *criador* do direito a ser aplicado, análise, em concreto quais são os valores que devem, ou não, prevalecer” (*Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 1, 4. ed., 2010, p. 99 – grifos do original).

histórico, valorar a regra de acordo com os parâmetros em que vive e não quando da concepção da lei.⁴⁰⁰

Mas, a despeito desta significativa evolução normativa, os fatos demandam alterações nas normas, que muitas vezes, como dito, dado o entrave burocrático no processo legislativo, não acompanham estas mudanças. Assim, compete ao juiz verificar a melhor solução no caso concreto independentemente do direito posto.

Contudo, esta liberdade encontra limites na esfera de disponibilidade das partes. Assim, as medidas de composição de conflitos como a transação, a renúncia e o reconhecimento do pedido, que acarretam na resolução do processo com análise do mérito, podem estabelecer que o magistrado homologue determinada situação jurídica, mesmo que ele entenda não ser a melhor regra concreta aplicada naquele caso.⁴⁰¹

A melhor forma de garantir a higidez do sistema e a possibilidade de adequar corretamente a fundamentação jurídica no caso concreto é permitindo o contraditório.

Esta regra também se aplica às matérias cognoscíveis de ofício (CPC, arts. 219, § 5º, 267, § 3º e 301, § 4º). Numa primeira análise as matérias cogentes afastam o princípio da correlação na medida em que autoriza ao magistrado conhecer de pontos não levantados pelas partes. Estes pontos, justamente por não estarem inseridos na fase postulatória, não foram objeto de contraditório.

Portanto, para o conhecimento destas matérias é imperioso o prévio contraditório. Não se trata aqui de criar um contrassenso: um fato é a possibilidade (dever) do conhecimento de ofício, pois a matéria é de ordem pública. Outro é a prévia

⁴⁰⁰ Há ainda os *hard cases* em que o juiz cria o direito já que não existe uma regra preexistente para regulamentar aquela situação específica. O juiz age como se legislador fosse conforme observa Ronald DWORKIN. *Taking rights seriously*. 7. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 81-82.

⁴⁰¹ Neste sentido Fritz BAUR. Da importância da dicção “iura novit curia”, cit., p. 172.

ciência das partes para que se manifestem e possam influenciar a decisão. Trata-se do novo delineamento do contraditório efetivo.⁴⁰²

Este questionamento toma maiores nuances na medida em que a nova forma de se enxergar o contraditório (informação-reação-participação) traz ao ordenamento o princípio da cooperação pela qual as partes devem participar ativamente na busca da verdade real.⁴⁰³

Assim, se a moderna processualística exige maior participação do juiz, também exige maior participação das partes, é desta concepção que João Batista LOPES retira a definição moderna de contraditório em informação, reação e também o diálogo entre o juiz e as partes.⁴⁰⁴

No tocante à eficácia preclusiva da coisa julgada, não integrando o dispositivo de lei a causa de pedir, não acarreta nenhuma influência prática. Dessa forma, deduzir a mesma causa de pedir com a mesma base fática em outra demanda, mas com fundamentação legal diversa, impede o julgamento desta pelo magistrado na medida em que se trata da mesma causa. De outro modo, novos fatos apresentados em outra demanda com a mesma qualificação legal da anterior entremostam-se possíveis, na medida em que a norma, como dito, não influi na identificação da causa *petendi*.

Uma última observação: Milton Paulo de CARVALHO,⁴⁰⁵ alerta para o risco na aplicação dos aforismos da *mihi factum, dabo tidi ius e iura novit curia*, em sua literalidade sob pena de se gerar uma autonomização do objeto litigioso em relação ao

⁴⁰² Nesse sentido, Fredie DIDIER. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, 2010, p. 54. “Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem provocar as partes, que não lhe é permitido” (grifos no original).

⁴⁰³ Tal qual o juiz deve agir mais ativamente consoante definição tão propalada por José Carlos BARBOSA MOREIRA, *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 45-51; José Roberto dos Santos BEDAQUE. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., dando máxima vigência ao art. 130 do CPC.

⁴⁰⁴ *Curso de direito processual civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1, p. 42.

⁴⁰⁵ *Do pedido no processo civil*, cit., p. 83.

direito material. E isso porque o uso indiscriminado desses conceitos faz com que a teoria da substanciação confira ao magistrado amplo poder discricionário⁴⁰⁶ para a qualificação jurídica no caso concreto.

Em conclusão, pode-se constatar que a adoção da teoria da substanciação revela que: i) vige no nosso ordenamento a regra da *iura novit curia*, ao ponto que a indicação imprecisa dos fundamentos legais não é óbice para que o magistrado aplique, *in casu*, a norma que entende correta; ii) é irrelevante o *nomen iuris* da causa. Somente é necessário que pela causa de pedir e pedido seja possível definir com precisão a pretensão do autor; e, iii) é possível a alteração e o implemento de novos fundamentos legais à demanda proposta, bem como de nova demanda, uma vez que essa atividade não modifica a causa de pedir.

⁴⁰⁶ São conhecidos os estudos atuais no sistema brasileiro sobre a ausência de discricionariedade do juiz na aplicação do direito (regras e princípios) no caso concreto. A difícil transposição do conceito do direito administrativo para o processo decorre de uma diferente função do agente público administrador e o magistrado. A doutrina vem entendendo que essa “margem de liberdade” constitui interpretação sobre norma de conceito vago e indeterminado e não propriamente discricionariedade. Nesse sentido, ver por todos o insuperável trabalho de Teresa Arruda Alvim WAMBIER. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 175-210.

Capítulo 4

COISA JULGADA

4.1 Um debate doutrinário sobre a coisa julgada no direito moderno

4.1.1 A coisa julgada como presunção absoluta de verdade

A doutrina da coisa julgada como presunção de verdade tinha como base a filosofia escolástica,⁴⁰⁷ em que a finalidade do processo era a busca da verdade. Dessa forma a premissa menor do silogismo que leva o magistrado a proferir uma sentença – os fatos – devia ser muito bem observada, na medida em que deveria se enquadrar perfeitamente na premissa maior (o direito) para que se pudesse proferir a decisão (conclusão).⁴⁰⁸

É considerada a explicação mais antiga sobre a concepção do instituto.⁴⁰⁹ Para esta corrente, a *res iudicata* é uma presunção absoluta de verdade, não admitindo prova em contrário. Quando a sentença fosse irrevogável, tornar-se-ia verdadeira.

Suas raízes se encontram no período romano⁴¹⁰ e se desenvolveram também pela Idade Média,⁴¹¹ contudo, o responsável pela notável sistematização doutrinária foi Robert Joseph POTHIER que, baseado nas regras de direito romano, desenvolveu seus

⁴⁰⁷ “Quando, na sentença, se conclui pela aplicação da lei abstrata, o que se tem é a representação concreta da justiça contida na norma jurídica” conforme bem explana Flávio Marcelo GOMES, *Coisa julgada e filiação: o DNA e o desafio à estabilidade da sentença*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 121.

⁴⁰⁸ Chegavam a aceitar a exagerada teoria de Scassia: “Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum verum...mutat”.

⁴⁰⁹ “A mais antiga, que maior difusão logrou, impondo-se a diversas legislações” observa Guilherme ESTELLITA. *Da coisa julgada, fundamentos jurídicos e extensão aos terceiros*. 1936. Tese. (Doutorado) – Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, p. 25.

⁴¹⁰ Especialmente na regra de ULPIANO (*res iudicata pro veritate accipitur*).

⁴¹¹ Conforme informa Guilherme ESTELLITA (*Da coisa julgada, fundamentos jurídicos e extensão aos terceiros*, cit., p. 25).

estudos no período compreendido de 1740 até 1772. Esta teoria influenciou profundamente as legislações espanholas e italianas da época.⁴¹²

Este autor francês também incidiu notável influência na elaboração do Código Napoleônico. A adoção da teoria de POTHIER foi contrária à clássica teoria da ficção preconizada por SAVIGNY que será analisada adiante.

Assim como no período romano, a coisa julgada somente incidia sobre as sentenças de mérito,⁴¹³ já que *res iudicata dicitur quae finem controversiam pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnatione vel absolute contingit*, conforme assevera POTHIER.⁴¹⁴

As sentenças que eram julgadas por vício de nulidade não adquiriam autoridade de coisa julgada. Contudo, como bem observa Celso NEVES⁴¹⁵ estas sentenças podiam ser divididas em iníquas ou injustas: Apenas as últimas adquiriam força de coisa julgada. As primeiras não poderiam, salvo se a nulidade encontrada pudesse ser sanada. Revela-se uma aporia na teoria da verdade *iure et jure*, na medida em que se uma sentença injusta pode fazer coisa julgada, nem sempre a sentença reproduz a verdade.⁴¹⁶

⁴¹² O Código Civil espanhol da época em seu art. 1.251, o Código Civil italiano de 1865, no art. 1.350, o Código Civil francês nos arts. 1.350, n. 3 e 1.351, tratavam a coisa julgada como uma presunção legal.

⁴¹³ Conforme sistematiza P. Lacoste (apud Celso NEVES, *Coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 1971. p. 144) não fazem coisa julgada as decisões sujeitas a recurso ordinário, os julgamentos preparatórios, provisórios e interlocutórios, cominatórios, as decisões nulas, as de jurisdição graciosa.

⁴¹⁴ *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 1978. p. 513.

⁴¹⁵ *Coisa julgada civil*, cit., p. 132.

⁴¹⁶ Esta conclusão foi bem observada por Manuel Ortells RAMOS. *Derecho procesal civil*, cit., p. 559, ao asseverar que: “la sentencia no es una declaración de verdad, sino un acto imperativo, aunque con fundamento racional; el valor de cosa juzgada no se proyecta sobre los hechos en que se funda el pronunciamiento referido al objeto del proceso; la normal limitación a las partes de la fuerza de cosa juzgada se explica bien si ésta se entiende referida al pronunciamiento sobre el objeto, mientras que sería absurda si se refiriera a los hechos y los razonamientos, dado que éstos serían verdaderos para las partes, pero no para los demás”.

A doutrina, em contraposição a este argumento assevera que mesmo que a sentença não corresponda ao que seja verdadeiro e justo, pressupõe-se que a sentença chegou à verdade.⁴¹⁷

POTHIER teve o mérito de ser um dos primeiros autores a influenciar a adoção do sistema das *tria eadem* nos ordenamentos jurídicos (no caso em particular, o francês, em 1804, no Código Civil), conforme observa Leonardo GRECO,⁴¹⁸ asseverando que a coisa julgada não poderia cobrir área maior que o objeto de julgamento, identificado pela teoria da tríplice identidade.

Assim como se verifica hoje no Brasil, o sistema francês adota (e adotava à época) a teoria de que os limites objetivos da coisa julgada atingem somente o *decisum*. O dispositivo pode ser expresso ou implícito, ficando fora desta autoridade os motivos e as simples enunciações. Não se seguia no direito francês (como, obviamente, não se segue hoje) a distinção procedida por SAVIGNY entre motivos subjetivos e objetivos.

A teoria da presunção absoluta foi adotada pela maioria dos autores franceses da época⁴¹⁹ a despeito de entenderem se tratar de um efeito do julgamento e não decorrente da força da coisa julgada.

Essa teoria no Brasil foi seguida por J. M. Carvalho SANTOS⁴²⁰ e teve influência no Brasil no Regimento 737, no final do século XIX, que antecedeu o Código de Processo Civil de 1939.

⁴¹⁷ Joseph POTHIER. *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 515.

⁴¹⁸ *A teoria da ação no processo civil*, cit., p. 49.

⁴¹⁹ Conforme observa Celso NEVES, *Coisa julgada civil*, cit., p. 141-143.

⁴²⁰ *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. v. 4, p. 135.

4.1.2 *A coisa julgada como ficção de verdade (teoria da representação)*

No século XIX, para mitigar os rigores da *res iudicata* e, em contraposição ao pensamento da coisa julgada como presunção absoluta, SAVIGNY desenvolveu notória teoria em que a coisa julgada seria uma ficção de verdade: “una ficción de verdad que protege las sentencias definitivas contra todo ataque y toda modificación”.⁴²¹

Assim como na teoria da presunção de verdade, a teoria da representação atribui-se à sentença uma verdade, contudo fictícia. Esta “ficção” protege a sentença passada em julgado mesmo aquelas (e aqui não difere da teoria da presunção) com base em erro de fato ou de direito que resultaram na prolação de uma sentença injusta.

Sua concepção nasceu do conflito entre a certeza e a segurança jurídica. Sendo a insegurança jurídica um mal a ser evitado, a coisa julgada atribuiria “força legal” a determinada situação (independentemente da sua justiça). Trata-se da ficção de verdade. Dessa forma a existência da coisa julgada é fruto de opção político-legislativa.

O autor da obra *Sistema del diritto romano attuale*, asseverou que no julgamento da causa a lide deverá receber uma solução unitária para evitar que aquele conflito seja discutido em outra demanda. Teceu o autor severas críticas à exceção da coisa julgada concebida no período romano. E isso porque bastava uma sentença, independentemente do seu resultado, para impedir a propositura de uma nova

⁴²¹ SAVIGNY. *Sistema del derecho romano actual*. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, [s.d.]. t. V, p. 169-170, apud Daniel MITIDIERO e Hermes ZANETI JÚNIOR, *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente: coisa julgada, limites objetivos e eficácia executiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 194.

demanda. Dessa forma, a reprodução de uma ação era alcançada pela *litiscontestatio*,⁴²² mesmo que a decisão encerrasse uma conclusão errada.

A conduta dos romanos em relação à coisa julgada gerou um grave efeito negativo na teoria da exceção: impedia que se exercitasse a ação, mas não impedia o exercício do direito. Ademais, como dito, havia a necessidade de se superar a teoria em que o que fora estabelecido na sentença prevaleceria sobre o direito de fato existente. Esta é uma das razões que motivaram a criação da teoria.

Assim, SAVIGNY aperfeiçoou a teoria romana agregando o efeito positivo: dessa forma, além do efeito negativo (impedimento de nova ação para discutir sentença anteriormente prolatada), foi desenvolvido o efeito positivo (veiculação ao que foi decidido, tomando-se a anterior sentença como “verdadeira”).

Quando SAVIGNY desenvolveu os limites objetivos da coisa julgada que, para ele, alcançam os motivos, asseverou que a *res iudicata* seria uma “ficção de verdade” ou uma “verdade formal” e isso porque, para a maioria dos cidadãos que não tivessem contato com determinada demanda, a sentença seria como uma verdade. Trata-se de uma justificativa política.

Como bem observa Eduardo J. COUTURE

A doutrina da ficção de verdade (*Savigny*) procurou para a coisa julgada uma justificativa de caráter fundamentalmente político, apoiada na necessidade de se prestigiar definitivamente a atividade jurisdicional. É, entretanto, uma interpretação excessiva, porquanto deixa de parte a grande quantidade de casos em que a sentença não constitui uma ficção de verdade, mas, sim, a própria verdade real.⁴²³

⁴²² Trata-se de comportamento processual das partes dirigido a um escopo comum, participar do processo e acatar o julgamento da decisão (conforme *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 98-99).

⁴²³ *Fundamentos de direito processual civil*, cit., p. 232.

Giuseppe CHIOVENDA, em suas *Instituições*, rebate a teoria da presunção de verdade ao asseverar que “a coisa julgada não tem em vista a afirmação da verdade dos fatos, mas da existência de uma vontade de lei no caso concreto”. E prossegue:

o juiz não pode sequer raciocinar sobre os fatos. O juiz, porém, não é somente um lógico, é um magistrado. Atingido o objetivo de dar formulação à vontade da lei, o elemento lógico perde, no processo, toda importância. Os fatos permanecem o que eram, nem pretende o ordenamento jurídico que sejam considerados como verdadeiros aqueles que o juiz considera como base de sua decisão; antes, nem se preocupa em saber como se passaram as coisas, e se desinteressa completamente dos possíveis erros lógicos do juiz; mas limita-se a afirmar que a vontade da lei no caso concreto é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei.⁴²⁴

Gabriel José Rodrigues de REZENDE FILHO assevera que

Realmente, como observa Ugo Rocco, o erro mais grave de Savigny foi o de considerar como escopo do processo civil a obtenção da verdade objetiva, concluindo que, quando a sentença não atingir este objetivo, deve ainda assim reputar-se como “ficção” dessa verdade, isto é, como verdade ao menos para os efeitos do direito. Ora, a finalidade do processo civil não é alcançar a verdade objetiva ou real, pois é suficiente a verdade formal.⁴²⁵

O principal argumento de SAVIGNY para estender à fundamentação os limites da coisa julgada foi uma melhor compreensão do julgamento e seu sentido, com a análise dos motivos que deram ensejo à conclusão. Afinal poderiam haver vários motivos que levassem a procedência ou improcedência da demanda.

Na verdade, este argumento, mais do que robustecer o instituto da coisa julgada o enfraquece. E isso porque para que fosse relevante a coisa julgada em outro processo seria necessária a completa e perfeita identidade de questões entre as duas demandas. Assim, se a parte quisesse ‘burlar’ a coisa julgada bastaria proceder uma

⁴²⁴ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 449.

⁴²⁵ *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva 1951. v. 3, p. 56.

mínima modificação nos contornos da lide para que não incidisse o efeito negativo da coisa julgada.

Este assunto será visto com maior cuidado no capítulo 5.

4.1.3 *A coisa julgada como certeza judicial*

Alfredo ROCCO⁴²⁶ estabeleceu sua teoria calcada na impossibilidade de se alcançar uma verdade objetiva. Dessa forma, a verdade buscada no processo deve ser a subjetiva descoberta pelo juiz. Esta verdade decorre de sua convicção sobre a análise dos fatos e provas do processo.

Desse modo,

La inimpugnabilidad de las sentencias constituye lo que los alemanes llaman la fuerza legal formal de la sentencia (formelle Rechtskraft), esto es, la eficacia obligatoria de la sentencia respecto al procedimiento, de que forma parte (o mejor estaría decir, el supuesto formal de la cosa juzgada) en contraposición a la fuerza legal material (materielle Rechtskraft), esto es, la eficacia obligatoria de la sentencia respecto a outro procedimiento (nosotros diríamos: la autoridad de cosa juzgada de la sentencia), para la cual es necesaria además, la indentidad entre la relación acreditada y la que se va a acreditar en todos sus elementos (sujeto, objeto, causa jurídica).

José Ignacio Botelho de MESQUITA, mesmo não sendo defensor da teoria da certeza, assevera que

A superioridade desta noção sobre as teorias da ficção e da presunção de verdade reside em haver afastado a idéia de que fosse o escopo do processo civil dizer infalivelmente qual seja o direito no caso concreto, demonstrando, com isso, que não se pode considerar como problema

⁴²⁶ *La sentencia civil*. La interpretación de las leyes procesales. Traducción de Manuel Romero Sanchez e Julio Lopez de la Cerda. Buenos Aires: El Foro, p. 249-241.

jurídico o fato de vir a sentença declarar qualquer coisa contrária à verdade objetiva.⁴²⁷

São conhecidos (e antigos) os estudos sobre a verdade, especialmente a aplicada ao direito. Como aquele que considera a verdade como resultado do raciocínio empreendido sobre a existência do fato. É a verdade, segundo José Antônio TOBIAS, baseado nos ensinamentos de São Tomás de AQUINO “a conformidade da inteligência com o objeto conhecido”.⁴²⁸

Contudo, os ensinamentos do autor italiano retornam a ideia de que a decisão poderia ser injusta, na medida em que o juiz não estaria obrigado a decidir de acordo com quem tenha direito, mas sim com a sua própria convicção.

Há um ponto de acerto nessa teoria, que bem assevera CARNELLUTI.⁴²⁹ As sentenças transitadas em julgado *pro veritate habetur*,⁴³⁰ não por se presumir verdadeira, mas pelo simples fato de que, após ela, não há como se estabelecer verdade diversa.

4.1.4 A coisa julgada como eficácia da sentença

4.1.4.1 Revisitando os conceitos de eficácia, efeito e conteúdo

A visualização dos conceitos de *conteúdo*, *eficácia* e *efeitos*, mais que mera distinção doutrinária, permite entender os caminhos desenvolvidos pela doutrina ao longo da história. Esses caminhos são importantes para compreender (e adentrar)

⁴²⁷ A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, cit., 2005, p. 104.

⁴²⁸ *Iniciação à filosofia*. São Paulo: Editora do Brasil, 1964. p. 47.

⁴²⁹ *Lezioni di diritto processuale civile*. Padua: Cedam, 1986. v. 4., p. 132.

⁴³⁰ Em tradução livre “produz a verdade” [a coisa julgada].

especificamente nas teorias desenvolvidas pela doutrina e estabelecer o que da decisão de fato é alcançado pelos limites objetivos da coisa julgada (se o conteúdo, se os efeitos, se um dos efeitos ou uma qualidade destes) e conseqüentemente explicitar o que é afeto ao efeito preclusivo.

Portanto, é fundamental estabelecer os conceitos da linguagem comum entre aqueles que se debruçaram sobre o instituto.

A dificuldade se avoluma na medida em que são escassos escritos sobre o assunto. E daquilo que se escreveu, poucas conclusões se pode chegar, tamanha a divergência doutrinária.⁴³¹

Conteúdo da sentença é aquilo que a sentença diz.⁴³² Trata-se de um juízo lógico.⁴³³ Toda sentença contém um juízo. Contudo, de todo o seu conteúdo, apenas o dispositivo produz coisa julgada material (CPC, art. 469).⁴³⁴

Para que o magistrado possa julgar o mérito da causa é necessário que se perpassa lógica e cronologicamente por duas etapas anteriores: um juízo sobre o processo e sobre a viabilidade do direito de ação (pressupostos processuais e condições da ação). Constituem pressupostos de admissibilidade preliminares ao exame da

⁴³¹ Esta constatação também foi observada por Fernando SÁ. Ainda sobre as diversas eficácias e efeitos da sentença. In: Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA (Coord.). *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 82.

⁴³² É importante saber que todo ato jurídico possui um conteúdo que é essencial a sua existência. Este conteúdo possui tais ou quais peculiaridades que o distinguem de outros atos jurídicos (ex. no contrato de compra e venda existe dupla manifestação de vontade: o vendedor quer transferir o domínio e o comprador deseja adquirir o bem). Nesse sentido BARBOSA MOREIRA. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 175.

⁴³³ José Ignácio Botelho de MESQUITA. *Sentença e coisa julgada. Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. v. 2, p. 156.

⁴³⁴ Alguns autores entendem que o conteúdo seria a reunião das eficácias de uma dada decisão com seus efeitos. Neste sentido Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART, *Curso de processo civil*. Processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2007. v. 2, p. 636.

questão principal.⁴³⁵ Estes dois, somados ao primeiro perfazem o que LIEBMAN convencionou denominar *trinômio de questões*.⁴³⁶

A cognição exercida em relação a eles é gradativa. Somente poderá se verificar o último se o segundo estiver corretamente preenchido e assim por diante. Cada etapa perpassada é ultimada com um juízo autorizando (ou não) a viabilidade do exame da etapa seguinte. O objetivo da jurisdição – como resposta à pretensão do autor e a (mesmo que virtual) resistência do réu – é chegar a última etapa com a resolução do conflito⁴³⁷ apresentado.

Esta conclusão, que, repise-se, adquire autoridade de coisa julgada material, é a declaração de acolhimento ou de rejeição. Pode-se denominar também *elemento declaratório*.

Nas ações condenatórias a declaração que o autor tem direito a cobrar do réu determinada obrigação. Nas constitutivas o direito de modificação e nas declaratórias (em sentido estrito) consiste na existência ou não de determinada relação jurídica.⁴³⁸

Contudo esta afirmativa somente possui sentido nas sentenças de *procedência* e não nas de *improcedência*. Há duas específicas diferenças nesses dois juízos: i) nas sentenças de procedência existe um elemento declaratório (ato de inteligência) somado

⁴³⁵ Sobre o assunto, essenciais os trabalhos de Rodrigo da Cunha Lima FREIRE. *Condições da ação*. São Paulo: RT, 2000. p. 28-38; Adroaldo Furtado FABRÍCIO. “Extinção do processo” e mérito da causa. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989. p. 15-53.

⁴³⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Limites objetivos da coisa julgada. São Paulo: Bestbook, 2001. p. 103-109. Neste sentido, Kazuo WATANABE. *Da cognição no processo civil*, cit., p. 71.

⁴³⁷ Evidentemente quando se tratar de jurisdição contenciosa.

⁴³⁸ Pelo direito material, é possível classificar três situações diversas: a incerteza sobre a existência de uma relação jurídica, a presença de requisitos para a modificação de uma relação jurídica ou o inadimplemento de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer. São as denominadas “crises” decorrentes do direito material conforme asseverou José Roberto dos Santos BEDAQUE. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 530.

a um ato de vontade. Nas de improcedência somente existe o ato intelectual, mas não o volitivo; ii) na produção dos efeitos, na medida em que somente as primeiras sentenças produzirão efeitos. Dessa forma, todas as sentenças produzem o elemento declaratório, mas somente as de procedência produzem efeitos (condenatórios, constitutivos ou declaratórios).

É importante agora estabelecer considerações sobre os *efeitos*. Os fatos jurídicos podem gerar efeitos potenciais ou concretos. E todos, em tese, o fazem.

Paulo Henrique dos Santos LUCON⁴³⁹ estabelece que

O direito como abstração do intelecto a qual sai da teoria e potentemente atua na vida prática, não aparece no senso físico, mas nos seus efeitos, que nada mais são do que consequências naturais da eficácia de um determinado ato jurídico. Os efeitos relacionam-se com a produção concreta de alterações na vida das pessoas.

A diferença entre *elemento* e *efeitos* é que os últimos sempre produzem uma alteração na vida dos direitos.⁴⁴⁰ Daí por que as sentenças de improcedência não produzem efeitos. Se se rejeita o pedido do autor, mantém-se incólume a relação jurídica levada ao Judiciário, como se nunca tivesse havido uma demanda sobre aquele direito. Dessa forma, mantém-se o *status quo ante*.

Os efeitos, de regra, correspondem ao conteúdo do ato. Estes determinam aqueles.

⁴³⁹ *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000. p. 147.

⁴⁴⁰ O efeito produzido pelo ato não pode ser confundido com o próprio conteúdo deste. Os efeitos estão fora do ato que o produziu, pois que está incluso no ato são os elementos pertencentes ao seu conteúdo. Ninguém nega que o efeito de ensejar a execução não faz parte do conteúdo da sentença condenatória, mas de seus efeitos. Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema, cit., p. 176-177.

José Ignácio Botelho de MESQUITA⁴⁴¹ observa que a doutrina tem entendido que os efeitos condenatórios e constitutivos⁴⁴² são mais perceptíveis de se verificar no mundo dos fatos. Assim, o título executivo confere ao credor o direito à execução; o ofício do juiz permite aos requerentes a averbação no registro civil para modificação de sua condição: separados judicialmente. Contudo, nas declaratórias é muito tênue a linha entre o elemento (declaratório) e seus efeitos (igualmente declaratórios).

O autor explicita que: “Costuma-se dizer que as sentenças que julgam procedente uma ação declaratória em nada alteram a realidade jurídica, pois seriam um mero retrato da situação existente, reforçado pela autoridade da coisa julgada”.⁴⁴³

Contudo esta proposição (que, diga-se, não é a posição do autor) não pode ser tomada como verdadeira, sob pena de esvaziar o conteúdo das demandas declaratórias. O interesse de agir no pedido de declaração decorre do fato de que esta [declaração] causará resultados *práticos* na vida das partes e de terceiros.

Este resultado prático reside na sujeição das partes, terceiros e Estado sobre aquilo que restou declarado. Dessa forma, somente as sentenças de procedência produzem efeitos declaratórios.

Os efeitos, como fenômeno externo que são (= produção concreta na vida das pessoas), podem ser passíveis de se produzir, como dito (em potência), ou efetivamente realizados (atos). Os efeitos se diferenciam da *eficácia* que consiste no conteúdo do ato jurídico como apto a produzir efeitos. A eficácia de uma sentença

⁴⁴¹ Sentença e coisa julgada. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. v. 2, p. 159.

⁴⁴² Contudo, não enxerga tanto essa clareza José Carlos BARBOSA MOREIRA, no tocante as sentenças constitutivas. Estas possuem como núcleo o vocábulo “modificação” que tanto pode atrelar-se ao conteúdo (potencialidade de modificar, direito potestativo que gera o direito à modificação) como aos efeitos (modificação realizada). Neste sentido BARBOSA MOREIRA. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, cit., p. 179. Para o autor “a modificação *enquanto efeito* é evidentemente exterior à sentença. Consiste ela na situação nova, conseqüente ao ato modificativo” (grifos do original).

⁴⁴³ Sentença e coisa julgada, cit., p. 159.

é a potencialidade (virtualidade) que lhe é atribuída para produzir efeitos. Toda sentença, porque deve (ou ao menos pode) corresponder à pretensão de direito material exposta pelo autor, deve conter, em si, eficácias capazes de corresponder àquela pretensão.⁴⁴⁴

Trata-se de uma condição do ato jurídico.

A eficácia não produz alterações no mundo dos fatos, mas no mundo volitivo, no plano do dever-ser. Sem eficácia o ato jurídico restaria comprometido. A eficácia é um elemento do ato jurídico (elemento interno).

Já os efeitos consistem na eficácia realizada concretamente.⁴⁴⁵ Nem sempre os efeitos acontecem. Veja-se: uma sentença de conteúdo condenatório possui eficácia condenatória (possibilidade de se cobrar por meio de execução). Caso não haja a execução por qualquer motivo ainda existe a sentença condenatória.

Porém, cabe atentar que ocorre aqui a substituição do conceito de causalidade dos atos naturais pelo conceito de imputação (*Kelsen*), ou seja, a sentença – que é a norma no caso concreto – estabelece efeitos através de suas eficácias que, como já foi dito, podem ou não se realizar, mas tal só ocorre porque foram estabelecidos por uma decisão judicial.⁴⁴⁶

A despeito de haver estreita relação entre eficácia e efeitos – já que este apenas pode se desenvolver com a existência daquele – a relação entre os dois,

⁴⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Processo de conhecimento*, cit., v. 2, p. 636.

⁴⁴⁵ Nesse sentido Junior Alexandre Moreira PINTO. *Conteúdo e efeitos das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 126-131. Não se pode confundir efeito com eficácia conforme asseverou Ovídio BAPTISTA, *Curso de processo civil*, cit., p. 461. Em brilhante exemplo citado pelo autor gaúcho quando se ministra um dado medicamento, este possui uma eficácia curativa (potencialidade de curar), mas é possível que este medicamento, uma vez ministrado, não solucione o problema do paciente. Desta forma não operou a eficácia, pois o medicamento não é “apto” a produzir efeitos (= manifestação na vida das pessoas).

⁴⁴⁶ Hermes ZANETI JUNIOR. Eficácia e efeitos nas sentenças cíveis: o direito material e a definição de eficácia natural postos em distinção com a eficácia processual sentencial. In: Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA (Coord.). *Eficácia e coisa julgada*, cit., p. 54.

conforme dito não é de causalidade, mas de imputação, pois é possível que os efeitos não se produzam a despeito da eficácia.

Os efeitos, via de regra, são mais amplos que a eficácia que advém da sentença.

O conteúdo da sentença é portador de uma série de eficácias. A sentença condenatória possui uma *declaração* (da existência do crédito), somada a uma *condenação* (possibilidade de exigir).⁴⁴⁷ O nome que se dá a eficácia da sentença, de regra, é a eficácia preponderante (nesse caso, a eficácia será condenatória, a despeito de haver carga declaratória eficaz).

Dessa forma é fácil entender que eficácia de uma dada decisão e coisa julgada não se confundem, assim como não se pode confundir a executoriedade (inerente à eficácia) com a imutabilidade (decorrente da *res iudicata*).⁴⁴⁸

Decisões provisórias podem produzir efeitos (antecipação de tutela), decisões pendentes de recurso podem produzir efeitos (recursos sem efeito suspensivo) independentemente da coisa julgada.

⁴⁴⁷ É clássica a obra de PONTES DE MIRANDA (*Tratado das ações*, cit., p. 117) em que estabeleceu a regra da “constante quinze”, vale dizer, nenhuma sentença possui eficácia exclusiva, mas preponderante, sempre na escala de ‘um a cinco’ de acordo com a classificação quinária das sentenças – condenatória, constitutiva, declaratória, executiva e mandamental. Constitui, contudo, posicionamento próprio sobre a carga de eficácia que, na prática é sobretudo difícil identificar. A ponto de BARBOSA MOREIRA argumentar que a tese do autor alagoano possuía “boa dose de artificialismo” especialmente por desconsiderar a teoria dos capítulos da sentença que nem sempre têm a mesma natureza. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. *Temas de direito processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 129-130. Uma última observação: A carga de eficácia pode ser exclusiva salvo nas meramente declaratórias em que a única eficácia é a declaração. Eduardo TALAMINI. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 200-201.

⁴⁴⁸ A despeito de não haver consenso acerca da definição adota-se aqui o conceito de BARBOSA MOREIRA para quem eficácia é a qualidade que possui o ato para produzir efeitos. Conteúdo e efeitos da sentença. Variações sobre o tema, cit., p. 179. Em sentido contrário Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA que entende ser eficácia o conteúdo do ato jurídico, os elementos integrantes deste ato. Perfil dogmático da tutela de urgência. *Ajuris*, n. 70, p. 205, 1997.

Não se nega, como já foi asseverado outras vezes neste trabalho, que os efeitos de uma dada decisão podem coincidir com o momento de formação da coisa julgada.

Nesse caso, por opção política, estes efeitos estavam contidos aguardando o trânsito. Assim também ocorre com as sentenças de eficácia constitutiva e meramente declaratória.

Dessa forma, enquanto a imperatividade é a emanção da força do poder estatal mediante uma dada decisão, a imutabilidade é um atributo conferido a estas decisões depois de certo lapso de tempo.

4.1.4.2 A coisa julgada como eficácia da sentença

A coisa julgada no período romano, seguindo a concepção materialista, era vista como a própria decisão que julgava o mérito.

Contra as teorias da presunção de verdade e da ficção, alguns juristas alemães (e mais tarde italianos) desenvolveram teorias para contrapor estes estudos até então admitidos na comunidade jurídica. O principal mérito dessas teorias – estabelecendo um denominador comum – foi o de desenvolver a coisa julgada como um fenômeno dentro do processo e não fora como buscavam as anteriores teorias.

À concepção materialista deu ensejo a concepção processual⁴⁴⁹ da coisa julgada.

Esta teoria teve igualmente o mérito de afastar a coisa julgada da decisão e a qualificar como uma característica. Assim, a imutabilidade decorrente da autoridade da coisa julgada não é a decisão em si mais um elemento integrante a ela. Aliás, assevera

⁴⁴⁹ Leia-se a declaração judicial não produz efeitos substanciais, mas processuais dirigidos ao Poder Judiciário.

LIEBMAN que “hoje não se fala de coisa julgada senão para usar uma forma eclíptica, a fim de designar *autoridade* da coisa julgada”⁴⁵⁰ (grifos do original).

Separando a coisa julgada da própria decisão, determina esta concepção como um efeito da coisa julgada, assim como o efeito condenatório e constitutivo. Neste sentido difere de LIEBMAN que assevera ser a coisa julgada uma qualidade que se agrega aos efeitos da decisão e não o próprio efeito da *res iudicata* conforme será visto adiante.

De gênese alemã, como dito, esta teoria identifica a coisa julgada com uma eficácia da sentença, em especial como o efeito declaratório que dela promana. Seria a eficácia da declaração da lei no caso concreto. A declaração de existência ou não do direito formulado pelo autor.

Essa teoria teve uma série de seguidores na doutrina, especialmente Konrad HELLWIG,⁴⁵¹ vindo posteriormente a ser defendida por James GOLDSCHMIDT.⁴⁵² A teoria chegou ao Brasil com a aceitação de Celso NEVES⁴⁵³ e PONTES DE MIRANDA.⁴⁵⁴ Na doutrina moderna, é a posição adotada por Luiz Guilherme MARINONI.⁴⁵⁵

Antes do devido delineamento, é importante frisar que esta teoria é insusceptível de consenso.⁴⁵⁶ Cada autor que a defende, confere contornos próprios, criando, por vezes, subteorias dentro da já existente. Todavia, há um ponto em

⁴⁵⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 5.

⁴⁵¹ Apud Celso NEVES. *Coisa julgada civil*, cit., p. 334-338.

⁴⁵² *Derecho procesal civil*. Tradução de Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1939. p. 121.

⁴⁵³ *Coisa julgada civil*, cit., p. 334-338.

⁴⁵⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit. p. 96-111.

⁴⁵⁵ E ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. Processo de conhecimento, cit., v. 2, p. 633-645.

⁴⁵⁶ Como bem observa Daniel MITIDIERO, Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. *Introdução ao estudo do proceso civil*. Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 195.

comum: a coisa julgada é uma eficácia da sentença especificamente do efeito declaratório.

Retomando o conceito, Konrad HELLWIG contribuiu de maneira fundamental para a solução dos imbricados problemas decorrentes da coisa julgada. Estabeleceu o autor alemão diferenças entre os atos declaratórios – que objetivam declarar a existência ou inexistência de uma dada relação jurídica – dos constitutivos, que têm por escopo modificar relações jurídicas já existentes (*Feststellungsorder Rechtsgestaltungsakte*).⁴⁵⁷

As sentenças condenatórias teriam elementos de ambas uma vez que o magistrado declarara a existência do crédito e o dever da prestação, o que seria um *plus* em relação à mera declaração já que ensejaria a execução forçada, que seria um ato de formação de direito (direito à execução).⁴⁵⁸

Dessa forma, o elemento comum a essas três categorias seria a função declaratória (*Feststellungswirkung*⁴⁵⁹) decorrente da sentença que produziria um efeito meramente processual de vincular futuros juízos à declaração perpetrada no processo. Como o efeito é meramente processual, “em caso de erro da sentença, os direitos materiais *continuariam senão aquilo que sempre foram*, porquanto a declaração judicial não teria nenhuma influência sobre eles”⁴⁶⁰ (grifos do original).

Em síntese, a declaração é pressuposto lógico da condenação e constituição. Estas duas modificam a realidade prática, mas somente a declaração se torna estável.

⁴⁵⁷ Sem prejuízo da sua adoção pela teoria tripartite das sentenças em condenatórias, declaratórias e constitutivas.

⁴⁵⁸ Conforme notícia Celso NEVES, *Coisa julgada civil*, cit., p. 334.

⁴⁵⁹ Leia-se “eficácia da declaração”.

⁴⁶⁰ José Ignácio BOTELHO DE MESQUITA, *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 108.

O autor assevera que a imutabilidade da coisa julgada se circunscreve aos efeitos declaratórios da decisão.

A decisão judicial – que, por força da autoridade inviolável do Estado, fixa, de modo concreto, as relações jurídicas contestadas entre as partes – produz o efeito processual de vincular qualquer juiz posterior à *declaração* do direito contida na sentença passada em julgado e deve tomá-la por base de sua própria sentença.⁴⁶¹

O efeito constitutivo não tem nenhuma relação e é absolutamente dispensável para que a coisa julgada possa se produzir.

A declaração, portanto, vincula (efeito positivo da coisa julgada) os futuros juízes a obedecer ao quanto declarado na sentença imunizada pela autoridade da coisa julgada.⁴⁶²

José Ignácio BOTELHO DE MESQUITA assevera que

a teoria de Hellwig deixa de levar na devida consideração – e nisso se alheia totalmente da realidade – as profundas repercussões provocadas pela sentença no mundo jurídico material que, de forma nenhuma, se restringem a um vínculo limitado aos órgãos jurisdicionais, mas bem ao contrário, atingem a todos que se colocam na órbita de irradiação dos efeitos da sentença.⁴⁶³

⁴⁶¹ Celso NEVES, *Coisa julgada civil*, cit., p. 335.

⁴⁶² Ugo ROCCO discorda desse pensamento de HELLWIG na medida em que a coisa julgada não poderia ter somente efeitos processuais na medida em que estes efeitos projetam-se sobre a vida das pessoas (relação jurídica substancial). Assim, além de se tratar de um fenômeno processual já que extingue o direito subjetivo da prestação da tutela jurisdicional, por via oblíqua atinge as partes (relação jurídica substancial), que não podem mais exercer o direito de ação sobre aquela específica relação na medida em que o poder judiciário vinculou estas partes pela declaração da decisão. No mesmo sentido José Ignácio BOTELHO DE MESQUITA, para quem “a limitação da coisa julgada à função declaratória das sentenças contraria não só a lei como a própria natureza das coisas; a incontestabilidade dos efeitos constitutivos e condenatórios da sentença, independentemente dos seus efeitos declaratórios, é um fato inegável, não bastando para explicá-lo a vinculação de qualquer juiz futuro ao conteúdo do que haja sido precedentemente declarado” (A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, cit., 2005, p. 109).

⁴⁶³ Idem, *ibidem*, p. 110.

A teoria da coisa julgada como efeito da sentença é ainda prevalente no direito germânico.

Em relação aos limites objetivos da coisa julgada, Botelho de MESQUITA entende que o efeito declaratório fica confinado à fundamentação da decisão, pois constituem as premissas necessárias ao *decisum*. Apesar de o elemento declaratório (inerente a todas as sentenças) ser de suma importância para a conclusão esta não fica acobertada pela coisa julgada (CPC, art. 469), limitando-se a produzir seus efeitos dentro do processo.⁴⁶⁴

Outro defensor da tese de HELLWIG é Celso NEVES. O autor, em sua magistral obra, *Coisa julgada civil*⁴⁶⁵ assevera que a *res iudicata* “é o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial”.

Quanto aos limites objetivos da coisa julgada (e conseqüentemente o seu efeito preclusivo), o autor paulista assevera que o processo de cognição apresenta tipicamente o conteúdo declaratório, pois esta é a sua função. Quaisquer outros conteúdos como o constitutivo e o condenatório, especialmente o último, que apresenta elementos de jurisdição executória, são estranhos à coisa julgada. E isso porque o elemento executório ulterior consiste numa tutela necessária a realizar as conseqüências práticas do julgado.

Os elementos constitutivos e condenatórios, como conseqüentes apenas seriam imutáveis para o juiz, pois se já decidiu sobre esta questão cumprindo seu ofício, não poderá retomar ao seu exame, salvo nos casos de reexame recursal. Mas as partes

⁴⁶⁴ Sentença e coisa julgada, cit. p. 110.

⁴⁶⁵ p. 443-444.

poderão alterá-los se entenderem conveniente sem que haja qualquer afetação à coisa julgada que se confina pura e simplesmente à declaração.

Nesta posição segue também PONTES DE MIRANDA.⁴⁶⁶ Assevera o autor que apenas existirá a coisa julgada quando houver um mínimo de carga eficaz declaratória. Especificamente uma carga eficaz declaratória igual a “três”.⁴⁶⁷

Dessa forma, apenas o conteúdo declaratório da sentença se torna imutável, já que os demais aparecem como corolários do que fora decidido (inseridos no “plano de realização prática de seus efeitos processuais”).⁴⁶⁸

Luiz Guilherme MARINONI, seguindo os passos de HELLWIG e PONTES DE MIRANDA, igualmente defende que a autoridade da coisa julgada recai (somente) no efeito declaratório da decisão.⁴⁶⁹ Até mesmo porque toda sentença possui um efeito declaratório ainda que mínimo.⁴⁷⁰ E a coisa julgada atinge o elemento declaratório não apenas das sentenças declaratórias, mas de todas as demais (condenatórias, constitutivas, mandamentais e executivas).⁴⁷¹

⁴⁶⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. V, p. 97 e ss. e *Tratado das ações*, cit., t. I, p. 308-311. Na primeira obra mencionada, o autor assevera: “o que se há de entender por eficácia de coisa julgada material é a eficácia que o elemento declarativo da sentença produz, chamado força (se prepondera), ou efeito (se junta à força específica da sentença). Consiste em vincular as partes à declaração. Tal conceito científico, claríssimo em Konrad Hellwig”.

⁴⁶⁷ PONTES DE MIRANDA adota teoria de carga de eficácia das sentenças, explicitando que as sentenças (condenatória, declaratória, constitutiva, executiva e mandamental) não possuem eficácia *exclusiva*, mas *preponderante*. Desta forma atribuiu carga de eficácia as diferentes sentenças com gradação de 1 a 5.

⁴⁶⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 503-504.

⁴⁶⁹ “Se a coisa julgada representa a imutabilidade decorrente da formação da lei do caso concreto, se ela representa a certificação dada pela jurisdição a respeito da pretensão de direito material exposta pelo autor, somente isso é que pode transitar em julgado. *Somente o efeito declaratório é que pode, efetivamente, tornar-se imutável em decorrência da coisa julgada*” (grifos no original) (Sérgio Cruz ARENHART. *Curso de processo civil*. Processo de conhecimento, cit., p. 637).

⁴⁷⁰ O autor não induz a adoção de carga mínima de eficácia estabelecida por PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, p. 124-125, conforme demonstrado supra (nota 61).

⁴⁷¹ O autor adota a classificação quinária das sentenças.

Seguindo a teoria tradicional, o autor paranaense observa que a coisa julgada não seria capaz de imunizar os demais efeitos na medida em que estes podem ser modificados ou não realizados por circunstâncias externas à sentença.⁴⁷²

Os efeitos declaratórios somente podem ser modificados se na nova demanda houver a alteração de um dos elementos da demanda, pois não incidirá no caso em espécie o efeito negativo da coisa julgada (CPC, art. 301, § 3º).

4.1.4.3 *Especificamente sobre as teorias material e processual da coisa julgada – As funções criadora e declaratória*

A questão que atina à coisa julgada no tocante a sua natureza não se refere à doutrina sobre a coisa julgada, se presunção, ficção, se recai sobre os efeitos ou sobre o conteúdo.⁴⁷³ A questão da natureza é verificar se a coisa julgada é instituto de natureza substancial ou processual.⁴⁷⁴

Para que seja possível determinar com precisão a sua natureza, deve-se antes perquirir qual das teorias se adota para explicar a coisa julgada, se a processual ou a substancial. A diferenciação das duas teorias reside *na criação ou não de um novo direito*. Dessa forma, para a teoria substancialista, a coisa julgada forma um novo direito que decorre da sentença que procede ao acerto do direito (teoria unitária).⁴⁷⁵ A teoria processualista, por sua vez, explicita que não existe um novo

⁴⁷² Neste particular sentido Giuseppe CHIOVENDA ao asseverar que sobre as sentenças constitutivas “passa em julgado não é o ato do juiz enquanto produz um novo estado jurídico, mas enquanto afirma ou nega a vontade da lei de que o novo estado se produza” (*Instituições de direito processual civil*, v. 1, cit., p. 247).

⁴⁷³ Entendendo que a definição da teoria a ser seguida se pauta pela identificação da coisa julgada como um dos efeitos da sentença (ou qualidade a eles), Flávio Marcelo GOMES. *Coisa julgada e estado de filiação*, cit., p. 127-128.

⁴⁷⁴ Contudo como observa Ovídio BAPTISTA SILVA, “a questão não tem tanta importância quanto a doutrina lhe atribuiu” (*Curso de processo civil*, cit., p. 472).

⁴⁷⁵ Neste sentido Enrico ALLORIO, *La coza giudicata rispetto ai terzi*. Milão: Giuffrè, 1935. p. 13. O autor italiano assevera que a teoria processual não consegue explicar a sentença injusta. Contrário a este posicionamento seguem LIEBMAN (*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., p. 42) e PONTE DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, p. 82).

direito (teoria dualista)⁴⁷⁶, o que a sentença promove é apenas a consecução de sua consequência jurídica pelo não cumprimento do direito material (crise) com *animus* de coação.

A teoria material foi defendida pelos civilistas – em especial os alemães – do século XIX. Sendo a coisa julgada um efeito da própria sentença na medida em que esta altera a situação jurídica das relações materiais, a coisa julgada como efeito também teria este condão. Desta forma, perquirir sobre a justiça da decisão seria desnecessário na medida em que a realidade é afirmada somente após a coisa julgada.

Para a teoria processualista a eficácia declaratória (típica) tem importância para os processos futuros, que vinculariam o segundo magistrado ao primeiro julgamento. Não porque o direito passou a ser existente (teoria material), mas porque há um preceito de ordem processual que goza de autoridade.⁴⁷⁷

A resposta a esta indagação está na história do próprio processo. Durante muito tempo se defendeu quase que exclusivamente a teoria substancial/material da coisa julgada. E isso porque o direito de ação era imanente ao direito material, sendo tratado, em sua grande maioria pelos civilistas que atribuíam à coisa julgada o efeito material na sua natureza.

Guilherme ESTELLITA⁴⁷⁸ assevera que esta concepção histórica decorre por um lado no modo de ver a matéria pelo direito francês e italiano, tanto que vem

⁴⁷⁶ Assevera Cândido DINAMARCO que “o ordenamento jurídico seria unitário se o processo e direito material se fundissem numa unidade só e a produção de direitos subjetivos, obrigações e concretas relações jurídicas entre sujeitos fosse obra da sentença e não da mera coincidência de fatos previstos em normas gerais” (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p. 132).

⁴⁷⁷ Há autores que defendem uma teoria mista como Juan Montero AROCA para quem a coisa julgada produz efeitos materiais, pois atinge as relações jurídicas substanciais, mas também projeta efeitos processuais tendo em vista que proíbe a propositura de nova demanda para alterar a decisão anterior (*El nuevo proceso civil*, cit., 2. ed., p. 444).

⁴⁷⁸ *Da coisa julgada, fundamentos jurídicos e extensão aos terceiros*, cit., p. 7.

disciplinada no Código Civil e por outro as consequências substanciais que são produzidas.⁴⁷⁹

Com a ruptura das esferas do direito e processo estabelecida especialmente no século XIX por Oskar Von BULLOW,⁴⁸⁰ o processo adquiriu autonomia de ciência (relação jurídica) de caráter publicista. Esta moderna concepção abriu uma nova corrente à já existente: a natureza da coisa julgada seria processual. Esta teoria define que a coisa julgada não altera a relação jurídica, mas lhe qualifica processualmente vinculando as partes e os órgãos jurisdicionais.⁴⁸¹

Não se pode chegar a outra conclusão no atual estágio dos estudos do processo. A instrumentalidade processual não altera o direito, apenas o declara. Não se fala aqui em separação absoluta entre o direito e o processo, mas em instrumentalismo, a que Cândido DINAMARCO denomina como o “terceiro momento metodológico do direito processual”.⁴⁸²

É o instrumentalismo que dá sentido à existência do processo. Caso contrário não haveria como diferenciar um parecer jurídico de uma sentença. A diferença que se observa entre ambos é a cogência que se reveste a segunda decorrente do poder emanado pela lei.

A decisão judicial é um comando que torna obrigatório o que foi decidido, vinculando o Estado e as partes. O Estado-juiz manifesta-se acerca do conflito projetado para o processo. Não inova. Quem define as consequências jurídicas dos

⁴⁷⁹ Contudo o próprio autor entende que estas premissas são insuficientes para dos contornos substanciais ao instituto já que “Nem a collocação legislativa da norma reguladora dum instituto determina sempre o ramo do direito a que elle pertence, nem os efeitos da cousa julgada sobre o direito resolvido pela sentença podem outorgar àquella, natureza de instituto substantivo” (Idem, *ibidem*, p. 7).

⁴⁸⁰ Em seu *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, cit.

⁴⁸¹ Celso NEVES, *Coisa julgada civil*, cit., p. 434.

⁴⁸² *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 21.

fatos jurídicos é o direito positivo.⁴⁸³ Se estes direitos não são observados, nasce para o sujeito a pretensão de postular a tutela jurisdicional em juízo para que o Estado assegure *que esta mesma relação* seja cumprida no mundo empírico.

Dessa forma, o processo como ramo do direito público define a realização dos direitos pelos instrumentos de pacificação colocados à disposição pelo Estado.

A declaração da sentença sôbre a composição da lide realizada pelo direito objetivo, tendo por pressuposto os fatos que, na medida de sua transposição para o processo, entram na limitação objetiva do *thema decidendum*, constitui *juízo sôbre* a relação controvertida que só processualmente tem eficácia, mantendo-se, assim, no plano do direito público⁴⁸⁴ (grifos no original).

A sentença tem por finalidade eliminar a crise de incerteza decorrente dos interesses opostos pelas partes. Portanto a sentença, mesmo que injusta – como observa Celso NEVES – não tem o condão de alterar a relação jurídica, pois “embora errônea, elimina para o futuro, tão-somente a controvérsia e a incerteza que dela decorre”.⁴⁸⁵

A teoria material se adotada não conseguiria transpor alguns problemas de ordem sistemática: i) que toda sentença seria constitutiva, na medida em que sempre haveria a alteração de uma situação jurídica por outra; ii) como houve uma alteração jurídica na demanda haveria uma eficácia *erga omnes* da sentença,⁴⁸⁶ pois atingiria pessoas que não participaram da decisão; iii) as sentenças de improcedência ficariam sem resposta já que a natureza constitutiva geral das sentenças pressuporia sempre

⁴⁸³ Como bem observa José Roberto dos Santos BEDAQUE “Enquanto ao processualista compete o estudo das técnicas de tutela, ao cultor do direito material interessa a identificação dos interesses amparados no âmbito das relação substanciais. As soluções para as crises estão no direito material. A tarefa do processualista é transformar tais remédios em meios coercitivos adequados” (*Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 547).

⁴⁸⁴ Celso NEVES, *Coisa julgada civil*, cit., p. 440.

⁴⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 441.

⁴⁸⁶ Em detrimento dos limites subjetivos adotados pelo nosso sistema (CPC, art. 472).

uma alteração fática o que nas demandas improcedentes não seria possível. Contudo não se pode negar que estas sentenças produzem coisa julgada material.⁴⁸⁷

Eduardo COUTURE⁴⁸⁸ explicitando acerca da teoria processual (da qual se filia) formula quatro questões para colocar em prova a teoria: (a) como a sentença pode não coincidir com o direito substantivo?; (b) porque a jurisprudência pode variar o seu entendimento ainda que a lei não mude?; (c) juízes não erram nunca? (d) como pode formar coisa julgada uma sentença perfeita sob a ótica processual, mas equivocadas no campo material?

Explica o autor que as sentenças nem sempre correspondem com o direito material. Até mesmo porque nem sempre a verdade dos fatos está fora do alcance do julgador. Uma porque as partes podem modificar o acerto da sentença. Basta pensar no réu que confessa obrigação inexistente ou o autor que não consegue provar uma prova que existe. A decisão se baseia no ônus da prova e no constante dos autos (persuasão racional).

Outra porque o direito de ação pode ser exercido tanto por aqueles que tenham o direito ou não. Se se apresenta uma ação sem direito ao Judiciário, porque não se pode fazer coisa julgada um direito inexistente?⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Diante de todos os argumentos, os alemães, em especial Hellwig, Goldschmidt e Rosemberg, adotaram a teoria processual. Assim a coisa julgada não incidiria na relação substancial, mas na proibição para que os magistrados em processos futuros venham a decidir o que já fora julgado. Esta teoria foi seguida após pelos italianos a exemplo de Chiovenda, Calamandrei, Rocco e Liebman).

⁴⁸⁸ *Fundamentos do direito processual civil*, cit., p. 234.

⁴⁸⁹ Digna de nota também é a observação escurrita de José Miguel Garcia MEDINA e Teresa Arruda Alvim WAMBIER (*Processo civil moderno*. Parte geral e processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2009. v. 1, p. 257) ao afirmar que em “diversas ações em que o juiz não apenas revela aquilo que está latente no ordenamento jurídico, mas vai além, estabelecendo novas bases para a situação jurídica. Isto ocorre, por exemplo, nas sentenças determinativas (cf. art. 6º, V, Lei 8.078/90) e em outras decisões que estabelecem condutas a serem observadas pelas partes (por exemplo, no caso da ação fundada no art. 461 do CPC). A teoria substantiva da coisa julgada não explicaria satisfatoriamente estes casos”.

Não se pode estabelecer a coisa julgada com a antiga novação existente na *litiscontestatio* romana. Querer estabelecer a existência de duas relações jurídicas (uma antes e outra após a sentença – *dolppelte Rechtsordnung*) é ignorar por completo as consequências que a lei confere aos fatos jurídicos. A sentença versa sobre fatos ocorridos e não tem o condão de criar nova relação. Pensar o contrário seria admitir que o ordenamento jurídico positiva situações provisórias e inacabadas que não são susceptíveis de ocorrer na realidade.⁴⁹⁰

A decisão do juiz (jurisprudência) é uma individualização da norma geral e abstrata da lei. Para isso não é necessária a criação de dois ordenamentos. O fato de a sentença possuir estreita ligação com a coisa julgada não autoriza que possuam o mesmo efeito. Como a coisa julgada é instituto de natureza prática, ao contrário da sentença não recai sobre a relação substancial, mas sobre o comando da decisão resguardando a eficácia da decisão contra futuros ataques. Tem função instrumental, na medida em que serve à sentença para que esta possa produzir seus regulares efeitos sem a intervenção de modificações oriundas de outras (e futuras) decisões.

É, portanto, de natureza processual a coisa julgada.

4.1.5 A coisa julgada como atividade estatal – A separação entre autoridade e eficácia – As teorias de CHIOVENDA e CARNELUTTI

Remonta a 1905 a exposição de CHIOVENDA⁴⁹¹ explicitando as contradições existentes sobre a coisa julgada no período antigo e moderno. Entretanto, toda a

⁴⁹⁰ COUTURE, *Fundamentos do direito processual civil*, cit., p. 237.

⁴⁹¹ A famosa “preleção napolitana”.

sistematização dos estudos sobre a coisa julgada está no seu *Principii* e posteriormente encartada no seu, *Instituições*.⁴⁹²

Após localizar e perpassar pelos aspectos históricos da coisa julgada procedendo às críticas que, a seu ver, não fazem sustentar as teorias anteriores, CHIOVENDA desapega-se da discussão entre as doutrinas processual e material⁴⁹³ para proceder a novos contornos ao instituto tendo por base a distinção entre coisa julgada e preclusão.

Para o autor a coisa julgada é um efeito da sentença decorrente da preclusão das questões que foram enfrentadas e decididas. Este efeito geraria a indiscutibilidade (efeito negativo) e na obrigatoriedade (efeito positivo) do comando sentencial.

CHIOVENDA, como observa LIEBMAN vê a coisa julgada como um efeito da sentença (que consiste na afirmação concreta da lei) volta então ao sistema de que a coisa julgada seria um efeito (especificamente o declaratório) da decisão.

Assim, até o autor que, mais que qualquer outro, procurou desanexar a coisa julgada da sua ligação com a solução de questões lógicas do processo, para relacioná-lo com o elemento imperativo, ato de vontade contido na sentença, não pode deixar de ver na coisa julgada senão uma produção de certeza discutível.⁴⁹⁴

É mérito de CHIOVENDA retirar da imunização da coisa julgada os elementos lógicos necessários às premissas fixadas pelo juiz, confinando a coisa

⁴⁹² O próprio CHIOVENDA ressalta que “Este livro [*Instituições*] deriva tão diretamente da minha obra anterior *Princípios de Direito Processual Civil*” que faz pensar se tratar de uma ‘segunda edição’ conforme explicitado no prefácio da edição italiana (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, 1998).

⁴⁹³ Expressões utilizadas por José Inácio Botelho de MESQUITA. A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, cit., 2005, p. 112.

⁴⁹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., p. 20.

julgada somente ao dispositivo da decisão. E por entender que a *res iudicata* é decorrente da vontade do Estado, assim assevera:

o juiz não pode sequer raciocinar sobre os fatos. O juiz, porém, não é somente um lógico, é um magistrado. Atingido o objetivo de dar formulação à vontade da lei, o elemento lógico perde, no processo, toda a importância. Os fatos permanecem o que eram, nem pretende o ordenamento jurídico que sejam considerados como verdadeiros aqueles que o juiz considera como base de sua decisão; antes, nem se preocupa em saber como se passaram as coisas, e se desinteressa completamente dos possíveis erros lógicos do juiz; mas limita-se a afirmar que a vontade da lei no caso concreto é aquilo que o juiz afirma ser a verdade da lei. O juiz, portanto, enquanto razão, não representa o Estado; representa-o enquanto lhe afirma a vontade. A sentença é unicamente a afirmação ou negação de uma vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto.⁴⁹⁵

Aqui o jurista peninsular encerrou discussão daqueles que entendiam tratar a sentença um ato de raciocínio do juiz (aspecto psicológico) e outro como ato de vontade (aspecto volitivo).⁴⁹⁶ Não se pode dizer que a atividade do magistrado ao proferir uma sentença seja exclusivamente intelectual ou volitiva. Há uma junção das duas. Ocorre que o ato de raciocínio não ultrapassa a barreira da sentença donde ela foi proferida, sua eficácia é endoprocessual. Já a atividade volitiva, que não pertence ao juiz, mas ao Estado, projeta seus efeitos fora do processo.

Dessa forma, CHIOVENDA assevera ainda que a sentença decorresse da vontade do Estado (exclusivamente do Estado), que conferirá ou não a alguém o bem da vida no caso concreto.⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 449.

⁴⁹⁶ Para melhor explicação sobre as diferenças vide BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994.

⁴⁹⁷ Emilio BETTI (*Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936) a despeito de formular premissas diferentes das de CHIOVENDA, chegou ao mesmo resultado prático.

Francesco CARNELUTTI⁴⁹⁸ compartilha do pensamento de CHIOVENDA e entende que a coisa julgada está no fato de vir proferida pelo Estado. Por se tratar de um ato estatal, a sentença contém imperatividade e é nessa imperatividade que reside a coisa julgada.⁴⁹⁹

Contudo, as semelhanças param por aí. Confrontando essa teoria com a de CHIOVENDA é que melhor se entende a estrutura original do pensamento do autor italiano. Para CHIOVENDA, a sentença é a lei no caso concreto. Em verdade o comando da sentença é a tradução da lei no caso concreto. Trata-se de comando autônomo, individual, em relação ao comando da lei abstrata e genérica.

Já CARNELUTTI, mesmo antes de LIEBMAN, distinguia a eficácia da decisão (imperatividade) da sua imutabilidade.⁵⁰⁰ Eficácia para o autor era a declaração judicial sobre a lide. Já a imutabilidade consiste num efeito relacionado com a função declaratória da sentença a fim de que esta seja estável para atingir seus resultados práticos desejados. Dessa forma a sentença [ainda] sujeita a recurso implicava uma declaração e um comando. A interposição ou não de alguma forma de impugnação não tinha o condão de alterar a sua imperatividade, mas poderia afetar a sua imutabilidade (já que o recurso poderia modificar o *conteúdo* do comando).⁵⁰¹

⁴⁹⁸ *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 420 e *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista (com base na 5. ed. Italiana). São Paulo: ClassicBook, v. 1, p. 184-194.

⁴⁹⁹ Assevera CARNELUTTI, na clássica distinção entre o juiz e jurisconsulto que “o juiz não poderá fazer um juízo qualquer, isto é, que tenha eficácia igual ao juízo do consultor pois não sendo assim, os efeitos repressivos ou preventivos da lide não poderiam ser obtidos; se depois do processo os contendentes fossem livres para aceitar ou não a *sententia*, a lide poderia continuar viva ou aberta tal como antes. Isto explica por que o juízo do juiz, diferente do consultor, tem caráter vinculativo ou imperativo”. *Instituições do processo civil*, cit., p. 185.

⁵⁰⁰ “As duas fases da coisa julgada”, como observa Celso NEVES (*Estrutura fundamental do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 239).

⁵⁰¹ *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 190. “A eficácia imperativa do juízo não exclui que este possa ser modificado”. E o autor usa como cotejo a lei. Se a própria lei, cuja autoridade ninguém discute, pode ser alterada, porque não a sentença?

Portanto, quando a sentença adquirisse imperatividade, fazia-se coisa julgada material, mas quando adquirisse imutabilidade, fazia-se coisa julgada formal. Para o autor a imperatividade é um fenômeno material e a imutabilidade é um fenômeno processual (vincula qualquer juiz ao que foi julgado). Daí por que a imperatividade produz coisa julgada *material* e a imutabilidade *formal*.⁵⁰²

O autor assevera que o comando da sentença pressupõe o comando da lei, mas com ela não (necessariamente) se confunde. Enquanto CHIOVENDA observava que o comando da sentença é *paralelo* ao comando da lei, para CARNELUTTI, esse comando (da sentença em relação à lei) não é paralelo, mas *suplementar*. A coisa julgada reside na imperatividade da declaração contida no comando da decisão.⁵⁰³

O mestre também altera o conceito clássico da doutrina ao asseverar que a coisa julgada formal pressupõe a coisa julgada material. Dessa forma, ao contrário do amplo entendimento que assevera que a coisa julgada material é uma decorrência da formal (pois esta encerra o sistema de preclusões do processo com o trânsito em julgado que é o fato gerador para a existência daquela). Como para CARNELUTTI a imperatividade vem antes da preclusão recursal,⁵⁰⁴ a coisa julgada material se forma antes da formal.⁵⁰⁵

⁵⁰² *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 191.

⁵⁰³ *Lezioni di diritto processuale civile*. Padua: Cedam, 1986. v. 4, p. 422.

⁵⁰⁴ Motivo que levou LIEBMAN a tecer duras críticas ao autor conforme se verifica *infra*.

⁵⁰⁵ Estas críticas também foram tecidas por Francisco Cavalcante PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. V, p. 99-100. Alega o autor que “Quando Francesco Carnelutti falava em ‘duas fases’, certamente foi contraditório, pois a chamada imperatividade antes da imutabilidade mandaria que o juiz atendesse à força material da coisa julgada antes de transitar em julgado, formalmente a sentença. O que a realidade nos mostra é que a coisa julgada material exige a formal, posto que haja coisa julgada formal de resoluções judiciais que não produzem coisa julgada material. O haver coisa julgada formal é elemento *necessário*, porém não *suficiente*”.

4.1.6 *A coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença – A doutrina de LIEBMAN*

Em primoroso estudo sobre a coisa julgada LIEBMAN dá prosseguimento aos estudos revisionistas sobre a coisa julgada desenvolvido por CHIOVENDA de quem foi discípulo. Os estudos deram um passo adiante à teoria de seu mestre, especialmente no tocante a eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada.

A importância do desenvolvimento da teoria de LIEBMAN para a coisa julgada em sua obra *Eficácia e autoridade da sentença* é ainda mais evidente na medida em que foi escrita em uma época que ainda se adotava, quase a unanimidade a teoria de HELLWIG, da qual a coisa julgada era um efeito da sentença, mais especificamente o declaratório que contrapunha aos efeitos condenatórios e constitutivos do julgado.

LIEBMAN estabeleceu uma série de críticas a esta teoria que podem assim ser sistematizadas:

i) aduzir que a coisa julgada é, na verdade, um efeito da sentença (assim como o constitutivo e o condenatório) seria “colocar frente a frente elementos inconciliáveis, grandezas incongruentes, entre si incomensuráveis”.⁵⁰⁶ Em outra passagem de sua obra assevera o erro lógico dessa sistematização ao inserir “no mesmo plano coisas heterogêneas e de qualidade bem diversa”.⁵⁰⁷ O efeito constitutivo poderia se contrapor ao efeito declaratório e não ao efeito que a coisa julgada produz.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., p. 5.

⁵⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., p. 22

⁵⁰⁸ “Uma coisa é distinguir os efeitos da sentença segundo sua natureza declaratória ou constitutiva, outra é verificar se eles produzem de modo mais ou menos perene e imutável” (idem, ibidem, p. 23).

Os efeitos da decisão nascem com a prolação da sentença. Tanto que a lei estabelece quando os recursos podem inviabilizar a produção destes efeitos na medida em que são dotados de efeitos suspensivo. A coisa julgada vem da indiscutibilidade da sentença pelo exaurimento recursal. Logo a coisa julgada é uma qualidade que se agrega os efeitos, que já existem antes mesmo da coisa julgada.⁵⁰⁹

Não seria possível que os efeitos assumissem ao mesmo tempo o conceito de qualidade dos efeitos (imutabilidade e indiscutibilidade) com o próprio objeto que a identifica.

ii) as expressões imutabilidade, incontestabilidade, definitividade, entre outros, designativas do efeito da coisa julgada, não podem ser consideradas autônomas. Elas são em verdade um atributo, uma qualidade do objeto que se referem, “porque são, por si sós, expressões vazias, privadas de conteúdo e sentido”.⁵¹⁰

Existe substancial diferença entre imperatividade da sentença e autoridade da coisa julgada. A primeira decorre de um ato estatal por ser – ela mesma – sentença, um ato proferido pela jurisdição. Esta é sua eficácia natural. A segunda refere-se a *estabilidade desta eficácia*. Uma sentença que contenha apenas o elemento imperativo pode ser alterada por outro magistrado (mesmo que cause decisão conflitante) ou mesmo cassada pelo tribunal. A imperatividade não leva à incontestabilidade da sentença. Por isso não se confunde imperatividade e eficácia com a autoridade da *res iudicata*. Esta – a segunda – consiste na imunização que os efeitos (todos!) da sentença adquirem depois de determinado momento eleito pelo direito positivo.

⁵⁰⁹ Nas palavras de Cassio SCARPINELLA BUENO, “Não pode haver dúvidas de que a possibilidade de início da eficácia da decisão dá-se com sua publicação, vale dizer, com sua existência jurídica. Antes desse momento, a decisão jurisdicional não existe para o mundo do direito e, no que pertine para o presente trabalho, não pode ainda surtir efeitos. Nem jurídicos, tampouco fáticos” (*Execução provisória e antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 38).

⁵¹⁰ LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., p. 5.

Como prova disso, a lei confere efeitos para a sentença mesmo antes do trânsito em julgado. A imutabilidade que revestirá os efeitos da sentença independe da sua prévia produção. “A incontestabilidade é um caráter logicamente não necessário, que pode conferir-se ao próprio efeito sem lhe modificar a sua própria natureza íntima”.⁵¹¹ Imaginar que a coisa julgada seria um efeito necessário à sentença, não se poderia concluir a produção dos seus efeitos (declaratórios, em especial) sem a ocorrência daquela.⁵¹²

Evidentemente que a coisa julgada pode coincidir com a produção de efeitos – que ficaram obstados por força dos efeitos suspensivo do recurso – como bem observa Cassio SCARPINELLA BUENO,⁵¹³ mas se trata de uma contemporaneidade cronológica que não poderia identificar os institutos.

Assim a eficácia da sentença se circunscreve num comando declarativo, constitutivo ou condenatório. Esgotados os recursos o comando adquire imutabilidade (= autoridade da coisa julgada).⁵¹⁴

⁵¹¹ LIEBMAN. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., p. 38.

⁵¹² Cassio SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 2, t. I, 3. ed., 2010, p. 412, assevera que o autor italiano conseguiu demonstrar “que efeito da sentença não se confunde com a possibilidade de um dado sistema jurídico reconhecer que, em determinadas condições, estes efeitos tendem a ser estabilizados, ficando imunes a qualquer nova confrontação, a qualquer novo questionamento”.

⁵¹³ *Execução provisória e antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 38.

⁵¹⁴ A doutrina de LIEBMAN está longe de ser unanimidade no cenário nacional. Em obra recente, Paulo Roberto de Oliveira LIMA, seguidor da teoria tradicional (coisa julgada como *efeito*), assevera que efeito na linguagem jurídica e filosófica tem conotação de ‘conseqüência’ e, portanto guarda necessariamente referência com uma ‘causa’. Desta forma a causa seria a sentença cuja conseqüência seria a coisa julgada, portanto um efeito daquela. “Partir-se da anormalidade da eficácia pré-trânsito em julgado para se arquitetar teoria da coisa julgada material e da eficácia das sentenças aberram a metodologia científica” (*Contribuição à teoria da coisa julgada*, São Paulo: RT, 1997, p. 22-23. Em outra passagem o autor explicita: “Se um artista produz uma escultura bela, aberram da lógica dizer-se que a beleza da escultura, por ser uma qualidade, não foi efeito do trabalho do artista [...] Assim também é a coisa julgada, sem embargo de se constituir numa qualidade dos efeitos da sentença, é também um de seus efeitos” (ibidem, p. 24). Contudo, muito mais do que divergências, o citado autor demonstrou que a questão refere-se nada mais do que diferentes nomenclaturas.

iii) se, conforme afirma o autor, a coisa julgada denota produção de certeza, por que seria necessário destacar uma parte que será acobertada pela coisa julgada (efeito declaratório) de outra (efeito constitutivo e condenatório) que permanecerá sem ela? É dizer que o efeito declaratório, pressuposto lógico, fica a salvo de qualquer eventual impugnação, o que não se pode dizer da constituição e condenação.⁵¹⁵

iv) de acordo com a teoria alemã da coisa julgada como efeito, os efeitos declaratórios da sentença produzir-se-iam *inter partes*, já os efeitos constitutivos e condenatórios eventuais de uma decisão teriam eficácia *erga omnes*. Como explicar que um efeito constitutivo, mesmo antes da coisa julgada, atingiria a terceiros e não as partes?

LIEBMAN exemplifica muito bem a situação (exemplo seguido por BARBOSA MOREIRA)⁵¹⁶ dizendo no mínimo contraditório valer *inter partes* a decisão que declara a nulidade de um contrato e *erga omnes* a decisão que decreta a sua anulação. Quer dizer, não se pode duvidar que a declaração consista em formulação da vontade concreta da lei (concreção da norma), mas não se pode admitir que esta vontade concreta da lei atinja a um sujeito e não a outro. Não se pode diferenciar a eficácia da sentença para aqueles que sofrem a sua incidência.

v) não haveria porque distinguir “qual” dos efeitos fica imune à coisa julgada na medida em que a atividade do juiz ao proferir uma sentença constitutiva não é diversa daquela proferida em sentença declaratória. Desta forma a atividade judicial de decidir não pode ser tomada do ponto de vista intelectual, mas do jurídico. Se a

⁵¹⁵ Neste sentido LIEBMAN assevera que “Mas este desmembramento da sentença acerca da sua extensão subjetiva não persuade de nenhum modo, porque é contraditório submeter os terceiros aos efeitos da sentença em relação a uma parte e não em relação a outra, que da primeira é o pressuposto lógico e necessário, como se pudesse prevalecer o efeito constitutivo quando faltasse a declaração das condições a que ele está subordinado” (*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., p. 25- 26).

⁵¹⁶ José Carlos BARBOSA MOREIRA. *Coisa julgada e declaração. Temas de direito processual*. 1ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 82.

relação será somente declarada ou (também) alterada, reside somente na produção de seus efeitos.

vi) ademais, alguns autores aludem⁵¹⁷ que apenas a atividade declaratória contida na sentença seria uma atividade jurisdicional. A constituição existente não seria ato jurisdicional, mas negócio jurídico, um ato administrativo. E, justamente por possuir esta natureza não seriam revestidas pela autoridade da coisa julgada limitada aos atos do Judiciário. O que seria absurdo imaginar que determinada atividade (declaratória) tivesse função jurisdicional e outra mesma atividade, por não possuir ser declaratória, não tivesse.

vii) portanto, relacionar o efeito declaratório da sentença com a *res iudicata*, seria confundir um efeito típico da sentença com um elemento novo que agrega a ela qualificando-a.

LIEBMAN inicia sua tese, seguindo os passos de CARNELUTTI⁵¹⁸ que diferenciou com precisão imperatividade e imutabilidade da decisão. Assevera não ser possível confundir a eficácia judicial da sentença com a autoridade da coisa julgada. Conforme explicado, a ordem é cronológica. Os efeitos produzem (e são imperativos, àqueles que sofrem a sua incidência) mesmo antes do revestimento da autoridade da *res iudicata*.

Como consequência lógica da total impossibilidade de se conviver a coisa julgada como um efeito típico, somente pode ser uma qualidade dos efeitos da decisão, um modo de se manifestar e produzir os efeitos da própria sentença. Não se trata de um efeito comum, mas de um efeito que determina a definitividade de incontestabilidade dos efeitos (já) existentes.⁵¹⁹ Quando a coisa julgada é formada a

⁵¹⁷ Nesse sentido Piero CALAMANDREI, *Estudos de direito processual civil na Itália*. Campinas: LZN, 2003, p. 245.

⁵¹⁸ *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., v. 4, p. 189.

⁵¹⁹ LIEBMAN. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., p. 41.

eficácia da sentença já existe, mas sobre ela adquire-se uma nova qualificação que a torna imutável e irrevogável.

Contudo, para dar vigência a sua tese, foi necessário combater as teorias de CHIOVENDA e CARNELUTTI, sendo o primeiro, especialmente, o autor das primeiras linhas sobre o que veio a ser desenvolvido posteriormente por LIEBMAN.

A doutrina italiana afastou os excessos lógicos da doutrina alemã, contudo não conseguiu se desapegar da sua essência. Assim, se por um lado CHIOVENDA acerta ao dizer que a coisa julgada é a “indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei afirmada na sentença”,⁵²⁰ mais a frente quando diz que é a declaração da vontade da lei que se torna imutável.⁵²¹

Dessa forma, asseverou LIEBMAN:

Esta última fórmula limita com efeito a coisa julgada à declaração contida na sentença e a identifica, não só com a indiscutibilidade, mas também com a obrigatoriedade da declaração, ao passo que o que já se disse mostra seguramente como a obrigatoriedade, não da declaração somente, mas também de toda a decisão, é propriamente o efeito da sentença, e como este se produz independentemente da indiscutibilidade e da coisa julgada e não vincula aos juízes mais do que qualquer outro sujeito.⁵²²

Portanto, para o autor peninsular, CHIOVENDA incorreu em grave erro, justamente o erro que este mesmo autor quis evitar: confundir no mesmo conceito autoridade e eficácia da sentença.

Em relação à CARNELUTTI, a crítica não foi diferente. Os autores já tiveram célebre discussão doutrinária acerca da natureza do título executivo e mal haviam

⁵²⁰ Conforme verifica em seu *Principii di diritto processuale civile*. Napoles: Jovene, 1965. p. 906.

⁵²¹ *Idem*, p. 907. No mesmo sentido, Alfredo ROCCO, *La sentenza civil*, cit., p. 139

⁵²² *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., p. 47.

encerrado este embate (sem consenso por uma das partes, contudo), travaram outro, sobre a coisa julgada, por volta de 1935.⁵²³

LIEBMAN, ainda jovem, atacou a posição defendida por CARNELUTTI. Este autor ainda estava arraigado à ideia de que a imutabilidade estaria na função declaratória da sentença, a despeito de entender, com acerto, que a sentença é eficaz antes mesmo de se tornar imutável.

Em verdade, como bem observa Cândido Rangel DINAMARCO⁵²⁴

os dois autores partiam de premissas diametralmente opostas, com referência ao fundamental quesito metodológico da estrutura do ordenamento jurídico: enquanto Liebman, formado na escola de Chiovenda, manifestava uma sólida base dualística (isto é, para ele o ordenamento jurídico tem duas ordens diversas de normas substanciais e processuais, e estas nada têm a ver com a produção do direito no caso concreto), fundava-se CARNELUTTI no pressuposto de que o direito positivo substancial emana normas genéricas incompletas, as quais só se tornam um círculo fechado, por obra da sentença.⁵²⁵

CARNELUTTI assevera que pode haver imperatividade sem imutabilidade, ou em outras palavras, como observa LIEBMAN, haveria a coisa julgada sem o trânsito em julgado.⁵²⁶ Continua o autor

A verdade é que nessa teoria se dilui e desaparece simplesmente a noção da autoridade coisa julgada: ela não pode consistir realmente na *imperatividade* da sentença, que é a sua eficácia natural e constante, independente da sua *definitividade* e própria da decisão judicial, na sua qualidade de ato ditado pela autoridade do Estado, se bem que sujeito a ser

⁵²³ Conforme notícia Cândido Rangel DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*. Polêmicas do processo civil. 2. ed. São Paulo: RT, 1987, p. 234.

⁵²⁴ Idem, *ibidem*, p. 235

⁵²⁵ Agia como um “*longa manus* do legislador” (grifos no original), conforme observou o autor, *ibidem*, p. 235.

⁵²⁶ LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., p. 49.

reformado, ou mudado e contraditado por outro ato da mesma autoridade⁵²⁷ (grifos no original).

Tanto que antes da coisa julgada, nada impede que outro juiz profira sentença decidindo de maneira diversa sem que ofenda coisa julgada (a despeito de incorrer em litispendência).

Dessa forma conclui LIEBMAN que CARNELUTTI optou pelo caminho inverso: se os alemães entendem que a coisa julgada é uma eficácia da sentença, este último autor entende que eficácia da sentença é a autoridade da coisa julgada.

Para LIEBMAN a eficácia é um comando que declara, (des) constitui ou condena (nas suas palavras *determina*) uma relação jurídica. Enquanto produz efeitos, este comando poderá ser alterado pelos recursos ou por outra demanda.

Contudo a eficácia em determinado momento adquire estabilidade. Estabilidade no sentido de tornar o comando emergente de uma sentença imutável. Esta imutabilidade decorre de uma opção política e social⁵²⁸ que acontece com o exaurimento dos recursos postos pelo sistema. Trata-se da autoridade da coisa julgada. Nas palavras do autor:

Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e a intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.⁵²⁹

⁵²⁷ Idem, *ibidem*, p. 49.

⁵²⁸ Já foi dito que a coisa julgada é instituto com finalidade eminentemente prática (por todos, José Carlos BARBOSA MOREIRA, *Coisa julgada e declaração. Temas de direito processual*, cit., p. 83.

⁵²⁹ LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., p. 51.

Agrega-se, portanto, aos efeitos naturais da decisão impedindo a discussão do quanto foi decidido em outra oportunidade.⁵³⁰ Trata-se da eficácia positiva da coisa julgada, desenvolvida por KELLER.⁵³¹

Feitas as considerações e críticas à doutrina até então vigente, LIEBMAN não apenas explicou – sob sua ótica – a escorreita interpretação da coisa julgada, como também lhe conferiu contornos. Neste ponto o autor não inovou, seguindo a tradicional corrente que a coisa julgada torna imutável somente o comando, aduzindo que “não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão”.⁵³²

4.1.7 A coisa julgada como qualidade da força da sentença – A doutrina de BARBOSA MOREIRA

É nominada também como situação jurídica (do conteúdo do *decisum*).

Especificamente em dois primorosos trabalhos “Ainda e sempre a coisa julgada” publicado na *RT* n. 416 (1970) e “Coisa julgada e declaração” publicado na sua coleção *Temas de direito processual civil* (1988),⁵³³ sem prejuízo das primeiras

⁵³⁰ É importante frisar que o nosso sistema possui mecanismos típicos de vulneração da coisa julgada, permitindo a (re) discussão do que foi decidido por meio da ação rescisória (CPC, art. 485) e a revisão criminal (CPP, art. 621). Ademais é igualmente possível desconstituir a coisa julgada denominada “inconstitucional” *ex vi* arts. 475-L, § 1º quando “Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”. Esta regra tem sua extensão para os embargos da Fazenda Pública conforme art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Impertinentes ao presente trabalho, a despeito de interessantes, as discussões sobre a desconsideração (“relativização”) da coisa julgada.

⁵³¹ *Ueber Litis-Contestation und Urteil*, Zurique, 1927, p. 222 e ss., apud LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., p. 53.

⁵³² LIEBMAN, *ibidem*, p. 52.

⁵³³ O texto é anterior, e foi publicado na *RT* de n. 429. *Temas de direito processual*. Primeira série. 2. ed.: São Paulo: Saraiva, 1988. p. 81-89.

premissas traçadas no conhecido *Questões prejudiciais e coisa julgada*,⁵³⁴ José Carlos BARBOSA MOREIRA prosseguiu nos estudos de LIEBMAN sobre eficácia e autoridade da sentença, partindo das mesmas premissas do autor. Porém, deu novos contornos ao conceito (e ao alcance) da coisa julgada.

O autor busca de maneira ainda mais contundente separar o conceito de coisa julgada com os efeitos da sentença, pois não só desconsidera que a coisa julgada seja um efeito, como entende que nem qualidade desta se trata.

BARBOSA MOREIRA, portanto, concorda com a distinção da eficácia da sentença com a autoridade da coisa julgada, contudo estabelece uma diferença fundamental à tese do mestre peninsular: A imutabilidade não atinge aos efeitos da decisão, mas sim ao seu conteúdo (que não se confina ao elemento declaratório).⁵³⁵

A coisa julgada constitui instituto de função prática e, dessa forma, a fórmula que se adote para realmente definir a coisa julgada deve conter essa premissa.

A teoria que prevalece na doutrina alemã equivoca-se na medida em que leva a coisa julgada para os efeitos da sentença (especificamente o declaratório).

Ocorre que a declaração que provém da sentença é o próprio conteúdo e não o seu efeito. Ademais, não compreende porque somente o efeito declaratório ficaria

⁵³⁴ Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. O próprio autor assevera que modificou parte de seu pensamento ali estabelecido.

⁵³⁵ E neste ponto divergem BARBOSA MOREIRA e Ovídio BAPTISTA, na medida em que o autor gaúcho assevera que a coisa julgada não compreende todo o conteúdo da sentença, mas apenas a eficácia declaratória. Por eficácia leia-se o verbo contido na decisão. Mas possui um ponto em comum – e que diferem de LIEBMAN – a imutabilidade não alcança os efeitos da sentença, mas sim o conteúdo (em maior ou menor área, como entendem).

imunizado pela coisa julgada.⁵³⁶ Não haveria nenhuma característica especial ao efeito declaratório que os demais não tivessem.⁵³⁷

Afirma que a coisa julgada deve proteger o resultado do processo (representado pelo comando) e não o mero direito de promover este comando no mundo fático que se representa pela declaração.⁵³⁸

Ademais, o autor não entende como a constituição de uma sentença teria eficácia *erga omnes* e a declaração *inter partes*. Se o motivo da existência da coisa julgada é justamente a incontestabilidade, não haveria porque traçar esta linha argumentativa para diferenciar a constituição da declaração.

O CPC brasileiro, em seu art. 468, conferiu “força de lei” a toda parte dispositiva da sentença (excluindo-se os demais elementos *ex* do art. 469 do referido diploma legal) e não somente ao elemento declaratório.

Quanto à doutrina de LIEBMAN, BARBOSA MOREIRA a ela se contrapôs, mas o tempo mostrou que se tratava mais de um avanço nos seus estudos do que propriamente um reparo a sua teoria.

Conferiu méritos ao autor italiano por afastar a autoridade da coisa julgada dos efeitos da decisão e em decorrência do específico efeito declaratório e da eficácia da

⁵³⁶ Desta forma era mais correta a definição do art. 2.029 do CC italiano que asseverava a “declaração contida na sentença”.

⁵³⁷ A questão é colocada de maneira prática ao exemplificar com a seguinte questão: “Se o juiz anula o contrato, por exemplo, fica o resultado do processo, após o trânsito em julgado, menos imune à contestação do que ficaria se ele se limitasse a declarar nulo o contrato?”. Coisa julgada e declaração. *Temas de direito processual*, cit., p. 82.

⁵³⁸ “Se constitutiva a sentença, o que importa preservar é justamente a modificação jurídica operada, não o mero direito de promovê-la, reconhecido ao autor” (Coisa julgada e declaração. *Temas de direito processual*, cit., p. 83). Contudo o autor se contradiz em outra passagem, pois entende que o mero direito de promover a execução deveria ser abarcada pela *res iudicata*. Assim “Será que, passada em julgado a sentença condenatória, pode continuar-se a discutir, de modo juridicamente relevante – e mesmo fora das hipóteses legais de fato superveniente –, o direito do vencedor à execução, e apenas já não se pode discutir a existência do crédito declarado exigível em face do réu?” (*ibidem*, p. 82).

decisão⁵³⁹ já que os efeitos da decisão (aptidão para produzir) não se identificam com a coisa julgada na medida em que poderá haver aqueles sem que haja esta. E mesmo naquelas situações em que a lei confere um momento para a produção dos efeitos que coincide com a *res iudicata*,⁵⁴⁰ é possível identificá-los.

Igual mérito tem o autor italiano ao conceituar a imutabilidade como única característica da coisa julgada. Contudo, estes autores divergem sobre *o que* recai a coisa julgada. A despeito de ter se liberado dos efeitos da sentença, qualificou o autor italiano a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da sentença.

Para o autor carioca os efeitos, especialmente eles, fogem do “selo da imutabilidade” porque são variáveis no tempo. O casal separado pode restabelecer a relação conjugal, os donos do terreno poderão convencionar nova forma de divisão da área (a despeito da sentença), o credor poderá remir a dívida⁵⁴¹ assim como o devedor poderá cumprir espontaneamente a dívida. Aliás, “tal circunstância em nada afeta a autoridade da coisa julgada que esta porventura haja adquirido. A norma sentencial permanece imutável, enquanto norma jurídica concreta referida a uma determinada situação”.⁵⁴²

A crítica formulada por BARBOSA MOREIRA a LIEBMAN já havia sido feita por Emílio ALLORIO⁵⁴³ em 1930. Mas o próprio LIEBMAN não disse tudo que queria em seu *Eficácia e autoridade da sentença*. O próprio autor, em estudos

⁵³⁹ Que CARNELLUTI identifica como imperatividade equivocadamente como assevera o autor.

⁵⁴⁰ V.g. o recurso dotado de efeito suspensivo que somente permitirá a produção dos efeitos após o trânsito em julgado.

⁵⁴¹ Em adendo, Sérgio Gilberto PORTO (*Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 77) assevera que esta modificação se dará por novo negócio jurídico e não por nova sentença, na medida em que uma segunda decisão não pode eliminar a anterior.

⁵⁴² José Carlos BARBOSA MOREIRA. Ainda e sempre a coisa julgada. *RT*, v. 416, p. 15.

⁵⁴³ *La coza giudicatta rispetto ai terzi*, cit., p. 40.

posteriores, reconhece que a relação jurídica decorrente da sentença pode ser alterada sem que isso altere a natureza da coisa julgada.⁵⁴⁴

Contudo, LIEBMAN ao dizer que os efeitos não modificariam, confundiu, na ótica do autor, eficácia (aptidão para produzir efeitos) com os efeitos (concreção prática da eficácia). Dessa forma, os efeitos mudam, o que não muda é o conteúdo da decisão. Aquele objeto se torna imutável para todos os fins.

Portanto, a imutabilidade não decorreria dos efeitos da sentença, mas sim do próprio conteúdo. Por imutabilidade entende o autor ser a sentença que não comporta mais modificação. Quanto ao alcance da imutabilidade, assevera BARBOSA MOREIRA que se trata de política legislativa, pois decorre do direito positivo de cada ordenamento.

Encerra o autor asseverando que não é possível confundir coisa julgada com autoridade da coisa julgada. A coisa julgada tem referência, como dito com a situação jurídica que passa a existir após o trânsito em julgado da sentença. Não se pode confundir a *res iudicata* com o próprio trânsito em julgado ou com a imutabilidade. A imutabilidade tem relação com a autoridade e não com a própria coisa julgada.

Já a eficácia da decisão – que não se confunde nem com a coisa julgada e, tampouco com sua imutabilidade – tem como traço que a assemelha a situação de subordinação temporal ao trânsito em julgado.

Este posicionamento teve como adeptos Nelson NERY⁵⁴⁵ e Adroaldo Furtado FABRÍCIO. O último autor, ao aplaudir o fato de LIEBMAN desvincular a coisa julgada à eficácia declaratória, asseverou que ao jurista italiano

⁵⁴⁴ Ainda sobre a sentença e coisa julgada. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., n. III, p. 175-182.

tenha faltado dar um passo a mais, no sentido de finalmente e de vez desvincular a teoria da coisa julgada daquela da eficácia do julgado, para admitir-se que a imutabilidade é do conteúdo da sentença (*res iudicata!*) e não dos seus efeitos, ou deste ou daquele efeito em particular.⁵⁴⁶

A teoria de BARBOSA MOREIRA, contudo, não restou imune à crítica de autorizada doutrina. Para Sérgio Gilberto PORTO⁵⁴⁷ o autor carioca deixou de considerar o direito posto em causa para a consecução de sua tese. E isso porque nem sempre os efeitos oriundos da sentença são modificáveis. Nos casos de direitos indisponíveis em determinadas circunstâncias, não há como modificar os efeitos. Assim, numa investigação de paternidade, um dos efeitos decorrentes da procedência é o assento do registro com a retificação do nome do pai. Trata-se de efeito que as partes não podem modificar.

Dessa forma, para o autor gaúcho, a tese sobre a imutabilidade do conteúdo da sentença somente pode ter vigência quando o direito discutido for disponível, podendo as partes, *a posteriori*, alterar os efeitos decorrentes.

4.1.8 *Um desdobramento da teoria da eficácia da sentença – A doutrina de Ovídio Araújo BAPTISTA SILVA.*

Antes de tudo é importante afirmar que a teoria deste autor é, em parte, diversa daquela concebida na doutrina alemã, especialmente por HELLWIG. Na doutrina germânica (e que foi seguida por inúmeros italianos), a coisa julgada seria o efeito declaratório da sentença. Desta forma “não será difícil confundir conteúdo da sentença com o exclusivo efeito de declaração, ou com a declaração, que não seria efeito, mas

⁵⁴⁵ *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 52. Para o autor, “Coisa julgada material (*actoritas rei iudicatae*) é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

⁵⁴⁶ *Ação declaratória incidental*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53. Também seguindo o posicionamento Do autor carioca, Eduardo TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 30.

⁵⁴⁷ *Coisa julgada civil*, cit., p. 76-77.

conteúdo da sentença”.⁵⁴⁸ O próprio autor assevera que “Este entendimento [eficácia declaratória] que absolutamente não se identifica com a doutrina clássica, que assimila coisa julgada à declaração contida na sentença”.⁵⁴⁹

Para Ovídio BAPTISTA a coisa julgada é uma qualidade e não um efeito que se agrega ao efeito declaratório da decisão.⁵⁵⁰ A distinção entre conteúdo, efeito e eficácia (item 4.1.4.1) foi determinante para se observar (até quando) residem diferenças entre as duas escolas.

Inegavelmente sua tese é muito parecida com a original alemã. Embora concorde que a coisa julgada seja qualidade que se restringe ao efeito declaratório, a diferença básica está que o autor gaúcho não reputa indispensável a coisa julgada para que a sentença tenha um efeito declaratório.

Ovídio BAPTISTA desenvolve teoria que atualmente se contrapõe às teorias de LIEBMAN e de BARBOSA MOREIRA, e somando a estas duas, são as três principais correntes defendidas no Brasil acerca da coisa julgada.

O autor gaúcho inicia sua explanação conferindo mérito ao fato de LIEBMAN ter separado a coisa julgada dos efeitos da sentença, sendo que os efeitos declaratório, constitutivo, condenatório, executivo e mandamental⁵⁵¹ são os únicos efeitos que uma

⁵⁴⁸ *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 461.

⁵⁴⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 468.

⁵⁵⁰ Sobre a teoria de Ovídio BAPTISTA, muito bem observou Sérgio Gilberto PORTO. *Coisa julgada civil*, cit., p. 78-79. Afirma o autor gaúcho que “embora o ilustrado professor adote, de modo geral, a doutrina tradicional e dominante que identifica a coisa julgada com a eficácia declaratória (*Sentença e coisa julgada: ensaios*, cit., p. 98), desta é, na verdade, parcialmente distinta, pois entende que a coisa julgada é uma qualidade (e não um efeito!) que ao efeito declaratório da decisão se ajunta para torná-lo indiscutível nos futuros julgamentos; a indiscutibilidade do efeito declaratório é o meio da declaração tornar-se imutável, não havendo, portanto, equiparação entre a declaração contida na sentença e a coisa julgada”.

⁵⁵¹ O autor segue a classificação quinária das sentenças desenvolvida por PONTES DE MIRANDA em seu *Tratado das ações*, cit., t. I.

sentença poderia produzir.⁵⁵² Conclui que, de fato, a coisa julgada é uma qualidade que se agrega ao efeito gerando a sua imutabilidade e indiscutibilidade.

A eficácia declaratória pode ser verificada antes do trânsito em julgado da sentença, a despeito de sua (aparente) inutilidade quando ainda não se procedeu a preclusão máxima do processo, conforme disse propriamente LIEBMAN em sua clássica obra.⁵⁵³

Entretanto, e nesse ponto se assemelha com a doutrina de BARBOSA MOREIRA, não se pode dizer que a imutabilidade seja uma qualidade que se agrega a *todos os efeitos* da decisão. Discorda apenas do referido autor, no que adquire autoridade de coisa julgada.⁵⁵⁴ Enquanto para o jurista fluminense é o próprio pronunciamento judicial, para o gaúcho apenas o comando declaratório.⁵⁵⁵ Aliás, assevera o autor que “se os efeitos constitutivos ou condenatórios podem desaparecer sem ofensa à coisa julgada, parece lógico concluir-se que a imutabilidade só tenha referência ao que foi declarado, à eficácia declaratória da sentença”.⁵⁵⁶

Para dar vigência a sua doutrina, Ovídio BAPTISTA estabelece premissas diferenciando *conteúdo*, *efeito* e *eficácia* da sentença.⁵⁵⁷ O conteúdo da sentença seria a declaração judicial – o que não diverge, via de regra, a doutrina – e seus efeitos

⁵⁵² *Curso de processo civil*, cit., v. 1, p. 459.

⁵⁵³ *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., p. 108.

⁵⁵⁴ Longa foi a discussão entre esses dois autores. Ovídio A. BAPTISTA SILVA em seu texto, *Eficácias da sentença e coisa julgada*, *Sentença e coisa julgada*, cit. (p. 93-131) afirmou ter o jurista carioca ter incorrido em contradição, pois no seu “Ainda e sempre coisa julgada” afirmou que o conteúdo é acobertado pela coisa julgada, mas em texto anterior “Coisa julgada e declaração” teria dito que o que permanece imutável é sua eficácia declaratória (nas sentenças constitutivas). BARBOSA MOREIRA responde (*Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, *Ajuris*, v. 28, p. 24) aduzindo que em momento algum aduziu que o efeito declaratório fatia coisa julgada. O vocábulo *modificação* para explicar a tutela constitutiva não corresponde a um *efeito da sentença*, mas sim a um *ato de modificação*.

⁵⁵⁵ SILVA. Ovídio Araújo Baptista. *Sentença e coisa julgada: ensaios*, cit., p. 104.

⁵⁵⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 105.

⁵⁵⁷ Para maior explanação vide item 4.1.4.1.

surgiriam cronologicamente após, externamente à decisão. Os efeitos surgem após a prolação do ato e produzem efeitos externos. Assim, os efeitos de um medicamento não estão dentro do frasco em que está o seu conteúdo.⁵⁵⁸

Já o conteúdo, entende o autor que não é formalizado apenas pela declaração (e em alguns casos pela constituição, condenação...), mas também por determinados efeitos (que não necessariamente seriam o declaratório e o constitutivo, v.g.). Para exemplificar a sua tese o autor assevera que os efeitos de uma escritura pública de quitação constituem um *efeito* da declaração, contudo não estaria fora da escritura.

Para que possa identificar ainda a diferença entre efeitos e eficácia sentencial⁵⁵⁹ o autor assevera que não haveria, em princípio, como diferenciar uma sentença que declarasse uma relação jurídica e o dever de indenizar e outra que condenasse alguém na prestação de uma obrigação (indenização).

Para o autor eficácia da sentença tem por definição a qualidade de ser eficaz (e não relacionada à aptidão da sentença). Dessa forma, uma sentença constitutiva terá eficácia constitutiva, uma sentença condenatória igualmente, e assim por diante.

A eficácia faz parte do “ser da sentença e, pois, não se confunde com os efeitos que ela seja capaz de produzir”.⁵⁶⁰ A eficácia é identificada pelos verbos que cada uma contém. Uma sentença declaratória (da existência de um dever de indenizar) não pode ter o verbo condenar. Se a tiver, o seu conteúdo é ampliado para a condenação. Assim o verbo condenar faz parte do *conteúdo* da decisão (primeiro

⁵⁵⁸ Ovídio BAPTISTA fornece interessante comparação com o fenômeno natural do acender de uma lâmpada: “poderíamos ilustrar a situação da sentença de procedência, que produz efeitos além da declaração, relativamente à ação para a qual seja dada, como a relação que se estabeleceria entre o iluminar-se de uma lâmpada elétrica e o prévio acionar do interruptor da corrente, que impediria tal efeito de manifestar-se. A lâmpada elétrica ilumina ou ilumina-se? Certamente a luz produzida pela lâmpada não é a lâmpada, à medida que o efeito, que é a luminosidade por ela produzida, só é possível se houver antes dele precisamente a lâmpada” (*Curso de processo civil*, cit., p. 461).

⁵⁵⁹ As dificuldades se potencializam na medida em que eficaz é o ato apto a produzir efeitos...

⁵⁶⁰ *Curso de processo civil*, cit., v. 1, p. 463.

fenômeno), mas a palavra condenação (estado resultante do ato condenar⁵⁶¹) faz parte da *eficácia* (segundo fenômeno) e os atos materiais expropriativos no patrimônio do devedor recalcitrante são seus *efeitos*, decorrentes da condenação.

Esta diferença é de suma importância, na medida em que os efeitos da condenação podem não ocorrer se a parte não desejar executar o devedor. Dessa forma, é possível ocorrer a eficácia condenatória sem que os efeitos condenatórios daí decorrentes existam. Certamente a(s) eficácia(s) de uma sentença pertence(m) ao conteúdo dessa decisão.

Feita essa explanação inicial, há de se entender porque somente o componente declaratório de uma sentença se torna imutável. Vê-se, seguindo o exemplo explanado, que numa ação de indenização haverá um plexo de eficácias.⁵⁶² Uma será a declaração (que é inerente a todas as sentenças) em que se constata o nexos causal. A outra será a condenação (condeno). Se a execução não for levada a efeito, mantém-se apenas o conteúdo declaratório.

Ovídio BAPTISTA concorda com LIEBMAN (conforme dito) que a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma qualidade que se agrega aos efeitos. A pluralidade incorre em erro, na opinião do jurista gaúcho. E isso porque os efeitos de uma decisão podem ser perfeitamente modificados por vontade das partes (inércia na execução, acordo após o trânsito, coisa que reata os laços conjugais...).

Dessa forma, a única eficácia invulnerável seria a declaratória (efeito declaratório), já que esta não pode ser modificada pela vontade das partes. Assim a

⁵⁶¹ *Curso de processo civil*, cit., v. 1, p. 464.

⁵⁶² A teoria que explica que uma decisão possui eficácia preponderante, mas não exclusiva, deve-se a PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, cit., t. I.

parte declaratória é indiscutível, mas os efeitos decorrentes da decisão (v.g., constitutivo, condenatório) podem ser alterados.⁵⁶³

Por fim, quanto a algumas sentenças que contêm efeito declaratório, mas não produzem coisa julgada (jurisdição voluntária, cautelar) assevera o autor que “em qualquer desses casos, existe rarefação do elemento declaratório da sentença, que perde peso em favor da constitutividade ou mandamentalidade, existentes em maior grau nestas sentenças”.⁵⁶⁴

Seguidor desta tese está Sergio Gilberto PORTO⁵⁶⁵ que após explicitar que os efeitos de fato podem ser modificados quando os direitos colocados em causa forem disponíveis, mas não quando forem indisponíveis (para combater a teoria de BARBOSA MOREIRA, *supra*, item 4.1.7) assevera que o elemento declaratório da decisão, independentemente da natureza do direito colocado em causa, é o que tornam imutável e insusceptível de modificação.⁵⁶⁶

4.2 O direito positivo brasileiro e nossa posição

Cassio Scarpinella BUENO define coisa julgada como “uma técnica adotada pela lei de garantir a estabilidade a determinadas manifestações do Estado-juiz, pondo-as a salvo inclusive dos efeitos de novas leis que, por qualquer razão, pudessem

⁵⁶³ Coerente com suas alegações, Ovídio Baptista da SILVA defende que a jurisdição é a declaração de direitos. Assim, a resposta do Estado à pretensão da parte limita-se a declarar que o pedido merece ou não proteção estatal (Conteúdo da sentença e coisa julgada e conteúdo da sentença e mérito da causa. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 173 e ss.).

⁵⁶⁴ *Curso de processo civil*, cit., v. 1, p. 468.

⁵⁶⁵ *Coisa julgada civil*, cit., p. 78-79.

⁵⁶⁶ Continua o autor (*Coisa julgada civil*, cit., p. 79), “esse algo é interno à sentença; resultando, pois, nesta medida, na autoridade da coisa julgada circunscrita à norma concreta editada pela decisão, o que é efetivado através da *nova situação jurídica declarada*, definindo-se a extensão desta como os limites objetivos da coisa julgada material” (grifos do original).

pretender eliminar aquelas decisões ou, quando menos, seus efeitos e, nesse sentido, é uma forma de garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados”.⁵⁶⁷

O art. 467 define a coisa julgada [material] como “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Notadamente esta definição tem uma preocupação muito mais prática do que teórica, pois pretendeu com ela mais do que definir o instituto, fixar o momento em que a sentença não pudesse mais ser atacada (imutabilidade). Esta definição se afeiçoa muito mais ao conceito de coisa julgada formal do que material.

Ademais a lei peca ao definir coisa julgada como um efeito da sentença.⁵⁶⁸ Há uma explicação. Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, elaborado por Alfredo BUZAID, lê-se no item 10, que o autor teve a intenção de adotar [expressamente] a doutrina de LIEBMAN. Contudo, o artigo 467 veio a ser promulgado da forma como está exposto.⁵⁶⁹

Entretanto, mesmo com essa alteração no caminho da aprovação da lei, não se pode olvidar que esta foi a *mens legislatoris* adotada quase que na unanimidade pelos

⁵⁶⁷ *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 382.

⁵⁶⁸ Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART, *Curso de processo civil*. Processo de conhecimento, cit., v. 2, p. 635. Neste sentido Wellington Moreira PIMENTEL. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1975. v. 3, p. 551.

⁵⁶⁹ Explica-se: O art. 507 do anteprojeto definia a coisa julgada como “a qualidade que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. A expressão qualidade no lugar de efeito, bem se vê adota o posicionamento de LIEBMAN. Contudo com a redação do artigo 471 do projeto, distanciou-se da concepção do jurista italiano. É digno de nota, a emenda ofertada pelo Relator-geral do Projeto na Câmara dos Deputados, Célio Borja, que ao comentar o artigo 467 (471 do Projeto) asseverou: “O dispositivo pretende definir ‘coisa julgada material’. As definições em texto de lei, só se justificam quando relevantes para efeitos práticos. Entende-se que a lei defina determinada expressão quando vai depois empregá-la para fixar a disciplina da matéria. Fora desses casos, a tarefa de definir conceitos deve ser deixada à doutrina”. Conf. Wellington Moreira PIMENTEL. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 553.

autores nacionais.⁵⁷⁰ Contudo é temerário adotar conceito doutrinário de uma determinada posição quando tal conceito está longe (especialmente pela doutrina e pela jurisprudência) de unanimidade.⁵⁷¹

Quando a lei fala em recurso ordinário ou extraordinário está certamente adotando conceito doutrinário, pois não se adota como na França e na Áustria, esta diferenciação no nosso sistema.⁵⁷²

O art. 467 depende de alguns complementos que são revelados no art. 468 (todos do CPC).⁵⁷³ Assevera o artigo 468 que “A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

A força de lei empregada no dispositivo é a imutabilidade dos efeitos da decisão. “lide” é expressão que na exposição de motivos revela-se como sinônimo de mérito. E é esta a definição de lide no nosso sistema: mérito, objeto litigioso.

Por questões decididas, deve se ter em mente todos os pedidos formulados no processo *iniciais* (cumulação própria ou imprópria, CPC, arts. 288, 289 e 292) ou *ulteriores* (reconvenção, denunciação da lide, pedido contraposto, ação declaratória incidental). Estas questões em hipótese alguma versam sobre o itinerário lógico despendido pelo magistrado para chegar às conclusões.

Ainda no campo da definição pela lei, igualmente a lei de introdução peca na medida em que não define o que vem a ser coisa julgada, mas, quando muito estabelece a noção de preclusão da faculdade recursal. Seria identificar a coisa julgada

⁵⁷⁰ Com as respeitáveis posições contrárias já apresentadas *supra*.

⁵⁷¹ Neste sentido Wellington Moreira PIMENTEL. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p 553.

⁵⁷² Como observa BARBOSA MOREIRA, esta distinção em nosso ordenamento não possui relevância nem teórica nem prática. E isso porque não haveria porque criar um classe de recursos denominados extraordinários. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 252-253.

⁵⁷³ *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 385.

com a sentença, mas que esta obtivesse uma característica especial: o trânsito em julgado. Definir a coisa julgada pelo seu fenômeno cronológico, muito pouco lhe explica.

O grande problema que se apresenta no estudo da coisa julgada é que não há na doutrina, nacional ou estrangeira, uniformidade de pensamento em relação ao fundamento jurídico da coisa julgada, é fenômeno que se assemelha – dada as divergências apresentadas - à conceituação da ação.⁵⁷⁴

É preciso que se saiba que a coisa julgada somente poderá emergir quando esgotadas as possibilidades de alteração da sentença “mediante mecanismos internos ao processo em que ela foi proferida”.⁵⁷⁵

Assim, o trânsito em julgado é o indicador em que este fenômeno ocorre. A coisa julgada é assim, uma conseqüência eventual do trânsito em julgado. E isso porque toda sentença transita em julgado (*rectius*, torna-se inatacável), mas nem toda sentença faz coisa julgada material.⁵⁷⁶

Dessa feita a relação que pode ser feita é que o trânsito produz efeitos internos na medida em que estabelece o esgotamento de mecanismos para atacar a decisão, já a coisa julgada produz efeitos [principalmente] externos na medida em que estabelece a impossibilidade de nova propositura de ação com base nos mesmos elementos (*treae eadem*) que se tornaram imutáveis.

É de se ver que existe uma grande diferença entre as principais teorias sobre a coisa julgada no Brasil: enquanto LIEBMAN (que escreveu sobre o assunto para a realidade italiana, é fato) projeta a autoridade da coisa julgada para *fora* do processo,

⁵⁷⁴ Contudo a definição filosófica goza de uniformidade, pois desta ninguém diverge: segurança jurídica.

⁵⁷⁵ Idem, p. 32.

⁵⁷⁶ Basta pensar na sentença terminativa, na sentença da execução e nos casos de jurisdição voluntária (art. 1.111 do CPC).

OVÍDIO BAPTISTA e BARBOSA MOREIRA a projetam para dentro como algo *interno*. O que muda é que na orientação do autor carioca todo conteúdo do comando faz coisa julgada, ao passo que para o primeiro, apenas o elemento declaratório.

Em nossa opinião, existe acerto na posição de LIEBMAN quando o autor assevera que a coisa julgada não pode ser confundida com os efeitos da sentença (e mais especificamente com o efeito declaratório dela). E isso porque se trata de realidades distintas.

Uma sentença poderá produzir efeitos mesmo sem haver se imunizado pela *res iudicata*. Basta pensar na execução provisória que autoriza a produção imediata dos efeitos quão o recurso fora recebido somente no seu efeito devolutivo (CPC, art. 475-O).

Ademais, os provimentos mandamentais e executivos (“*lato sensu*”) têm eficácia imediata independente do trânsito em julgado permitindo a produção dos efeitos – executoriedade – imediata. Inegavelmente há a produção dos efeitos (inclusive o declaratório), mas sem a imutabilidade inerente à coisa julgada.

O fato de a lei estabelecer os efeitos do recurso (v.g. apelação) no duplo efeito constitui mera opção política – muito criticada nos dias atuais, diga-se – que à época de sua elaboração decorria de uma necessidade de se estabelecer a segurança jurídica a qualquer custo (afinal, como permitir a produção de efeitos de uma sentença que tem a possibilidade de ser modificada pelo recurso interposto?).

Assim, a coincidência entre a estabilização e a produção de efeitos não pode autorizar a conclusão que se trate de fenômenos idênticos. O mesmo serve para o reexame necessário (CPC, art. 475). Se a remessa para o Tribunal é “condição de

eficácia da sentença” constitui uma prerrogativa conferida a determinados entes que não pode baralhar os conceitos de coisa julgada e efeitos.⁵⁷⁷

É fato que hoje existe, para a doutrina moderna, certa uniformidade quanto à distinção entre efeitos e autoridade da coisa julgada.⁵⁷⁸ Reside ainda um consenso no sentido de que os efeitos decorrentes das decisões também possam ser alterados (desde que sejam direitos disponíveis) sem que ofenda a coisa julgada.⁵⁷⁹

É sabido que nos direitos disponíveis podem as partes, de comum acordo, alterar os efeitos estabelecidos na sentença. Podem até reconhecer a existência de um direito (pretérito) que, em sede de sentença, foi declarado como inexistente. Esta transação tem relevante aplicabilidade para o direito que se coloca em jogo e mesmo a sua eficácia perante terceiros.⁵⁸⁰

Dependendo da resposta chegará a uma ou outra corrente. Se negar a possibilidade de reconhecer um direito disponível mesmo que declarado inexistente pela sentença, adotar-se-á a doutrina de Ovídio BAPTISTA. Contudo se entender possível deve-se adotar a teoria de Barbosa MOREIRA, pois “ter-se-á como pressuposto que a coisa julgada recai sobre o conteúdo do comando da sentença,

⁵⁷⁷ Importante asseverar que não só a sentença pode fazer coisa julgada material. Qualquer provimento que consiga emitir o reconhecimento pelo Judiciário sobre a pretensão da parte pode gerar este fenômeno. Basta pensar na “tutela antecipada pelo incontroverso” (CPC, art. 273, § 6º) que constitui em sua essência decisão interlocutória (não se nega as grandes discussões acerca deste instituto não só quanto a natureza do provimento – se sentença ou interlocutória – quanto pela natureza da própria antecipação – se tutela antecipada ou julgamento antecipado parcial da lide).

⁵⁷⁸ Ressalvado, como já explicitado, a doutrina alemã que ainda adota a teoria de HELLWIG.

⁵⁷⁹ O próprio LIEBMAN assim asseverou ao responder as críticas que lhe fizeram (em especial ALLORIO), alegando que a mudança da relação jurídica não teria o condão de modificar os efeitos. *Ainda sobre a sentença e sobre a coisa julgada in eficácia e autoridade da sentença*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. n. III, p. 176

⁵⁸⁰ Conforme Eduardo TALAMINI, , *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 39.

apenas impedindo nova solução jurisdicional para o objeto anteriormente decidido, mas não perpetua nem mesmo o efeito declaratório contido na sentença”.⁵⁸¹

Entende-se que esta modificação consensual é possível (desde que, repise-se, trata de direitos disponíveis⁵⁸²), portanto afastando a teoria de Ovídio BAPTISTA. Mas não poderão ir ao judiciário buscar nova solução para o caso.⁵⁸³ Tanto que o artigo 850 do Código Civil Brasileiro preconiza que “É nula a transação a respeito do litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores (...)”.

Contudo uma questão importante em relação a terceiros: mesmo que as partes resolvam de comum acordo alterar a realidade fática e concreta do julgado poderão terceiros com interesse jurídico (CPC, art. 499) se opor a esta convenção. Nesse caso as partes ficarão vinculadas a anterior coisa julgada.⁵⁸⁴

A questão sobre definir coisa julgada é verificar a harmonização entre a certeza jurídica (verdade) ou a estabilidade (segurança). Como se trata a coisa julgada de opção estritamente político-legislativa, estabelecer qual dos dois vetores (aparentemente antagônicos) deve se seguir é perquirir qual a adoção que um dado país seguiu.

É possível se inclinar para a certeza jurídica tentando a todo custo retratar na sentença fielmente a verdade dos fatos tal como ocorreram. Entretanto, prevalecendo a

⁵⁸¹ TALAMINI, , *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 40.

⁵⁸² É a cogência da norma abstrata que levará em consideração a disponibilidade da norma concreta.

⁵⁸³ Sendo apenas possível sua modificação extraprocessualmente, até mesmo por arbitragem.

⁵⁸⁴ Eduardo TALAMINI apresenta exemplo elucidativo: “um dos sócios propõe contra a sociedade ação declaratória de nulidade de assembléia, que é julgada procedente, formando-se coisa julgada. depois, esse sócio e a sociedade chegam a um consenso e reconhecem a validade da assembléia. Se, em face disso, outro sócio levar a questão a juízo, nem a sociedade nem o sócio autor da primeira ação terão como se subtrair da autoridade da coisa julgada. Neste novo processo, o juiz ficará vinculado ao comando anterior, que reconheceu a nulidade” (*Coisa julgada e sua revisão*, cit.)

estabilidade, o legislador deverá, num dado momento dessa busca, colocar um fim, pois não se pode eternizar a composição de um conflito sob o argumento que a verdade⁵⁸⁵ ainda não foi descoberta.⁵⁸⁶

Seguimos a corrente de BARBOSA MOREIRA. Inegável que a coisa julgada não pode ser um efeito da sentença, pois ambos consistem em realidades distintas. Também não se pode atribuir somente ao elemento declaratório a imunização. Não há justificativas para que os demais elementos da sentença, igualmente, não se imunizem. Também entendemos que atribuir à coisa julgada a qualidade dos efeitos da sentença deixa sem resposta as posteriores alterações que as partes podem empreender nos direitos disponíveis.

A imutabilidade, recai, portanto no comando da sentença e não nos seus efeitos, que podem ser alterados.

⁵⁸⁵ Mesmo porque o conceito de verdade é sensitivo. Verdade é subjetivo, pois o que é verdadeiro para um, certamente não pode ser para outro. Trabalha-se melhor com o denominado juízo de verossimilhança.

⁵⁸⁶ É comum que no processo penal busque a certeza, enquanto no processo civil preferível é a adoção da segunda.

Capítulo 5

OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Os limites da coisa julgada estabelecem o seu verdadeiro alcance. A doutrina costuma classificar em limites objetivos, subjetivos, temporais e espaciais.⁵⁸⁷ Esta sistematização consiste em determinar o que, quem, quando e onde a autoridade da *res iudicata* se faz presente. Para os fins deste trabalho, ocuparemos apenas com os limites objetivos.

5.1 A evolução dos limites objetivos no direito brasileiro – O art. 287 do CPC/1939

5.1.2 Considerações iniciais

Tendo perpassado pelas discussões acirradas e ainda não acabadas sobre a coisa julgada, especialmente sua natureza jurídica e função, resta verificar, por oportuno os limites objetivos da coisa julgada. Para tanto, é fundamental entender sua discussão doutrinária até o seu assentamento no Código de Processo Civil brasileiro de 1939.

A discussão sobre os limites objetivos sempre se limitou à inserção ou não das questões no âmbito da *res iudicata*. A tomada de posição depende de uma série de fatores e verificações de conceitos históricos, que não podem ser olvidados, como a natureza processual ou material da coisa julgada bem como a devida extensão do objeto litigioso. Temas estes que foram enfrentados respectivamente nos itens 3.1. e 4.1

⁵⁸⁷ Ver por todos, PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. V, p. 121-124.

Desde as grandes discussões sobre a natureza do instituto, iniciadas especialmente com a projeção da coisa julgada como presunção *iure et jure* (Pothier)⁵⁸⁸ uma corrente restritiva vêm defendendo que os limites da coisa julgada somente atingem a parte dispositiva da decisão.

A discussão atual, especialmente no Brasil, foi minorada pelos estudos de LIEBMAN que exclui dos limites os motivos que apenas teriam por objetivo esclarecer o comando sentencial.⁵⁸⁹ O autor italiano, pela sua marcante influência na doutrina brasileira, de certa forma contribuiu para que os equívocos hermenêuticos perpetrados no CPC/1939 não se repetissem no novo diploma processual.⁵⁹⁰

Contudo, nem no Brasil nem na doutrina estrangeira o assunto está próximo de um consenso. Até meados do século XIX, fervilhava uma série de correntes sobre o assunto, baseadas nas mais diferentes premissas.⁵⁹¹ SAVIGNY foi o primeiro a sistematizar a questão: é de sua obra *Sistema di diritto romano*

⁵⁸⁸ Não se nega que a discussão sobre a impossibilidade de propor novamente demanda judicial referente ao mesmo direito (*bis de eadem re ne sit actio*) é teoria antiga encontrada no direito romano. Alguns autores asseveram que esta regra é anterior à Lei das XII Tábuas (*Cogliolo*). Foi nesta época que se desenvolveram as primeiras diretrizes fundamentais para o estudo da coisa julgada especialmente na importância que se dava pelo exaurimento da *litiscontestatio*. Há de se levar em consideração a peculiaridade de cada uma das três grandes fases (sistemas) que compuseram aquele período: o das *legis actiones* (correspondente ao período arcaico), o período formular (correspondente ao período clássico) e o da *extraordinária cognitio* (correspondente ao período pós clássico). Os dois primeiros, por possuir uma etapa privada eram integrados ao *ordo iudiciorum privatum*.

⁵⁸⁹ LIEBMAN. Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, cit., p. 129.

⁵⁹⁰ Esta marca está clara na exaustiva redação dos arts. 468, 469 e 470. Alfredo BUZAID, autor do anteprojeto, foi um dos mais proeminentes discípulos de LIEBMAN no Brasil.

⁵⁹¹ José Carlos BARBOSA MOREIRA cita, pelo menos, quatro correntes da época: “(a) a tese que negava radicalmente os motivos, quaisquer que fôssem, a *auctoritas rei iudicate*; (b) a que só lhes reconhecia essa autoridade quando fosse indispensável levá-los em consideração para esclarecer o dispositivo equívoco; (c) a que entendia fazerem coisa julgada os motivos quando inseridos na parte decisória da sentença; (d) a que lhes reconhecia, sempre a autoridade da coisa julgada, vendo nêles a “*anima et quase nervus*” da decisão”. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. p. 80 (grifos no original).

attuale que surgiram os principais estudos sobre os alcances e limites da fundamentação na coisa julgada.⁵⁹²

Inicia o autor com a premissa que serviu de base fundamental ao seu trabalho: Para que se dê vigência à eficácia futura da coisa julgada é necessária a apuração do conteúdo da sentença para saber os motivos que levaram o julgador a decidir.

É o que o autor denomina “força legal dos motivos da sentença”. Assevera que seria impossível limitar a coisa julgada com a mera expressão abstrata do julgamento sem entender qual foi o *iter* lógico desenvolvido pelo julgador.

O autor alemão distingue os motivos em subjetivos e objetivos. Somente a estes últimos ficaria afetada a coisa julgada, pois seriam os verdadeiros elementos da relação jurídica. Já os subjetivos, tomam como premissa o modo como o julgador se convenceu do que foi exposto. Este convencimento determinaria a procedência ou improcedência da pretensão. Seriam, portanto, as razões de convencimento do juiz na atividade intelectual por ele desenvolvida. Sobre estes não recai a coisa julgada. As razões de decidir são fundamentos que, sem os quais, o magistrado não terá como decidir.

A distinção de SAVIGNY entre motivos objetivos e subjetivos, contudo, é de difícil operacionalidade prática na medida em que não se têm elementos precisos para divisar quando se está falando de um e quando se está falando do outro.⁵⁹³ Até mesmo porque, os motivos objetivos foram exatamente aqueles que motivaram o julgador a decidir de tal ou qual forma.

⁵⁹² Conforme observa Adroaldo Furtado FABRÍCIO. *Ação declaratória incidental*, cit., p. 53 “Antes que, em meados do século XIX, Savigny formulasse a sua famosa doutrina da extensão da coisa julgada aos motivos da sentença, era deveras confuso o panorama doutrinário relativamente ao tema”.

⁵⁹³ Especificamente sobre esse ponto notou Adroaldo Furtado FABRÍCIO. *Ação declaratória incidental*, cit., p. 54, sobre a teoria de Savigny “seria impossível determinar em processos futuros a medida em que a exceção de coisa julgada seria eficazmente oponível, resultando insuficiente e incerta a tutela dispensada à *res iudicata*”.

Ademais, a despeito de ter procedido a uma verdadeira busca histórica do instituto conforme concepção romana, não conseguiu se desapegar de algumas noções existentes à sua época. Assim, era corrente o entendimento de que a sentença possuía basicamente um elemento lógico, ignorando e mitigando a importância do elemento volitivo. Como consequência, a autoridade da coisa julgada recaía também nos motivos da sentença.

A explicação jurídica deste posicionamento reside nas sentenças injustas. Pois mesmo o equívoco do julgador na aplicação do direito estaria assentado na análise eminentemente imparcial do juiz ao analisar o caso concreto. Esta decisão mesmo que errada seria fruto de uma fundamentação lógica (os citados motivos objetivos) e daí ser imutável, pois sobre ela recairia uma presunção de verdade.

Adroaldo Furtado FABRÍCIO explica que “O objetivo do processo, entretanto, não é a mera resolução de questões. Nem é a atividade mental do juiz, que se traduz no conteúdo lógico da sentença, mas do que meio conducente aos verdadeiros fins de compor litígios mediante a atuação da vontade concreta da lei”. E é na decisão “que se encerra a manifestação de autoridade do Estado e se encontra o comando concreto capaz de vincular as partes e o próprio Estado”.⁵⁹⁴

A legislação alemã⁵⁹⁵ não seguiu o posicionamento de SAVIGNY conforme se verifica do § 322 (*Innere Rechtskraft*) da ZPO.⁵⁹⁶

⁵⁹⁴ *Ação declaratória incidental*, cit., p. 56.

⁵⁹⁵ Em comentários a ZPO, Friedrich LENT, não abarca na coisa julgada os pontos resolvidos dentro da motivação da decisão. Este o motivo para a existência da declaração incidental no direito tedesco (§ 280), pois do contrário a questão prejudicial faria, ipso jure, coisa julgada. (tradução italiana do seu *Zivilprozessrecht*, *Diritto processuale civile tedesco*, cit., p. 248). Nesse mesmo sentido James GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, cit., p. 389.

⁵⁹⁶ Tradução extraída da obra de Thereza Arruda Alvim (procedida pelo professor Souza Diniz): “1. As sentenças só podem adquirir autoridade de coisa julgada desde que se decida sobre a pretensão, deduzida em ação ou reconvenção. 2. Se o réu tiver feito valer compensação de um contracrédito, a decisão que dê por inexistente tal contracrédito, até o nível do pedido, fará coisa julgada”.

Esta posição, contudo, foi adotada no Brasil, entre outros, por João Monteiro⁵⁹⁷ e João Mendes Júnior.⁵⁹⁸ Ambos os autores têm posição semelhante no sentido de estender os efeitos da coisa julgada aos motivos (objetivos, conforme Savigny) na medida em que sendo elementos integrantes da causa fazem parte da relação litigiosa. Em posição intermediária encontra-se Aureliano de GUSMÃO⁵⁹⁹ “para quem os motivos só fazem coisa julgada quando integrantes do dispositivo da sentença, e o juiz só decide as questões ou relações de direito, trazidas a juízo e aí debatidas”.

João de Castro MENDES⁶⁰⁰ defende uma posição intermediária, mas repudia a teoria restritiva na medida em que seria sobremodo difícil traçar uma fronteira sem arbitrariedades entre o dispositivo e a motivação.

O primeiro autor brasileiro a proceder um contundente estudo limitando a autoridade da coisa julgada à parte dispositiva da decisão foi Francisco de Paula BATISTA,⁶⁰¹ sendo os motivos apenas necessários à compreensão da coisa julgada. Importante frisar que seu estudo antecede ao Código de 1939. O autor assevera que “a autoridade da coisa julgada é restrita à parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos”.

O autor exclui do alcance da coisa julgada os motivos objetivos e subjetivos, mas inclui na autoridade da coisa julgada todos os pontos decididos no dispositivo da decisão. Nesse sentido, LIEBMAN entende que Paula BATISTA não seguiu a corrente

⁵⁹⁷ Conforme notícia Thereza Arruda ALVIM. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977. p. 45.

⁵⁹⁸ Conforme assevera Ronaldo Cunha CAMPOS, *Limites objetivos da coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988. p. 36. João Mendes adotava, conforme SAVIGNY a teoria de que a autoridade da coisa julgada atingia os motivos objetivos.

⁵⁹⁹ Ver Thereza Arruda ALVIM, *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 39.

⁶⁰⁰ *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968. p. 106.

⁶⁰¹ *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. 8. ed. São Paulo, 1935. § 185, nota D.

ampliativa na medida em que “os motivos da sentença não são objeto da coisa julgada, mas devem ser considerados para entender o verdadeiro e cabal alcance da decisão”.⁶⁰²

Thereza ALVIM vê com ressalvas o posicionamento do autor brasileiro. E isso porque, ao analisar um exemplo esposado pelo jurista para explicitar os limites objetivos (o exemplo versava sobre uma dívida) a autora adverte:

Assim, este autor, identificado como de posição restritiva, parece não ser tão claro quanto seria de se desejar, pois pelo exemplo, poderíamos entrever que sobre a existência da dívida pesa a autoridade da coisa julgada material, o que não é aceito pelos adeptos da teoria restritiva.⁶⁰³

Outros autores brasileiros como Jorge AMERICANO⁶⁰⁴ e Pedro Batista MARTINS⁶⁰⁵ também deixaram doutrinas dúbias nesse sentido, conforme adverte José Ignácio Botelho de MESQUITA.⁶⁰⁶

As discussões, que perduraram até o início do século XX, tiveram em CHIOVENDA e LIEBMAN, notáveis expositores e defensores da teoria restritiva sobre a coisa julgada. Mas, mesmo assim, o posicionamento desses autores igualmente

⁶⁰² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., p. 61, nota d.

⁶⁰³ *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 32. No mesmo sentido, Adroaldo Furtado FABRÍCIO. *Ação declaratória incidental*, cit., p. 55, José Carlos BARBOSA MOREIRA. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 83.

⁶⁰⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo, 1958. t. I, p. 443. O autor assevera que os motivos que constituem fundamento da sentença e que sem eles não seria possível o julgamento” O que na prática é sobretudo difícil na medida em que inexistente motivo expresso que sem ele não se altere a decisão.

⁶⁰⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1943. t. III, p. 343. Assevera que somente as questões referidas na parte dispositiva fazem coisa julgada. Essas questões devem fazer parte das premissas necessárias ao julgamento (silogismo). Também aqui difícil defender a posição do autor na medida em que o dispositivo reside em parte distinta da fundamentação. Um decide questões o outro a lide, logo não é possível asseverar as questões decididas no dispositivo.

⁶⁰⁶ A motivação e o dispositivo da sentença. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, cit., 2005, p. 138-139.

está longe da unanimidade conforme se observa das críticas tecidas por Michele TARUFFO⁶⁰⁷ à doutrina restritiva.

Assevera o último autor mencionado que a determinação do alcance da coisa julgada à parte dispositiva remonta uma tentativa de superar o conceito de que ela – a coisa julgada é um instituto do direito material, uma vez que a coisa julgada era considerada uma “presunção legal”⁶⁰⁸.

Era coerente pensar que sendo a coisa julgada presunção *iure et de iure* do direito material da parte, não haveria por que defender a concepção processual da coisa julgada.

Continua sua explanação explicitando que a definição dos limites da coisa julgada independe da sua natureza, se substancial ou processual. Logo, não é a natureza da *res iudicata* que vai definir os seus limites. São situações distintas. Tanto que havia autores na época que defendiam a teoria da presunção da coisa julgada e ao mesmo tempo impunham limites à autoridade da coisa julgada⁶⁰⁹

Voltando a corrente restritiva, outro italiano, o notável Francesco CARNELUTTI,⁶¹⁰ partiu de premissa diversa para justificar a extensão dos efeitos para a fundamentação.

⁶⁰⁷ Michele TARUFFO, Giudicato sulle questione, *Rivista di Diritto Processuale*, v. 27, p. 275-282. Para o mestre italiano, a doutrina restritiva adotou esta postura para superar o conceito de coisa julgada como presunção legal (iluminado pelo direito material), daí a exclusão dos elementos lógicos da *res iudicata*. Contudo, como bem observa MENESTRINA (*La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963. p. 106) havia um consenso unânime dos processualistas em não defender os motivos no âmbito da coisa julgada. O que vale dizer que as vezes contrárias eram isoladas.

⁶⁰⁸ Idem Ibidem.

⁶⁰⁹ Luigi MATRIOLO e Giuseppe MALMUSSI procediam esta linha de raciocínio conforme observa Ronaldo Cunha CAMPOS, *Limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 29.

⁶¹⁰ *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 2, p. 134.

Entende o autor que cada ato processual (no caso, a coisa julgada) possui uma finalidade específica, devendo a lei conceder todos os instrumentos para que este ato chegue ao atendimento do seu fim. Dessa forma, seria ilógico imaginar que o ato cumpriria em um processo uma função (*ratio decidendi*) e em outro seria o próprio objeto de julgamento (*principaliter tantum*).⁶¹¹

A posição de CARNELLUTTI é, na opinião de LIEBMAN e Frederico MARQUES,⁶¹² mesmo assim, restritiva. Contudo, José Ignácio Botelho de MESQUITA⁶¹³ assevera que “Carnelutti, por sua vez, assume uma posição ambígua que não permite saber se está a favor ou contra a posição de Savigny”. O autor observa que se tornam imutáveis não apenas as questões discutidas, mas todas aquelas cuja solução seja essencial para a declaração, modificação ou constituição do efeito jurídico da decisão.

Voltando ao posicionamento de CHIOVENDA e LIEBMAN, o primeiro autor, a partir de uma verdadeira reconstrução do conceito de coisa julgada no período romano restringe os seus limites a parte dispositiva da decisão.⁶¹⁴ Este posicionamento do autor peninsular predominou em praticamente toda Europa e não apenas na Itália.⁶¹⁵

⁶¹¹ É o que alude Ronaldo Cunha CAMPOS – que diga-se, segue corrente ampliativa (*Limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 31) –, ao comentar a teoria de Carnelutti: “É aberrante que motivo em uma sentença seja excluído da área coberta pela autoridade da coisa julgada e em outra sentença considere-se integrante da decisão, e por isto ao abrigo de tal autoridade”.

⁶¹² *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 4, p. 73.

⁶¹³ A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, cit., 2005, p. 137.

⁶¹⁴ Contudo na sua análise histórica sobre a coisa julgada CHIOVENDA demonstrou que a mitigação dos poderes do Estado e a diminuição dos poderes da jurisdição ajudaram a tese da valorização do elemento lógico sobre o dispositivo da decisão. Assim, essa nova forma de pensar valorizava a solução de questões como elemento fundamental que era abarcado pela coisa julgada. Nesse momento que propagou a ideia de SAVIGNY e seus motivos objetivos e subjetivos (*Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 371).

⁶¹⁵ CHIOVENDA teve forte inspiração em Adolf WACH conforme observa Wellington Moreira PIMENTEL, *Os limites objetivos da coisa julgada, no Brasil e em Portugal*, cit., p. 560.

Na Alemanha, onde a teoria restritiva alcançou em primeiro lugar o texto de lei (ZPO, § 322) também foi adotada, bem como na França⁶¹⁶ (bem antes da célebre obra de MENESTRINA sobre a prejudicialidade) e em Portugal (a despeito da redação original do art. 660 do seu Código de Processo Civil).⁶¹⁷

CHIOVENDA entende ser possível nova decisão sobre questões prejudiciais que foram resolvidas em anterior processo, mas que, de *per si*, não foram objeto de decisão, apenas foram premissas necessárias a conclusão da demanda. Assevera que os motivos revestem-se de importância para remontar os elementos da ação e identificar a causa.⁶¹⁸

Mas o objeto do julgado “é a conclusão última do raciocínio do juiz, e não as premissas; o último e imediato resultado da decisão, e não a série de fatos, das relações ou dos estados jurídicos que, no espírito do juiz, constituíram os pressupostos de tal resultado”.⁶¹⁹ Em outra passagem o autor observa que “a sentença vale como expressão de uma vontade do Estado e não por suas premissas lógicas: estas, deve o juiz desenvolvê-las nos ‘motivos’ para garantia dos cidadãos; mas não passam em julgado”.⁶²⁰

⁶¹⁶ Conforme Marcel PLANIOL e Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*. Paris, t. 7, p. 982.

⁶¹⁷ A atual redação do art. 660 do CPC português, segunda parte, assim dispõe: “2. O juiz deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras. Não pode ocupar-se senão das questões suscitadas pelas partes, salvo se a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento de outras”.

⁶¹⁸ *Instituições de direito processual civil*, v. 1, cit. p. 452-453. “a resolução de questões lógicas, longe de conduzir em si o selo da verdade eterna, não exclui que a questão se possa sempre renovar em subseqüentes processos, toda vez que se possa fazer isso sem atentar contra a integridade da situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida controvertido”.

⁶¹⁹ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 495.

⁶²⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 374.

Já LIEBMAN exclui da coisa julgada as questões decididas, na medida em que (a coisa julgada) deverá assegurar *o resultado prático e concreto do processo*.⁶²¹ E isso porque deve ser levado em conta no sentido substancial e não formalístico para se entender que somente a parte dispositiva fica acobertada pela autoridade da *res iudicata*. Assevera ser duplamente equivocada a afirmação de que a coisa julgada se estenderia para todas as questões debatidas e decididas na causa.⁶²²

Primeiro porque a extensão não alcança somente o que foi decidido, mas também o que poderia ter sido decidido e não o foi porque as partes não apresentaram.⁶²³

Em segundo lugar nem todas as questões do processo discutidas e resolvidas fazem coisa julgada. E isso porque serviram de premissas lógicas para a questão principal. “São elas conhecidas ou apreciadas, mas não decididas, porque nada resolveu o juiz a seu respeito, podendo ser assim julgadas livremente em outra causa levada à juízo por outro motivo, continuando em aberto em tudo quanto não foi objeto da lide anterior”.⁶²⁴

Portanto, LIEBMAN assevera que a coisa julgada é importante para o resultado prático do processo, sendo irrelevantes (ao menos para a questão da imutabilidade) as premissas lógicas adotadas.

⁶²¹ *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 62. O autor segue dizendo que “é, pelo contrário, irrelevante a amplitude da matéria lógica discutida e examinada. Pode esta ter ultrapassado os limites da questão que foi deduzida no processo como seu objeto, ou pode também ter-se restringido mais do que ela poderia ter comportado, sem que isso altere o âmbito em que opera a coisa julgada”.

⁶²² *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, cit., p. 129-130. Em tempos mais recentes, neste exato sentido: Girolamo MONTELEONE, *Diritto processuale civile*. 3. ed. Padova: Cedam, 2002. p. 545-546.

⁶²³ Conforme será visto no capítulo 6, trata-se da indevida nomenclatura “julgamento implícito” denominada no Brasil de *eficácia preclusiva da coisa julgada*, conforme art. 474 do CPC.

⁶²⁴ *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, cit., p. 130.

O pedido (do autor)⁶²⁵ identifica o objeto do processo, a sentença como resposta ao pedido deve se tornar imutável somente na parte dispositiva da decisão.

Mais recentemente, na doutrina italiana, Elio FAZZALARI entende que a coisa julgada atinge toda sentença. Contudo, a parte dispositiva atinge tanto efeitos *endo* como *extraprocessuais*, ao contrário da fundamentação que tem sua eficácia exaurida dentro do processo. Dessa forma, o trânsito em julgado não modifica o alcance desses efeitos produzidos pelas diversas partes da decisão, mas os torna imutáveis dentro da sua esfera de eficácia.⁶²⁶

Eduardo COUTURE, a despeito de ser adepto à teoria restritiva⁶²⁷ entende que, em alguns casos, seja obrigatório recorrer aos motivos sob pena de não se saber ao certo qual fora o alcance da imunização proporcionado pela coisa julgada. Especialmente são os casos de improcedência (absolvição de instância), pois não se sabe qual foi o objeto e a causa de pedir que foram decididos.⁶²⁸

⁶²⁵ Não se nega que o réu formula pedido quando apresenta reconvenção ou ação declaratória incidental, mas trata-se de outra demanda, pois a pretensão que se apresenta é diversa daquela trazida pelo autor. O objeto litigioso do processo é delimitado pelo pedido com a causa de pedir, conforme defendemos no item 3.1.

⁶²⁶ *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 538. E isso porque “A coisa julgada potencializa a eficácia de cada um dos dois adendos da sentença no sentido de tornar-lhes incontestáveis e irretratáveis, mas sem projetá-los na esfera substancial. O dispositivo da sentença de mérito produz a sua própria eficácia externa (substancial). Por outro lado, o juízo que ela contém tem sua eficácia exaurida no processo (eficácia interna), tornando devido um determinado dispositivo”. Carlos Henrique de Moraes BOMFIM JÚNIOR, Henrique Nogueira MACEDO, Lucas Cruz NEVES, Rodrigo Suzana GUIMARÃES, Sérgio Henriques Zandona FREITAS. *Coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari*. Coord. Rosemiro Pereira LEAL. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 284.

⁶²⁷ E utiliza argumento irrefutável: “A sustentar-se que os motivos podem chegar a passar em julgado, todo litigante, ainda que tenha saído vencedor, deveria apelar da sentença se não quisesse que amanhã aqueles motivos, ainda que errados, pudessem voltar-se contra ele com força de coisa julgada”. *Fundamentos de direito processual*, cit., p. 250.

⁶²⁸ Idem, *ibidem*, p. 249.

Na doutrina espanhola, o entendimento é relativamente pacífico no sentido de se restringir os limites objetivos à fundamentação, já que são simples passos lógicos para o pronunciamento sobre a pretensão processual.⁶²⁹

Seguindo nesta mesma linha, Jaime GUASP observa que “por razón de la forma, la cosa juzgada material no se extiende sino a los pronunciamientos que integran el fallo estricto dentro de la sentencia y no a sus motivaciones”.⁶³⁰ Neste mesmo sentido Teresa Armenta DEU.⁶³¹

Victor Fairen GUILLÉN, que segue a corrente restritiva, como os demais doutrinadores de seu país, defende a fundamentação como antecedente lógico essencial ao entendimento do dispositivo (como segue a doutrina brasileira igualmente). Estabelece um grande valor à congruência interna das sentenças.⁶³²

A teoria restritiva está intimamente atrelada ao princípio da demanda. Este princípio está previsto no nosso sistema em dois dispositivos legais (CPC, arts. 128 e 460).

Ademais, parte da doutrina que defende a teoria restritiva assevera que a alocação dos limites objetivos somente para a parte dispositiva prestigiaria a busca pela verdade na medida em que os fundamentos que não foram devidamente decididos poderiam ser levados a reexame em outra demanda.

⁶²⁹ Manuel Ortells RAMOS, assevera que “Lo que adquiere valor de cosa juzgada es la declaración sobre la pretensión procesal y no los hechos, ni las razones jurídicas que han sido afirmados o negados para fundar aquel pronunciamiento” (*Derecho procesal civil*, cit., p. 564).

⁶³⁰ *Derecho procesal civil*. 4. ed. t. I, revis. por Pedro Aragoneses. Madrid: Civitas, 1998. p. 523.

⁶³¹ *Lecciones de derecho procesal civil*, cit., p. 293.

⁶³² O autor entende que os limites objetivos são circunscritos no dispositivo, mas “la motivación de las mismas tiene gran valor como “antecedentes lógicos” de aquél; trás la relación de hechos – base fáctica de la cosa juzgada” (*Doutrina general del derecho procesal*. Barcelona: Bosch, 1990. p. 522-523).

Encerrando empreendidos pela doutrina, é relevante explicitar de forma poética o modo como CALAMANDREI expõe o tema: “passando ao estado de coisa julgada, a sentença destaca-se dos motivos que a ditaram, tal como a borboleta que sai do casulo”.⁶³³

5.3 A regra do art. 287 do Código de Processo Civil de 1939

Dispunha o art. 287 do CPC/1939:

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

Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissas necessárias da conclusão.

O Código de Processo Civil brasileiro teve, inicialmente, dificuldades no estabelecimento dessa regra. Estas dificuldades propagaram pela doutrina e pela jurisprudência. Não raro encontrava-se textos com posições contraditórias ou dúbias, decorrentes ora da má interpretação do texto legal, ora das premissas que se basearam para dar supedâneo a devida interpretação.

Não são poucos os autores que defendem a inspiração do referido art. 287⁶³⁴ ao art. 290 do projeto do CPC italiano proposto por Ludovico MORTARA em 1926:

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

A redação do dispositivo brasileiro em relação ao texto italiano original é muito parecida. Contudo, houve a supressão da expressão “da lide”⁶³⁵ na primeira

⁶³³ *Eles, os juízes vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 29.

⁶³⁴ Devidamente explicitados no corpo deste tópico.

parte e “ainda que não seja resolvida expressamente” da segunda. Esta supressão não estava presente no Anteprojeto de autoria de Pedro Baptista MARTINS (art. 335) que seguia fielmente a redação do texto italiano.⁶³⁶

Alguns juristas asseveram que estas modificações empreendidas no texto ao serem “transportadas” para o nosso ordenamento não tiveram a intenção de mudar o seu teor, mas apenas teriam sido “aperfeiçoadas” por uma questão de estilo.⁶³⁷

Outros chegaram a entender que a expressão “premissas necessárias” do parágrafo seria, em verdade, uma adoção do Código as lições de SAVIGNY e os seus *motivos objetivos*. Dessa forma, estendia-se a autoridade da coisa julgada aos motivos desde que relevantes ao julgamento.

Consoante se depreende de Alexandre de PAULA, os julgados da época adotavam a tese ampliativa, sendo poucos aqueles que se restringiam a destacar apenas o dispositivo como o limite objetivo da coisa julgada.⁶³⁸

Por outro lado, os processualistas filiados a denominada *escola paulista* procederam vigorosa defesa da tese restritiva, com base nos ensinamentos originais de

⁶³⁵ BARBOSA MOREIRA entende injustificada a supressão do segundo “da lide”, pois se a preocupação for de estilo, acabou prejudicando a compreensão do texto. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 96-117. E isso porque ao suprir a expressão, pode-se entender que os limites são as questões decididas e não a lide, remontando a teoria ampliativa da coisa julgada que será vista adiante.

⁶³⁶ José Ignácio Botelho de MESQUITA vai além asseverando que o legislador “não só deixou de inserir o que havia de imprescindível no texto italiano, como endossou, desnecessariamente, o que nela havia de supérfluo” José Ignácio de Botelho MESQUITA. A motivação e o dispositivo da sentença. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, cit., 2005, p. 131-132. Esta o autor paulista falando da expressão “força de lei” que possui significados diversos na doutrina, sendo que no direito alemão se tinha a ideia que força de lei (*Rechtskraft*) era sinônimo de imutabilidade.

⁶³⁷ Conforme notícia Adroaldo Furtado FABRÍCIO. *Ação declaratória incidental*, cit., p. 59. Há autores que asseveram ter o sistema brasileiro copiou “muitíssimo mal, diga-se “*en passant*”” (José Ignácio de Botelho MESQUITA. A motivação e o dispositivo da sentença. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, cit., 2005, p. 131).

⁶³⁸ *O processo civil à luz da jurisprudência*. Rio de Janeiro, v. 4 e 13, 1958-1960.

CHIOVENDA.⁶³⁹ Mesmo assim, a discussão era ainda muito esparsa e carecia de sistematização.

Esta sistematização foi encontrada no texto de José Carlos BARBOSA MOREIRA em sua tese de livre docência, *Questões prejudiciais e coisa julgada*,⁶⁴⁰ que teve o mérito de proceder aos reais aspectos e consequências das tomadas de posição adotadas pela doutrina.

O autor assevera que a expressão *questione decisa*, encontrada no texto italiano (fonte do art. 287 do CPC/1939), é apresentada no singular. Sua reprodução no direito brasileiro veio no plural. Para que se compreendesse que as questões prejudiciais estariam abarcadas pela coisa julgada o texto peninsular deveria vir com a redação *questioni decise*. É de se interpretar que a *mens legislatoris* do projeto MORTARA não imaginava o alcance da *res iudicata* fora dos limites do dispositivo. Constitui, portanto, “um indício de que o Projeto, nesse ponto, não se refere aos eventuais pronunciamentos sobre questões relativas a antecedentes lógicos da principal”.⁶⁴¹

Ademais, o original italiano é da lavra de Francesco CARNELUTTI (art. 300 do seu *Progetto*) que foi alterada apenas a numeração. Dessa forma, para entender a *lite*, deve-se partir como premissa as ideias do autor em relação ao instituto e não de maneira diversa.

É de CARNELUTTI⁶⁴² a célebre e mais completa definição de *lide*⁶⁴³ no sistema moderno. Toma o autor como polo metodológico do seu estudo sobre o

⁶³⁹ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 493-497. Perfilharam esta corrente, José Frederico MARQUES. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 3, p. 237 e Cândido DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 312-313.

⁶⁴⁰ Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 96-117.

⁶⁴¹ *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 108.

⁶⁴² Entre vários escritos sobre o tema, v. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 2000, p. 108-109. O autor esclarece que “ao conflito de interesses, quando se efetiva com a pretensão ou resistência, poderia dar-se o

processo. É nesse ponto que reside a diferença crucial entre a lide na visão deste autor e a lide na visão de LIEBMAN⁶⁴⁴ (que é a visão adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro atual).⁶⁴⁵

O conflito de interesses entre duas partes pode emergir uma vontade de um dos sujeitos para que o outro se subordine a ela. Esta exigência é denominada pretensão (*pretesa*). Quando há uma resistência a esta pretensão o conflito de interesses passa a ser denominado lide. Lide não é ação, pois esta objetiva obter uma decisão sobre a lide (trata-se de caráter instrumental).⁶⁴⁶ Igualmente, lide não é processo, pois é por meio dele – processo – que a lide se apresenta em juízo.

CARNELUTTI desenvolveu a denominada “lide sociológica”, em 1936 no seu *Sistemas*,⁶⁴⁷ pela qual a lide existe antes mesmo do processo como um fenômeno social. Assim, a porção de lide projetada para o processo, por força do princípio dispositivo, seria a lide parcial, pois aquilo que se deixou de deduzir mantém-se como

nome de contenda, ou mesmo de controvérsia. Pareceu-me mais conveniente e adequado aos usos da linguagem o de lide. Lide, é, portanto, um modo de ser do conflito de interesses, que se pode representar como o oposto da posse. Posse é o conflito de interesses que se compõe por si; lide é o conflito que deflagra um contraste de vontades”.

⁶⁴³ O autor adverte que a expressão “lide” possui mais de um significado, pois denota “tanto o conflito de interesses para cuja composição opera o processo, como para denotar o próprio processo”. Instituições, cit. p. 77

⁶⁴⁴ Daniel MITIDIERO observa que o Código de Processo Civil brasileiro convive com dois conceitos de lide: no art. 468 segue-se a lide de CARNELUTTI, já que o que foi projetado para o processo pode ser menor do que havia no direito material. Já o art. 128 é o reflexo do pensamento de LIEBMAN, que entende que a lide é representada pelo pedido. Aqui não há se falar em lide total ou parcial, porque lide é tudo que se projeta no processo e o magistrado, pela congruência (CPC, art. 460) deve julgar integralmente esta lide. Coisa Julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva (*Introdução ao estudo do processo civil*, cit., p. 208-209).

⁶⁴⁵ Na exposição de motivos do Código, Alfredo BUZAID assevera que somente utiliza a palavra *lide* para designar o *mérito* da causa. Contudo, o próprio autor do anteprojeto induz o interprete em erro ao conceituar lide com base nas lições de CARNELUTTI (n. 6). Acreditamos que o CPC tenha de fato adotado a lide processual como mais coerente a partir de uma interpretação sistemática do Código.

⁶⁴⁶ *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1, p. 902.

⁶⁴⁷ Ovídio A. Baptista da SILVA, noticia que o sistema originário de lide concebido por CARNELUTTI era extremamente radical, na medida em que a importância se dava somente na solução lógica de questões (daí afeta ao processo cognitivo) excluindo da atividade jurisdicional a execução. Jurisdição seria somente “dizer o direito” e não satisfazê-lo (Limites objetivos. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 155-156).

lide.⁶⁴⁸ Para o autor, a demanda é a lide contida no processo, ou melhor, a porção de lide contida no processo.

Portanto, baseado nas ideias Carneluttianas, a extensão do processo pode não corresponder a extensão da lide.⁶⁴⁹ Dessa forma, a expressão nos limites da lide e da questão decidida (*Nei limiti della lite e della questione decisa*) quer significar que a coisa julgada não atinge as questões que, *embora façam parte da mesma lide, não fazem parte do processo*.⁶⁵⁰

Em resposta a sua teoria, LIEBMAN afirma que a lide, assim conceituada, impediria a existência de processo integral. E isso porque “não há conflito de interesses que não apresente, ou possa apresentar, aspectos diferentes daquele que a imaginação do advogado conseguiu em cada caso concreto configurar”.⁶⁵¹

Contudo, conforme asseverado, nosso ordenamento adota a definição de lide processual. Daí por que seja mais coerente desconsiderar do art. 468 a expressão “parcialmente a lide” porquanto incompatível com o ordenamento vigente.⁶⁵²

Ovídio BAPTISTA DA SILVA entende que a controvérsia que fica de fora do processo não passa de boato. Dessa forma, “não pode haver lide fora do processo pela

⁶⁴⁸ Neste sentido se opõe LIEBMAN, na medida em que lide somente é aquilo que se deduz no processo e não o que existe na realidade. É célebre a distinção entre lide total e lide parcial na obra de CARNELUTTI (daí o próprio autor, misturando os conceitos de lide (conflito) com o de lide (processo) chama de processo integral e parcial) (*Instituições do processo civil*, cit., p. 461-462).

⁶⁴⁹ “Nem sempre a área coberta pela coisa julgada coincidirá com a da lide, na sua totalidade” desta forma, “a sentença que decidir a lide terá “fôrça de lei” nos limites da lide, mas se a decisão fôr parcial, só terá *nos limites da questão decidida*” (grifos no original). José Carlos BARBOSA MOREIRA. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 108-109.

⁶⁵⁰ Sobre o assunto, importantes considerações são feitas por José Carlos Teixeira GIORGIS. *A lide como categoria comum do processo*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1991.

⁶⁵¹ *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, cit., p. 97.

⁶⁵² Em sentido contrário Egas Dirceu Moniz ARAGÃO. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 244 e Moacyr Amaral SANTOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 442, v. 4.

simples razão que o conceito de lide foi criado para a solução de um ou vários problemas peculiares ao processo”.⁶⁵³

Voltando a interpretação do artigo, entende José Carlos BARBOSA MOREIRA que, em vez de ampliar, a norma em verdade restringe a incidência da coisa julgada, tendo em vista que a expressão “questões decididas” não se trata da questão prejudicial, mas da própria questão que será resolvida *principaliter*.

Contudo, a segunda parte do art. 290 do Projeto, aparentemente ratifica que a primeira parte está, em verdade, a falar de questões prejudiciais e não de questões analisadas como questão principal na medida em que “si considera decisa, anche se non sai risoluta espressamente, ogni questione la cui risoluzione costituisca una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza”.⁶⁵⁴

Todavia, BARBOSA MOREIRA já afasta essa possível confusão asseverando que esta segunda parte, em verdade, aduz sobre o denominado “julgamento implícito”.⁶⁵⁵

Para o autor, MORTARA imaginou que a expressão questão decidida poderia ser mal interpretada. Pois numa análise equivocada, poder-se-ia imaginar que as questões não suscitadas (e, portanto, não resolvidas), poderiam ser alegadas em posteriores demandas já que, *ex vi legis*, não estariam abarcadas pela autoridade da coisa julgada.

Estas questões poderiam abalar a firmeza do preceito julgado, já que seria possível se demonstrar que estas novas questões (não levantadas) poderiam fazer um julgamento diverso. Entretanto, quer a segunda parte dizer que não só as questões

⁶⁵³ *Sentença e coisa julgada*: ensaios, cit., p. 145.

⁶⁵⁴ Considera-se decidida, ainda que não resolvida expressamente, toda questão cuja solução constitua premissa necessária da disposição contida na sentença.

⁶⁵⁵ Expressão criticada pela doutrina conforme será apresentado no item 6.1.

decididas (questões essas objeto de cognição principal) bem como todas aquelas que poderiam influenciar no resultado da decisão formam coisa julgada.⁶⁵⁶

A teoria de BARBOSA MOREIRA foi criticada por Adroaldo Furtado FABRÍCIO⁶⁵⁷ que entende não poder extrair soluções para o artigo brasileiro com base exclusiva no dispositivo italiano, na medida em que ambos não guardam total correspondência.

Para o autor gaúcho, parte-se de uma premissa equivocada: a concepção restritiva não se dá pela interpretação da *questione decisa* do direito italiano que foi “indevidamente” transportada para o direito brasileiro, mas sim, por força de outro artigo previsto no próprio CPC/1939 (art. 4º), que prevê a congruência entre o pedido e a sentença: “O juiz não poderá pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, nem considerar exceções não propostas, para as quais seja reclamada por lei a iniciativa da parte”.⁶⁵⁸

Assevera o autor que “as questões a cujo respeito não tenha havido *petitum*, mas de cuja resolução dependa o teor do julgamento, têm de ser, por inarredável imperativo lógico, enfrentadas e solucionadas – mas a respeito delas o juiz exerce mera *cognitio*, não *iudicium* a que corresponde a autoridade da coisa julgada”.⁶⁵⁹

Thereza ALVIM defende posição interessante: a despeito de adotar a teoria restritiva, entende que o art. 287 do CPC segue uma posição que alberga, dentro da

⁶⁵⁶ Os comentários ao correspondente desta segunda parte do artigo no CPC brasileiro de 1939 (parágrafo único do art. 287) serão abordados no item sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada.

⁶⁵⁷ *Ação declaratória incidental*, cit., p. 61-62

⁶⁵⁸ Idem Ibidem. Artigo este, como bem observa Vallisney de Souza Oliveira, o CPC manteve a tradição portuguesa, bem como a legislação processual brasileira anterior. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 41. Arts. 128 e 460 do CPC vigente.

⁶⁵⁹ *Ação declaratória incidental*, cit., p. 62.

coisa julgada material, as premissas necessárias a decisão.⁶⁶⁰ Até mesmo porque o artigo seguinte (art. 288) discriminava expressamente o que não fazia coisa julgada material. Assim, “a única posição aceitável é a de que o princípio dispositivo foi consagrado dentro de limites, e com o temperamento especificamente consubstanciado no art. 287 e seu parágrafo único”.⁶⁶¹

Em breve síntese a autora assevera que o sistema de 1939, na verdade rejeitara a lide sociológica idealizada por CARNELUTTI. E isso porque a expressão lide, tal como apresentada, tinha como acepção a palavra “processo” ou “mérito”, mas não conflito de interesses.

O fato é que o legislador de 1939, ao tentar importar a regra do projeto MORTARA não se atentou às nuances históricas que levaram a criação do dispositivo. Precedeu ao referido art. 290 do projeto italiano ampla e profunda discussão entre os autores peninsulares sobre os problemas existentes na interpretação dos conceitos fundamentais ali estabelecidos. Esta discussão não foi fomentada no Brasil até o advento do discutido dispositivo, o que levou a doutrina a tomar posições, conforme assevera Botelho de MESQUITA, “bélicas” na medida em que não tinham condições de aquilatar o verdadeiro alcance e teor esposados no artigo italiano.⁶⁶²

Em conclusão, conforme todo o exposto, a dubiedade dos comentaristas do CPC/1939 a respeito do art. 287, somada a sua defeituosa redação levaram à profunda discussão se o alcance da coisa julgada atingia ou não as questões.

⁶⁶⁰ “Evidentemente, não queremos com essa assertiva, afirmar que deve ser assim, mas, simplesmente que esta foi a solução adotada pelo Código de 1939”. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 77

⁶⁶¹ *Idem*, ibidem, p. 79.

⁶⁶² A motivação e o dispositivo da sentença. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, cit., 2005, p. 140.

5.4 Os limites objetivos da coisa julgada no sistema vigente brasileiro: uma leitura dos arts. 468, 469 e 470 do CPC

Assevera João de Castro MENDES⁶⁶³ que

o alargamento ou não alargamento do caso julgado aos fundamentos da decisão é, em última análise, um problema de política legislativa, não uma questão que se possa esperar uma solução deduzida dos grandes princípios reconhecidos como basilares do processo civil.⁶⁶⁴

Nas palavras de Cassio SCARPINELLA BUENO, os limites objetivos da coisa julgada devem ser entendidos como “a parte da decisão que fica imunizada de ulteriores discussões, é dizer, o que não pode mais ser rediscutido perante o Estado-juiz pelo prevailecimento do princípio da segurança jurídica”.⁶⁶⁵

Inegavelmente, *sob determinada ótica* seria preferível estender a coisa julgada às questões decididas, na medida em que evitaria a propositura de futuros processos e possíveis decisões contraditórias. Mas essa opção ocasionaria mais problemas do que benefícios no ordenamento conforme será visto neste item.

Thereza Arruda ALVIM aduz que “não se quer absolutamente pretender que os motivos objetivos e subjetivos, a fundamentação ou o raciocínio lógico do juiz sejam atingidos pela imutabilidade além do processo ou pela coisa julgada material”.⁶⁶⁶

⁶⁶³ *Limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 79.

⁶⁶⁴ Nada mais intuitivo, na medida em que a própria coisa julgada e os parâmetros utilizados para a fixação do que ficará imunizado decorre de política legislativa. Neste sentido BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 61.

⁶⁶⁵ *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 2, t. I, 3. ed., 2010, p. 416.

⁶⁶⁶ *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 50.

Após a superada polêmica sobre o art. 287 do anterior CPC (1939), aparentemente a doutrina recebeu com bons olhos a redação dos arts. 468 até 474 do CPC, bem como entenderam adequada à adoção, pelo Brasil, da ação declaratória incidental.⁶⁶⁷

O sistema brasileiro tomou posição sobre a matéria e consoante se depreende da redação do art. 468 do CPC/1973, afastou os equívocos existentes até então da má-redação do art. 287 revogado. Dessa forma, seguiu-se fielmente a teoria de CARNELUTTI: “A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.⁶⁶⁸

Em verdade o art. 468 é a atualização (melhorada, diga-se) do revogado *caput* do art. 287 do CPC/1939, seguindo uma linha mais próxima do *Progetto*. Em substituição ao parágrafo único deste mesmo artigo,⁶⁶⁹ o legislador de 1973 introduziu dois dispositivos para tornar bem clara a sua tomada de posição: os arts. 469 e 474.⁶⁷⁰

O legislador (re)incluiu a expressão “lide” que havia sido suprimida na legislação anterior colocando nos devidos eixos a interpretação restritiva sobre os limites objetivos: somente a lide é julgada.⁶⁷¹

⁶⁶⁷ Em sentido contrário à adoção da ação declaratória incidental em nosso ordenamento, por já estar superada a tendência de restrição aos limites objetivos da coisa julgada: Galeno LACERDA. Aspectos principais das medidas cautelares e dos procedimentos específicos. *Revista Forense*, v. 246, p. 166, Rio de Janeiro: Forense.

⁶⁶⁸ Aqui uma questão digna de nota: a despeito do art. 468 ter se utilizado da lide na visão de Carnelutti a coisa julgada deveria seguir a instrução de LIEBMAN – até mesmo porque Alfredo BUZAID, um dos mais fervorosos discípulos do mestre italiano tinha essa intenção. Contudo a redação do dispositivo no Anteprojeto (art. 507) que seguia esta orientação foi alterada pela que se vê hoje no art. 471.

⁶⁶⁹ Que será mais bem estudado no capítulo seguinte.

⁶⁷⁰ Conforme observa Ovídio BAPTISTA. *Sentença e coisa julgada: ensaios*, cit., p. 136. Não é pacífico o entendimento que o artigo 474 é o dispositivo atualizador do art. 287 revogado (ver item 6.2, *infra*).

⁶⁷¹ Alfredo BUZAID, dizia que a exclusão da palavra lide pressupõe que a coisa julgada recaía somente sobre as questões decididas. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 112.

Como bem observa BARBOSA MOREIRA:

Apenas a lide é *judgada*; e, como a lide se submete à apreciação do órgão judicial por meio do pedido, não podendo ele decidi-la senão “nos limites em que foi proposta” (CPC, art. 128), segue-se que a área sujeita à autoridade da coisa julgada não pode jamais exceder os contornos do *petitum*⁶⁷²(grifos no original).

A expressão “força de lei” significa exatamente coisa julgada, o que é a expressão como se denomina no direito alemão o instituto (*Rechtskraft*). A expressão “lide” para o ordenamento é sinônimo de mérito (o que, aliás, é uma opção do legislador brasileiro que utiliza a palavra lide sempre que quiser designar mérito – exposição de motivos do CPC, Alfredo BUZAID, Capítulo III, inciso II, item 6).

Portanto, sendo lide, no nosso sistema, sinônimo de mérito e mérito é o objeto litigioso do processo (*Streitgegenstand*), a sentença faz coisa julgada nestes limites, vale dizer, nos limites do pedido com a causa de pedir.⁶⁷³ Pelo princípio da congruência, o que não foi pedido não será objeto de discussão e, portanto, não alcançado pela coisa julgada.

A afirmação da existência de uma relação jurídica em juízo (*res in iudicium deducta*) somente ela pode ser imunizada.

Conforme expusemos alhures, o pedido e a causa de pedir delimitam o objeto litigioso do processo e somado a causa de pedir, lhe confere contornos e diretrizes para sua adequada interpretação.⁶⁷⁴

⁶⁷² Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil. *Temas de direito processual*, primeira série, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 91.

⁶⁷³ “Porque a *res iudicata* não pode ser maior que a *res iudicanda*” (José Maria TESHEINER. *Eficácia da sentença e coisa julgada*. São Paulo: RT, 2002. p. 142).

⁶⁷⁴ Neste sentido é o entendimento de Manuel Ortells RAMOS. *Derecho procesal civil*, cit., p. 564 “En este aspecto objetivo La cosa juzgada se forma sobre el objeto del proceso em sentido estricto. En esse sentido

Difícil dissociar que no nosso ordenamento não se tenha adotado o § 322 da ZPO alemã como referência, que restringe apenas ao dispositivo os limites objetivos da coisa julgada.⁶⁷⁵

Mas não só. O legislador brasileiro, para dar mais ênfase ao seu posicionamento e evitar qualquer discussão sobre a precisão destes limites, tomou o cuidado de explicitar expressamente quais matérias não fazem coisa julgada, asseverando no art. 469 quais delas estariam fora dessa abrangência.⁶⁷⁶

Este preciosismo do sistema, antes mesmo de opção legislativa, decorre de um cuidado histórico. As profundas discussões havidas no regime anterior levaram o legislador a positivar os limites objetivos da coisa julgada da maneira mais clara e exaustiva possível de molde a não deixar dúvidas na comunidade jurídica que os motivos não alcançam a autoridade da *res iudicata*⁶⁷⁷ para reavivar os pensamentos esposados por SAVIGNY.

Assim dispõe o art. 469 do CPC:⁶⁷⁸

dispone el artículo 222.2 LECiv que ‘la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, así como a los puntos a que se refieren los apartados primero y segundo del artículo 408 de esta Ley’. Los puntos a los que el precepto se remite son lãs denominadas excepciones reconconvencionales de compensación de créditos y nulidad Del negocio jurídico em cuya validez se fundaba La pretensión”.

⁶⁷⁵ A tradução livre do dispositivo em comento é a seguinte: “As sentenças só podem fazer coisa julgada na medida em que se houver decidido sobre a pretensão deduzida na ação ou não reconvenção”.

⁶⁷⁶ Neste sentido Wellington Moreira PIMENTEL, Os limites objetivos da coisa julgada no Brasil e em Portugal. *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 340.

⁶⁷⁷ A despeito de se encontrar, já no novo regime, vozes contrárias a tese restritiva. Neste sentido Ronaldo Cunha CAMPOS, *Limites objetivos da coisa julgada*, cit., e Daniel Carneiro MACHADO. Coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 73 e ss. Conforme será visto neste tópico, *infra*.

⁶⁷⁸ Wellington Moreira PIMENTEL entende que esta regra tem como fonte inspiradora o art. 673 do CPC Português que possui como título “Alcance do caso julgado”. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1975. v. 3, p. 561.

Art. 469. Não fazem coisa julgada:⁶⁷⁹

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 de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Conforme assevera BARBOSA MOREIRA,⁶⁸⁰ o texto de lei é redundante, pois bastaria a utilização da expressão “motivos” inserido no inciso I para abarcar todos os demais. Já que os motivos (CPC, art. 458, II) seriam as premissas do julgamento, pois sendo denominado de fundamento, motivos ou razões, serão sempre o exame das questões antes da conclusão e nunca inserida nela.⁶⁸¹

DINAMARCO assevera que mesmo que a lei não explicitasse a regra contida no art. 469 do CPC, ainda assim, a coisa julgada ficaria circunscrita ao dispositivo, na medida em que é “inerente à própria natureza do instituto e à sua finalidade de evitar conflitos práticos de julgados, não meros conflitos teóricos”.⁶⁸²

Para o autor existe um “eixo imaginário” ligando o pedido à parte dispositiva da decisão do Estado (que constitui a sua conclusão). Pois o pedido veicula a pretensão do autor e a resposta confere decisão sobre a outorga do bem da vida. É esta “resposta” que reside a pacificação social e não nas razões adotadas.⁶⁸³ Contudo, esse mesmo eixo

⁶⁷⁹ Cândido DINAMARCO assevera que seria tecnicamente mais preciso a adoção da expressão “não ficam acobertados por ela [a coisa julgada]” (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 313).

⁶⁸⁰ Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil, cit., p. 92.

⁶⁸¹ Seria, nos dizeres do autor, os incisos II e III uma forma de explicitar o conteúdo do inciso I, ou seja, “duas classes de “motivos”” (idem, *ibidem*, p. 92). No mesmo sentido Cândido Rangel DINAMARCO ao asseverar que “todos os três incisos referem-se à motivação da sentença, pois os dois últimos não passam de meras especificações do primeiro” (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 313).

⁶⁸² Idem, *ibidem*, p. 313.

⁶⁸³ Idem, p. 314.

não produz os mesmos efeitos, a despeito de haver uma estreita relação entre a causa de pedir e a fundamentação, pois somente aquela se torna imutável (na medida em que sirva de base ao pedido da lide).⁶⁸⁴

É nesse sentido o posicionamento de Ada Pellegrini GRINOVER: “os motivos da decisão não se impõem fora do processo, porque fogem do âmbito da lide; a entrega da prestação jurisdicional exaure-se no dispositivo da sentença, e os motivos apenas servem para esclarecimento do dispositivo”.⁶⁸⁵

Igualmente, é a feliz expressão de Sérgio BERMUDEZ:⁶⁸⁶ “A motivação da sentença não faz coisa julgada, pois não encerra qualquer comando, no sentido de composição da lide. Ela está para o dispositivo assim como a exposição de motivos, que não é norma está para a lei”.

Contudo, em determinadas situações, os motivos se tornam imutáveis como na eficácia da intervenção⁶⁸⁷ e no sistema de controle de constitucionalidade.⁶⁸⁸

⁶⁸⁴ Ovídio A. Baptista SILVA. *Curso de processo civil*, cit., p. 484-486.

⁶⁸⁵ Os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. *O processo*. Estudos e pareceres. São Paulo: DPJ, 2006. p. 109. Em verdade a própria autora faz referência a um texto seu lançado no livro em homenagem a Luiz Machado Guimarães, nominado *Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional*. Coord. Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 5-6).

⁶⁸⁶ *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 202.

⁶⁸⁷ Cassio SCARPINELLA BUENO observa que “A ‘justiça da decisão’ significa que o assistente simples não poderá posteriormente pretender rediscutir os motivos que serviram de fundamento à sentença do processo que interveio, salvo na ocorrência de uma das situações disciplinadas nos dois incisos do art. 55. A justiça da decisão, assim, vincula o assistente aos motivos da sentença, o que, em geral, não ocorre, mesmo para as partes (CPC, art. 469, I), embora não fique ele sujeito à imutabilidade de sua parte dispositiva, campo próprio de atuação da coisa julgada”. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, cit., p. 160.

⁶⁸⁸ Especificamente sobre o controle de constitucionalidade, a eficácia vinculante da autoridade da coisa julgada atinge não só ao dispositivo, mas também os fundamentos. É o que se convencionou em denominar na doutrina de “transcendência dos motivos determinantes”. Neste sentido há diversos julgados do STF sobre o tema: “Ementa: Fiscalização abstrata de constitucionalidade. Reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da validade constitucional da legislação do Estado do Piauí que definiu, para os fins do art. 100, § 3º, da Constituição, o significado de obrigação de pequeno valor. decisão judicial, de que ora se reclama, que entendeu inconstitucional legislação, de idêntico conteúdo, editada pelo estado de sergipe. alegado desrespeito ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADI 2.868 (Piauí). Exame da questão relativa

A despeito de uma suposta tranquilidade no ordenamento positivo no sentido de se adotar a teoria restritiva da coisa julgada,⁶⁸⁹ alguns autores ainda defendem o alcance da *res iudicata* à fundamentação. O principal opositor da tese restritiva é Ronaldo da Cunha CAMPOS, seguido, mais recentemente, por Paulo Roberto de Oliveira LIMA⁶⁹⁰ e Luiz Eduardo Ribeiro MOURÃO.⁶⁹¹

Ronaldo Cunha CAMPOS⁶⁹² é, certamente, o maior defensor da teoria ampliativa na doutrina moderna. Entende o autor em seu livro sobre os *Limites*

ao efeito transcendente dos motivos determinantes que dão suporte ao julgamento, *in abstracto*, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Doutrina. Precedentes. Admissibilidade da reclamação. Medida cautelar deferida. Decisão: Sustenta-se, nesta sede processual – presentes os motivos determinantes que substanciaram a decisão que esta Corte proferiu na ADI 2.868/PI – que o ato, de que ora se reclama, teria desrespeitado a autoridade desse julgamento plenário [...] O litígio jurídico-constitucional suscitado em sede de controle abstrato (ADI 2.868/PI), examinado na perspectiva do pleito ora formulado pelo Estado de Sergipe, parece introduzir a possibilidade de discussão, no âmbito deste processo reclamatório, do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes da decisão declaratória de constitucionalidade proferida no julgamento plenário da já referida ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa. Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Correa, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da "transcendência dos motivos que embasaram a decisão" proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria "ratio decidendi", projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, "in abstracto", de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, como resulta claro do magistério de Ives Gandra da Silva Martins/Gilmar Ferreira Mendes (*O controle concentrado de constitucionalidade*, p. 338/345, itens ns. 7.3.6.1 a 7.3.6.3, 2001, Saraiva) e de Alexandre de Moraes (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 2.405-2.406, item n. 27.5, 2. ed., 2003, Atlas) [...] Rcl 2986 MC/SE, rel. Min. Celso de MELLO, DJ 18.03.2005, p. 87.

⁶⁸⁹ Arruda ALVIM assevera que “nos dias correntes está praticamente superado o dissídio entre os que entendem que a coisa julgada se restringe, exclusivamente, ao dispositivo da sentença e os que – cada dia menos numerosos – entendem que ela, ao contrário, além do dispositivo abrange os motivos, os fundamentos e as premissas necessárias da decisão”. Arruda ALVIM. Ação declaratória incidental. *RePro*, n. 20, p. 10, São Paulo: RT, out.-dez. 1980.

⁶⁹⁰ *Contribuição à teoria da coisa julgada*, cit., p. 133.

⁶⁹¹ *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 194-219.

⁶⁹² *Limites objetivos da coisa julgada*, cit.

objetivos da coisa julgada, que o Código de Processo Civil (atual) não primou pela coerência.⁶⁹³

Assevera que é “necessário um esforço doutrinário para superar estas contradições, obtendo uma prestação que harmonize os textos legais, tornando exequível uma aplicação eficiente de nosso Código”.⁶⁹⁴

E isso porque o atual art. 468 do CPC constitui o antigo 287 do CPC de 1939, mas com a redação corrigida. O artigo anterior não possuía a expressão “lide” que, por sinal, era existente no dispositivo que inspirou a sua criação: o art. 290 do anteprojeto do CPC italiano, denominado “projeto Mortara”. Para ser fiel a fonte, o art. 468 inseriu os termos “lide” e “questão”, não na acepção desenvolvida por LIEBMAN (que seria a *mens legislatoris*), mas na de CARNELUTTI em sua clássica definição do instituto.⁶⁹⁵

Para o autor, o art. 469 do CPC é contraditório ao já referido 468. E isso porque o primeiro (este, notoriamente inspirado nas lições de LIEBMAN) expressamente confina o alcance objetivo da *res iudicata* ao *petitum*. Já o art. 468, de inspiração Carneluttiana estabelece (como entende este autor peninsular) que os limites objetivos são analisados pelas questões.⁶⁹⁶

No primeiro os limites da coisa julgada se restringem à pretensão, na medida em que exclui expressamente os motivos, a verdade dos fatos e as questões prejudiciais (todos integrantes dos fundamentos) do alcance da coisa julgada. Já o art. 468 prevê que os limites são fixados pela lide (mérito, pedido, pelo CPC vigente) e pelas *questões*.

⁶⁹³ Diz o autor que “o ato deve ter uma precisa finalidade, e não pode o mesmo ato cumprir em um determinado processo uma função, e em outro processo uma diversa função. É aberrante que o motivo em uma sentença seja excluído da área coberta pela autoridade da coisa julgada e em outra sentença considere-se integrante da decisão, e por isto ao abrigo de tal autoridade”. Limites..cit. p. 31.

⁶⁹⁴ CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 34.

⁶⁹⁵ *Limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 32.

⁶⁹⁶ Idem ibidem

CARNELUTTI também entende que a coisa julgada é delimitada pela lide que seriam as questões decididas. Dessa forma, o que o autor italiano assevera como critério definidor LIEBMAN⁶⁹⁷ afasta. Para o último autor esta “opção” do legislador no art. 468 incorre em uma importante consequência histórica: se o ZPO alemão em seu § 322 estabelece que os limites da coisa julgada referem-se à pretensão, não se pode imaginá-lo como fonte inspiradora do art. 468 do Código de Processo Civil atual na medida em que este se refere às questões.

Portanto, o autor mineiro fundamenta-se no art. 468 do CPC⁶⁹⁸ e na doutrina de CARNELUTTI para defender a teoria expansiva dos limites objetivos da coisa julgada. É importante frisar que trata-se de um estudo de interpretação sobre os estudos de CARNELUTTI. Até mesmo porque, como observado, autores há que entendem ser o italiano defensor da tese restritiva.

A conceituação de lide pode tomar-se como “o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”. E logo após assevera:

Se a lide não é controvérsia jurídica, a pretensão pode vir desacompanhada da razão, pois que esta consiste na afirmação da conformidade da pretensão ao direito. Daí existir pretensão arrazoada ou não. Porém, para procurar a tutela do Poder Judiciário a pretensão deve vir acompanhada de suas razões.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ A lição de LIEBMAN é forte na doutrina de CHIOVENDA para quem a coisa julgada é um bem da vida concedido ou não pelo magistrado.

⁶⁹⁸ “Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”

⁶⁹⁹ *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 82.

Dessa forma, defende o fato de que toda lide deve vir acompanhada de razões e como consequência a coisa julgada deve alcançar a fundamentação – que é uma resposta do Estado às razões apresentadas.⁷⁰⁰

Já o segundo autor observa que

Restringir a eficácia da coisa julgada ao dispositivo significa abandonar parte do resultado útil do processo, desprezar significativo trabalho produzido pelo Judiciário e multiplicar as possibilidades de decisões conflitantes, militando em desfavor da isonomia e ampliando as oportunidades de gerar perplexidades e desconfianças na atuação do Judiciário.⁷⁰¹

Os argumentos esposados pelo autor, em síntese são: *i) economia processual (produtividade do Judiciário)*. Ao decidir o magistrado perpassa por uma série de premissas. Caso haja nova demanda com base nesses mesmos fundamentos (que não foram acobertados pela coisa julgada) o novo magistrado deverá analisar novamente todas as questões anteriormente debatidas e decididas; *ii) decisões conflitantes*. Como se trata de nova demanda o magistrado poderá adotar um resultado diverso do que ocorreu na primeira demanda; *iii) vinculação à verdade formal*. Como o sistema probatório por nós adotado é o da persuasão racional, as provas produzidas no primeiro processo lá permanecem, devendo haver novas provas no outro processo para ajudar na convicção do julgador;⁷⁰² *iv) eliminação de litígios desnecessários*. Com a extensão da coisa julgada aos fundamentos, elimina-se os litígios desnecessários com futuras investidas com base na fundamentação; *v) supressão da ação declaratória incidental*. Para o

⁷⁰⁰ Em sentido contrário, José Maria TESHEINER (*A eficácia da sentença e a coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 146) apresenta bom exemplo de pretensão sem razão: “Quando o ladrão exige a bolsa da vítima, sem dúvida há pretensão, exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio. Não se trata, porém de uma pretensão jurídica, não poder que o ladrão não tenha razão, mas porque o ladrão não alega razão alguma”.

⁷⁰¹ *Contribuição à teoria da coisa julgada*, cit., p. 133.

⁷⁰² Aqui trabalhando com a hipótese de que houve pedido de novas provas, sem esquecer, contudo, da possibilidade de se utilizar do instituto atípico da “prova emprestada”.

autor, este incidente atrasa a marcha do processo que, com a extensão a fundamentação, desapareceria o fato gerador de sua existência (estender a coisa julgada para a questão prejudicial); vi) *resolveria a questão da sentença penal condenatória executada no juízo cível (adequação)*. A sentença penal condenatória uma vez transitada em julgado pode ser executada no juízo cível quando houver reparação patrimonial decorrente do delito (CPC, art. 475-N, II, CC, art. 935 e CP, art. 63). Contudo o juízo cível fica vinculado não apenas ao dispositivo do que foi decidido pelo juiz penal como também pelas fundamentações, que não podem ser rediscutidas nem alteradas pelo juízo cível (numa eventual ação indenizatória, v.g.).

Por fim, Luiz Eduardo Ribeiro MOURÃO,⁷⁰³ com base nas lições de João Castro MENDES,⁷⁰⁴ assevera que quanto maior a extensão da coisa julgada menor a indiscutibilidade sobre o objeto do litígio. Ademais, é difícil traçar uma clara fronteira entre os fundamentos e a decisão.⁷⁰⁵

O autor entende que o objeto do processo é composto tanto do pedido como da causa de pedir. Seguindo as lições de DINAMARCO,⁷⁰⁶ haveria um eixo imaginário entre o pedido e o dispositivo assim como entre a causa de pedir e a fundamentação. Se a causa de pedir integra o objeto do processo e a atividade jurisdicional é uma resposta aquele objeto, evidentemente a fundamentação deve ser considerada.

⁷⁰³ *Coisa julgada*, cit., p. 194-219.

⁷⁰⁴ “Os motivos fornecem o conteúdo da decisão, que sem ser completada por eles constitui uma abstração inaplicável e inadmissível [...] Para integrar portanto a decisão, para saber em que consiste aquilo que o juiz concede ou recusa, temos que recorrer aos motivos – aí é que encontramos a identificação dos elementos da situação de direito tornada (segundo a concepção de Savigny), *fictio veritatis, rectius*, indiscutível” (*Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, cit., p. 100-101 – itálicos do original).

⁷⁰⁵ Conforme asseverava SAVIGNY.

⁷⁰⁶ A despeito deste autor seguir a teoria restritiva e não inserir a causa de pedir no objeto litigioso (item 3.1). Ver *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 188.

Ainda, em seu juízo, o art. 469 do CPC assevera que os motivos de fato não fazem coisa julgada quando associados a um *novo* pedido, pois caso contrário será imunizado pela autoridade da *res iudicata*.⁷⁰⁷

É importante estabelecer nossa posição. De todo o exposto, inegavelmente os limites objetivos da coisa julgada atingem somente a parte dispositiva da decisão. Se a resposta jurisdicional versa sobre o pedido (e somente sobre ele: CPC, arts. 128 e 460) e esta resposta se encontra na parte dispositiva da decisão, a coisa julgada somente poderá atingir a esta parte.

Até mesmo porque nem no relatório nem na fundamentação existe julgamento. Neles (especialmente no segundo) o magistrado presta contas com a legitimidade a si conferida pelo Estado para demonstrar o *iter* que o levou à conclusão. A fundamentação não atinge a vida das pessoas, mas sim o dispositivo (a não ser que a questão prejudicial tenha sido expressamente requerida como objeto de julgamento por força da ação declaratória incidental) (item 5.7, *infra*).

A lide é um conflito teórico cuja aplicação prática no processo se dá pela pretensão. Para analisar a pretensão e verificar a sua juridicidade, deve o magistrado desenvolver uma atividade lógica que comumente se denomina *motivação*. Esta análise não toca a vida das partes.

Após a motivação vem a resolução da lide que se dá na parte *dispositiva*. O ato de acolher ou rejeitar a pretensão do autor reflete diretamente para fora do processo de modo que se pode concluir como uma atividade *prática*.

Contudo, a previsão dos limites da coisa julgada ao *decisum* decorre de uma interpretação sistêmica. Assim a principal argumentação para a adoção da tese restritiva decorre, como dito, do princípio da congruência (CPC, arts. 128 e 460), pois

⁷⁰⁷ Com base nessa premissa, entende o autor ainda ser o referido dispositivo desnecessário, pois se o art. 301, §§1º e 2º, pois se a demanda for repetida será, desde logo rejeitada. *Coisa julgada*, cit., p. 210.

há de haver uma correlação necessária entre o pedido e a decisão. Assim já entendia MENESTRINA, em seu *La pregiudiciale nel processo civile*, no início do século XX.⁷⁰⁸

Se as partes apenas quiseram decisão sobre a matéria veiculada no pedido, não é lícito ao juiz tomar como definitivo, os motivos que levaram a essa conclusão. Seu raciocínio (atividade intelectual) não pode produzir efeitos para fora do processo, pois não atinge a vida das pessoas. É o comando, o que foi decidido, que tem força imperativa e deve ser respeitado.

As consequências práticas de se enveredar a pensamento diverso já foram esposadas. Um suposto alargamento da coisa julgada a essas questões geraria como corolário lógico o enfraquecimento do instituto, pois a mera modificação de uma questão altera os contornos da lide e retira da nova demanda a identidade com a anterior, permitindo seu natural julgamento.

Ademais a existência da ação declaratória incidental no nosso sistema (CPC, arts. 5º, 325 e 470) reforça a ideia da exclusão dos motivos. Afinal, para que requerer que a questão prejudicial seja decidida com força de coisa julgada se esta já seria abarcada por ela? Importante frisar que esta medida não havia no regime anterior.

Demarcado corretamente que o dispositivo da sentença é alcançado pelos limites objetivos da coisa julgada é necessário verificar o que por ela não é alcançado.

5.5 Os motivos

O magistrado ao exercer sua atividade jurisdicional exerce, pelo menos, duas atividades distintas: i) uma *atividade cognitiva* sobre todos os fatos e fundamentos

⁷⁰⁸ Op. cit., p. 129.

apresentados, bem como pelas provas trazidas para que se possa decidir e ii) uma *atividade decisória* sobre a relação jurídica controvertida declarando a procedência ou improcedência do pedido do autor. Sobre esta recai o selo da imutabilidade.

Os motivos, na linguagem empregada pelo art. 459 do CPC, constituem nos seus fundamentos.⁷⁰⁹

Como visto, os motivos não integram o campo de abrangência da coisa julgada,⁷¹⁰ mas desempenham papel de suma importância para o entendimento do alcance do dispositivo.⁷¹¹ Neste sentido Victor Fairen GUILLEN

La cosa juzgada há de buscarse en el fallo de las sentencias. Pero la motivación de las mismas tiene gran valor como “antecedentes lógicos” de aquél; tras la relación de hechos – base fáctica de la cosa juzgada –, la parte jurídica de la sentencia, el producto de las complicadas operaciones de “subsunción”, se expone allí; no son “reflexiones” inócuas; van dirigidas a explicar el contenido del fallo.⁷¹²

O entendimento da fundamentação depende do estabelecimento de pequenas considerações sobre a legitimidade de decidir e o Judiciário. Ao contrário das funções do Poder Executivo e Legislativo, o Judiciário não recebe do povo o poder de julgar.

⁷⁰⁹ Neste sentido, José Carlos BARBOSA MOREIRA, Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil, cit., p. 92

⁷¹⁰ STF, RE 117.600/MG, Rel. Min. Celso de Mello, AC. de 18.12.1990, RTJ 133/1.311.

⁷¹¹ “Os motivos, ainda que relevantes para a fixação do dispositivo da sentença, limitam-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação mas não se recobrem do manto de intangibilidade que é próprio da *res iudicata*. O julgamento, que se torna imutável e indiscutível é a resposta dada ao pedido do autor e não o “porquê” dessa resposta”. Humberto THEODORO JÚNIOR. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 537.

⁷¹² *Doutrina general del derecho procesal*. Barcelona: Libreria Bosch, 1990. p. 522.

A forma tradicional de representação popular não se aplica a este poder. A escolha dos juízes obedece a critérios próprios e peculiares previstos expressamente na Constituição Federal⁷¹³ não se aplicando o sistema de eleição de mandatos.⁷¹⁴

Dessa forma, não se tratando a atividade jurisdicional de um exercício decorrente da vontade popular, o exercício da legitimidade do Judiciário deve ser verificado não pela identidade do juiz, mas pela motivação dos seus julgamentos.

Michele TARUFFO entende que o dever de fundamentar as decisões judiciais decorre de certo poder popular na participação das decisões. A motivação não atinge somente as partes e todos aqueles que participam de alguma forma do processo, mas de toda a sociedade. Dessa forma “a ótica *privada* do controle exercido pelo juiz de grau superior é integrada na ótica democrática do controle que deve ser exercido por aquele mesmo povo, em cujo nome a sentença vem pronunciada”.⁷¹⁵

Assim, enquanto o legislativo motiva a criação de uma lei por ser um representante da vontade popular, o magistrado deve fundamentá-la, pois nenhuma legitimidade é conferida à sentença pelo simples fato de ter sido proferida por um magistrado.

⁷¹³ Especificamente no Brasil, há duas formas: o ingresso por meio de prova de concurso de provas e títulos (CF, art. 93, I) ou por indicações/nomeações do denominado “quinto constitucional” (CF, art. 94). Ademais os Ministros do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal conforme dispõe os arts. 101, parágrafo único e 104, parágrafo único, da Constituição Federal.

⁷¹⁴ É comum encontrar críticas a este sistema entendendo se aplicar aos juízes o sistema eleitoral. Contrário a este posicionamento Sérgio NOJIRI assim dispõe: “O Poder Judiciário difere do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Estes se pautam por outros valores, que felizmente são estranhos ao exercício da magistratura. O juiz, ao contrário de um político, exerce uma função eminentemente técnica, e não deve se preocupar em agradar as maiorias (busca de votos); sua principal função consiste em aplicar a lei ao caso concreto, não devendo levar em consideração se tal aplicação satisfaz ou não a vontade de uma certa parcela da sociedade. Para o juiz importa a decisão que obedeça a determinados parâmetros já previstos anteriormente em lei” (*O dever de fundamentar as decisões judiciais*, cit., p. 60).

⁷¹⁵ *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 407.

Esta premissa é importante para entender a exclusão da fundamentação na autoridade da coisa julgada. O magistrado deve ter o cuidado de demonstrar todo raciocínio que o levou a chegar naquele dispositivo (conclusão). Entretanto, estas premissas não possuem finalidade prática (pois a coisa julgada deve apenas atingir *o que* de fato toca a vida das pessoas – a resposta à pretensão requerida), mas meramente política, pois objetivam satisfazer a necessidade de conferir legitimidade aos atos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário.

Conforme exposto, os motivos da decisão judicial não adquirem, com o trânsito em julgado, a imutabilidade que se verifica no comando judicial. Entretanto, essa afirmação *de per si*, não consegue responder a uma importante questão: se a fundamentação não faz coisa julgada, mas está intimamente relacionada ao dispositivo (como causa-e-efeito) como é possível não mudar o dispositivo (imutável) se a fundamentação (justamente por não se tornar) pode ser apresentada em futuro processo?

A motivação da sentença é um ato intelectual do magistrado. Trata-se de um juízo lógico. É nesse sentido o entendimento de José Ignácio Botelho de MESQUITA⁷¹⁶ ao asseverar que “o juiz desenvolve, assim, uma atividade *lógica* ou *teórica*, enquanto decide sobre as razões das partes, e uma atividade *prática*, enquanto acolhe ou rejeita a pretensão do autor” (grifos no original).

A despeito de não integrar os limites da coisa julgada,⁷¹⁷ inegavelmente os motivos assumem relevante função de delimitar o que se tornou imunizado. Por isso não se pode concordar com a argumentação de CHIOVENDA ao afirmar que o juiz quando apenas raciocina (*‘razoa’*), não representa o Estado.⁷¹⁸

⁷¹⁶ A motivação e o dispositivo da sentença. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, cit., 2005, p. 127.

⁷¹⁷ Não possuem eficácia para fora do processo ou simplesmente “eficácia” sentido empregado por LIEBMAN para designar o natural efeito da decisão.

⁷¹⁸ *Instituições*, v. 1 cit., p. 449.

É este o correto posicionamento de Ada Pellegrini GRINOVER que entende assumir a fundamentação papel importante para determinar a precisa extensão dos efeitos da sentença e conseqüentemente da sua imutabilidade.⁷¹⁹

A atividade jurisdicional não se encontra somente quando o juiz julga. A resolução de incidentes, a instrução do processo e a análise dos requisitos de admissibilidade consistem em atividades inerentes à função jurisdicional. Não se pode condicionar a atividade jurisdicional à imutabilidade do ato.⁷²⁰

Para se entender a relevância da motivação é importante visualizar o conceito de razões. As razões consistem no lado intelectual da lide, ou, mais propriamente numa visualização do seu aspecto teórico ou lógico⁷²¹ (em que a pretensão consiste no seu viés prático). As razões consistem em todos os motivos de fato e de direito que o autor apresenta na sua inicial para dar supedâneo à sua pretensão.

A motivação analisa todas as questões apresentadas pelo autor, mesmo que ela não tenha se tornado uma questão (*tantum iudicatum, quantum disputatum vel disputari debat*). Fora do campo da motivação ficam as razões não apresentadas (e que, portanto, não são aptas a se tornar questões) e não podem nem de maneira explícita, nem implícita ser decididas pelo magistrado.

A diferença entre a motivação e o dispositivo reside na qualificação estatal imposta em cada uma delas: enquanto na motivação o exercício do magistrado é eminentemente lógico (e que portanto ficará confinado no âmbito do processo) a

⁷¹⁹ Os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada, cit., p. 109. Neste sentido PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 5, p. 211. “Seria erro crê-se que a coisa julgada só se induz das conclusões; as conclusões são o cerne, porém os fundamentos, os motivos podem ajudar a compreendê-la”.

⁷²⁰ Nesse sentido é até estranho a análise do mestre italiano sobre o alcance da coisa julgada, já que CHIOVENDA estabelece como principal característica da jurisdição a substitutividade e não a imutabilidade como deveria se pressupor.

⁷²¹ Nesse sentido José Ignácio de Botelho MESQUITA. *A motivação e o dispositivo da sentença. Teses, estudos e pareceres de processo civil*, cit., 2005, p. 122-123.

atividade exercida no dispositivo deve ultrapassar os limites do processo e tenha aptidão para influir no conflito surgido pelas partes. Contudo, para que esta atividade seja possível, a decisão do juiz vem qualificada pela autoridade estatal. Atividade esta que somente atinge aquilo que foi levado a juízo.⁷²²

5.6 A verdade dos fatos como fundamento da sentença

O valor justiça inegavelmente reflete na finalidade prática e jurídica do processo e guarda estreita relação com a incidência da norma material na vida das pessoas.⁷²³

Já foi dito na doutrina que “todo juízo de verdade se reduz logicamente a um juízo de verossimilitude”.⁷²⁴ E isto porque é impossível que se obtenha a verdade real. Dessa forma, todo juízo de certeza se contenta com um juízo de probabilidade.⁷²⁵

Conforme o princípio *secundum allegata et probata iudex judicare debet*, determina que o juiz julgue conforme as provas constantes do processo. Contudo, a análise, mesmo que criteriosa, pode ensejar erros dada a falibilidade humana.⁷²⁶

⁷²² Como bem observa José Ignácio de Botelho MESQUITA. A motivação e o dispositivo da sentença. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, cit., p. 130-131 ao comparar a projeção dos efeitos do comando sobre a lide assevera que “Essa projeção, porém, assim como um foco luminoso, que pode envolver todo o objeto ou apenas parte dele, (segundo se coloque sob a incidência do feixe de luz todo o objeto ou somente algumas porções que se queiram iluminar), esta projeção, repetimos, atua sobre a lide na medida em que esta tenha sido posta pelo autor sob a incidência do ato judicial; vale dizer, na medida em que tenha sido introduzida no processo, deduzida em juízo”.

⁷²³ Conforme Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 77.

⁷²⁴ Estas palavras são de Piero CALAMANDREI. *Direito processual civil*, cit., v. 3, p. 269.

⁷²⁵ O próprio autor (Piero CALAMANDREI, *ibidem*, p. 270) assevera que “quando se diz que um fato é verdadeiro, se quer dizer em substância que tem conseguido, na consciência de quem como tal o julga, aquele grau máximo de verossimilitude que, em relação aos limitados meios de conhecimento de que o julgador dispõe, basta para lhe dar certeza subjetiva de que aquele fato tem ocorrido”.

⁷²⁶ Cândido DINAMARCO assevera que o risco de errar é inerente a qualquer tipo de processo e seria utopia buscar a verdade a qualquer preço. Assim, “o legislador e o juiz devem estar conscientes da inevitável

O magistrado não age como um historiador que pode deixar lacunas sobre acontecimentos ou incerteza sobre a ocorrência ou não de tais ou quais fatos. Em virtude da impossibilidade de decidir *non liquet*, deve criar meios para solucionar o caso concreto.

Esta regra toma ainda maiores nuances quando a coisa julgada se opera. Não se está aqui a retomar as antigas teorias de que a coisa julgada transforma o preto em branco e o quadrado em redondo,⁷²⁷ mas é de se deixar claro que após o trânsito, cria-se, ao menos para o campo da segurança processual, uma certeza jurídica.⁷²⁸

Aliás, os fatos não mudarão o que foram em sua essência. O Judiciário não mudará o acontecimento dos fatos, mas a interpretação do juiz sobre esses fatos aplicando o direito no caso concreto é o que constitui juridicamente relevante.⁷²⁹

Os efeitos da coisa julgada vão recair sobre a relação jurídica e não sobre os fatos.⁷³⁰ Assim, não se pode dizer que a coisa julgada seja uma presunção, tampouco uma ficção de verdade. A coisa julgada apenas cria a estabilidade das relações jurídicas não com base na verdade real, mas na probabilidade que esta verdade seja real.

Dessa forma, não se insere no espectro dos limites objetivos a verdade dos fatos, pois não se sabe se esta verdade é de fato a verdade real.⁷³¹ A autoridade da

falibilidade do sistema (projeção da própria falibilidade humana), convivendo racionalmente com o risco e dando força aos meios de sua correção” (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 142).

⁷²⁷ Conforme asseveram os glosadores sobre a teoria de Scassia.

⁷²⁸ Observa Humberto THEODORO JÚNIOR, que “Um fato tido como verdadeiro em um processo pode muito bem ter sua inverdade demonstrada em outro, sem que a tanto, obste a coisa julgada estabelecida na primeira relação processual” (*Curso de direito processual civil*, cit., p. 539).

⁷²⁹ Giuseppe CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, v. 1. cit., p. 340.

⁷³⁰ Piero CALAMANDREI, *Direito processual civil*, cit., p. 273.

⁷³¹ Este também é o posicionamento de Hermes ZANETTI. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e procedimento probatório, *Introdução ao estudo do processo civil*, cit., p. 127.

coisa julgada decorre principalmente (dentre diversos outros fatores) da segurança jurídica, mas restaria profundamente abalada se a verdade se tornasse imutável.

E isso porque, uma vez alcançada a verdade subjetiva em determinado processo, haveria sério comprometimento do livre convencimento do magistrado em uma segunda demanda, mesmo que seja com outro elemento caracterizador como a causa de pedir.⁷³²

Muito embora a verdade dos fatos esteja contida na fundamentação (CPC, art. 458, II) o legislador resolveu conferir trato distinto dos motivos.

Para a análise do que foi requerido pelas partes, o magistrado não apenas analisa o direito, mas também os fatos que lhe foram apresentados. É com base nesses fatos que o magistrado deverá aplicar o fundamento jurídico adequado.

A verdade empregada no dispositivo refere-se a verdade subjetiva que é aquela decorrente da convicção do magistrado sob a luz dos elementos fáticos e probatórios que possui ao seu alcance (CPC, arts. 128 e 131). Dessa forma, outro magistrado poderá proceder a uma interpretação de maneira diversa.

Neste sentido, sobre a aquisição da qualidade de coisa julgada e a necessidade da verdade, estabelece Jaime GUASP que “La cosa juzgada material no supone un puro reconocimiento de la verdad por parte de quienes la acatan; ni la sentencia es inmodificable porque encierre una verdad auténtica que deba forzosamente respetada”.⁷³³

⁷³² Wellington Moreira PIMENTEL. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 3, p. 564.

⁷³³ *Derecho procesal civil*. 4. ed., atualização Pedro Aragonese. Barcelona: Civitas, 1998. p. 517.

5.7 A apreciação de questão prejudicial e a ação declaratória incidental (CPC, art. 470)

É bem aceita a ideia de inserir a questão prejudicial como espécie do gênero questões prévias.⁷³⁴ Deve-se à MENESTRINA a primeira grande tentativa de sistematizar a matéria.⁷³⁵

Inegavelmente o processo, para que atinja o seu escopo de pacificação intersubjetiva,⁷³⁶ precisa percorrer um longo itinerário até o resultado que se finda com a outorga da tutela jurisdicional. Contudo, antes da análise da questão principal, o órgão jurisdicional deve enfrentar uma série de questões outras, sejam estas questões sobre fato ou direito.⁷³⁷

Estas questões devem ser enfrentadas, pois servem para deixar o caminho pronto ao julgamento da questão principal. Estas questões prévias são denominadas preliminares ou prejudiciais.⁷³⁸

⁷³⁴ Thereza ALVIM assevera que somente pode ser considerada questão prévia as questões que o magistrado deve resolver antes da principal. Caso contrário não poderá ser considerada como prévia nem tampouco prejudicial uma vez que não fará parte do raciocínio lógico do juiz. Existe nesse caso “uma relação de dependência entre a solução de uma segunda questão à de uma primeira, de modo que torna imprescindível a solução da questão ou questões prévias antes da questão principal” (*Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 14).

⁷³⁵ Conforme seu *La pregiudiziale nel processo civile*, cit. p. 95-103.

⁷³⁶ Evidentemente nos casos de jurisdição contenciosa.

⁷³⁷ É clássico o estudo das questões empreendido por Francesco CARNELUTTI. *Instituições do processo civil*, cit., v. 1, p. 86-88. Para o autor, “quando a razão, da pretensão ou da contestação, seja duvidosa, surge uma questão, a qual, portanto, é a dúvida sobre uma razão. Já que a decisão da lide se obtém resolvendo as questões [...]. A questão não é a lide; de fato, esta consiste, antes de tudo, em um conflito de interesses que é estranho à questão; a questão, por sua vez, consiste em uma dúvida que pode ser estranha à lide”.

⁷³⁸ Parcela da doutrina não se preocupa em estabelecer a diferenciação entre preliminares e prejudiciais, utilizando as expressões aleatoriamente dentro do processo. Esta indefinição projetou efeitos no então vigente CPC de 1939 ao estabelecer preliminar e prejudicial sem proceder a devida identificação (arts. 877 e 878). No CPC italiano, utiliza-se a expressão *pregiudiziale* em diversas acepções conforme se depreende dos arts. 34, 187, 276 e 279.

Serão preliminares as questões que devem ser logicamente decidida antes da principal. E a solução dada àquela, pode influenciar no julgamento desta. Já as questões prejudiciais são aquelas que devem ser logicamente decididas antes das questões principais. Contudo sua decisão influencia o resultado da questão subordinada.⁷³⁹⁻⁷⁴⁰

Para Adroaldo Furtado FABRÍCIO,⁷⁴¹ a questão preliminar pode “obstar a apreciação da subordinada, tornando-a desnecessária ou mesmo impossível”. Já a questão prejudicial “a resolução da questão prévia não fecha a porta à posterior apreciação da subordinada, mas pode predeterminar o *sentido em que está sendo resolvida*” (grifos no original).⁷⁴²

A diferença está, portanto, no tipo de influência que a questão subordinante apresenta à subordinada.⁷⁴³

É indiferente a matéria que verse as questões prévias.⁷⁴⁴ Existem questões preliminares processuais e de mérito, como questões prejudiciais preliminares e de

⁷³⁹ Esta definição é de José Carlos BARBOSA MOREIRA. Assim estabelece o autor que “a solução de certa questão pode influenciar a de outra: a) tornando dispensável ou impossível a solução de outra; ou, b) predeterminando o sentido em que há de ser resolvida” (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 22. e ss.).

⁷⁴⁰ Thereza ALVIM, *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 24 observa que uma questão pode ser preliminar em uma demanda e prejudicial em outra. Se numa determinada ação visando a anulação de ato jurídico praticado por menor, esta questão será prejudicial na primeira demanda. Contudo esta mesma questão poderá ser preliminar em outra demanda.

⁷⁴¹ *Ação declaratória incidental*, cit., p. 41.

⁷⁴² Nesse sentido Rosalina P.C. Rodrigues PEREIRA. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 52-57 e Olavo de OLIVEIRA NETO. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994, p. 78.

⁷⁴³ Neste sentido, Egas D. Moniz de ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 2, p. 362-363. A diferença não pode residir em meros critérios procedimentais que decorrem não da natureza do instituto, mas de opção político-legislativa. Assim, o fato de a prejudicialidade suspender o processo (art. 265, IV, CPC) não pode ser critério de distinção. João MONTEIRO. *Curso de direito processual civil*, 1912, 3. ed. v. 1, p. 116, adota o critério da suspensão como diferencial entre a prejudicial e a preliminar.

⁷⁴⁴ Observação feita por MENESTRINA *La pregiudiciale nel processo civile*, cit., p. 100. Neste sentido José Carlos BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 29-31.

mérito.⁷⁴⁵ Contudo, para o fim de questão prejudicial sujeita a coisa julgada, a matéria deve ser de mérito.⁷⁴⁶

A primeira característica das questões prejudiciais é a sua *antecedência lógica*. A resolução desta questão (ou destas questões) deve anteceder logicamente a análise da questão principal, ainda que esta resolução se dê na mesma decisão (o que se trata de mera questão de forma). Já restou superada a ideia de que a antecedência deveria ser cronológica⁷⁴⁷ até mesmo porque, como visto, podem ser decididas no mesmo provimento.⁷⁴⁸

A antecedência é lógica na medida em que a sua análise influencia na decisão principal, condicionando-lhe o teor a ser prolatado.

Contudo, a mera antecedência lógica não é suficiente para compreender o fenômeno. O magistrado, ao analisar um meio de prova e o seu valor, certamente estará analisando determinada situação que condiciona o julgamento da questão principal. Daí por que é necessário ao elemento lógico estabelecer outro critério qual seja o *elemento jurídico*.⁷⁴⁹

⁷⁴⁵ Não se pode concordar, desta forma com PONTES DE MIRANDA para quem as preliminares se ligam ao processo e as prejudiciais têm relação com o mérito (a despeito de o autor entender que as prejudiciais de mérito viriam ao processo na forma de 'exceções') (*Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., cap. IV, p. 62).

⁷⁴⁶ Ernane Fidélis SANTOS aduz que “não são prejudiciais as questões relacionadas com a ação e muito menos com o processo, mesmo porque, delas o atendimento ou rejeição do pedido não dependem”. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 628.

⁷⁴⁷ Neste sentido Thereza ALVIM. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 14.

⁷⁴⁸ Existem características da prejudicialidade que, dada as exceções que a casuística apresenta, não podem ser consideradas como critérios para fins dogmáticos. Como exemplo, autores entendem que a prejudicialidade se dará sempre em outra relação jurídica (v. por todos CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1 p. 472-473). Contudo, é possível discutir numa demanda de cobrança decorrente de disposição contratual a inexistência da relação jurídica. Constitui-se outra relação jurídica que possui caráter prejudicial.

⁷⁴⁹ Observado por José Carlos BARBOSA MOREIRA. *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 45. Ainda Adroaldo Furtado FABRÍCIO. *Ação declaratória incidental*, cit., p. 41. É fundamental que o elemento lógico e o jurídico estejam conjuntamente na questão para que caracterize a prejudicialidade. Assim, a

Dentro das prejudiciais volvidas no elemento jurídico, serão consideradas prejudiciais para os fins de aplicação do art. 469, III, somente as que exijam cognição semelhante a que o magistrado despenderia para a análise da questão principal.⁷⁵⁰

Há ainda outro critério para identificar a questão prejudicial no plano do processo. Trata-se da *autonomia*.⁷⁵¹ Além da anterioridade lógica e qualificação jurídica, a prejudicial somente poderá ser assim considerada se puder, potencialmente,⁷⁵² ser objeto de processo autônomo.⁷⁵³

Este conceito, contudo não ficou imune a críticas.⁷⁵⁴

Por fim, a questão prejudicial, como poderá ser objeto de demanda autônoma e, sobre ele incidir decisão de mérito, evidentemente que a matéria deve ter potencialidade para *formar coisa julgada material*.⁷⁵⁵ Dessa forma, como constitui característica da coisa julgada a possibilidade de haver cognição exauriente sobre o

impugnação ao valor da causa e a impugnação à gratuidade da justiça, existe valoração jurídica, mas não há o elemento lógico, na medida em que estas questões não geram influencia alguma para a resolução da questão principal.

⁷⁵⁰ Neste sentido Francesco MENESTRINA. *La pregiudiziale nel processo civile*, cit., p. 103.

⁷⁵¹ Este parece ser o principal critério adotado por Ada Pellegrini GRINOVER. *Ação declaratória incidental*, São Paulo: RT, 1972. p. 10 e 23. Também segue este critério Antônio Scarance FERNANDES, *Prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1988. p. 73-76.

⁷⁵² O emprego do adjetivo “potencial” é relevante na medida em que não é necessário que a questão seja efetivamente apresentada em outro juízo, bastando a mera possibilidade (autonomia abstrata).

⁷⁵³ Conforme Emílio BETTI. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma, p. 466.

⁷⁵⁴ Clarisse Frechiani Lara LEITE. *Prejudicialidade no processo civil*. Col. Theotonio NEGRÃO. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 80, assevera que sendo a prejudicialidade instituto processual “e que deve, pois, ser estudado por suas repercussões no processo, não é legítimo fundar num critério essencialmente ligado ao direito material”.

⁷⁵⁵ Excluem-se desde já da prejudicialidade jurídica os pressupostos processuais e condições da ação que constituem matérias internas ao processo não produzindo coisa julgada material. É importante somente frisar que a constatação decorre da opção do legislador (CPC, arts. 267, IV, V e VI). As dimensões do trabalho não comportam a discussão relevante sobre a natureza das condições da ação e o resultado de seu acolhimento especialmente à luz da teoria da asserção. Sobre a discussão, v. José Roberto dos Santos BEDAQUE. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., 2005, especialmente cap. IV.

objeto cognoscente, as questões em que se exercem cognição sumária não serão sujeitas à ação declaratória incidental.⁷⁵⁶

É importante falar, ainda que brevemente, da ação declaratória incidental.

Antes de tudo é importante ressaltar que o universo de demandas para a discussão de questões prejudiciais não se exaure com a propositura da ação declaratória incidental. De fato é possível o ajuizamento de oposição (CPC, art. 56), denunciação da lide (CPC, art. 70), dentre outras, mas pela proposta do presente trabalho ficaremos apenas com declaratória incidental.

A tese restritiva adotada no nosso sistema (CPC, arts. 468 e 469) é um pressuposto para que se admita a existência da ação declaratória incidental. Ademais, qualquer ordenamento jurídico somente autorizará referida demanda se permitir no seu procedimento a cumulação ulterior de pedidos.

Conforme visto, dado os limites objetivos da coisa julgada, qualquer questão fora do dispositivo é resolvida *incidenter tantum* no processo. Entre elas, as questões prejudiciais.

Contudo, sem a oposição de ação declaratória incidental, estas questões, justamente por não serem alcançadas pela *res iudicata*, ficam livres para ser analisadas (agora como *thema decidendum*) em outra demanda.

Evidentemente que esta possibilidade acarretará, ao menos, duas situações distintas para as partes: a primeira decorrente da propositura de nova causa,

⁷⁵⁶ Kazuo WATANABE pontua que “a solução definitiva do conflito de interesses é buscada através de provimento que se assente em cognição plena e exauriente [...] é de cognição plena e exauriente apto, portanto a formação da coisa julgada material, e não processo de cognição superficial” (*Da cognição no processo civil*, cit., p. 113 e 115).

umentando o número de demandas no Judiciário.⁷⁵⁷ A segunda referente ao julgamento. A sentença da ulterior demanda pode causar um conflito lógico com a primeira, na medida em que o magistrado da segunda não está adstrito ao que foi decidido, pois a questão havia sido ventilada apenas como premissa e não como *decisum*.⁷⁵⁸

O interesse na declaração decorre posteriormente ao processo. João Batista LOPES, em trabalho que é referência sobre o assunto,⁷⁵⁹ observa que a finalidade da ação declaratória é evitar o desprestígio à justiça. Para tanto, atende ao princípio da economia processual, pois evita nova discussão em ulterior processo. Ademais, impede a ocorrência de decisões conflitantes.

Aqui merece uma consideração sobre o “conflito entre coisas julgadas”.

A questão que se coloca em discussão é saber: se a fundamentação não é abarcada pela coisa julgada, como a sua rediscussão em posterior processo que contrarie o resultado anterior, não atingirá a coisa julgada anteriormente formada? Se duas decisões jurisdicionais investidas de legitimidade conferiram o mesmo bem jurídico (*res*) para pessoas diferentes ou se a decisão de um processo é logicamente inconciliável com a do posterior, qual caminho seguir?⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ Esta preocupação é tamanha que a conexão de causas (CPC, art. 103 e 301, VII) constitui objeção processual devendo o magistrado reunir as demandas de ofício.

⁷⁵⁸ Havendo improcedência de uma demanda alimentar, sobre o argumento (= fundamentação) da ausência de parentesco, nada impede que o menor ingresse com investigação de paternidade e obtenha nesta segunda demanda êxito. São questões que poderiam ter sido suscitadas no mesmo processo em cumulação de pedidos e que seriam, numa única oportunidade, decididas com ânimo definitivo. Arruda ALVIM. Ação declaratória incidental, cit., p. 9, sobre a segunda demanda, assevera que “este entendimento será insustentável no sentido e na medida em que se afirma ser possível, através de um segundo processo, em que se discuta a questão prejudicial (já conhecida no anterior, *incidenter tantum*), dar-lhe solução que possa *diminuir o bem da vida conferido no primeiro processo*” (grifos no original).

⁷⁵⁹ *Ação declaratória*. 3. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 117.

⁷⁶⁰ Thereza ALVIM, *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 49-50, sugere que, para evitar o problema de decisões lógicas e jurídicas entre sentenças, os ordenamentos instituísem uma ação

É clássica a expressão de CHIOVENDA no sentido de que o sistema se preocupa apenas com conflitos práticos e não teóricos (= decisões logicamente incompatíveis, mas conciliáveis).⁷⁶¹

Hermenegildo de Souza REGO assevera que

obviamente, porém, a rediscussão dos fundamentos, em outro processo, e a adoção, a seu respeito, de conclusões divergentes, não podem atingir a coisa julgada, isto é, não podem subtrair a *res* (o bem de vida objeto da ação ou reconvenção) que a sentença anterior tenha concedido com base nos fundamentos dos quais divergiu a segunda decisão.⁷⁶²

Se a segunda demanda idêntica vem a formar coisa julgada material, qual das duas coisas julgadas deve prevalecer? No caso concreto caberá da segunda demanda ação rescisória (CPC, art. 485, IV) para o fim de desconstituir a sentença que indevidamente chegou ao seu término. Contudo, enquanto o pedido rescindente não for formulado, prevalece a segunda coisa julgada.⁷⁶³

Arruda ALVIM, em clássico estudo sobre a ação declaratória incidental, afirma que

certamente sobrevivem ambas as decisões, pois no primeiro processo a questão era mera questão prejudicial ao passo que, no segundo, é o próprio objeto do processo. Conquanto tal situação não seja a ideal, a sobrevivência

declaratória incidental compulsória, sob pena de tornar coisa julgada as questões prejudiciais inerentes ao caso.

⁷⁶¹ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 497. Cândido DINAMARCO utiliza exemplo bem elucidativo: “Se uma sentença pronunciasse a separação judicial de determinados cônjuges e outra declarasse que o autor não tem direito à separação, como ficariam eles: casados ou separados? *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 313.

⁷⁶² Os motivos da sentença e a coisa julgada. *RePro*, n. 35, p. 14 e 21, São Paulo: RT.

⁷⁶³ Quem esclarece é Cândido DINAMARCO: “em primeiro lugar porque é inerente a todo ato estatal a revogação do antigo pelo novo, como acontece com as leis e atos administrativos. Além disso, a oferta do caminho da ação rescisória significa que o sistema processual não pretendeu que a segunda sentença passada em julgado fosse simplesmente desconsiderada, instável ou ineficaz” (*Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 328-329).

de ambas as decisões dá-se harmonicamente, subsistindo *in totum*, os bens jurídicos definidos por tais sentenças.⁷⁶⁴

Voltando ao cerne da discussão, Ernane Fidélis SANTOS assevera que a “questão prejudicial se distancia da motivação da sentença para fazer parte do próprio dispositivo (art. 458, III) e é abrangida pela coisa julgada como questão decidida, mas nos estritos limites da lide (art. 468)”.

A preocupação com que o legislador defende a economia processual, especialmente para evitar a proliferação de demandas faz com que se criem mecanismos que proíbam, ou quando muito inibam a pluralidade de causas: assim, a existência do litisconsórcio, as intervenções de terceiro e a possibilidade de reunião de feitos são efeitos sintomáticos dessa preocupação.

A ação declaratória tem sua gênese no mesmo escopo: impedir que a questão prejudicial de determinada demanda pudesse ser discutida em outra, agora como questão *principalliter*, pois na primeira havia sido decidida apenas *incidenter tantum* e, portanto, imune ao alcance dos limites objetivos da *res iudicata*.⁷⁶⁵

⁷⁶⁴ Ação declaratória incidental, cit., p. 9.

⁷⁶⁵ A vantagem da ação declaratória incidental é, nos dizeres de Cassio SCARPINELLA BUENO “A impossibilidade de rediscussão da “questão prejudicial”, de resto é técnica que atua em favor de uma maior estabilização do quanto decidido porque impede que, numa futura atuação do Estado-juiz, o resultado do processo anterior seja esvaziado” (*Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 2, t. I, 3. ed., 2010, p. 417).

Capítulo 6

EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

6.1 Introdução

A correta configuração do conceito de preclusão, bem como o sistema adotado no ordenamento pátrio – rígido ou flexível – (itens 1.2.e 1.3), é sobretudo importante para a aplicação e o desenvolvimento de determinados institutos processuais, em especial a coisa julgada e sua eficácia preclusiva.

Todo trabalho de CHIOVENDA⁷⁶⁶ na construção de um conceito unitário de preclusão, somada à correta inserção dentro do direito brasileiro, permite que esta configuração se entremostre possível. Não só para verificar o instituto em si considerado, mas compreender os efeitos que ele produz. Assim, é possível verificar a preclusão sob três aspectos distintos:⁷⁶⁷ i) como a perda de uma faculdade no processo; ii) como mera passagem de uma etapa procedimental, sem que necessariamente tenha ocorrido contumácia do detentor da posição ativa de vantagem; e iii) como efeito preclusivo que adquirem certas situações processuais.

Este efeito preclusivo pode ser mais restrito se a eficácia se deu apenas dentro do processo. Contudo, poderá ter uma maior extensão se ocorreu fora dele (eficácia panprocessual).⁷⁶⁸

BARBOSA MOREIRA⁷⁶⁹ bem observa que não é possível confundir coisa julgada com preclusão. “A coisa julgada é uma das várias situações jurídicas dotadas

⁷⁶⁶ *Instituições*, cit., v. 1, p. 449.

⁷⁶⁷ Conf. Luiz Machado GUIMARÃES. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969. p. 12.

⁷⁶⁸ Esta diferenciação é feita com precisão por Emilio REDENTI. Il giudicato sul punto di diritto, *Riv. Trim. di Dir. e Proced. Civile*, 1949, p. 261.

de eficácia preclusiva”. Assim, dentre outros efeitos, um dos que a *res iudicata* emite é o preclusivo.

6.2 Aspectos sobre a inserção da eficácia preclusiva no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme visto anteriormente, o ordenamento brasileiro adotou um sistema rígido de preclusões a fim de evitar que o processo se prolongue indefinidamente. Como prova disso, além dos prazos peremptórios para a apresentação das defesas e recursos, o CPC concentra a prática dos atos postulatórios, impede a discussão de questões já alcançadas pela preclusão (CPC, art. 473) e adota o instrumento da eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 474).

A previsão desta regra em nosso ordenamento só vem a confirmar a vinculação procedimental pátria ao princípio da eventualidade.⁷⁷⁰

A eficácia preclusiva da coisa julgada é também denominada por parcela da doutrina como julgamento implícito.⁷⁷¹ A expressão é criticada, contudo.⁷⁷² Se as

⁷⁶⁹ A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 100.

⁷⁷⁰ Conforme observa José Rogério Cruz e TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, cit., p. 151.

⁷⁷¹ A denominação não teve grande aceitação por majoritária doutrina. José Carlos BARBOSA MOREIRA assevera que o vocábulo implícito é mau empregado. Pois ao falar que as questões que não foram apreciadas teriam julgamento implícito, dar-se-ia a falsa impressão que “a solução de tais questões ficaria sujeita em si mesma, à autoridade da coisa julgada, e, portanto imune a nova discussão ainda em processo distinto no qual, embora entre as mesmas partes, se tenha de compor outra lide” Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, *Temas de direito processual*, primeira série, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 98. Neste sentido, Giuseppe CHIOVENDA. *Cosa juzgada y preclusión. Ensaos de derecho processal*. Buenos Aires: Ejea, 1949, p. 229, v. 3 e Enrico ALLORIO. *Critica della teoria del giudicato implicito. Rivista di Diritto Processuale Civile*, v. 15, p. 255-256, Padova: Cedam, 1938, parte II e Eduardo TALAMINI que, contrário à nomenclatura, pois incompatível com a garantia da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e ademais “se é absolutamente nula a decisão que não traz suas razões, o que dizer da rejeição de uma alegação ou defesa sem qualquer apreciação?” (*Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 85).

⁷⁷² Todavia, como observa Sérgio Gilberto PORTO, esta denominação possui aceitação na França. Sobre o propósito e alcance do art. 474 do CPC, *Revista Síntese de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 39. Igualmente não se opõe a ela Girolamo MONTELEONE. *Diritto processuale civile*, cit., 2002, p. 547.

questões expressamente decididas não se submetem à coisa julgada material por força da adoção da teoria restritiva no nosso ordenamento, certamente as questões que sequer foram ventiladas também não.

Não se pode confundir, portanto, questões implicitamente resolvidas com pedidos não formulados pela parte ou não apreciados pelo juiz no processo em que houve o trânsito em julgado. E isso porque

el principio, según el cual la cosa juzgada abarca lo deducido y lo deducible, encuentra su limite en el objeto de la controversia y por tanto, en lo relativo a la *exceptio rei iudicatae* es necesario establecer si concurre la *eadem causa petendi*, esto es, la identidad del hecho jurídico del que brota la pretension.⁷⁷³

Remotamente, a eficácia preclusiva possui sua origem no direito romano, *tantum iudicatum quantum disputatum vel disputari debebat*.⁷⁷⁴

Alguns autores entendem que a regra positivada no ordenamento brasileiro inspirou-se no art. 305 do CPC do Vaticano, que assim dispõe: “Passada em julgado a sentença que decide sobre o pedido do autor e eventualmente sobre o pedido reconvenicional e sobre os pedidos incidentais, que tenham sido objeto de uma decisão específica, reputam-se deduzidas e rejeitadas todas as defesas e exceções que poderiam ter sido opostas ao acolhimento ou à rejeição desses mesmos pedidos”.⁷⁷⁵

No caso do art. 305 em comento, a interpretação que deve se dar ao texto é extensiva: a despeito de a norma estabelecer apenas “defesas e exceções”, evidente

⁷⁷³ Ugo ROCCO. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires, 1970, apud Humberto THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, cit., p. 601.

⁷⁷⁴ Tanto foi julgado quanto foi disputado ou devia ser disputado. Segundo Giovanni PUGLIESE a resolução do quanto disputado (lide) é circunscrita pela presença de seus três elementos identificadores: partes, causa de pedir e pedido. “Giudicato civile”. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1969. v. 18, p. 862.

⁷⁷⁵ É o que entende Egas Moniz de ARAGÃO. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 324. É do autor também a tradução do texto em italiano.

que a questão deve abranger também todo material que seria necessário para acolher ou rejeitar a demanda.⁷⁷⁶

Conforme explicitado no item 5.1.3 *supra*, o legislador do diploma processual de 1939, ao tomar como fonte inspiradora o art. 290 do projeto do CPC italiano proposto por Ludovico MORTARA (1926), alterou o seu texto ao importá-lo para o art. 287, modificando sua concepção original.⁷⁷⁷ Regra, por sua vez, inspirada no art. 300, segunda parte do Projeto de CARNELUTTI para o CPC Italiano.

Contudo, nem o *caput* do art. 287 nem o parágrafo único deste mesmo artigo tiveram uma adaptação tranquila dentro do Código. Muito decorreu da realidade jurídica e dos ordenamentos distintos dos dois países. Esta dificuldade já foi vaticinada por Carlos MAXIMILIANO: “A simples Legislação Comparada não tem para o hermeneuta o mesmo valor que o Direito Comparado. Este é uma ciência completa; aquela uma síntese”.⁷⁷⁸

É preciso novamente remontar o pensamento de CARNELUTTI para a compreensão do instituto. O autor italiano ao aludir sobre o julgamento implícito (origem para formação do artigo), observa que apenas parte da lide era levada ao judiciário.⁷⁷⁹

Chamava de processo (ou sentença) parcial, pois nem toda lide era projetada ao processo (com base na sua famosa definição de *lide sociológica*). Assim, aquilo que não foi transportado para o judiciário e ficou externo ao processo não poderia ficar

⁷⁷⁶ Contudo outros entendem que a inspiração do nosso ordenamento se deu por outros diplomas processuais conforme será visto ainda neste tópico.

⁷⁷⁷ Grande parte da discussão sobre o art. 287 foi enfrentada no já mencionado item 5.3.

⁷⁷⁸ Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 133

⁷⁷⁹ Francesco CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., v. 4, p. 425-427.

acobertado pela coisa julgada. Somente as questões relativas ao *thema decidendum* vinculadas aos mesmos elementos são submetidas a esta imutabilidade.⁷⁸⁰

Assim, dispunha o parágrafo único do art. 287 do CPC/1939:

“Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide⁷⁸¹ terá força de lei nos limites das questões⁷⁸² decididas.

Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissas necessárias da conclusão”⁷⁸³ (grifei).

No parágrafo único a supressão em relação ao projeto italiano foi menos grave: retirou a expressão que havia no original “ainda que não tenha sido expressamente resolvido”.⁷⁸⁴ Machado GUIMARÃES adverte que o parágrafo, cuja fórmula é quase “enigmática”, enseja diversas interpretações.⁷⁸⁵

⁷⁸⁰ Francesco CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., v. 4, p. 425-427.

⁷⁸¹ Consoante observa Thereza ALVIM. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 71 “O termo *lide*, no Código de 1939, era usado no sentido tanto de processo como de mérito, mas não no de conflito de interesses, daí entendermos que se rejeitou em tal estatuto a lide sociológica” (grifos no original).

⁷⁸² José Ignácio Botelho de MESQUITA tece severas críticas à redação do referido artigo. E isso porque a expressão “questões” inserta no texto somente pode ser entendida como as razões contestadas pelo réu ou, mesmo sem contraditório, apreciada pelo juiz. Desta forma a lei não pode dar como decididas. A lei deveria ter falado somente em “razões”. A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença. *Teses, estudos e pareceres*. São Paulo: RT, 2005. v. 2, p. 128.

⁷⁸³ O mesmo autor levanta outro grande problema do dispositivo de lei: “usando a terminologia própria da lógica formal, leva a crer que o dispositivo deva decorrer da motivação com absoluto rigor lógico; isto, sobre não corresponder à realidade, deixa sempre a impressão de que, na sentença logicamente imperfeita, em que o dispositivo não guarde a desejável coerência com a motivação, pudesse ser consideradas como *não decididas implicitamente* e, portanto susceptíveis ainda de apreciação pelo mesmo ou outro juiz, aquelas razões que, se decididas, conduzissem (por um raciocínio lógico melhor posto) à uma conclusão diversa da que se formulou no dispositivo da sentença, o que está errado” (grifos no original) (idem, ibidem, p. 128).

⁷⁸⁴ É o texto do projeto: “La sentenza che decide totalmente o parzialmente una lite há forza di legge nei limiti della lite e della questione decisa. Si considera decisa, anche se non sai risoluta espressamente, ogni questione La cui risoluzione costituisca una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza”.

⁷⁸⁵ Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo, cit., p. 20. Nesta linha, Ovídio Baptista da SILVA (*Sentença e coisa julgada: ensaios*, cit., p. 139), asseverava que “as maiores divergências e 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”.

O texto deixa claro que a eficácia preclusiva da coisa julgada não incide sobre qualquer questão:⁷⁸⁶ apenas aquelas que serviram de premissas para a decisão. Somente as questões respeitantes *àquele tema* e apresentadas na demanda que seriam premissas necessárias para a solução da causa que incidiriam o julgamento implícito.⁷⁸⁷

BARBOSA MOREIRA entende que o parágrafo não fala sobre os limites objetivos da coisa julgada, mas sobre a eficácia preclusiva *panprocessual*.⁷⁸⁸ Para o autor o parágrafo único não objetivava ampliar o alcance da coisa julgada para qualquer outro processo (as questões que poderiam ser suscitadas), mas especificamente sobre a própria questão principal.⁷⁸⁹

E isso porque, numa interpretação sistemática ao diploma revogado, era fácil constatar pela mera leitura do então vigente art. 4º que o magistrado não poderia julgar fora dos limites do pedido do autor.

Em sentido contrário, observando os comentários da época, Ovídio A. BAPTISTA SILVA asseverava que a doutrina não via alternativa senão atribuir a força da coisa julgada também às premissas necessárias com a supressão da expressão *lide* que constava no texto inspirador.⁷⁹⁰ Se o legislador retirou a expressão que conferia os

⁷⁸⁶ Neste sentido Celso NEVES. *Coisa julgada civil*, cit., p. 494.

⁷⁸⁷ MARINONI e ARENHART (já escrevendo à luz do CPC vigente) observam que “Trata-se, com efeito, de simples questão de lógica. Considerando que, na elaboração do libelo que fundamenta o pedido de certa tutela jurisdicional, devem estar presentes, a título de *causa de pedir*, apenas os elementos relacionados ao específico fundamento – fatos jurídicos necessários e suficientes para ensejar certo efeito jurídico, que corresponde ao *pedido* na ação – *somente os fatos relacionados a esta causa de pedir deverão ser contemplados na petição inicial da causa*” (*Curso de processo civil*, cit., v. 2, p. 649-650).

⁷⁸⁸ José Carlos BARBOSA MOREIRA, A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. *Temas de direito processual*, primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 101. Panprocessual, pois, como será visto no item 6. 6, existe a eficácia endoprocessual (primária ou interna).

⁷⁸⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 101.

⁷⁹⁰ *Sentença e coisa julgada: ensaios*, cit., p. 139.

limites da *res iudicata* é porque, de livre propósito, quis alargar seus limites para as premissas/questões prejudiciais.⁷⁹¹

Este problema foi atenuado com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973. A redação do art. 474 estabelece que, “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”.⁷⁹²

Além de a redação ser mais clara (ao inserir o vocábulo ‘pedido’), a interpretação do texto tem o auxílio fundamental dos arts. 471⁷⁹³ e 469, este último, em especial, estabelece, explicitamente, os limites objetivos da coisa julgada.⁷⁹⁴

Vale dizer, não será possível invocar em nova demanda os argumentos adotados na primeira e que serviram de base para a decisão. Estes elementos são fixados pela tríplice identidade.

Contudo, conforme expressa previsão legal (CPC, arts. 468 e 469) e majoritária doutrina e jurisprudência, os motivos não são alcançados pelos limites objetivos da coisa julgada. Se não alcançados, livre está o caminho para invocá-los em outra demanda. Entretanto, se este caminho levar o novo juízo a modificar a coisa julgada anteriormente formada, fica vedada sua discussão à luz do art. 471 do referido diploma legal.

⁷⁹¹ O mesmo autor confere elucidativo exemplo: derrotado numa demanda reivindicatória a parte deseja ingressar com pedido de reconhecimento de servidão, pois a propriedade (premissa) já foi discutida em demanda anterior.

⁷⁹² O Anteprojeto inseria a expressão “exceções” que no texto atual estariam inseridas no vocábulo ‘defesas’ (art. 478). Contudo, por força da Emenda n. 284 apresentada pelo Dep. Freitas Nobre fez suprimir o vocábulo *exceções* por *defesas*.

⁷⁹³ “Nenhum juiz decidirá novamente as questões decididas, relativas a mesma lide [...]”

⁷⁹⁴ Ovídio Baptista da SILVA observa que o CPC de 1939 valorizava muito o aspecto silogístico e lógico da decisão. O CPC atual, ao seu turno, fala que a sentença tem força de lei nos limites da lide (CPC, art. 468) envolvendo as alegações e defesas a ela pertinentes (CPC, art. 474) desde que vise infirmar o julgado anterior. Entretanto, os motivos não fazem coisa julgada (CPC, art. 469).

O art. 474 do CPC impede que não apenas o que a parte perdeu possa ser rediscutido como também aquilo que ela poderia ter alegado, mas não o fez. É importante o grifo: são argumentos que *poderiam* ser alegados dentro da *mesma lide*. Se se tratar de nova causa de pedir (conforme será visto com a análise das teorias sobre o assunto), constituir-se-á em *nova* causa de pedir e, portanto, fora dos lindes daquela lide.⁷⁹⁵

A lei tomou o cuidado de mencionar no texto do art. 474 “alegações” em vez de “causas” (aqui utilizada como um dos elementos individualizadores da demanda) para evitar a preclusão de todas as possíveis causas de pedir que seriam aptas a fundamentar o pedido.⁷⁹⁶

A doutrina é majoritária no sentido de que o art. 474 buscou no art. 287, parágrafo único, do revogado Diploma de 1939 a fonte para sua textualização. Neste sentido Arruda ALVIM,⁷⁹⁷ BARBOSA MOREIRA,⁷⁹⁸ José Ignácio Botelho de MESQUITA,⁷⁹⁹ Cassio SCARPINELLA BUENO,⁸⁰⁰ Sérgio Gilberto PORTO,⁸⁰¹ Sérgio Ricardo de Arruda FERNANDES⁸⁰² e Luiz Guilherme MARINONI.⁸⁰³

⁷⁹⁵ Cândido DINAMARCO, exemplifica o que seria alcançado pela eficácia preclusiva: “novos argumentos, novas circunstâncias de fato, interpretação da lei por outro modo, atualidades da jurisprudência, etc.” *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 325.

⁷⁹⁶ Em sentido diverso Araken de ASSIS no sentido que a expressão alegações é simétrica a defesas como elemento suficiente para embasar o acolhimento do pedido. Sinônimo, portanto de causa *petendi*. não seria crível imaginar que defesa se contrapusesse a simples alegações. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Saneamento do processo*, cit., p. 125.

⁷⁹⁷ Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. *RePro*, n. 1, p. 128, São Paulo: RT, 1974.

⁷⁹⁸ A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 101.

⁷⁹⁹ *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense: 2006. p. 79.

⁸⁰⁰ Cassio SCARPINELLA BUENO. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, t. I, p. 419.

⁸⁰¹ Sobre o propósito e o alcance do art. 474 do CPC, *Revista Síntese*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 44.

⁸⁰² Alguns aspectos da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *RePro*, n. 62, p. 86, São Paulo: RT, abr.-jun. 1991.

⁸⁰³ *Curso de processo civil*. Processo de conhecimento, cit., p. 648.

Contudo, outra parcela significativa da doutrina entende que o art. 474 não constitui uma continuidade do ab-rogado art. 287, § único. E isso porque o termo ‘premissas’ que se encontrava no dispositivo deveria ser interpretado como ‘motivos’, daí o enquadramento ser mais adequado ao atual art. 469, II, até mesmo porque os motivos não fazem coisa julgada. Neste sentido Ovídio Baptista da SILVA,⁸⁰⁴ Araken de ASSIS,⁸⁰⁵ Antonio Carlos Araújo CINTRA⁸⁰⁶ e PONTES DE MIRANDA.⁸⁰⁷

O primeiro texto brasileiro a efetivamente sistematizar a eficácia preclusiva da coisa julgada (e a primeira vez que se utilizou a expressão no país) se deu pela lavra de Machado GUIMARÃES em seu “Preclusão, coisa julgada e efeito preclusivo”.⁸⁰⁸ O autor teve o mérito de enfrentar o problema sob a ótica endoprocessual, panprocessual, bem como os aspectos temporais desta eficácia. De seus estudos advieram diversos outros notáveis textos doutrinários que aqui serão analisados.

6.3 Conceito

Como consequência da *eventualmaxime*, compete ao autor (CPC, arts. 264 e 294 e mais precisamente no art. 282, III e IV) e ao réu (CPC, art. 300) formular, dentro

⁸⁰⁴ Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual, cit., p. 138-139. O autor assim estabelece: “Se quisermos identificar o antecedente legal do art. 474 do Código vigente, não podemos 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 nítido sabor silogístico ao arcabouço da decisão jurisdicional e dando relevo demasiado ao aspecto lógico da sentença, o Código de 73 declara, sim, que a sentença que julgar a lide terá força de lei nos limites da lide (art. 468), envolvendo todas as alegações e defesas a ela pertinentes, quer as partes as tenham controvertido, efetivamente nos autos que não as tenham (art. 474); mas as premissas, os fundamentos, ou como prefere chamá-los o art. 469, os motivos que serviram ao julgador para sustentar sua conclusão não fazem coisa julgada”.

⁸⁰⁵ Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Saneamento do processo*, cit., 1989, p. 122. O autor entende que a regra é inspirada nos §§ 616 e 767, III da ZPO alemã.

⁸⁰⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 4, p. 309.

⁸⁰⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. V, p. 120-121.

⁸⁰⁸ *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

da fase postulatória, todas as suas alegações de pedido e de resistência com que fundamentam suas pretensões.

O autor formaliza o objeto litigioso, o réu lhe confere os contornos.

O Estado, cumprindo a sua função jurisdicional que lhe é afeta, outorga a solução concreta para as situações levadas a sua apreciação. Nem sempre litigiosas, tendo em vista que determinadas situações independem do litígio como fato gerador de se socorrer da tutela Estatal como a jurisdição voluntária e as demandas constitutivas necessárias.

Proferida a sentença, de regra, analisando todos os pontos e nuances da lide, a atividade judicante cobrirá o que foi alegado e o que também não foi, mas poderia ter sido.⁸⁰⁹

Assim, nenhum processo tem seu trâmite indefinido no tempo. O sistema brasileiro, seguindo a linha da grande maioria dos sistemas europeus, estabelece a possibilidade de recursos sobre as decisões, mas lhe confere um limite. O exaurimento das medidas recursais colocadas à disposição em cada ordenamento jurídico denomina-se trânsito em julgado.⁸¹⁰

Com o trânsito em julgado, a sentença (ou acórdão) adquire a imutabilidade que, na linguagem liebmaniana, significa a autoridade da *res iudicatae*. Esta consequência gera um efeito negativo, com a impossibilidade de se discutir, no processo encerrado, qualquer questão do que fora decidido e um efeito positivo, no

⁸⁰⁹ Egas Moniz de ARAGÃO. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 325.

⁸¹⁰ Não se confunde trânsito com coisa julgada. O trânsito em julgado, que traz a idéia de movimento, transição, é o indicador em que este fenômeno ocorre. “Trânsito em julgado é a passagem de uma sentença ou acórdão do estado de ato ainda sujeito a revisão no âmbito do processo, para o estado de estabilidade, imutabilidade, que caracteriza a coisa julgada formal” (Cândido Rangel DINAMARCO. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 275).

sentido de vincular os futuros juízes, se e quando acionados, a não discrepar do posicionamento firmado no processo originário.

Entretanto, entre a petição inicial e o trânsito em julgado o magistrado percorreu um longo itinerário analisando provas, sopesando fatos e resolvendo questões.

Todavia, como bem alvitra BARBOSA MOREIRA,⁸¹¹ é possível que as questões que possam influenciar na decisão final não tenham sido exaustivamente analisadas no processo. Isso pode ocorrer porque a parte: i) deixou de suscitar (e não era possível ao magistrado conhecê-las de ofício); ii) o magistrado omitiu-se em apreciá-la, mesmo tendo sido suscitada ou que sua apreciação era possível de ofício.

Ocorre que estas questões, que podem ter sido omitidas por uma série de fatores na decisão originária, justamente por se encontrar fora do alcance objetivo da *res iudicata*, podem ser trazidas novamente ao debate em outra demanda.

Pergunta-se: este novo debate é apto a mudar a convicção do juízo? Seria possível, por exemplo, numa ação de separação litigiosa utilizar o argumento do adultério como causa de pedir e, se esta demanda fosse rejeitada, em nova, formular o mesmo pedido, mas como fato gerador o abandono de lar, fato este que, já existia quando da distribuição da primeira demanda?

Responder afirmativamente a esta pergunta levará a prestar contas (ao menos de maneira oblíqua) com o instituto da coisa julgada. Como permitir que a lide se perpetue se a finalidade do instituto é justamente criar um resultado que solucione o conflito? Máxime em nosso ordenamento, que, como bem observa Nelson NERY,⁸¹²

⁸¹¹ A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 98.

⁸¹² “Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (coisa julgada) que deve prevalecer em relação à justiça, que será sacrificada (*Veropferungstheorie*). *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit. p. 65.

optou pela segurança em detrimento de uma eventual imunização de sentença injusta. (afinal, justiça real é utópica).⁸¹³ E que lide? A de CARNELUTTI ou a de LIEBMAN?

Assim, numa primeira visão sobre o instituto, todas as questões que foram e poderiam ter sido levantadas em juízo ficam repelidas pela segurança⁸¹⁴ que se impõe à coisa julgada como fenômeno de pacificação social. Aquilo que não foi alegado torna-se irrelevante e mistura-se com o objeto litigioso que restou imunizado, *como se implicitamente tivesse sido julgado*.⁸¹⁵

Até mesmo porque, como bem adverte CHIOVENDA, “o que, portanto, determina os limites objetivos da coisa julgada é a demanda de mérito da parte autora”.⁸¹⁶

Consideradas as premissas, no que consiste e em que momento a eficácia preclusiva se faz presente no ordenamento? *Eficácia preclusiva da coisa julgada*⁸¹⁷ é a impossibilidade de discussão, após o trânsito em julgado, das questões que poderiam ter sido inseridas (mas não foram) na causa ou que não foram levadas em consideração no julgamento, desde que respeitantes a mesma lide.⁸¹⁸ Havendo essa

⁸¹³ O ordenamento excepcionalmente prevê a possibilidade do manejo da ação rescisória (CPC, art. 485) sempre que o vício da decisão esteja tipificado em alguma das hipóteses do referido artigo. Igualmente é possível balançar a firmeza do julgado quando a lei que baseou a sentença já transitada for declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ensejando a impugnação em sede executiva (CPC, art. 475-L, § 1º) e quando se tratar da Fazenda Pública (CPC, art. 741, parágrafo único).

⁸¹⁴ Neste sentido Cassio SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., p. 419.

⁸¹⁵ José Carlos BARBOSA MOREIRA, A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 99.

⁸¹⁶ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 494.

⁸¹⁷ Uma questão de terminologia: Marcelo Abelha RODRIGUES, inspirado nas lições de BARBOSA MOREIRA disciplina que a nomenclatura deveria ser aprimorada. Assim, “como a preclusão é um fenômeno endoprocessual, e o que ocorre com as questões extrapola o próprio processo, preferimos dizer que se trata de uma eficácia preclusiva *panprocessual* da coisa julgada” (grifos no original). *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 211. Em nossa opinião o autor tem razão. Manteremos, contudo, na exposição do trabalho a nomenclatura eficácia preclusiva da coisa julgada uma vez adotada pela doutrina.

⁸¹⁸ Enrico ALLORIO observava que a eficácia preclusiva da coisa julgada (mesmo entendendo que não havia muita utilidade) “indica preclusione delle questioni non dedotte sebbene si potessero dedurre, nel giudizio

impossibilidade, estas matérias (mesmo que, se apreciadas, viessem a mudar o resultado) não possuem mais interesse *desde que* atinentes ao caso julgado. Egas Moniz de ARAGÃO assevera que “tudo que estiver fora do objeto do processo está imune à determinação contida na regra em exame”.⁸¹⁹

Trata-se da preclusão para as partes discutirem questões apreciadas ou não *incidenter tantum* em demanda anterior que possam influenciar na matéria já imunizada. Não se trata de conferir eficácia à decisão, mas sim à coisa julgada.⁸²⁰ Inegavelmente constitui um efeito inerente à coisa julgada.⁸²¹ Mas guarda a sua autonomia.⁸²²

Desta forma, não se admite a propositura de nova demanda para discutir a mesma lide, contudo com novas alegações.⁸²³ É fato que os limites objetivos da coisa julgada alcançam apenas o dispositivo, mas as questões pertencentes a mesma lide

che approdò alla sentenza definitiva” . Critica della teoria del giudicato implicito. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 1938, p. 245, vol. XV, parte II. O autor, que analisou o instituto à luz do revogado Código italiano de 1865, mesmo não havendo previsão normativa sobre o instituto.

⁸¹⁹ *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 326. Neste sentido, interessante definição empreendida por José Maria TESHEINER: “Consiste esta [eficácia preclusiva], exatamente, na circunstância de se considerarem certas questões, a partir de determinado momento, como julgadas, embora não debatidas expressamente, haja vista que eram pertinentes à causa e capazes de ensejar tanto o acolhimento quanto a rejeição da pretensão deduzida”. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2002, p.155.

⁸²⁰ Quem adverte é PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. V, p. 160. Neste sentido, a jurisprudência do STJ assim se manifestou: “O art. 474 do CPC sujeita aos efeitos da coisa julgada todas as alegações que poderiam ser argüidas como matéria de defesa. A sentença de procedência do pedido reivindicatório faz coisa julgada material e impede em futura ação que se declare usucapião em favor do réu, assentado em posse anterior à ação reivindicatória” (STJ, 3ª T, REsp 332.880, Min. Gomes de Barros, j. 05.10.2006, DJU 27.11.2006).

⁸²¹ Karl Heinz SCHWAB observa que na doutrina alemã existem opiniões divergentes no sentido de ser a eficácia preclusiva (*el efecto de exclusion*) um efeito da coisa julgada ou um efeito da preclusão (e portanto alheio àquela). *El objeto litigioso en el proceso civil*, Buenos Aires: Ejea, 1968. p. 216.

⁸²² A eficácia preclusiva da coisa julgada não se confunde com a autoridade da coisa julgada material, ela apenas “se presta a dar sentido e efetividade a esta: pudessem os motivos da sentença ser novamente discutidos, com vistas à mesma ação já julgada, nenhuma estabilidade teria o julgado material. Eis que a lei veda novas discussões sobre qualquer ponto ou questão sobre que se haja apoiado a sentença passada em julgado” (Kazuo WATANABE, *Da cognição no processo civil*, cit., p. 107-108).

⁸²³ Neste sentido Nelson NERY e Rosa Maria de Andrade NERY, *Código de Processo Civil comentado*. 10 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 709 (Coment. ao art. 474).

(que, se analisadas, serão inseridas na fundamentação) tiverem aptidão de influenciar no mérito da demanda anterior não serão atingidas pela coisa julgada (CPC, art. 469), mas sim pela eficácia preclusiva.

Portanto, a análise da eficácia preclusiva só terá relevância se houver potencialidade de ofender a coisa julgada pretérita.⁸²⁴ “O que essa autoridade impõe, em sua essência, é a impossibilidade de futuro processo vir a desconhecer ou diminuir o bem ou a situação jurídica material reconhecida à parte no julgamento anterior.”⁸²⁵

Se porventura a parte formular demanda com a mesma causa de pedir da anterior, mas diferente pedido, o efeito negativo não incidirá no novo juiz, que poderá analisar livremente a causa *petendi* resolvendo-a até de forma diversa da decisão pretérita. E isso porque, sendo pretensões diferentes, não haverá abalo na coisa julgada anterior. Poderá haver incompatibilidade lógica, mas não prática.

Os limites objetivos da coisa julgada têm seu alcance muito bem delineado pela lide decidida (CPC, art. 468).⁸²⁶ Aquilo que não foi decidido não é alcançado pela coisa julgada. Necessário então um instituto complementar para abarcar as situações que não foram decididas, mas poderiam ter sido se a parte houvesse deduzido tais matérias. Esta é a finalidade da eficácia preclusiva: cobrir área que os limites objetivos não alcançam, desde que, como dito: a) integre a linha argumentativa da mesma lide

⁸²⁴ Conforme o entendimento do Ministro Luiz FUX: “Deveras, um dos meios de defesa da coisa julgada é a eficácia preclusiva prevista no art. 474 do CPC, de sorte que, ainda que outro rótulo da ação, veda-se-lhe o prosseguimento ao pálio da coisa julgada, se ela via infirmar o resultado a que se alcançou na ação anterior” (STJ, 1ª Turma, REsp 469.211-SP, DJ 29.09.2003, v.u). Neste sentido Sérgio Ricardo de Arruda FERNANDES. Alguns aspectos da coisa julgada no direito processual civil brasileiro, cit., p. 84 observa que “A eficácia preclusiva da coisa julgada material só se opera em relação a procesos que versem sobre o mesmo litígio e conseqüentemente, ponham em risco a autoridade da coisa julgada”.

⁸²⁵ Humberto THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, cit., p. 603. Neste mesmo sentido Andrea Proto PISANI, *Lezioni di diritto procesuale civile*, cit., p. 67.

⁸²⁶ Como analisa Machado GUIMARÃES, “apenas a questão que é objeto de *decisum*, e não aquelas que constituam suas premissas, adquire *auctoritas rei iudicatae*”. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo, cit., p. 21.

que sofreu a autoridade da coisa julgada e b) que sejam matérias aptas em outra demanda a abalar a firmeza do preceito da demanda anterior.

A bem da verdade, a existência da eficácia preclusiva prescinde de previsão legal. Uma interpretação lógico-sistemática no ordenamento seria o suficiente para extrair esta conclusão. Afinal, como imunizar com coisa julgada alegações e defesas que, por não terem sido alegadas, não possuem suporte decisório (=sentença)?

Em resumo, a autoridade da *res iudicata* abrange o pedido com a respectiva causa de pedir, mas não a causa *petendi* isolada, sob pena de ofensa ao art. 469, I, do CPC. Alcançando-se também os argumentos inerentes à causa de pedir (vinculada àquele pedido) que não foram deduzidos.⁸²⁷

É nos dizeres de prestimosa doutrina exercer a eficácia preclusiva uma “função *instrumental*, isto é, caracteriza-se como *meio* de preservar a imutabilidade do julgado”.⁸²⁸ Constitui-se, portanto, numa película protetora objetivando a resguardar a decisão judicial.⁸²⁹

Antônio Carlos de Araújo CINTRA entende que a eficácia preclusiva tem a finalidade de “preservar a autoridade da coisa julgada adquirida por sentença anterior, afastando a possibilidade de subsequente impugnação desta mediante alegações ou defesas não apreciadas no processo em que foi proferida”.

Assim,

⁸²⁷ Nesse sentido, STJ, 3ª T., REsp 11.315/RJ, Min. Eduardo Ribeiro, 31.08.1992.

⁸²⁸ Neste sentido Nelson NERY e Rosa Maria de Andrade NERY, *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 709 (Coment. ao art. 474).

⁸²⁹ Cassio SCARPINELLA BUENO assevera que a eficácia preclusiva da coisa julgada (assim como a justiça da decisão, art. 55) “assumem feições bastante próximas à finalidade desempenhada pela coisa julgada embora com ela não se confundam” (*Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 418).

Não se pode falar em eficácia preclusiva da coisa julgada nas situações em que a autoridade desta não foi colocada em risco, inclusive aquelas relativas a fatos supervenientes. Portanto, em outros processos, relativos a outras lides, estão sujeitas a livre discussão, sem restrições, embora examinadas e decididas pelo juiz anterior, para formular suas conclusões, as alegações e defesas opostas ou que poderiam ter sido no processo em que se formou a coisa julgada.⁸³⁰

É importante fazer o instituto passar por alguns testes de consistência:⁸³¹

i) Caio consegue a condenação de Tício ao pagamento de multa por infração de cláusula contratual. Decisão transita em julgado, e Tício efetiva o pagamento. Tício agora vai a juízo alegar a nulidade absoluta deste contrato e pede a restituição da multa. A questão da nulidade influi na primeira demanda – eficácia preclusiva. Desta forma, a demanda originária está assegurada pela coisa julgada. Não poderia alegar Tício que a questão da nulidade não foi alegada na primeira demanda e, portanto, seria matéria nova.

Agora, nada impede que Caio proponha uma nova ação contra Tício exigindo o cumprimento de *outra* obrigação deste mesmo contrato e este então alegue a nulidade do contrato como matéria de defesa. E isso porque se trata de outra lide, outra obrigação.

BARBOSA MOREIRA, com base nesse exemplo, assevera que

tampouco opera aqui, sobre a questão, a eficácia preclusiva da coisa julgada, pois seja qual for a solução que se lhe dê, permanecerá incólume a auctoritas rei iudicatae da anterior decisão, que de modo algum se vê posta em xeque pela mera eventualidade de contradição lógica entre os julgados.⁸³²

⁸³⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003. v. 4, p. 322-323.

⁸³¹ Os exemplos foram extraídos de diversos livros alguns casos foram encontrados de maneira semelhante em mais de um deles de modo que se optou em não conferir a autoria a eles. Aqui já nos antecipando seguir uma corrente restritiva da eficácia preclusiva.

⁸³² A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 103.

ii) Numa ação de despejo com fundamento em danos no imóvel, julgada improcedente, é possível ingressar com o mesmo despejo, mas com base no inadimplemento? A resposta é positiva. A declaração da primeira ação não seria ofendida com o resultado da segunda.

iii) Pedido o divórcio com base em conduta desonrosa (amante), julgada improcedente. É possível ingressar com nova ação, mas agora sob o argumento da mesma conduta desonrosa, mas com outra amante? E se tratasse de outra modalidade de conduta desonrosa, como ebriedade habitual? É possível. Tornar preclusa a questão pela conduta desonrosa de um fato seria permitir que o cônjuge infrator pudesse ter diversas condutas ilícitas isentas de qualquer demanda. Assim como uma nova amante constitui nova causa de pedir, a ebriedade também constitui.

iv) Se o réu se defendeu em determinada demanda de cobrança alegando prescrição julgada improcedente, poderá numa futura demanda de repetição alegar o pagamento (recibo) e (consequentemente) o recebimento dúplice? A regra da eventualidade é muito mais rígida para o réu. Aqui não seria possível. Até mesmo porque a futura ação invariavelmente abalaria o resultado da primeira demanda. É possível, contudo, propor ação rescisória com base em documento novo (CPC, art. 485, VII).

v) O autor cobra dez parcelas contratuais. O réu em defesa não alega a nulidade e é condenado. Não poderá numa segunda demanda requerer a invalidade do contrato sob o argumento de que o contrato é nulo. Todavia, se *outra parcela* vier a ser cobrada, poderá alegar a nulidade, pois a cobrança pretérita foi feita à luz das provas daqueles autos (persuasão racional). Mesmo que na primeira demanda houvesse a alegação da nulidade, ainda assim poderia ser deduzida novamente porque ficou na fundamentação e não alterará o preceito estabelecido na primeira demanda.

vi) Mévio é sucumbente em processo para rescisão de contrato viciado pela coação. Poderá ingressar com nova ação para desconstituir o mesmo contrato com

base em erro substancial? Sim *se* os fatos forem outros (e, portanto, nova causa de pedir).

vii) Ação de perdas e danos de João em face de César sob o argumento de que o réu culposamente colidiu no seu carro. Derrotado, César não poderá voltar a juízo e alegar que só veio a colidir por causa da nebulosidade, pois esta matéria está na mesma órbita daquele objeto litigioso (causas de pedir idênticas com diferente fundamentação).

viii) Mévio ajuíza imissão na posse contra Tício. Este alegou em contestação todas as matérias de defesa, mas se esqueceu da retenção de benfeitorias necessárias. Após a procedência da demanda, Tício poderá ingressar com embargos de retenção (CPC, art. 743)? Não, pois a regra da eventualidade cobriu todas estas potenciais questões que poderiam ser levantadas.

ix) Julia ajuíza divórcio contra Tício alegando adultério e abandono de lar (grave violação dos deveres do casamento). Julgada improcedente, poderá agora propor nova ação alegando que houve ruptura da vida comum há mais de cinco anos (art. 5º, § 1º, da Lei 6.515/77) ou falta de assistência material, situação que já existia quando da propositura da primeira demanda? (E que também são graves violações aos deveres do casamento)? A despeito de todos estes motivos estarem inseridos dentro da mesma rubrica (graves violações aos deveres do casamento), constituem todas, *de per se*, causas de pedir autônomas e, portanto, não alcançadas pela eficácia preclusiva, pois escapa do âmbito da tríplice identidade.

x) Ação de investigação de paternidade com base em união estável. Sentença improcedente (não provou a convivência). Contudo, se ficou comprovado no processo que houve ‘apenas’ relações sexuais, poderia o juiz julgar procedente com base neste argumento? Seria julgamento *extra petita*? Sim, pois se trata de qualificação jurídica, matéria esta de competência do juízo, portanto o julgamento *não* seria *extra petita*.

xi) Ação de cobrança procedente. O magistrado não acolheu a alegação de prescrição do réu. Numa futura ação alega o pagamento (que já existia à época da defesa). Não é possível esta alegação. De fato, sob a ótica da verdade é injusto, pois o réu pagou duas vezes o mesmo débito. “Mas a estabilidade do resultado do primeiro processo, como uma exigência de certeza e segurança nas relações jurídicas, atendida, justamente pela coisa julgada, impõe que o direito se desinteresse da sorte do litigante que, por negligência, podendo suscitar outras defesas, se tenha limitado a alegar apenas uma ou alguma delas.”⁸³³

Veja que nos exemplos a discussão está centrada em verificar se existe ou não nova causa de pedir ou novos argumentos à mesma causa. Para o réu a questão é mais simples: a eventualidade apanha a todas *causae excipiendi* possíveis (v. 6.7)

Mas afinal, no que consistem alegações?⁸³⁴ Como diferenciá-las a ponto de entender constituir a mesma lide ou de nova causa de pedir?⁸³⁵ O que de fato fica precluso? É importante frisar, antes de tudo, que dada a dispersão do conceito depende, para o seu correto delineamento, um concreto cotejo com o casuísmo, de certa dose de subjetividade.⁸³⁶

⁸³³ Ovídio Araújo Baptista da SILVA. *Curso de processo civil*, cit., p. 487.

⁸³⁴ Ovídio Araújo Baptista da SILVA obtempera que “Se as questões, tanto de direito quanto de fato, alegáveis no processo ter-se-ão como alegadas e repelidas pela sentença, será necessário estabelecer quais seriam, em cada lide particular, as questões tidas como pertinentes e, pois, dedutíveis pelas partes de tal modo que os juízes dos futuros processos, com base nelas, não pudessem infirmar a coisa julgada em seus resultados práticos” (ibidem, p. 488).

⁸³⁵ Teresa Arruda Alvim WAMBIER exemplifica a situação para diferenciar as alegações da causa de pedir. A, ingressa com ação de indenização contra B decorrente de acidente de automóvel. A motivação era que B estava bêbado e com excesso de velocidade. Uma vez derrotado, não poderá agora propor nova demanda sob o argumento que chovia e que os pneus do carro de B estavam carecas. Não se trataria aqui de nova causa de pedir, mas da mesma, com diferentes argumentos. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 116.

⁸³⁶ Neste sentido Karl Heinz SCHWAB. *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 218. Apenas para se ter uma pequena idéia da dificuldade do problema, é importante transcrever a consideração esposada por Sérgio Gilberto PORTO, acerca da configuração da causa de pedir: “é possível que a causa de pedir em certas circunstâncias, tenha o seu conteúdo definido por um único fato (v.g. adultério); em outras oportunidades, o conteúdo da causa de pedir poderá ser composto por um conjunto de fatos (v.g. embriaguez habitual). Na

Alegações são as “razões de fato ou de direito produzidas em juízo pelos litigantes”.⁸³⁷ Em verdade referem-se muito mais aos argumentos ou retórica “utilizada para fins de convencimento e formação da cognição judicial a partir de um fato jurídico do que propriamente com causa de pedir”.⁸³⁸

Eduardo COUTURE explica que alegação é “a invocação ou manifestação de fatos ou de argumentos de direito que uma das partes formula no processo com razão ou fundamento de sua pretensão”.⁸³⁹ É possível constatar que as alegações consistem em argumentos.

Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART, para identificar as questões que se assemelham ou se diferenciam de modo a conferir unidade a cada uma delas, costumam denominar (por expressão diversas vezes usada em seu texto) de *materiais*.

Desta forma, todo material relacionado com o primeiro julgamento restará acobertado pela preclusão. Já que todas as alegações que foram apresentadas, bem como aquelas que poderiam ter sido (e que mantêm estreita relação com o material

primeira hipótese, estamos diante de um fato qualificado e apto, por si, a fornecer suporte à eventual pretensão de separação; na segunda, trata-se de um conjunto de fatos simples, eis que apenas a reiteração da conduta é que caracterizaria a chamada *insuportabilidade da vida em comum* em face da ebriedade e, por decorrência, autorizaria a propositura de demanda de separação” (grifos no original). Sobre o propósito e o alcance do art. 474 do CPC, cit. p. 46.

⁸³⁷ *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

⁸³⁸ Cassio SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, t. I p. 390. “Causa de pedir, fenômeno exclusivamente processual, relaciona-se unicamente, com as conseqüências jurídicas que devem ser experimentadas a partir de um dado fato jurídico ou uma série deles. Causa de pedir e argumentos podem até conviver, mas não se confundem, é dizer, para que o magistrado se convença da existência de uma dada causa de pedir é dado ao interessado valer-se dos mais diversos argumentos, além da produção da prova que se faça relevante e pertinente. Mas a causa de pedir, em si considerada, não é o mesmo que os argumentos de que se vale para seu enfrentamento e vice-versa. “Os elementos apontados no art. 474 devem, pois, ser compreendidos como identificadores ou como elementos de *comprovação* de uma *mesma* causa de pedir” (grifos do original).

⁸³⁹ *Vocabulário jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1976. p. 86

levantado na primeira demanda), mesmo que não alegadas, presumem-se apresentadas e repelidas.⁸⁴⁰

Portanto, a eficácia preclusiva da coisa julgada protege a decisão imunizada em face de qualquer *novo argumento* respeitante à *mesma demanda*.⁸⁴¹ Neste sentido “a norma do art. 474 do CPC faz com que se considerem repelidas também as alegações que poderiam ser deduzidas e não o foram, o que não significa haja impedimento a seu reexame em outro processo, diversa a lide” (RSTJ 37/413).⁸⁴²

Evidente que todo trabalho aqui empreendido constitui uma “proposta de sistematização”. Proposta que tem apenas o objetivo de ser útil. A dificuldade do tema, somada à diversidade de situações fáticas que podem ser submetidas ao crivo judicial, não nos permite estabelecer uma definição conclusiva sobre o assunto.

Uma outra questão de suma importância é saber qual o destino, aos olhos do instituto da eficácia preclusiva, das questões não deduzidas que por ela foram abrangidas. Elas se tornam julgadas ou juridicamente irrelevantes?

Seguindo a primeira teoria, admitir-se-á que os limites objetivos da coisa julgada seriam estendidos para estas questões. Assim, o que foi deduzido e o que não

⁸⁴⁰ *Curso de processo civil*. Processo de conhecimento, cit., p. 647.

⁸⁴¹ Gustavo Filipi Barbosa GARCIA tem entendimento distinto no sentido de entender que a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge aos fatos principais da nova demanda forem os mesmos da anterior, mas os fatos simples que objetivam provas a existência desses fatos forem diversos. Abrangência da eficácia preclusiva da coisa julgada e limites objetivos e subjetivos da *res iudicata*. *Coisa julgada, novos enfoques*. São Paulo: Método, 2007. p. 27.

⁸⁴² Jaime GUASP assevera sobre a diferença entre fundamento (tendente a instruir uma causa de pedir) e o mero argumento ao dispor que “Las razones justificativas, que también existen y son necesarias, pero se sitúan más allá del título de la pretensión, no forman un elemento esencial de ésta; no son, em realidad, *fundamentos*, sino *argumentos*. Pueden ser motivos de hecho y motivos de derecho, razones fáticas y razones jurídicas, distinción de gran importancia, por la diversa actitud de Juez frente a unas y otras: *iura novit curia, narra mihi factum dabo tidi ius*. Pero la actividad por la cual se introducen em el proceso ya no es pretensión, em sentido estricto, sino alegación, uma típica actuación de instrucción procesal que como tal deberá ser estudiada más adelante”. *Derecho procesal civil*, cit., p. 215.

foi (desde que pertinente à mesma lide⁸⁴³) ficariam abarcados pela autoridade da *res iudicata*. Este posicionamento é defendido por Enrico Tullio LIEBMAN,⁸⁴⁴ Sérgio Gilberto PORTO,⁸⁴⁵ Araken de ASSIS⁸⁴⁶ e Egas Dirceu Moniz de ARAGÃO.⁸⁴⁷

Para outra corrente, contudo, estas questões não estariam abrangidas pela *res iudicata*. Elas seriam simplesmente irrelevantes. Esta posição é defendida por BARBOSA MOREIRA⁸⁴⁸ e Machado GUIMARÃES⁸⁴⁹ e na doutrina italiana Enrico ALLORIO.⁸⁵⁰

Se os limites objetivos da coisa julgada têm a sua incidência muito bem definida no ordenamento apenas e tão somente ao objeto litigioso discutido, a eficácia preclusiva como instituto *suplementar e instrumental* a fim de conferir maior segurança jurídica a *estes* limites (sendo comum encontrar na doutrina expressões como “película”, “escudo”, “blindagem”) torna preclusos os argumentos pertinentes à mesma lide decidida.

⁸⁴³ E aqui já se posicionando a favor da teoria restritiva, corrente majoritária no ordenamento brasileiro.

⁸⁴⁴ “Em primeiro lugar porque não se estende apenas ao que foi discutido e julgado, mas até mesmo ao que não foi objeto de debate entre os litigantes. Assim, se uma questão podia ser discutida num processo, mas de fato não o foi, não obstante isso, a coisa julgada se estende mesmo a ela, no sentido de que não poderá ser utilizada para se negar ou contestar o resultado a que se chegou no processo” [...]” (*Estudos sobre o processo civil brasileiro*, cit., p. 129).

⁸⁴⁵ Sobre o propósito e alcance do art. 474 do CPC. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 1, p. 39 e 46, Porto Alegre: Síntese, 1999. O autor observa que “é possível responder que o dispositivo em questão tem por fito ampliar os limites objetivos da coisa julgada”.

⁸⁴⁶ Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, *Saneamento do processo*, cit., p. 125.

⁸⁴⁷ *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 326.

⁸⁴⁸ A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 100.

⁸⁴⁹ Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo, cit., p. 24. Explicita o autor: “Estão, entretanto, as questões de fato (não apenas as efetivamente deduzidas, como também as que seriam deduzíveis) abrangidas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, que as torna *irrelevantes*” (grifos do original).

⁸⁵⁰ Critica della teoria del giudicato implicito, cit., p. 245 “L’esame delle prime e delle seconde è superfluo, come esame di cosa irrelevante, dopo la sentenza, passata in giudicato, Che racchiude la pronuncia sulla lite”.

Desta feita, entendemos não poder considerar estas matérias objeto da *auctoritas* da coisa julgada, mas sim juridicamente irrelevantes. Tanto que estas matérias poderão ser utilizadas *incidenter tantum* em diversa demanda (lide diversa), *desde que* não objetive modificar a coisa julgada anterior.⁸⁵¹

Mas sempre importante asseverar, contudo, que o valor segurança e o valor boa-fé impedem que questões relativamente à *mesma lide* sejam trazidas novamente. A segurança, como princípio de ordem política, decorre da própria existência do Estado Democrático de Direito.⁸⁵² É valor tão ou mais caro que a própria justiça.

Voltando a definição do instituto, clara é a definição de Cândido Rangel DINAMARCO ao estabelecer que “a eficácia preclusiva é a aptidão que a própria autoridade da coisa julgada material tem, de excluir a renovação de questões suscetíveis de neutralizar os efeitos da sentença cobertos por ela”.⁸⁵³

No direito italiano, Ernesto HEINITZ escreveu que “a proibição para o juiz de proferir no segundo processo uma sentença incompatível com aquela passada em julgado subsiste sempre, qualquer que seja a forma jurídica em que isso seja tentado. Este é o sentido da máxima, hoje em dia não mais controversa, de que o julgamento cobre o ‘deduzido e o dedutível’ ou *tantum iudicatum quantum disputatum vel disputari debebat*.”

Isso vale para as alegações do autor dentro dos limites da identificação das ações. O fato de que o autor teria podido atingir o mesmo resultado econômico por

⁸⁵¹ Nesse sentido já decidiu o STJ, 3ª T., REsp 11.315-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 31.08.1992.

⁸⁵² Conforme observa Nelson NERY, *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 65.

⁸⁵³ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 323.

outro caminho, baseando-se em outra causa petendi, não lhe preclui esta possibilidade”.⁸⁵⁴

Giuseppe CHIOVENDA assevera que “essa incontestabilidade ulterior do bem reconhecido ou negado realiza-se mediante a preclusão de todas as questões que se suscitaram e de todas as questões que se poderiam suscitar em torno da vontade concreta de lei, com o fim de obter o reconhecimento do bem negado ou o desconhecimento do bem reconhecido”.⁸⁵⁵ Em outra passagem assevera que “preclusas, portanto, todas as questões propostas ou proponíveis, temos a coisa julgada”.⁸⁵⁶ Neste sentido Girolamo MONTELEONE⁸⁵⁷ e Andrea LUGO.⁸⁵⁸

No direito português, José Alberto dos REIS, ao comentar o art. 673⁸⁵⁹ do Código Processual de seu país, assevera que

⁸⁵⁴ *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 230 Este é também o entendimento de Aldo ATTARDI, ao explicar que “o princípio pelo qual o julgamento cobre o deduzido e o dedutível deve ser interpretado no sentido de que a coisa julgada estende-se a todas as questões que teriam podido ter relevo para a definição da controvérsia no momento em que esta foi solucionada; todas as questões, portanto, dedutíveis com tal finalidade, ainda não deduzidas” (Tema di limiti oggettivi della cosa giudicata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLIV, 1990, p. 517).

⁸⁵⁵ *Instituições de direito processual civil*, cit. p. 450.

⁸⁵⁶ De igual forma Andrea Proto PISANI. *Lezioni di diritto procesuale civile*, cit., p. 63. “A coisa julgada (art. 2.029 do CC) forma-se sobre o acerto do direito que se fez valer em juízo, independentemente de que se no processo tenham sido alegados todos os fatos impeditivos, modificativos, extintivos juridicamente relevantes na hipótese de que deriva o direito atuado pelo autor; isto quer dizer que os fatos juridicamente relevantes (meros fatos ou fatos jurídicos), tenham sido ou não deduzidos no processo que se fez valer o direito sobre o qual o juiz decidiu com autoridade de coisa julgada, não poderão ser deduzidos num segundo processo com o objetivo de recolocar em discussão o resultado (o acerto coberto pela autoridade de coisa julgada) do primeiro processo. Esse conceito é eficazmente expresso na fórmula segundo a qual a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível”.

⁸⁵⁷ *Diritto processuale civile*, cit., 3. ed., p. 547-548. “La conseguenza pratica è che l’acertamento intorno Allá domanda giudiziale copre ache tutte quelle ragioni, copre cioè Il dedotto ed il deducibile intorno alla domanda stessa, non potendo l’ accertamento essere infirmato dalla loro proposizione in um successivo giudizio”.

⁸⁵⁸ *Manuale di diritto processuale civile*. 30. ed. Milano: Giufré, 1999. p. 184.

⁸⁵⁹ “Art. 673. A sentença constitui caso julgado nos precisos limites e termos em que se julga: se a parte decaiu por não estar verificada uma condição, por não ter decorrido um prazo ou por não ter sido praticado determinado facto, a sentença não obsta a que o pedido se renove quando a condição se verifique, o prazo se preencha ou o facto se pratique.”

Não basta que duas acções sejam idênticas, em conformidade com o art. 502º, e que a primeira já tenha sido decidida por sentença com trânsito em julgado para que possa imediatamente concluir-se que há caso julgado que obsta a segunda; é necessário examinar com atenção o que é que se decidiu na primeira.⁸⁶⁰

Em outra obra, o autor afirma que “é pelo próprio teor da decisão [...] que se mede a extensão objetiva do julgado. Se ela não estatuir de modo exaustivo sobre a pretensão do autor (o *thema decidendum*), não excluindo, portanto, toda a possibilidade de outra decisão útil, esta pretensão poderá ser novamente deduzida em juízo”.⁸⁶¹

Contudo, e conforme já ressaltado, apenas haverá a incidência da eficácia preclusiva se o processo em que se discute a questão puder alterar a coisa julgada anteriormente formalizada, ou seja, que esteja se discutindo a mesma lide.

João de Castro MENDES⁸⁶² faz minuciosa análise sobre a natureza da eficácia preclusiva: se de fato ela pertence à coisa julgada ou se lhe é estranha. Citando HABSCHEID, assevera o autor que, a despeito de a tradicional doutrina defender que faz parte do conceito de *res iudicata*, entende o autor (assim como o citado jurista alemão) que constitui questão estranha ao instituto, gozando de autonomia conceitual. E isso porque o efeito preclusivo “se produz com o último acto oral de instrução [...] ao passo que o caso julgado se produz só em momento posterior”.⁸⁶³ O autor conclui no sentido de ser um instituto autônomo.

⁸⁶⁰ *Código de Processo Civil anotado* (volume único). 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1940. p. 360.

⁸⁶¹ *Código de Processo Civil anotado*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. v. 5, p. 174.

⁸⁶² *Limites objectivos do caso julgado em processo civil*, cit., p. 183.

⁸⁶³ SCHWAB, assevera ser irrelevante esta distinção na prática no sentido de se excluir a apreciação de fatos pela coisa julgada ou numa preclusão específica. *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 211.

A ZPO alemã adota a tese do efeito da exclusão do julgado como se depreende dos §§ 323, II, e 767, II.⁸⁶⁴ Na doutrina tedesca fala-se em efeito preclusivo (*Präklusionswirkung*) para identificar o específico efeito da sentença que impede a formulação da mesma pretensão no futuro baseado em fatos já existentes.⁸⁶⁵

Karl Heinz SCHWAB, em sua clássica obra “O objeto litigioso no processo civil”⁸⁶⁶ (*Der Gegenstand im Zivilprozess*), já observa que os fundamentos para justificar a eficácia preclusiva e o seu alcance diferem de um autor para outro.⁸⁶⁷ Assevera que a doutrina alemã da época é contrária à possibilidade de alegar em nova demanda fatos não alegados na primeira.⁸⁶⁸

A sentença é uma decorrência do material apresentado no judiciário pelo autor e pelo réu. Este material constitui o fundamento da sentença e somente ele. Não pode o tribunal alargar para outros fatos não expostos ou não conhecidos.⁸⁶⁹

Interpretando a *contrario sensu* o § 767, III,⁸⁷⁰ da ZPO, que assevera que todos os argumentos devem ser apresentados no momento da defesa do devedor na demanda

⁸⁶⁴ O § 323, II estabelece que “a demanda só será admissível na medida em que os motivos em que se funda tenham surgido depois da vista oral, na qual se poderia derradeiramente alegá-los, ampliando-se o pedido da demanda ou fazendo-se valer defesas, inadmissíveis por via da oposição”. Esta regra constitui a possibilidade de modificação do julgado nos casos de prestações periódicas em que se modificar as circunstâncias que ensejaram a condenação. Já o § 767, I, estabelece que “as defesas a que se referem a pretensão mesma declarada na sentença, deverão ser feitas valer pelo devedor ante o tribunal que tenha conhecido da causa em primeira instância”. Tradução livre extraída do texto de Daniel MITIDIERO. *Introdução ao estudo do processo civil*, cit., p. 215

⁸⁶⁵ Karl Heinz SCHWAB. *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 211.

⁸⁶⁶ Trad argentina. *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit.

⁸⁶⁷ Idem, ibidem, p. 211, §15.

⁸⁶⁸ Idem.

⁸⁶⁹ Idem, p. 215.

⁸⁷⁰ “III. El deudor hará valer em esta demanda todas las defensas que hubiera podido oponer al tiempo de la interposición de la demanda por el actor.”

executiva, SCHWAB admite ser possível alegar as matérias de defesa no curso do processo sem que haja a regra da eventualidade incidindo em seu grau máximo.⁸⁷¹

Ademais, o efeito preclusivo na fase executiva é mais rigoroso que na fase cognitiva (última vista oral sobre os fatos) do primeiro processo.⁸⁷²

Conforme Leo ROSEMBERG, preclui-se “*las posibilidades de algar aquellas afirmaciones raltivas a los fundamentos de sus defensas que han debido hacerse valer en un primer proceso y que, sin embargo, no lo fueran oportunamente*”.⁸⁷³

Nesta esteira SCHÖNKE sustenta que “*excluyen solamente aquellos hechos nuevos que no constituyen un nuevo suceso*”.⁸⁷⁴

Walter HABSCHEID⁸⁷⁵ entende que somente poderá transitar em julgado aquilo que for decidido. O autor parte da premissa do *tantum iudicatum quantum disputatum*, mas exclui o *vel disputari debebat*. Em outra obra explicita que existe uma correlação entre o objeto do processo e os limites objetivos da coisa julgada.⁸⁷⁶

Em outra passagem de sua obra, ao comentar sobre “*la preclusione dei fatti non presentati*”, o autor suíço observa que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível. E isso porque “*cosi come la cosa giudicata si forma sul ‘dedotto’, vale a dire sui fatti e sulle eccezioni effettivamente prospettati e valutati in relazione alla domanda ed alla situazione giuridica da accertare, essa copre anche il ‘deducibile’,*

⁸⁷¹ *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 218.

⁸⁷² *Idem*, ibidem, p. 218.

⁸⁷³ El efecto preclusivo de las sentencias según el derecho alemán. *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires: Ediar, 1951, p. 276, v. 2.

⁸⁷⁴ Apud SCHWAB, cit., p. 213.

⁸⁷⁵ Apud João de Castro MENDES. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, cit., p. 183.

⁸⁷⁶ *Introduzione al diritto processuale civile comparato*. Rimini: Maggioli, 1985. § 26, p. 178.

vale a dire quei fatti e quelle eccezioni che avrebbero potuto essere dedotti, e non lo sono stati, in relazione a quella domanda e a quella situazione giuridica”.⁸⁷⁷

No direito espanhol, Jaime GUASP, seguindo claramente a teoria restritiva da eficácia preclusiva (*infra*, 6.3.2.), assevera que não se opera “la cosa juzgada material cuando el segundo proceso tien un objeto distinto que el primero”.⁸⁷⁸ Para o autor a identificação de duas demandas se dá inevitavelmente pela teoria da tríplice identidade. E mais adiante assevera: “Por razón de la *forma*, la cosa juzgada material no se extiende sino a los pronunciamientos que integram el *fallo estricto* dentro de la sentencia y *no* a sus *motivaciones*; y en el fallo, tan sólo a las declaraciones que éste efectivamente contenga, no a las omitidas; si bien en caso de conexión⁸⁷⁹ evidente puede admitirse la equiparación de aquellos extremos implícitamente decididos: la llamada *cosa juzgada implícita*”⁸⁸⁰ (grifos no original).

Portanto, e em conclusão, estabelecer o conceito de eficácia preclusiva da coisa julgada é responder a duas perguntas: primeiro: se a atividade jurisdicional para que se decida determinada demanda perpassa obrigatoriamente pelos motivos da decisão (premissas necessárias) e a própria decisão em si considerada (dispositivo), por que somente a segunda fica imunizada pela coisa julgada?

Esta pergunta foi respondida no capítulo anterior (item 5. 6), ao estabelecer que quanto à fundamentação existe *mera cognitio*, diferentemente da conclusão, que há *iudicium*. Não se trata de explicar ou estabelecer a ordem das coisas por sua

⁸⁷⁷ *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, cit., p. 185.

⁸⁷⁸ *Derecho procesal civil*, cit., p. 522.

⁸⁷⁹ A expressão *conexión* não é utilizada como conexão de causas, mas como *modo* de cotejo entre duas causas para verificar a repetição da demanda vinculando o juiz posterior – efeito positivo (LEC, art. 222.4). Assim, “La conexión consistirá em la identidad entre alguno o algunos elementos y la diversidad respecto del outro o de los otros. Teresa Armenta DEU. *Lecciones de derecho procesal civil*. 2. ed. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004. p. 287.

⁸⁸⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 523-524.

natureza, mas decorrente de mera opção político-legislativa (CPC, arts. 468 e 469).⁸⁸¹ O raciocínio não toca a vida das pessoas, e sim o que foi decidido.

Contudo, sabendo que a fundamentação decorrente da análise da causa de pedir (o denominado “eixo imaginário” proposto por Cândido DINAMARCO)⁸⁸² não é alcançada pela coisa julgada, é relevante formular uma segunda pergunta: qual o grau de liberdade que a parte possui para apresentar novas matérias em uma posterior demanda?

Inegavelmente a regra da eficácia preclusiva torna importante estabelecer a diferença entre a causa de pedir e meros argumentos que orbitam o pedido formulado.

Teresa Arruda Alvim WAMBIER confere relevante exemplo: indenizatória por acidente de carro cujo motivo foi a embriaguez do condutor. O pedido foi julgado improcedente. Não pode agora propor nova ação sob argumento de que estava chovendo e os pneus do carro do réu estavam “carecas”. Como asseverou a autora, não se está aqui diante de nova causa de pedir, *mas de argumentos que se relacionam à mesma causa de pedir*: conduta culposa do réu.⁸⁸³

Mas nada obstaria que o autor propusesse outra ação com base em outra causa de pedir, até mesmo porque se a causa de pedir, consoante expusemos, *qualifica o pedido*, a segunda demanda será, portanto, outra.

⁸⁸¹ BARBOSA MOREIRA (escrevendo à luz do CPC/39) ao tecer severas críticas à redação do dispositivo 287 (até então vigente) assevera que “Se os dados do art. 287 e ser parágrafo se afigurassem decisivos no sentido de impor, sem dúvida possível, a conclusão ainda subscrita pela maior parte da doutrina, no tocante à extensão da *auctoritas rei iudicatae* aos pronunciamentos sobre questões prejudiciais, prontamente nos curvaríamos ao império da lei, por mais graves que parecessem, *de iure condendo*, os inconvenientes teóricos e práticos do sistema” (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 114).

⁸⁸² *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 314.

⁸⁸³ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão judicial e embargos de declaração*, cit., p. 116.

Trata-se de questão difícil de saber quais são as questões que gravitam sobre a mesma causa de pedir. Independentemente da distinção entre meros argumentos e causa de pedir, reside ainda na doutrina quem entenda a discussão irrelevante: e isso porque não só todos os argumentos respeitantes àquela lide como todas as potenciais causas que poderiam ser utilizadas como base tornam-se preclusos com o trânsito em julgado.

É importante verificar o desenvolvimento das teorias que se debruçaram sobre o assunto.

6.3.1 *Teoria ampliativa*

Araken de ASSIS assevera que “o art. 474 constitui uma fonte de tormentas e um campo de ensaio inexaurível”.⁸⁸⁴ Segue o autor uma teoria ampliativa da eficácia preclusiva da coisa julgada. É um dos mais importantes defensores desta corrente no Brasil.

A teoria ampliativa defende, para fins da eficácia preclusiva, uma ampliação do objeto litigioso. Esta teoria, a despeito de minoritária no nosso ordenamento, possui algumas justificativas que devem ser levadas em consideração.

A primeira é a possibilidade de não haver impedimento legislativo: João de Castro MENDES assevera que a lei pode tornar a coisa julgada como se absoluta fosse (impedindo a apresentação de qualquer argumento em nova demanda) ou mais flexível (limitando-se ao fundamento que baseou aquela decisão).⁸⁸⁵

⁸⁸⁴ Cumulação de ações, cit. p. 129.

⁸⁸⁵ *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, cit., p. 188. O autor, não adotou esta corrente.

A teoria ampliativa assevera que o efeito preclusivo tem como objetivo impedir o fracionamento da lide. Não haveria razão para a criação do art. 474 se este dispositivo seguisse exatamente os limites objetivos da coisa julgada.⁸⁸⁶

A lide deve ser formalizada em juízo da maneira mais completa e ampla possível a fim de não deixar resquícios de fora da demanda. Constitui evidente que esta teoria fomenta tanto a boa-fé bem como a economia processual, pois evita que ‘porções de lide’ não apresentadas sejam levadas novamente ao judiciário.

A fundamentação decorre da exegese sobre o artigo em comento. Os defensores da teoria ampliativa defendem que a expressão “alegações” contida no art. 474 seria em verdade “causas”. Portanto, qualquer causa de pedir, hábil a constituir uma demanda autônoma, torna-se preclusa. Esta teoria amplia o espectro do objeto litigioso acobertando todas as causas de deduzidas e as possíveis. Assim, se proposta uma ação de separação com base no adultério, não seria possível a propositura de nova com base em abandono de lar, por exemplo.

Toda teia de sustentação reside na teoria fundamental sobre lide de CARNELUTTI: como visto em diversas oportunidades deste trabalho (em especial nos itens 3.1 e 5.1.3), o autor italiano trabalha com uma dimensão pré-processual do conflito de interesses que não [necessariamente] se confunde com a lide projetada ao processo. Desta feita, o processo teria por objetivo resolver toda lide, não só a deduzida como aquela que, por força do princípio dispositivo, ficou somente no plano do direito material. Portanto, seria a eficácia preclusiva uma extensão da coisa julgada.⁸⁸⁷

⁸⁸⁶ “Qual o sentido da regra se os limites objetivos “naturais” da coisa julgada resolvem integralmente o problema?” pergunta Araken de ASSIS, Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, cit. p. 124.

⁸⁸⁷ Nesse sentido Sérgio Sahione FADEL. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 2, p. 49. O autor ainda observa que a eficácia preclusiva (que alcança todas as *causae petendi* deduzidas de dedutíveis) “é um alargamento do princípio “*da mihi factos; dabo tidi jus*”, conseqüentemente do *jura novit curia*”.

Araken de ASSIS⁸⁸⁸ explicita que “fica claro o espírito que presidiu ao nascimento do art. 474 do CPC, vale dizer, a necessidade prática de afastar, no futuro, um novo processo tendo por causa aquela porção da lide pré-processual excluída voluntariamente, da primeira relação processual”.⁸⁸⁹

Desta forma, para dar efetiva vigência ao art. 474, assevera o autor que a eficácia preclusiva vai além dos limites objetivos, pois atinge questões não abarcadas no originário conflito de interesses. Se numa ação de divórcio a mulher ingressa fundada no não cumprimento dos deveres conjugais e esta demanda é julgada improcedente, não poderá retornar ao judiciário com o mesmo pedido de divórcio, mas agora sob a fundamentação (fundamento este que existia à época da propositura da primeira demanda) do adultério. A eficácia preclusiva abrangeu (=alcançou) todas as causas.

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Civil*, editada em 2000 e vigente a partir de janeiro de 2001, ao tratar dos limites objetivos da *res iudicata*, possui previsão expressa seguindo a concepção ampliativa no sentido de que todos os argumentos de fato e de direitos que forem conhecidos pelo postulante devem ser apresentados na demanda (LEC, art. 400, 1).⁸⁹⁰

⁸⁸⁸ Na qualidade de magistrado, o autor já teve oportunidade de se manifestar sobre o assunto, defendendo a teoria ampliativa conforme se depreende do Acórdão do TJRS em que figurou como relator (5ª Câmara Cível, Ap 592097703, j. 25.03.1993).

⁸⁸⁹ Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, cit. p. 123. O autor usa como exemplo, comparativamente a denunciação da lide sucessiva (CPC, art. 73) para que se possa dirimir diversas lides de uma vez só.

⁸⁹⁰ “Art. 400. [...]”

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas em esta ley en momentos posteriores a la demanda y contestación.

Comentando a referida reforma, o professor da Universidade de Barcelona Vazquez SOTELO preconiza:

“A transcendental novidade que encerram estes artigos [arts. 222 e 400] se encontra na imposição do ônus de alegar todos os fatos, fundamentos ou títulos jurídicos nos quais possa se apoiar a demanda, sancionada com a preclusão de que não se pode reservar para alegá-los mais tarde em processo ulterior e com a gravíssima conseqüência de que, mesmo não sendo alegados e mesmo que não se tenha debatido sobre eles no processo, ficarão cobertos pela coisa julgada que se siga à sentença [...]. Qualquer leitor competente tem que advertir que os preceitos transcritos incidem sobre uma das matérias mais difíceis e centrais do processo civil como é o objeto do processo e sua delimitação, com as repercussões imediatas sobre a congruência entre o debate processual e a sentença e sobre o âmbito objetivo da coisa julgada”.⁸⁹¹

A manutenção da teoria restritiva criaria um sistema extremamente instável prejudicando o primado da segurança jurídica.⁸⁹² E isso porque não há um parâmetro objetivo para verificar o que de fato está precluso e o que pode ser apresentado. É muito tênue o estabelecimento de uma causa e uma alegação sobre esta causa.

A teoria restritiva permite uma fragmentação da causa de pedir, no sentido de haver apenas um pedido apresentado em diversas demandas com causas de pedir distintas. Estas causas já poderiam ter sido deduzidas na primeira demanda.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en outro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este.”

⁸⁹¹ “Objeto actual” y “objeto virtual” en el proceso civil español. In: Fernando Gonzaga JAYME; Juliana Cordeiro de FARIA; Maira Terra LAUAR. *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 366.

⁸⁹² Especificamente sobre tratar a coisa julgada como fenômeno tendente a promover a segurança jurídica nas relações processuais Nelson NERY. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 65.

Ademais, à manutenção da teoria ampliativa, a eficácia preclusiva cria para o autor situação semelhante que a regra da eventualidade cria para o réu. Desta forma, dá vigência ao princípio da paridade de armas, pois as partes terão os mesmos ônus dentro do processo.

Araken de ASSIS encerra sua explanação explicitando que o seu posicionamento sobre o tema “não deve escandalizar ninguém”. Afinal, convive-se no ordenamento com institutos análogos que objetivam estabelecer segurança nas relações jurídicas. Assim é a prescrição, a decadência e a própria coisa julgada, que trabalham com o decurso do tempo mutilando direitos subjetivos não exercidos ou já discutidos.⁸⁹³

A despeito dos prestigiosos argumentos, a teoria ampliativa, mercê de ser defendida por grandes autores como Araken de ASSIS,⁸⁹⁴ Sérgio Sahione FADEL,⁸⁹⁵ aparentemente por Wellington Moreira PIMENTEL,⁸⁹⁶ Adriana Fagundes BURGER⁸⁹⁷ e Gustavo Filipi Barbosa GARCIA,⁸⁹⁸ não merece guarida. Para que se dê vigência a esta tese é preciso desconsiderar institutos fundamentais à estrutura do processo, como a tríplice identidade (CPC, art. 301, §§ 1º e 2º),⁸⁹⁹ o princípio

⁸⁹³ Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, cit., p. 126.

⁸⁹⁴ Idem, ibidem.

⁸⁹⁵ *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 49.

⁸⁹⁶ *Comentários ao Código de Processo civil*, cit., p. 590.

⁸⁹⁷ Reflexões em torno da eficácia preclusiva da coisa julgada, *Revista Jurídica*, n. 223, 1996, p. 26. Para a autora, a tese restritiva – permitindo dedução de nova causa de pedir – ofende o princípio da isonomia “pois ao demandado é imposto, pelo princípio da eventualidade exposto no art. 300 do CPC, deduzir na contestação todas as causas impeditivas, modificativas ou extintivas ao direito do autor. Por outro lado, ao autor não há a obrigação de expor todas as possíveis causas de pedir, ou seja, o autor detém o poder de delimitar o espectro de discussão da lide”.

⁸⁹⁸ Abrangência da eficácia preclusiva da coisa julgada e limites objetivos e subjetivos da *res iudicata*. *Coisa julgada*, novos enfoques. São Paulo: Método, 2007, p. 28 e 33-34.

⁸⁹⁹ Araken de ASSIS aceita a tríplice identidade e a identificação do objeto litigioso para as questões como litispendência, modificação da demanda e cumulação, mas não para a eficácia preclusiva. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, cit., p. 127.

dispositivo (CPC, arts. 2º e 262), o da congruência (CPC, arts. 128 e 460), bem como a teoria da substanciação.

Para Egas Moniz de ARAGÃO,⁹⁰⁰ ampliar a extensão do art. 474 para compreender alegações e defesas não compreendidas nos limites daquela lide importa em violação ao princípio da inafastabilidade, tão importante quanto a coisa julgada.

6.3.2 Teoria restritiva

Trata-se de conferir vigência ao que se convencionou denominar *princípio da autonomia das causas*.⁹⁰¹

Constitui a corrente majoritária na doutrina e na jurisprudência.⁹⁰² Estabelece com precisão João de Castro MENDES: “É lícito ao autor em processo civil, formular *n* vezes a mesma pretensão, desde que a baseie em *n* causas de pedir” (grifos no original).⁹⁰³

Quem defende a teoria restritiva tenta harmonizar a regra do art. 474 com o princípio da identificação da demanda e a teoria da substanciação. Mudando-se os fatos, ainda que se mantenha a mesma relação jurídica, altera-se a causa de pedir. É a teoria defendida por Arruda ALVIM,⁹⁰⁴ José Carlos BARBOSA MOREIRA,⁹⁰⁵

⁹⁰⁰ *Sentença e coisa julgada*, cit. p. 327-328.

⁹⁰¹ Expressão usada por Sérgio Gilberto PORTO. Sobre o propósito e o alcance do art. 474 do CPC, cit. p. 46.

⁹⁰² “Coisa julgada. Limites objetivos. A imutabilidade própria da coisa julgada alcança o pedido com a respectiva causa de pedir. Não esta última isoladamente, pena de violação ao disposto no art. 469, I, do CPC. A norma do art. 474 do CPC faz com que se considerem repelidas também as alegações que poderiam ser deduzidas, mas não o foram, o que não significa haja impedimento a seu reexame em outro processo, diversa a lide” (STJ. REsp 11.315-0-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 28.09.1992).

⁹⁰³ *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, cit., p. 179.

⁹⁰⁴ Ação declaratória incidental, cit., p. 42-45.

⁹⁰⁵ A eficácia preclusiva da coisa julgada material, cit. p. 104.

Eduardo TALAMINI,⁹⁰⁶ Cândido DINAMARCO,⁹⁰⁷ Teresa Arruda Alvim WAMBIER,⁹⁰⁸ Luiz Guilherme MARINONI,⁹⁰⁹ João Batista LOPES,⁹¹⁰ Daniel Amorim Assumpção NEVES,⁹¹¹ Karl Heinz SCHWAB.⁹¹²

Este último autor observa claramente que “queda excluida del nuevo proceso toda alegación del actor tendiente a dar imagen o crear un juicio que discrepen del material procesal del proceso resuelto con autoridad de cosa juzgada. En cambio, si la nueva alegación no guarda relación con el material procesal del primer proceso, ella no quedará excluída ni por la cosa juzgada ni por un efecto de preclusión ajeno a la cosa juzgada, aunque los hechos hayan podido exponerse ya en el proceso”.⁹¹³

É importante fazer uma constatação preliminar: o critério utilizado no ordenamento brasileiro é o da tríplice identidade.⁹¹⁴ Contudo, entende Guilherme Freire de Barros TEIXEIRA⁹¹⁵ que “a interpretação do art. 474 do CPC não deve ser feita exclusivamente à luz da regra da tríplice identidade de partes, pedido e causa de *petendi*. Em muitos casos, tal critério mostra-se insuficiente para a identificação e individualização das ações e, em consequência, para a correta delimitação da eficácia preclusiva da coisa julgada, havendo de se socorrer à teoria da tríplice identidade da relação jurídica, fundada na coincidência de determinado relacionamento jurídico entre

⁹⁰⁶ *Cosa juzgada e sua revisão*, cit., p. 86.

⁹⁰⁷ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 325.

⁹⁰⁸ *Omissão judicial e embargos de declaração*, cit., p. 119.

⁹⁰⁹ *Curso de processo civil*. Processo de conhecimento, cit., p. 648.

⁹¹⁰ *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2, p. 160.

⁹¹¹ *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 468.

⁹¹² *El objeto litigioso en el proceso civil*, cit., p. 222.

⁹¹³ *Idem*, *ibidem*.

⁹¹⁴ Sérgio Gilberto PORTO aduz que “a questão da extensão a ser atribuída à eficácia preclusiva da coisa julgada passa, antes de mais nada, pela matéria referente à identificação de demandas ou identificação de ações” (Sobre o propósito e o alcance do art. 474 do CPC, cit. p. 45).

⁹¹⁵ *O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 283-284.

dois sujeitos (*eadem quaestio*), ou seja, na identidade da relação jurídica de direito substancial envolvendo as partes”.

Este tema foi mais bem desenvolvido no item 2.1.

O próprio autor apresenta elucidativo exemplo: oposição de embargos à execução fundados em novação ocorrida antes da sentença prolatada.⁹¹⁶ Contudo, a novação não fora alegada na fase de conhecimento. Opera-se a eficácia preclusiva porque somente seria admitida a novação superveniente (após a sentença conforme atual art. 475-L, VI, do CPC). Desta feita, operou a eficácia, mas a causa de pedir e o pedido dos embargos são diferentes, não sendo suficiente a aplicação da tríplice identidade. Neste caso adota-se a teoria da relação jurídica (*Savigny*).⁹¹⁷

No direito coletivo também se entremostra latente a insuficiência da *tria eadem* para a discussão de todas as questões respeitantes à eficácia preclusiva.

Contudo, a despeito da relevante ponderação do autor paulista, a tríplice identidade, mesmo não sendo critério hábil a resolver todas as situações a si submetidas, constitui a melhor forma de identificação de demandas e ainda não foi superada. Sua longevidade mostra sua eficiência, a despeito das críticas.

Desta forma, a análise da eficácia preclusiva dá-se com a constatação do objeto litigioso. Assim, as alegações e matérias de defesas preclusas são aquelas

⁹¹⁶ A obra é a versão comercial da defesa de mestrado do autor, que só veio a ser publicada em 2005, ano em que entrou em vigor a Lei 11.232/2005 que dispõe sobre o cumprimento de sentença. A lei, que instituiu o sincretismo nas obrigações de quantia, retirou os embargos (restritos agora a execução de título extrajudicial) e inseriu a impugnação como mecanismo de defesa interno do processo executivo.

⁹¹⁷ Vicente GRECO FILHO assevera que “A tríplice identidade é elemento perfeito de identificação da ação, mas não pode ser utilizadas para limitar o âmbito do chamado efeito negativo da coisa julgada” e mais a frente conclui: “O efeito negativo da coisa julgada consiste na proibição de voltar a discutir ou decidir o que foi decidido no dispositivo de sentença de mérito irrecorrível em face das mesmas partes, qualquer que seja a ação futura” (*Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 289).

pertinentes ao objeto litigioso apresentado. Somente incide a eficácia nos argumentos e provas que serviram para dar base àquela específica causa de pedir.

Sérgio Ricardo de Arruda FERNANDES⁹¹⁸ adverte que “não se confundem ‘argumento novo’, que poderia ser suscitado à época apropriada no primeiro processo, mas não foi, com ‘fato novo’, que venha a constituir uma nova situação jurídica. Nessa última hipótese estaremos diante de uma nova causa de pedir e, portanto, tratar-se-á de lides diferentes; não se operando entre elas os efeitos da coisa julgada”.

Todas as demais que serviriam para o acolhimento ou rejeição do pedido poderão ser apresentadas em futuras demandas, pois serão novas causas.

É nesse sentido o entendimento de LIEBMAN: “Nem todas as questões discutidas e resolvidas constituem coisa julgada. Estão nesse número as que, sem constituir objeto do processo em sentido estrito, tiveram que ser examinadas como premissa lógica da questão principal (questões prejudiciais propriamente ditas). São elas conhecidas ou apreciadas, mas não decididas, porque nada resolveu o juiz a seu respeito, podendo ser, assim julgadas livremente em outra causa levada a juízo por outro motivo, continuando em aberto em tudo quanto não foi objeto da lide anterior”.⁹¹⁹

É importante frisar que a eficácia preclusiva da coisa julgada, assim como todos os institutos do processo, tem natureza instrumental.⁹²⁰ Sua função não está em si mesma, mas sim em manter a imutabilidade da decisão anterior. A coisa julgada objetiva gerar a imutabilidade do que se decidiu para determinadas partes, sobre um

⁹¹⁸ Alguns aspectos da coisa julgada no direito processual civil brasileiro, cit., p. 84.

⁹¹⁹ *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, cit., p. 129-130.

⁹²⁰ Cândido DINAMARCO afirma que “Quando dos conceitos e definição de objetivos se passa a cuidar da operatividade do sistema, tem-se em vista a técnica a ser posta a serviço dos propósitos estabelecidos” (*A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 224).

pedido com base em certa causa de pedir. Qualquer situação diversa desta será nova demanda.

Ademais, aceitar a incidência da eficácia preclusiva sobre todas as causas de pedir possíveis à cognição judicial representa clara ofensa, como dito, ao princípio da congruência (CPC, arts. 128 e 460) e a estabilização da demanda/eventualidade (CPC, arts. 264 e 300), já que não se pode tomar como decididas e repelidas as causas que não foram apresentadas e a parte não teve a oportunidade de, sobre elas, se manifestar.

Esta é a finalidade da eventualidade e do sistema rígido de preclusões. Além de acelerar a marcha do procedimento, evitando que novas questões sejam trazidas a todo o momento, evita o efeito surpresa, pois as partes sabem a extensão e o limite da linha de argumentação da parte contrária, o que ajuda no contraditório.

Em interessante comparação, Ovídio BAPTISTA SILVA estabelece a correlação entre alegações e defesas do art. 474 do CPC e o conceito de questões do art. 468 do referido diploma legal: no primeiro caso trata-se de identificação de causas e no segundo, “até que limite, fora já do campo próprio da demanda que fora objeto do pedido do autor, poderia estender-se a força vinculante da coisa julgada, tanto para o lado dos pressupostos, quanto para o lado das conseqüências”.⁹²¹

Como bem observa Daniel MITIDIERO,⁹²² “se admitíssemos a extrapolação do objeto litigioso, estaríamos a admitir que a lei poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão autônoma de direito, além de permitir que a coisa julgada transbordasse da matéria efetivamente veiculada na ‘ação’”.

Em resumo: os limites objetivos da coisa julgada atingem o dispositivo (pedido). A eficácia preclusiva torna imutável a específica causa de pedir

⁹²¹ *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 147.

⁹²² *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*, *Introdução ao estudo do processo civil*, cit., p. 220.

(fundamentação) que deu ensejo àquela lide. Bem como todos os ARGUMENTOS pertinentes àquela causa de pedir (deduzidos ou não). Este é o nosso posicionamento.

Ernesto HEINITZ, neste sentido, observa que a eficácia preclusiva da coisa julgada não alcança as causas de pedir que não foram discutidas no processo, já que o limite se encontra na pretensão formulada (objeto litigioso).⁹²³

Observa João de Castro MENDES que no direito alemão reside uma exceção à teoria restritiva (evidente que o texto foi escrito antes da criação do denominado “modelo de Stuttgart”, em 1976, que influenciou a reforma da ZPO alemã de 1976-1977). A doutrina estabelece uma distinção entre efeito preclusivo geral e efeito preclusivo especial. No primeiro caso constitui-se a regra tradicional sobre o efeito preclusivo. Na segunda constitui-se uma forma em que, julgado o caso, o pedido será insusceptível de repetição, mesmo que além dos limites do objeto litigioso do primeiro processo.

Exemplifica com o § 616 da ZPO: numa ação de divórcio ou anulação de casamento julgada improcedente, não poderá apresentar outra demanda, mesmo com fundamento distinto (salvo se se tratar de fato superveniente).⁹²⁴

Isso não conspira contra o sistema brasileiro. Ao contrário, apenas reforça a ideia de que a coisa julgada é resolução estabelecida por opção político-legislativa em cada ordenamento.

Apenas em arremate, a comissão de juristas encarregados da elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil (instituída pelo Ato nº 379, de 2009)

⁹²³ *I limiti oggettivi dela cosa giudicata*, cit., p. 230.

⁹²⁴ *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, cit., p. 186-187.

apresentou proposta para tornar expressa a teoria restritiva ao asseverar que “a eficácia preclusiva da coisa julgada (atual art. 474) não incluirá as causas de pedir”.⁹²⁵

6.3.3. Teoria mista

Não satisfeito com as conclusões apresentadas pelas teorias restritiva e ampliativa, José Maria TESHEINER desenvolveu uma terceira corrente que fica no meio termo entre as duas.

Inicia seu trabalho alertando ser necessário proceder à distinção dos fatos em quatro situações distintas: a) fatos que tenham a mesma natureza e conseqüentemente produzirão o mesmo efeito jurídico; b) fatos que tenham natureza diversa, contudo produzem o mesmo efeito jurídico; c) fatos que tenham a mesma natureza, contudo produzindo efeitos jurídicos diferentes (mesmo que idênticos); e d) fatos que tenham natureza diversa e produzem efeitos distintos.⁹²⁶

Para o autor, a aplicabilidade do art. 474 se dá apenas no item ‘a’. “Assim, se o autor pede o despejo, alegando danos nas paredes do imóvel, não pode propor outra, alegando danos nas portas, salvo se ocorridos após o encerramento da instrução. Não se lhe veda, porém, a propositura, concomitante ou posterior, de ação de despejo fundada em locação não consentida, porque se trata de fato de natureza diversa.”⁹²⁷

⁹²⁵ Conforme proposta apresentada ao Presidente do Senado, Senador José Sarney em dezembro de 2009.

⁹²⁶ *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, cit., p. 161.

⁹²⁷ *Idem*, *ibidem*. Sobre o exemplo o autor ainda adverte que poderá o autor pedir a indenização dos danos das portas. Nesse caso, trata-se de outro pedido e, portanto, outra demanda.

Entende o autor ainda que se a parte cometeu dois adultérios (ainda que com pessoas diversas), mas o requerente ingressou com apenas um adultério, não poderá requerer posteriormente o outro, pois trata-se de fatos de mesma natureza.⁹²⁸

Contudo, não concordamos com este posicionamento. A despeito de se tratar de fatos de mesma natureza, constituem fatos distintos, aptos a instruir causa de pedir diversas.

Assim, nada impede que a parte apresente quantas demandas forem os adultérios ocorridos (com a mesma pessoa ou não). Pensar contrário, com o devido acatamento, seria vedar o acesso ao judiciário daquele que teve o primeiro adultério negado e permitir ao cônjuge infrator a certeza de que a prática do seu ato não lhe gerará consequência alguma.

Ademais, é extremamente subjetivo identificar, aprioristicamente, fatos de mesma ou diversa natureza. É necessária a análise casuística para uma satisfatória conclusão.

6.3.4 *A discutida posição de Ovídio Araújo BAPTISTA SILVA*

Antes de adentrar nas matérias susceptíveis de alcance pelo efeito preclusivo, é importante estabelecer o posicionamento de Ovídio BAPTISTA SILVA sobre o alcance da eficácia preclusiva. Em primoroso texto sobre os limites objetivos da coisa julgada⁹²⁹ o autor gaúcho explicita sobre a extensão do alcance dos limites objetivos bem como a sua eficácia preclusiva.

⁹²⁸ O autor concede outro exemplo: se o autor ingressa com nunciação de obra nova alegando posse e é julgada procedente, não poderá posteriormente ingressar com a mesma demanda alegando agora a propriedade, pois posse e propriedade são fatos de mesma natureza.

⁹²⁹ *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 133-170.

No seu *Curso*, o autor gaúcho igualmente toma o cuidado de asseverar a importância de delimitar os contornos da própria lide para “distingui-la de outras”. E observa que essa questão ultrapassa a problemática da coisa julgada “para penetrar numa outra questão igualmente complexa, que é a referente à identidade das ações e, a partir daí, os problemas pertinentes à litispendência e cumulação de demandas”.⁹³⁰

A celeuma decorre do fato de parcela da doutrina entender que o referido autor seguiu uma corrente ampliativa sobre a eficácia preclusiva no sentido de a eficácia preclusiva abranger *todas* as possíveis causas de pedir deduzidas e dedutíveis. Este posicionamento foi expressamente aduzido por Sérgio Gilberto PORTO,⁹³¹ José Maria TESCHEINER⁹³² e Sérgio Ricardo de Arruda FERNANDES.⁹³³

Com todo respeito, não concordamos com esta constatação. Da leitura de sua obra percebe-se que do famoso exemplo, objeto de toda explanação (contrato de parceria agrícola com fundamento em danos à colheita), o autor, em diversas passagens, afirma que fixada a causa de pedir com base nos fatos descritos (os denominados *sucessos históricos*) atingem a todos os fatos compatíveis de “tal modo que a reapreciação de fato dessa *mesma cadeia*, numa futura demanda, resultasse numa decisão discrepante”.⁹³⁴ (g.n)

O autor, em outras passagens de seu texto, ao comentar e defender a teoria de SCHWAB (que segue a teoria restritiva), assevera que “o *efeito da exclusão* [efeito preclusivo] 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*,

⁹³⁰ *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2006. v. 1, p. 488-489.

⁹³¹ Sobre o propósito e o alcance do art. 474 do CPC, cit., p. 42.

⁹³² *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, cit., p. 158-159.

⁹³³ Alguns aspectos da coisa julgada no direito processual civil brasileiro, cit., p. 86-87.

⁹³⁴ *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 169.

vale dizer, que correspondam a uma pretensão *discrepante* da exposta na primeira demanda” (grifos no original).⁹³⁵

Poderia-se alegar que, como SCHWAB segue a teoria de que o objeto litigioso é fixado somente pelo pedido, todas as causas de pedir (estado de coisas) deduzidas e dedutíveis estariam repelidas. Contudo, o próprio autor alemão observa (e que para parcela da doutrina constitui um “pensar” contraditório) que, a despeito de o objeto litigioso ser demarcado somente pelo pedido, o pedido deve ser convenientemente interpretado pelo estado de coisas (fatos e relação jurídica).

No final o autor gaúcho fornece uma fórmula para interpretar harmoniosamente os arts. 468 e 474 do CPC: “Tem-se que fica excluída do novo processo toda alegação do autor 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 hajam podido ser expostos já no primeiro processo*”.⁹³⁶ (g.n.)

O próprio autor entende que as interpretações sobre fatos insertos ou não na lide podem gerar margem de insegurança aos operadores do direito e sobre a precisa fixação dos limites objetivos da coisa julgada, quanto ao subjetivismo de se configurar a caracterização da demanda.

Se fosse mesmo Ovídio Baptista da SILVA seguidor da corrente ampliativa, certamente essa preocupação não faria parte de seu discurso na medida em que esta corrente defende que todos os possíveis fatos alegáveis ficam alcançados.⁹³⁷ O critério

⁹³⁵ Idem, *ibidem*, p. 166-167.

⁹³⁶ Idem, p. 168.

⁹³⁷ O próprio autor em seu *Manual* se preocupa.

de fixação dos limites da eficácia para esta corrente verte muito mais para o *objetivo* do que para o *subjeto*.⁹³⁸

6.4 Matérias alcançadas pelo efeito preclusivo

Antes de estabelecer as matérias submetidas ao império da eficácia preclusiva, insta fixar breve distinção entre fato e direito. CHIOVENDA⁹³⁹ assevera que “a atividade dos juízes dirige-se, pois, necessariamente a dois distintos objetos: exame da norma como vontade abstrata de lei (questão de direito), exame dos fatos que transformam em concreta a vontade da lei (questões de fato)”.

É importante asseverar que a eficácia jurídica revela-se somente após a estrutura subsuntiva: a incidência do direito sobre a base fática concreta trazida em juízo. Contudo, a simples distinção entre jurídico (análise da norma) e fático (análise do fato) não é suficiente para uma perfeita diferenciação.

E isso porque é possível haver um fato jurídico (que já houve a incidência do direito) dentro do suporte fático. Esta consideração foi bem observada por Marcos Bernardes de MELLO:

Ao suporte fático, enquanto considerado apenas como enunciado lógico da norma jurídica se dá o nome de suporte fático hipotético ou abstrato, uma vez que existe, somente, como hipótese prevista pela norma sobre a qual, se ocorrer, dar-se-á a sua incidência. (b) Ao suporte fático quando já

⁹³⁸ No seu *Curso de processo civil*, cit., p. 489-490, utilizando-se de um exemplo de investigação de paternidade rejeitada pelo argumento do concubinato, não haveria como a eficácia preclusiva alcançar, em nova demanda o argumento de “rpto” da mãe ou escrito que comprove o alegado (outras *causae petendi*, portanto). São palavras do autor: “Parecem, ao menos nessa última hipótese, demasiadamente amplos os limites objetivos que deveriam ser atribuídos à ação investigatória fundada, por exemplo, em concubinato, a ponto de fazê-la compreender, quando repelida, também a rejeição da demanda fundada em escrito firmado pelo investigante. *Todavia, reunidos na mesma petição inicial isto que seriam causae petendi de demandas diferentes*” (grifos nossos).

⁹³⁹ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 60.

materializado, isto é, quando o fato previsto como hipótese se concretiza no mundo fático, denomina-se suporte fático concreto.⁹⁴⁰

Exemplo claro da sistematização acima empreendida está na causa de pedir da ação rescisória. Quase todas as suas hipóteses decorrem de situações que já foram submetidas ao critério da subsunção, como observa José Carlos BARBOSA MOREIRA.⁹⁴¹

Teresa Arruda Alvim WAMBIER explicita que é impossível estabelecer esta diferença no plano ontológico, na medida em que o direito ocorre com a incidência da norma no caso concreto.⁹⁴² Entretanto, nem sempre é fácil traçar os lindes do que seja matéria de fato e matéria de direito.⁹⁴³ Pelo que se analisa do sistema, não existe matéria exclusivamente fática ou jurídica. O critério deve ser guiado pela preponderância.⁹⁴⁴

Fazendo um paralelo com os vícios da sentença, Lucia Helena Ferreira Palmeiro da FONTOURA⁹⁴⁵ assevera que o “*erro de direito*, consiste na ignorância de uma norma de direito ou na falsa interpretação ou inexata aplicação da mesma. O

⁹⁴⁰ *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 42.

⁹⁴¹ Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 208. O autor explica que “ao descrever a situação ou o episódio de cuja configuração in concreto surgirá tal ou qual efeito jurídico, a norma utilize na descrição um (ou mais de um) elemento que, longe de inscrever-se no plano da pura facticidade, já expressa o resultado de anterior fenômeno jurídico, por sua vez redutível à conjugação de outra norma com situação ou episódio que nela se previa como capaz de produzir este ou aquele efeito jurídico. Semelhante módulo pode (e costuma) reproduzir-se em cadeia, nada impedindo, em tese, que a reprodução se estenda *ad infinitum*”.

⁹⁴² *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 364. A autora distingue os planos da seguinte maneira: a questão será de direito “se o foco de atenção do raciocínio do juiz estiver situado em como deve ser entendido o texto normativo, já que estariam “resolvidos” os aspectos fáticos (= que fatos ocorreram e como ocorreram) e o mecanismo da subsunção”.

⁹⁴³ Nesse sentido, Rodolfo de Camargo MANCUSO. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 131.

⁹⁴⁴ Igualmente, Teresa Arruda Alvim WAMBIER. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 364.

⁹⁴⁵ *Recurso especial*. Questão de fato/questão de direito. Porto Alegre: Fabris. p. 42-43.

cometer o erro pode ser produto da atividade espontânea do órgão jurisdicional, que tenha ignorado uma norma legal que não a tenha aplicado ou a tenha aplicado mal. O *erro de fato* é aquele em que pode incorrer dito órgão na valoração dos fatos cuja existência seja certa, ou aqueles em que, sendo incerta a existência, haja sido provada a existência, e em tal caso se traduz numa falsa valoração da prova dos fatos, isto é, no falso juízo da existência ou inexistência de um fato ao qual o direito condiciona o nascimento, a modificação ou a extinção de um direito”.

Desta feita o critério pode ser analisado pelo ponto de vista funcional. Assim, será considerada matéria fática a relacionada a existir ou não o suporte fático bem como suas peculiaridades. Já o direito será toda questão decorrente relacionada à incidência sobre o suporte fático.

Para Machado GUIMARÃES apenas as questões de fato se inserem na eficácia preclusiva da coisa julgada.⁹⁴⁶ Ovídio Baptista SILVA contra-argumenta e explicita que “não podemos olvidar que relações jurídicas e não apenas fatos poderão também constituir matéria integrante da lide e, como tais, abrangidas pela eficácia preclusiva da coisa julgada”.⁹⁴⁷

Para Nelson NERY e Rosa Maria Andrade NERY são abrangidas pela eficácia preclusiva:⁹⁴⁸ a) questões de fato e questões de direito alegadas; b) questões de fato e de direito que poderiam ter sido alegadas; c) questões de fato e de direito que poderiam ter sido alegadas pelo juiz de ofício, mas não foram.

Contudo, entende-se que a sistematização mais adequada foi a empreendida por José Carlos BARBOSA MOREIRA⁹⁴⁹ e serão dele os exemplos apresentados para

⁹⁴⁶ Preclusão, coisa julgada e efeito preclusivo. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969. p. 24.

⁹⁴⁷ *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 163.

⁹⁴⁸ *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 709, nota 4.

⁹⁴⁹ A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 104-105.

a distinção dessas matérias. De acordo com o autor, a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge:

i) Questões de fato – o exemplo de BARBOSA MOREIRA é muito claro: X ingressa com ação contra Y para revogar doação por ingratidão. O motivo é que Y deixou de prestar-lhe alimentos, tendo dinheiro para tanto. Transitada em julgado a decisão, não poderá X em nova ação de revogação ingressar sob o argumento de que Y receberá vultosa herança (= argumento diverso dentro da mesma causa de pedir).

Mesmo que este fato possa modificar potencialmente o resultado da lide originária, fica preclusa esta alegação porque deveria ter servido de fundamento para a primeira demanda. Assim, é indiferente se X deixou de alegar, ou alegou e fora rechaçado pelo juiz por falta de provas. Em ambas as situações operou-se a eficácia preclusiva da coisa julgada.

Entretanto, se X requerer num novo processo nova causa de pedir (v.g. revogação da doação por calúnia), a coisa julgada formada na primeira demanda não constitui óbice para a segunda, pois se alterou a *treca eadem*.

Diferente caminho seria se X ingressasse com uma segunda ação, mas agora requerendo alimentos. Nesta, nada impede que se alegue a questão da herança, pois se foi alegada no primeiro processo (e foi rejeitada) ou se deixou de ser alegada não importa, já que não operou, sobre essa questão, coisa julgada e isso porque “a preclusão das questões logicamente subordinantes serve apenas para assegurar, no caso, a imutabilidade da sentença que julgou improcedente o pedido de revogação da doação, e a imutabilidade dessa sentença não é posta em risco pelo julgamento – qualquer que seja o sentido em que se profira – do pedido de alimentos”.⁹⁵⁰

⁹⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 104-105.

ii) Questões de direito – X apresenta embargos à execução fiscal alegando indevida a cobrança de determinado tributo. Com a decisão de improcedência de seu pleito e o conseqüente trânsito em julgado da decisão, não poderá agora, em nova demanda, propugnar pela inconstitucionalidade do tributo, pois ficou coberta pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

Diferente situação seria se o Fisco lhe cobrasse novamente o tributo (por tratar de incidência periódica) com fundamento na mesma lei (Súmula 239, STF).⁹⁵¹ Neste caso abre-se a possibilidade de alegar nesta nova demanda a inconstitucionalidade. Aliás, é irrelevante que se tenha repelida a inconstitucionalidade no processo anterior e isso porque “onde não se ponha em jogo a auctoritas rei iudicatae, não há porque supor preclusas as questões logicamente subordinantes, deduzidas ou não, apreciadas ou não, em processo antecedente”.⁹⁵²

iii) Questões prejudiciais (*stricto sensu*)⁹⁵³ – ação de indenização proposta por X em face de Y por suposto descumprimento de servidão. A sentença acolhe o pedido e transita em julgado. Tendo ou não havido apreciação acerca da servidão, Y já não poderá mais impugnar em outro processo o crédito de X pelo valor das perdas e danos. Entretanto, se X pleiteia nova indenização, por outro comportamento de Y, este poderá defender-se alegando a inexistência da servidão, podendo ao juiz examiná-la livremente. Não há sobre ela coisa julgada nem alcança a eficácia preclusiva, salvo se tiver sido objeto de ação declaratória incidental.

⁹⁵¹ Súmula 239 do STF: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

⁹⁵² Idem. “E vice-versa: se no primeiro feito a lei foi considerada inconstitucional, e por isso acolhidos os embargos, não há óbice a que a questão seja de novo suscitada e livremente resolvida, quiçá em sentido contrário, pelo juiz no segundo processo, onde se cobra a prestação tributária correspondente a outro exercício; as duas lides são perfeitamente distintas e a eventual contradição lógica entre as decisões de uma e de outra não tem a mínima relevância do ponto-de-vista em que aqui se focaliza o problema”.

⁹⁵³ O autor usa a seguinte expressão: “as questões solúveis mediante aplicação de direito a fato e referentes a relação jurídica cuja existência ou inexistência se subordina a relação jurídica sobre o que versa o pedido (questões *prejudiciais* em sentido próprio)” (A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 105).

Ademais, é irrelevante para o alcance da eficácia preclusiva se a matéria é cogente ou dispositiva. Desta forma, independentemente se a matéria *poderia* ser conhecida de ofício pelo juiz (v.g. prescrição) ou se *somente* poderiam ser alegadas pelas partes (v.g. pagamento).

Em aditivo, não somente as questões que foram devidamente analisadas tornam-se preclusas, mas as que poderiam ter sido. Assim, as questões cognoscíveis de ofício que deixaram de ser analisadas também se tornam preclusas ao final do processo. Esta regra aplica-se também para as matérias dispositivas, que dependam de apresentação pelas partes: seja porque foram devidamente apresentadas, mas não foram apreciadas na motivação da sentença, seja porque as questões não foram e conseqüentemente não receberam apreciação.

É importante apenas asseverar que a eficácia preclusiva não leva em consideração o critério subjetivo no sentido da *vontade do agente* em alegar as questões para fim de apreciação pelo órgão judicial.

Assim, é irrelevante se a parte deixou deliberadamente de apresentar a matéria ou se não tinha condições reais de demonstrá-la. É irrelevante também se a parte desconhecia a existência do fato e somente após o trânsito teve condições de inferir. O princípio do deduzido e dedutível alcança não só o que a parte concretamente (e de acordo com as circunstâncias do momento) tinha a possibilidade de alegar como também tudo que “*potencialmente lhe seria lícito argüir*”.⁹⁵⁴

⁹⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 106. O exemplo do autor é elucidativo: X consegue a condenação de Y ao cumprimento de obrigação em contrato bilateral. Com o trânsito, Y descobre que X não cumpriu sua parte na avença. Não poderia Y alegar em segunda demanda a *exceptio* sob a alegação de que supunha que já houvesse sido realizado o cumprimento não atenua a eficácia preclusiva da coisa julgada.

6.5 Efeito preclusivo da coisa julgada *versus* princípio do deduzido e dedutível

Questão digna de nota é estabelecer se há de fato diferença entre o efeito preclusivo da coisa julgada e o princípio do deduzido e dedutível. A doutrina refere-os por sinonímia. Se ocorreu o efeito preclusivo, reputam-se deduzidas as alegações, bem como aquelas que poderiam ter sido, mas não foram (dedutíveis).

Neste sentido é interessante o argumento de Teresa Arruda Alvim WAMBIER em sua tese de Livre-docência na PUC/SP: “É comum que os autores tratem como se fossem sinônimas as expressões efeito preclusivo da coisa julgada e princípio do dedutível e do deduzido. Parece-nos que, embora se trate de figuras de apoio ao instituto da coisa julgada, já que, se não existissem, a coisa julgada seria um instituto mais fragilizado, não significam exatamente a mesma coisa”.⁹⁵⁵

Como exemplo a autora explica sobre uma *ação de despejo* com fundamento (= causa de pedir) em danos causados no imóvel. Procedente a demanda, formaliza-se a coisa julgada. Nada impede que o locador agora se insurja *em outra demanda* requerendo a *indenização* pelos danos sofridos.

Interessante: é possível que nesta segunda ação o magistrado não vislumbre a existência do dano, mas nem por isso “a primeira ação ficará com sua estabilidade comprometida, pois, PARA EFEITO DO DESPEJO, houve o prejuízo”.⁹⁵⁶ Este caso parece ser o efeito preclusivo da coisa julgada (ou, ao menos, uma situação em que a sua incidência não ocorre).

Do mesmo modo, se a ação de despejo não tivesse sido julgada procedente, por não ter demonstrado prejuízo, o princípio do dedutível e do deduzido impediria que se tentasse, em ação de despejo posterior, configurar o mesmo prejuízo, descrevendo-lhe aspectos diferentes daqueles mencionados

⁹⁵⁵ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão judicial e embargos de declaração*, cit., p. 116-117.

⁹⁵⁶ Teresa Arruda Alvim Wambier, *Omissão judicial e embargos de declaração*, cit., p. 119.

no processo anterior. Assim a coisa julgada, por meio do seu efeito preclusivo, “cobre o deduzido e o dedutível”.⁹⁵⁷

A incidência da coisa julgada limita-se ao *decisum* cujo alcance e sentido é conferido pela causa de pedir. Desta forma, fica vedada a discussão da causa de pedir em outra demanda que serve de base para a conclusão da primeira demanda.

E na medida em que servem de base para a conclusão daquela demanda, outros argumentos que poderiam ter sido usados NAQUELA causa de pedir tornam-se repelidos quando tiverem a intenção de alterar a decisão anterior.

Em nossa opinião constitui elegante questão de terminologia, mas a nosso ver sem grande operacionalidade prática. Até mesmo porque a impossibilidade de as matérias deduzidas e dedutíveis serem transportadas para a análise em outro processo (evidentemente relacionadas com a mesma lide, *supra* 6.3.2) decorrem do efeito preclusivo que sobre elas incide.

6.6 Eficácia preclusiva interna: análise endoprocessual. O aspecto temporal (relações continuativas e eficácia preclusiva de primeiro grau, art. 517, CPC)

Antes de adentrar no aspecto temporal da eficácia preclusiva é necessário compreender que esta eficácia somente atinge os fatos e direitos *contemporâneos*: vale dizer, que já deveriam existir quando da formação da coisa julgada. Desta forma, direitos e fatos *posteriores* não são alcançados pela eficácia preclusiva.

Estes novos fatos ou direitos constituirão numa nova causa de pedir e a demanda, *ispo facto*, será diferente.⁹⁵⁸

⁹⁵⁷ Idem, *ibidem*. Neste sentido Andrea Proto PISANI, Apuntes sobre la cosa juzgada civil y sobre sus limites objetivos, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, VII, dez. 2003, p. 633, apud Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão judicial e embargos de declaração*, cit., p. 119.

Pela regra da estabilização da demanda decorrente da eventualidade, os fatos devem ser narrados na petição inicial sob pena de preclusão. É na petição inicial que se deflagram os contornos e a extensão do objeto litigioso.⁹⁵⁹ A constestação do réu objetiva mera resistência. Seja na defesa direta, em que se nega a existência dos fatos, ou na indireta, em que a negativa não existe, mas sobrepõe fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, o réu nada traz de novo apto a ampliar a *res iudicium deducta*.

Evidentemente que os fatos simples, os fundamentos jurídicos e as regras legais, por não constituírem dados para integrar o elemento mínimo da demanda (para fins de sua identificação, somente!), poderão ser apresentados no curso do processo, desde que respeitado o primado do contraditório.⁹⁶⁰

Mas é importante deixar consignado que a efetiva controvérsia das partes é irrelevante para dimensionar a lide e, via de consequência, os limites objetivos da coisa julgada.⁹⁶¹ Até mesmo nos casos de revelia a sentença será da mesma forma que a demanda fora proposta.

⁹⁵⁸ Conforme entendimento de Antônio Carlos Araújo CINTRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 4, p. 309.

⁹⁵⁹ Em sentido oposto e com base no direito italiano então vigente à época (CPC, italiano arts. 183 e 184), Giancarlo GIANOZZI afirmava que a demanda pode ser formada sucessivamente por estágios e apenas obteria todos os contornos do objeto litigioso após as últimas alegações possíveis das partes (*La modificazione della domanda nel processo civile*. Milani: Giuffrè, 1958. p. 22).

⁹⁶⁰ “Está claro que uma coisa é acrescentarem-se novos fatos visando a dar maior precisão, tornar mais concreta e individuada a demanda, melhor caracterizada a relação jurídica que fundamenta a ação e perfeitamente compreensível a consequência jurídica desejada pelo demandante; outra coisa, muito diferente e até oposta há de ser a introdução de fatos novos que a modifiquem” (Ovídio A. Baptista e SILVA. *Sentença e coisa julgada*: ensaios, cit., p. 151).

⁹⁶¹ Milton Paulo de CARVALHO assevera que “podemos afirmar que a atividade do réu em nada altera a pretensão processual na sua qualidade ou quantidade. A defesa poderá provocar a rejeição do pedido mas é a respeito deste que será emitido o provimento jurisdicional. Estamos em sede eminentemente processual. Se se admitisse influência da defesa sobre os termos do pedido, estar-se-ia negando que este, a pretensão processual, seja o objeto do processo, porquanto ressuscitando-se a *litiscontestatio*, o objeto do processo voltaria a ser o *litígio*, tal como resultante das *proposições* do autor, na demanda, e do réu, na constestação” (*Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 130).

Desta forma, assim como a revelia, as defesas apresentadas, bem como a sua intensidade, são indiferentes para a delimitação da lide que é identificada na petição inicial.⁹⁶²

Parcela da doutrina que se debruçou no estudo sobre a eficácia preclusiva optou em estabelecer uma distinção que leva em consideração o campo de incidência do instituto: se a eficácia preclusiva se deu internamente ao processo, a eficácia preclusiva será *primária ou interna*. Nesta, deve-se levar em conta os aspectos respeitantes à hierarquia no plano vertical (funcional), bem como as matérias de ordem pública,⁹⁶³ as que decorrem do efeito translativo e os direitos supervenientes.⁹⁶⁴ Esta preclusão vem disciplinada no art. 473 do CPC.⁹⁶⁵

A eficácia preclusiva mais comum, *e objeto do presente trabalho*, é, contudo, aquela que possui eficácia *panprocessual* e espraia seus efeitos para os processos futuros.⁹⁶⁶ Esta é chamada de eficácia secundária ou externa.

⁹⁶² Ovídio A. Baptista e SILVA. *Sentença e coisa julgada: ensaios*, cit., p. 163. Em sentido contrário, entendendo que a apresentação de defesa (de mérito indireta, especificamente) amplia o objeto litigioso, Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: RT, 2009, p. 108 (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil v. 14). “Neste quadro, o processo civil ganha contornos cooperativos na medida em que para a ótima delimitação do objeto litigioso do processo todas as pessoas envolvidas no juízo podem oferecer a sua contribuição, constituindo um verdadeiro *actum trium personarum*”.

⁹⁶³ Não é demais lembrar que no nosso ordenamento os vícios processuais existentes têm aptidão de convalidação com o trânsito em julgado. E após o escoamento do prazo da rescisória opera-se o que se denomina *coisa soberanamente julgada*, pois ocorreu o que também é muito corrente no vocabulário forense a “sanatória geral das invalidades”, expressão, diga-se, que não possui a simpatia de parcela da doutrina. Desta forma as matérias de ordem pública têm sua importância circunscrita aos lindes do processo.

⁹⁶⁴ Esta regra se aplica igualmente quando o réu apresenta reconvenção. É de se ver a reconvenção como instrumento de pretensão que amplia o objeto litigioso, mas com as mesmas regras e condições acerca da eficácia preclusiva. Neste ponto a demanda reconvençional deve ser vista autonomamente. Neste sentido Arruda ALVIM. *Ação declaratória incidental*, cit., p. 45.

⁹⁶⁵ “Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.”

⁹⁶⁶ Há autores que entendem que o instituto somente se projeta para fora do processo. Neste sentido Gustavo Filipe Barbosa GARCIA. *Abrangência da eficácia preclusiva da coisa julgada e limites objetivos da res iudicata. Coisa julgada, novos enfoques*. São Paulo: Método, 2007. p. 17-18.

É importante falar brevemente sobre a eficácia preclusiva interna. De regra, esta eficácia incide até o último momento possível em que poderia ser alegada a matéria.⁹⁶⁷ Contudo, mesmo assim, é necessário: i) verificar caso a caso o momento final para alegação da matéria⁹⁶⁸ (que deve levar em conta a rigidez do procedimento, a natureza da matéria, entre outros relevantes fatores); ii) se a parte teve a oportunidade de se manifestar sobre tal situação.

No sistema rígido de preclusões seguido pelo nosso ordenamento, a lei confere momentos próprios para a prática dos atos. Já foi asseverado anteriormente (itens 1.2 e 1.3 as vantagens existentes na adoção rígida do procedimento (a despeito de algumas ressalvas que, igualmente, foram consideradas nos itens mencionados). Nestes casos, as matérias dispositivas possuem um momento próprio para sua prática.⁹⁶⁹

A inobservância acarreta perda da possibilidade de se praticar o ato, não podendo alegá-lo mais no processo. É importante frisar que a eficácia preclusiva interna é, sob este ponto de vista, *mais abrangente* que a eficácia externa. E isso porque fica vedada ao demandante a alegação de *quaisquer matérias*, sejam pertinentes à lide, sejam indiferentes a ela. Ademais, independentemente de esta matéria ser contrária ou ratificadora da que foi apresentada anteriormente, sua apresentação fica impedida.

⁹⁶⁷ Eduardo TALAMINI observa que os fatos anteriores à litispendência e não argüidos são alcançados pela eficácia preclusiva (desde que pertinente à lide). Os fatos posteriores ao trânsito obviamente não são alcançados (o pagamento após a coisa julgada não impede a alegação em sede de impugnação), mas os fatos que emergiram dentro deste lapso de tempo têm como norteador o art. 462 do CPC. A despeito da menção no texto de lei sentença (leia-se, momento final conclusão para a sentença), a jurisprudência é pacífica no sentido de permitir a aplicação aos recursos ordinários (conforme visto *supra*). “Portanto, são abrangidos pela coisa julgada todos os fatos ocorridos até o momento da conclusão dos autos antes da decisão da fase recursal ordinária [...] desde que contidos na causa de pedir já posta em juízo” (*Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 88-89).

⁹⁶⁸ Neste sentido, BARBOSA MOREIRA, *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*, cit., p. 107.

⁹⁶⁹ As matérias cogentes, por serem de ordem pública não precluem (CPC, art. 301, §4º e 267, § 3º) podendo ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição, sem prejuízo de se arcar com as custas de retardamento.

Contrária é a eficácia panprocessual. Alcançadas pela eficácia preclusiva externa ficam somente as matérias (argumentos) respeitantes à *mesma lide e desde que* estes argumentos venham a abalar a firmeza do primeiro julgado. É de notar que o sistema preclusivo do processo (interno) é mais imperioso que o sistema panprocessual preconizado pelo art. 474 do CPC.

Contudo, há algumas situações processuais que merecem ser tratadas com mais cuidado.

É importante asseverar sobre a regra prevista no art. 517 do CPC: “As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”.⁹⁷⁰

Por opção legislativa decorrente do sistema rígido que o Brasil encampa, a apelação apenas objetiva a revisão (controle) da sentença de primeiro grau (*revisio prioris instantiae*) sem a possibilidade de se trazer argumentos novos ao tribunal (*novum iudicium*). Existe uma identidade de materiais entre o juízo *a quo* e o *ad quem*.

Como bem se sabe, a opção pelo segundo sistema acarretaria em inafastável desprestígio ao juiz de primeiro grau, na medida em que sua decisão pode ser modificada por elementos que nem mesmo levou em consideração (porquanto ainda *inexistentes* no processo) para julgamento.⁹⁷¹

⁹⁷⁰ Cuja *ratio* adveio do revogado art. 824, § 1º, do CPC de 1939, de nítida influência Austríaca. BARBOSA MOREIRA (*Comentários ao Código*, cit. p. 449) assevera que o artigo fala em questões novas mas não seria possível invocar nova causa de pedir. No mesmo sentido. Nelson NERY e Rosa NERY. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 860.

⁹⁷¹ “Questões de fato não propostas no juízo inferior só podem ser suscitadas em sede de apelação se a parte provar que não propusera por motivo de força maior, ex vi do art. 517 do CPC, razão pela qual é desinfluyente alegação exposta apenas em apelo no sentido da falta de recursos orçamentários para o cumprimento da sentença que condenou o apelante”. Apelação Cível 2006.001.65296, 19ª Câmara Cível do TJRJ, rel. Des. Fernando Fochi Lemos, j. 24.01.2007.

O julgamento do mérito em primeiro grau faz, de regra, precluir as questões de fato não apresentadas (evidentemente se estas questões já existiam naquele momento). Como observa BARBOSA MOREIRA, “tal efeito é menos intenso do que o resultante da coisa julgada: deixa de fora as questões que não poderiam ter deduzido antes ‘por motivo de força maior’”.⁹⁷²

Trata-se de regra que possui íntima relação com o efeito devolutivo.⁹⁷³ Se este apenas autoriza o conhecimento de matérias impugnadas pelo recorrente, aquele apenas autoriza matérias novas desde que haja justo impedimento.⁹⁷⁴

Alegações que poderiam ser apresentadas em apelação, mas não foram, ficam vedadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada interna. As que *não poderiam* ser alegadas em apelação, por motivo de força maior, não. Trata-se da regra da vedação ao *jus novorum*. Não se podem alegar matérias que poderiam ter sido apresentadas no momento oportuno, mas não foram. Contudo, residem fora da abrangência desta regra:

- i) as questões de direito, que por ser o enquadramento jurídico, não precluem, dada a expressa adoção do nosso ordenamento pela teoria da substanciação.⁹⁷⁵
- ii) as matérias de fato cognoscíveis de ofício (matérias de ordem pública), *ex dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC.*

⁹⁷² A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 107.

⁹⁷³ Possui íntima relação, mas com ele não se confunde. “O problema de que trata o art. 517 perfeitamente se distingue do concernente ao efeito devolutivo da apelação, disciplinado nos dois dispositivos antecedentes. Não parece feliz a concepção que os mistura, embutindo o *ius novorum* no efeito devolutivo. Uma coisa é determinar as questões cujo conhecimento se *transfere* do juízo inferior ao superior; outra é discriminar aquelas que, *sem terem submetido* ao conhecimento do juízo inferior, entram diretamente a integrar o objeto da atividade cognitiva de segundo grau. A função processual do dispositivo sob exame é *complementar* da função exercida pelas regras atinentes ao efeito devolutivo: aquele e estas, em conjunto, fixam os lindes dentro dos quais o tribunal há de exercer cognição” (grifos no original). José Carlos BARBOSA MOREIRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 448.

⁹⁷⁴ Neste sentido Bernardo Pimentel SOUZA. *Introdução aos recursos cíveis e a ação rescisória*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 486.

⁹⁷⁵ Ricardo de Carvalho APRIGLIANO. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 212.

iii) as questões trazidas em apelação pelo terceiro interessado (CPC, art. 499). Se este ingressou no processo pela primeira vez apenas para recorrer, certamente as questões recursais apresentadas são novidade para o processo.⁹⁷⁶

iv) as questões de fato, não cogentes, mas que possuem autorização para que sejam analisadas a qualquer tempo (CPC, art. 303, III) ou que decorreram de direito superveniente (CPC, arts. 303, I, e 462).⁹⁷⁷

v) força maior.⁹⁷⁸ É possível as partes trazerem questões de fato *novas* quando tenha ocorrido motivo de força maior. Três são as situações que tipificam questões de fato novas: a) quando o evento não havia ocorrido até o último momento em que a parte poderia tê-lo feito antes da sentença;⁹⁷⁹ b) o fato ocorreu, mas dele a parte desconhecia;⁹⁸⁰ c) o fato ocorreu, a parte dele tinha ciência, mas não poderia apresentá-lo por impossibilidade decorrente de circunstância alheia à sua vontade.⁹⁸¹

Não se pode trazer novas questões fáticas para suprir eventuais falhas na argumentação apresentada em primeiro grau.

⁹⁷⁶ Importante frisar que esta regra NÃO se aplica ao réu revel (que pode trazer argumentos pela primeira vez em sede recursal, pois a lei autoriza que ingresse a qualquer momento, CPC, art. 322, parágrafo único), sob pena de criar uma vantagem indevida a este réu.

⁹⁷⁷ O art. 462 do CPC assim dispõe: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

⁹⁷⁸ “Recurso. Apelação. Fato novo. Apreciação inadmissível. Inocorrência de exceção ou força maior a justificar a não alegação em 1º grau. Aplicação do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. Inteligência do art. 517 do CPC (2º TACivSP)” (RT 638/159).

⁹⁷⁹ Aqui não se trata de exceção a regra: constitui a simples não incidência da eficácia preclusiva, pois a matéria não é contemporânea ao momento oportuno para a sua alegação. Neste sentido Eduardo ARRUDA ALVIM observa que “ficam, porém, de fora do alcance da eficácia preclusiva o direito e fatos supervenientes, que podem ser alegados em outra ação. Isso porque, na medida em que essa nova ação seja fundada em fatos ou direito superveniente, estará, em última análise lastreada em outra causa petendi”. *Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 619.

⁹⁸⁰ A questão não se refere a eficácia preclusiva externa (que retira o elemento subjetivo) mas sim da interna decorrente do *jus novorum*.

⁹⁸¹ BARBOSA MOREIRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 449.

Esta regra não se aplica somente em apelação. Assim também, como assevera Cândido DINAMARCO, “fatos ocorridos quando o único recurso cabível era o especial ou extraordinário também não ficam cobertos, porque esses recursos não comportam discussão sobre fato”.⁹⁸²

O fato de se tratar de possibilidade episódica e excepcional no ordenamento faz-se compreender, conforme dito anteriormente, que existe eficácia preclusiva dentro do processo (endoprocessual).

Em outro prisma, quanto às relações jurídicas continuativas, há algumas questões importantes que devem ser enfrentadas. Como se sabe, nosso ordenamento veda as sentenças que regulamentam situações ainda não exauridas, até mesmo porque a falta de conclusão de determinada situação jurídica impede a proteção jurisdicional por falta de interesse de agir.⁹⁸³

Estas relações inserem-se dentro dos limites temporais da coisa julgada,⁹⁸⁴ pois são situações futuras que guardam relação com situações atuais. “Trata-se de definir quais fatos, no curso do tempo, estão abrangidos pela causa de pedir e o pedido postos em juízo e, conseqüentemente, pela coisa julgada que se formar.”⁹⁸⁵

⁹⁸² Instituições, cit. p. 326. O autor confere exemplificativo exemplo sobre o aspecto temporal da eficácia preclusiva: o pagamento. “Se a parte alega *agora* que pagou antes da sentença ou mesmo da instauração do processo – ou se só agora ela prova que o fizera – esse fato está coberto pela eficácia preclusiva da coisa julgada e sua alegação não pode ser feita em liquidação de sentença, em embargos à execução [atualmente impugnação] ou mediante outro processo instaurado para esse fim (salvo ação rescisória quando for admissível). Mas, se o pagamento *ocorreu* depois do momento útil, ele não se inclui no âmbito do *implícito* a que se refere o art. 474, podendo ser invocado depois” (grifos do original).

⁹⁸³ Fredie DIDIER, Paula Sarno BRAGA e Rafael OLIVEIRA. *Curso de direito processual*, cit., v. 2, p. 432.

⁹⁸⁴ Neste sentido Eduardo TALAMINI. *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 87.

⁹⁸⁵ Idem, *ibidem*.

Como se refere aos limites objetivos da coisa julgada, alguns autores entendem inapropriada a expressão.⁹⁸⁶

A regra vem disciplinada no art. 471, I, do CPC: “Se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”.

Constitui regra com perfeita simetria a eficácia preclusiva da coisa julgada: é possível requerer nova decisão, porque a alteração de fato ou de direito ocasionou a formação de *nova* causa de pedir e, portanto, *fora* dos limites objetivos (já que diferem os elementos da tríplice identidade) e *fora* da eficácia preclusiva (já que a nova causa de pedir, justamente por ser nova, afasta-se da lide já decidida).

Não é demais recordar que a eficácia preclusiva abrange o deduzido e o dedutível antes do trânsito em julgado, ou seja, o que a parte poderia apresentar no curso do processo.

Desta forma, está superada a antiga ideia, com base no art. 15 da Lei 5.478/68,⁹⁸⁷ de que as relações continuativas não fazem coisa julgada.⁹⁸⁸ Trata-se a nova demanda não de uma desconstituição da coisa julgada anterior, mas de nova pretensão, com base numa nova realidade, incompatível com a anterior.

⁹⁸⁶ Ver por todos Egas Moniz de ARAGÃO. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 198-200.

⁹⁸⁷ Art. 15 da Lei n. 5.478/68: “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados”.

⁹⁸⁸ Constitui o entendimento majoritário da doutrina. Neste sentido: Enrico Tullio LIEBMAN. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*, cit., p. 280-281; José Carlos BARBOSA MOREIRA, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, cit. p. 111, Sérgio Gilberto PORTO. *Coisa julgada civil*, cit., p. 80-81; Wellington Moreira PIMENTEL. *Comentário..cit.* p. 574 e João Batista LOPES. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 158. Contudo parcela da doutrina ainda mantém o entendimento de que a sentença de alimentos não produz coisa julgada. Neste sentido Vicente GRECO FILHO. *Direito processual civil brasileiro*, cit., p. 275 e Eduardo COUTURE. *Fundamentos do direito processual civil*, cit., p. 243.

6.7 Os limites subjetivos da eficácia preclusiva: autor, réu e terceiros

Constitui-se em verdade estabelecer os “limites subjetivos” à eficácia preclusiva, pois é preciso verificar *quem* é atingido por ela e *de que maneira*. O dispositivo legal (art. 474 do CPC), quando expõe a expressão “alegações e defesas”, torna expresso que o comando da norma atinge ambas as partes.

Dentro dos limites subjetivos é imperioso, portanto, verificar a extensão da eficácia preclusiva para o autor e para o réu. É dizer de maneira mais clara: como o efeito preclusivo pode tornar repelidas futuras alegações do autor e do réu que objetivem balançar a firmeza do que foi julgado. Para tanto, a eficácia atinge os argumentos inerentes à mesma causa de pedir que poderiam mudar o que ficou decidido na primeira demanda.

Entretanto, questão importante, especialmente à luz do contraditório, é verificar como ficaria a situação *do réu* sobre os seus fundamentos de defesa (*causa excipiendi*).

Assevera José Roberto dos Santos BEDAQUE que “a eficácia preclusiva atinge com mais intensidade a causa *excipiendi*. Justificar-se-ia esse tratamento diferenciado porque, na nova demanda, o réu poderá deduzir todos os argumentos de defesa relacionados com aquela causa de pedir”.⁹⁸⁹

⁹⁸⁹ Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: José Rogério Cruz e TUCCI e José Roberto dos Santos BEDAQUE (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 27. Contudo, como observa Guilherme Freire de Barros TEIXEIRA. *O princípio da eventualidade no processo civil*, cit., p. 230, no tocante ao processo (e não à eficácia preclusiva) “a eventualidade é mais rígida para o autor, já que a alteração do pedido ou da causa de pedir sofre as restrições referentes à estabilização da demanda, estabelecidas nos arts. 264 e 294 do CPC, enquanto a modificação e a adição da defesa, com relação às matérias cognoscíveis de ofício, podem ser feitas mesmo após superados os limites impostos nos dispositivos mencionados”. Como não há se falar em preclusão, arcará o réu apenas pelas custas de retardamento das matérias que não foram ventiladas na primeira oportunidade (CPC, art. 267, § 3º) ou mesmo a responsabilidade pelas custas do processo a partir do saneamento se não apresentados fatos impeditivos, extintivos ou modificativos, além da perda dos honorários advocatícios, mesmo sendo vencedor da demanda (CPC, art. 22).

Trata-se da regra da eventualidade. Conforme visto (item 1.4), a regra da eventualidade consiste na imposição de um ônus ao réu no sentido de apresentar, em sede de defesa, todas as matérias hábeis a comprovar suas alegações, mesmo que entre elas haja incompatibilidade lógica.

Cândido DINAMARCO explica que a eficácia preclusiva para o réu cobre todas as possíveis defesas. E isso porque “a coisa julgada é limitada pela causa de pedir e não pelas razões de defesa, de modo que o réu recebe impedimento total de alegar, em outro processo, quaisquer fatos modificativos, extintivos ou mesmo impeditivos que pudessem infirmar a estabilidade dos efeitos da sentença. Consequentemente, para ele é mais grave a situação do que para o autor”.⁹⁹⁰

Não pode o autor formular nova demanda com base na mesma causa de pedir, mas com novos argumentos. Poderá, entretanto, em outra demanda, formular o mesmo pedido, mas com outra causa de pedir, pois estará, portanto, afastado da tríplice identidade. Ocorre que, para o réu, esse efeito atinge de maneira mais contundente.⁹⁹¹ A única possibilidade de defesa é na contestação por força da regra da eventualidade ou concentração *ex* do art. 300 do CPC.⁹⁹²

Junior Alexandre Moreira PINTO assevera que “esta análise do sistema à luz da regra da substanciação acarreta, no tocante à eficácia preclusiva da coisa julgada, uma maior carga ao réu do que ao autor, pois enquanto aquele está livre para deduzir novos fatos não articulados, e, portanto, não alcançados pela eficácia contida nos

⁹⁹⁰ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 285.

⁹⁹¹ “Os efeitos da sentença só se tornam firmes entre as partes mediante a autoridade da coisa julgada material nos limites do objeto e da causa de pedir. Fatos constitutivos não alegados e por isso não considerados ao julgar, constituem causa petendi, não integrante da demanda julgada e consequentemente sua alegação em outra demanda é plenamente possível, não obstante a coisa julgada material. Cândido Rangel DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 283.

⁹⁹² É o que entende Teresa Arruda Alvim WAMBIER. *Omissão judicial e embargos de declaração*, cit., p. 116. “Já no que diz respeito à posição do réu, a situação, embora semelhante, não é idêntica: o réu perdendo a ação, não poderá mais usar razões de defesa autônomas, nem argumentos que teriam girado em torno das razões que alegou, e de que não fez uso.”

limites impostos à demanda, este não poderá em demanda futura, argüir causa *excipienda* não exposta na defesa, já que como preceitua o art. 474 do CPC brasileiro, com o trânsito em julgado da sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor no processo”.⁹⁹³

No que concerne a terceiros é importante tecer algumas considerações: a primeira parte do art. 472 do CPC dispõe que somente as partes serão atingidas pela coisa julgada.⁹⁹⁴ A regra, como observa Eduardo TALAMINI, decorre “das garantias constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, XXXV, LIV e LV)”,⁹⁹⁵ pois negaria ao terceiro o direito de se manifestar no processo e o acesso ao judiciário: sofreria os efeitos da coisa julgada sem ter participado dela.

É importante lembrar a teoria de LIEBMAN⁹⁹⁶ sobre o assunto. Conforme estudado no item 4.1.6, o autor peninsular definiu com precisão a distinção de efeitos e autoridade da coisa julgada.⁹⁹⁷

O terceiro, portanto, não é atingido pela coisa julgada, mas sim pelos efeitos da decisão.⁹⁹⁸ A decisão (=sentença), quando prolatada, produz, ao menos, duas

⁹⁹³ A causa *petendi* e o contraditório, cit., p. 38.

⁹⁹⁴ Bem observa Cassio SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., p. 394, que “a segunda parte do art. 472, contudo, dá a entender que alguns terceiros se sujeitam à coisa julgada, é dizer, à imutabilidade do que foi decidido num dado processo. Ocorre, contudo, que os “interessados” lá referidos não podem ser identificados como verdadeiros terceiros, mas, bem diferentemente, como *partes*. Tanto assim que o dispositivo refere-se à figura do “litisconsórcio necessário”, que é a situação em que, por força de lei ou por força do próprio direito material subjacente ao processo, impõe-se uma pluralidade de autores, de réu, ou de autores e réu, atuem concomitantemente em juízo em um mesmo processo”.

⁹⁹⁵ *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 96.

⁹⁹⁶ *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 79-117.

⁹⁹⁷ LIEBMAN na verdade deu continuidade aos estudos de seu mestre CHIOVENDA que inaugurou os estudos da dicotomia entre autoridade e eficácia que eram tão imanentes na doutrina alemã de HELLWIG.

⁹⁹⁸ Em obra de sua importância para o tema, Enrico ALLORIO estabelece que a autoridade da coisa julgada atinge a todos: partes e terceiros. Contudo, a eficácia para as partes é direta e para terceiros, reflexa. Seu critério de distinção é o que se denomina “destinação precípua”, ou seja, as partes são atingidas diretamente pela sentença, pois esta é a finalidade dos efeitos. Contudo os terceiros são atingidos somente de maneira

consequências práticas: a) a produção dos seus efeitos e b) a presunção de legitimidade (imperatividade do ato público).

Desta forma, os efeitos decorrentes da sentença, até mesmo por originarem de ato legitimado pelo ordenamento, incidem sobre os terceiros que da relação jurídica não participaram.⁹⁹⁹ Esta situação decorre porque a relação das partes do processo com os terceiros está correlacionada, e seria impossível permitir a produção de efeitos de uma sentença resolutiva de uma determinada relação jurídica sem que todos os interessados sofram os efeitos.¹⁰⁰⁰

É importante verificar se de fato apenas os efeitos (eficácia) da decisão atingem a terceiros ou também a coisa julgada (e consequentemente a eficácia preclusiva). Quanto a este último aspecto, Egas Moniz ARAGÃO observa que “é natural a preclusão atuar sobre os sujeitos da relação processual, como tais considerados o juiz e as partes. Também os terceiros intervenientes, que nela ingressaram por vontade própria”.¹⁰⁰¹

Assim, as partes e os terceiros intervenientes sofrem os efeitos da coisa julgada.¹⁰⁰² Os terceiros interessados sofrerão os efeitos da sentença e os desinteressados nada sofrerão, pois aquela relação não lhes diz respeito.

Contudo, é de perguntar o que ocorre com o terceiro que não intervém.

reflexa, pois esta eficácia, por não ser precípua não estava programada pela lei ou determinada pelo juiz. *La coza giudicatta rispetto ai terzi*, cit., p. 114.

⁹⁹⁹ Eduardo TALAMINI exemplifica que o divórcio entre as partes atinge a todos da relação jurídica. Igualmente a decretação da nulidade de um ato incide sobre a vida do terceiro. *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 97.

¹⁰⁰⁰ José Rogério Cruz e TUCCI observa que “a interdependência das relações negociais e a complexidade do comércio jurídico acabam rompendo as fronteiras do denominado princípio da relatividade da coisa julgada e, com isso, torna-se inexorável a projeção, ainda que por via indireta ou reflexa dos efeitos da decisão e, às vezes, em caráter excepcional, da própria expansão da coisa julgada a terceiros” (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006. p. 40-41).

¹⁰⁰¹ Preclusão. *Saneamento do processo*. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda, cit., p. 162.

¹⁰⁰² À exceção do assistente simples que sofre os efeitos da justiça da decisão (CPC, art. 55).

Para os terceiros a preclusão (e mais especificamente o efeito preclusivo) é inócua. Caso sejam atingidos, mesmo que de maneira oblíqua, eles têm ampla liberdade de aduzir quaisquer alegações contra a referida incidência. O fato de ter havido preclusão no processo para as partes (e conseqüentemente o efeito preclusivo panprocessual) não guarda referibilidade com o terceiro por dois importantes motivos:

a) Apesar de a eficácia preclusiva em sua vertente aqui estudada ser um fenômeno que se projeta para fora do processo, os seus limites decorrem justamente de situações ocorridas (ou potencialmente ocorridas) *dentro* dele.

Assim, não se pode deixar de dar certo grau de artificialidade à expressão “eficácia preclusiva”, visto que “preclusiva” somente pode ser entendido *dentro* da relação jurídica processual. Portanto, não participando o terceiro do processo, o fenômeno da preclusão não pode atingir sua esfera na justa medida que não poderia (nem teria como) deduzir matéria. O ônus somente atinge a quem deveria praticar o ato e não o fez.

b) Mesmo que do contrário se entendesse, o objetivo do terceiro, ao trazer a questão ao judiciário, não constitui *discutir novamente a lide* (logo, a discussão sobre os efeitos negativos da coisa julgada não é colocada em pauta) e, portanto, não haveria uma modificação do estado anterior (e igualmente se tira de pauta a eficácia preclusiva, portanto), mas seu objetivo é, tão somente, *afastar a incidência da decisão sobre sua esfera jurídica*.¹⁰⁰³

Contudo, mesmo no sistema da coisa julgada *inter partes* há duas situações em que a coisa julgada pode atingir terceiros: na sucessão¹⁰⁰⁴ e substituição processual. No primeiro caso o sucessor assume os direitos ou obrigações do sucedido. Esta

¹⁰⁰³ Nesse sentido, Egas D. Moniz ARAGÃO. Preclusão. *Saneamento do processo*. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda, cit., p. 162.

¹⁰⁰⁴ Nesse sentido João Batista LOPES. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 159.

transmissão traz conjuntamente os efeitos da coisa julgada, por expressa disposição de lei (CPC, art. 42, § 3º).¹⁰⁰⁵

No segundo caso os substituídos serão representados na demanda por sujeitos que a lei entende conveniente como adequados na defesa de seus direitos (CPC, art. 6º). Esta situação episódica no processo faz atingir terceiros que são titulares do direito, mas não participaram da relação jurídica, pois esta tutela foi exercida pelo legitimado extraordinário.¹⁰⁰⁶

Evidentemente que os efeitos da coisa julgada atingindo a estes terceiros, por via de consequência, os efeitos preclusivos decorrentes desta também incidirão.

¹⁰⁰⁵ “§ 3º. A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário.” Eduardo TALAMINI observa que o sucessor receberá tratamento distinto caso seja ou não cientificado da existência do processo. Assim, “uma vez reconhecida a boa fé (objetiva) do sucessor, *i.e.*, a ausência de ciência do processo, deverá ele ser tratado como terceiro, ficando alheio à autoridade da coisa julgada no processo em curso. Já na hipótese oposta, tratando-se de alienação a título particular por ato inter vivos, incide a regra do art. 42. O sucessor apenas ingressará no processo no lugar da parte que lhe transferiu o bem ou a relação, se o adversário concordar. Não havendo esta concordância, prosseguirá o alienante (ou cedente) figurando como parte no processo – então como *substituto processual* do sucessor (o qual poderá, então, figurar apenas como assistente do alienante ou cedente). Mas o fundamental é que, quer nessa hipótese, quer no caso em que o adversário concorda com o ingresso do adquirente (ou cessionário), este ficará sujeito a autoridade da coisa julgada: no primeiro caso, porque figurou, mesmo, como parte; no segundo, porque foi substituído pelo alienante ou (cedente)”. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: Fredie DIDIER JÚNIOR e Teresa Arruda Alvim WAMBIER (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004. p. 221.

¹⁰⁰⁶ José Rogério Cruz e TUCCI observa que não poderá o terceiro suportar os efeitos da coisa julgada se não teve a oportunidade de participar do processo. Neste caso, os limites da coisa julgada sofreriam mitigação principiológica pela ampla defesa e o contraditório. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, cit., p. 232. Neste mesmo sentido Eduardo TALAMINI. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada), cit., p. 222-225. Situação digna de nota é também, a discutida existência da coisa julgada *secundum eventum litis*. Esta forma de produção não possui boa aceitação pela doutrina civil (já que no direito penal a sentença condenatória sempre pode ser revista a favor do réu). Contudo, o art. 274 do CC traz interessante questão em que o resultado da demanda influencia na produção da coisa julgada: “O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve”. Dessa forma, trata-se de vinculação da coisa julgada ao seu resultado.

6.8 Eficácia preclusiva em face do efeito preclusivo na execução da sentença (art. 475-L, VI, CPC) e da liquidação (art. 475-G)

O sistema de eficácia preclusiva primária (interna) da coisa julgada não ficará comprometido com a possibilidade de se alegar em sede de impugnação (CPC, art. 475, L) matérias que *poderiam* ter sido utilizadas no processo de conhecimento.

Esta regra se estende também aos embargos à execução contra a Fazenda Pública, conforme se depreende do art. 741 do CPC.

É importante verificar as hipóteses:

No caso da “falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia” (CPC, art. 475-L, I), a não incidência da eficácia preclusiva entremostra-se ainda mais latente na medida em que nem houve coisa julgada. E isso porque a falta de citação, em nossa opinião, é pressuposto processual de existência que impede a formação da *res iudicata*. Tanto que incabível ação rescisória, pois não há nada a se desconstituir.

Deseja o impugnante que se declare a inexistência do processo fazendo as vezes de uma *querela nullitatis insanabilis*. No caso de nulidade de citação, o ato ocorreu – o que se configura não mais no plano da existência, mas no da validade –, mas de maneira defeituosa e deve ser refeito. Pela concatenação dos atos processuais (princípio da causalidade) todos os atos que dependam da citação serão nulificados. Aqui a impugnação (ou embargos quando opostos pela Fazenda) tem *função rescisória*.

Nas hipóteses dos incisos II e IV do referido art. 475-L, não se opera a eficácia preclusiva já que constituem matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo

magistrado e, portanto, não sujeitas à preclusão (CPC, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º).¹⁰⁰⁷ Versam sobre o interesse e a legitimidade, condições da ação, portanto.

Os demais casos não coadunam com a eficácia preclusiva da coisa julgada, uma vez que ocorreram após a sentença e ainda se encontram no “momento oportuno” para a alegação,¹⁰⁰⁸ como a penhora incorreta ou avaliação errônea (III), excesso de execução (V) e as causas supervenientes à sentença¹⁰⁰⁹ (VI). Esta regra aplica-se também aos demais casos dos embargos pela Fazenda Pública que não têm previsão na impugnação, como o impedimento do juiz (CPC, art. 741, VII) e a incompetência absoluta do juízo (CPC, art. 741, VII).¹⁰¹⁰

E quando se tratar de título executivo extrajudicial? Incidiria a eficácia preclusiva? Em princípio não. E isso porque não há discussão de mérito na execução a ponto de produzir a coisa julgada material.¹⁰¹¹ Os embargos à execução (que possuem natureza de ação cognitiva) trariam pela primeira vez ao processo a discussão.

¹⁰⁰⁷ Estas matérias apenas sofrem restrição nas instâncias superiores (STJ e STF), pois necessário o cumprimento do prequestionamento (S. 282, STF). A não ser que o recurso tenha sido admitido. Neste sentido, STJ, 2ª Turma, REsp 789.062/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 28.11.2006, DJ 11.12.2006, p. 343. Ac. un.

¹⁰⁰⁸ É o que observa Wellington Moreira PIMENTEL sobre as causas supervenientes, que estas não criam atrito com o disposto no art. 474, já que são sempre posteriores à sentença. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit. p. 591.

¹⁰⁰⁹ Neste sentido BARBOSA MOREIRA que as denominam como efeito preclusivo típico. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, cit., p. 109.

¹⁰¹⁰ Como bem observam Nelson NERY e Rosa Maria de Andrade NERY, *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 710 (Coment. ao art. 474), “A suspeição do juiz e a incompetência relativa do juízo são matérias de *exceção processual* (CPC 305), cabível em todo e qualquer processo, constituindo-se em matéria estranha, em geral, à eficácia preclusiva da coisa julgada” (grifos do original).

¹⁰¹¹ Negando a discussão de mérito na execução, em excelente trabalho Marcelo Navarro Ribeiro DANTAS. Admissibilidade e mérito na execução. *RePro*, n. 47, p. 38-39, São Paulo: RT, 1986.

Contudo, é possível que a parte apresente demanda heterotópica com o objetivo de insurgir contra a execução tendo em vista a rejeição dos embargos à execução apresentados.¹⁰¹²

É possível que uma causa de pedir não ventilada em sede de embargos possa ser suscitada em nova demanda? A resposta é positiva, em tese, na medida em que se trata de nova causa de pedir que formularia, portanto, nova demanda.¹⁰¹³

Em tese pois evidente que a questão deve ser vista também sob a ótica da má-fé processual.¹⁰¹⁴ Neste caso poderia o embargante escudar-se na tríplice identidade, permitir o desmembramento de argumentações e, quem sabe, obter um provimento positivo em uma delas.

Talvez nesse caso seja recomendável a adoção da teoria ampliativa. Para não utilizar a aplicação de uma corrente ou outra com base no casuísmo (restritiva ou ampliativa), é de pensar que, a despeito de os embargos constituírem uma ação, sua natureza é, de fato, defesa e como defesa devem ser tratados. A fim de evitar a eternização da lide, a regra da eventualidade, tão imperiosa para o réu (que impõe a apresentação de todos os fatos e argumentos), deve ser aplicada ao embargante.

Apesar, que igualmente não haveria nada de desarrazoado estabelecer uma corrente diversa para o caso concreto. Aliás, já bem asseverou BARBOSA MOREIRA

¹⁰¹² Sobre o assunto, Sandro Gilbert MARTINS. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. Defesa heterotópica. São Paulo: RT, 2002 e Rosalina P.C . Rodrigues PEREIRA. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹⁰¹³ Contudo, como bem observam Fredie DIDIER, Paula Sarno BRAGA e Rafael OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2, p. 430. “Sucedo que essa solução não parece razoável, pois permitiria ao executado “fragmentar” a sua oposição à execução em tantas demandas quantos sejam os fundamentos que poderia deduzir, em atitude desleal e contrária à celeridade processual e à boa-fé objetiva processual.”

¹⁰¹⁴ Sobre o tema ver por todos Fabio MILMAN. *Improbidade processual*. Rio de Janeiro; Forense, 2007. p. 242.

que “parece impossível resolver bem todos os problemas concretos à luz de regras apriorísticas inflexíveis”.¹⁰¹⁵

Desta forma, o embargante tem o ônus de apresentar, em sede de embargos, toda matéria pertinente à sua defesa (leia-se causas de pedir, pois se trata de uma ação), sob pena de preclusão.

Quanto à liquidação de sentença, existe regra expressa no ordenamento brasileiro neste sentido: “Art. 475-G. É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou”.

Esta regra conferida pela Lei 11.232/2005 repete o que dispunha o art. 610 revogado. Conforme observa Cassio SCARPINELLA BUENO, “a regra afina-se bem ao comando do art. 463, *caput* – ‘princípio da invariabilidade da sentença pelo juiz que a proferiu’”.¹⁰¹⁶

Não se pode discutir em sede de liquidação o que ficou decidido na sentença liquidanda.¹⁰¹⁷ Não é sequer necessário o trânsito em julgado (leia-se autoridade), pois “o pedido de liquidação está limitado pelo conteúdo da sentença liquidanda”.¹⁰¹⁸

Caso contrário seria, nos dizeres de Alcides de Mendonça LIMA, conferir caráter rescisório à liquidação.¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁵ *Comentários ao CPC*, cit., p. 208-209.

¹⁰¹⁶ *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 60.

¹⁰¹⁷ Há entendimento no sentido de que os juros moratórios e a correção monetária podem ser discutidas na liquidação desde que não tenha havido negativa expressa pela sentença. Neste sentido, Cândi Rangel DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, p. 633-634. Ainda STJ, 2ª Turma, REsp 464.234/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 03.08.2006, DJ 18.08.2006, p. 367.

¹⁰¹⁸ Luiz Rodrigues WAMBIER. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 175.

¹⁰¹⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 593. São palavras do autor: “Permitir a renovação da lide ou a infringência da sentença seria converter a liquidação ou em recurso

Neste mesmo sentido Teori Albino ZAVASCKY,¹⁰²⁰ para quem “o processo de liquidação não é meio recursal, nem rescisório. Não é substituto de embargos de declaração, de que se possa lançar mão para sanar omissões. Não se deve instalar nele situação de litispendência, relativamente à ação em que se proferiu a sentença liquidanda pendente de recurso, nem por seu intermédio comprometer a eficácia da coisa julgada”.

Se a parte dispositiva (*quantum debeatur*) fica impossibilitada de ser *discutida* em sede de liquidação, os fundamentos que serviram de premissa a esta conclusão, por não se tornarem imunes, podem?

Para que se possa responder a esta indagação, há duas considerações importantes a fazer: a primeira, conforme visto antes, a discussão sobre a cognição na liquidação (que é parcial), não está relacionada com os limites objetivos da coisa julgada. E isso porque a matéria objeto de liquidação está circunscrita à *sentença liquidanda e não à autoridade que esta eventualmente se revista com o trânsito em julgado*.

A adstrição do incidente com a matéria da sentença não advém da coisa julgada, mas da própria impossibilidade de alteração da sentença, conforme o art. 463 do CPC. Sendo com a sentença e não com a sua imutabilidade, não há falar em limites objetivos e, portanto, fica prejudicada qualquer argumentação, pois a falta de regramento geral deduz que toda a sentença vincula a cognição da liquidação.

A segunda, de *lege ferenda*, mesmo que houvesse regramento nesse sentido,¹⁰²¹ igualmente não se aplicaria à eficácia preclusiva da coisa julgada. E isso

de embargos ou em ação rescisória. A sua finalidade não é a de atacar a sentença, mas, ao contrário, completá-la, integrá-la, tornando-a exequível, isto é, dar-lhe vida e não destruí-la”.

¹⁰²⁰ *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 397.

¹⁰²¹ Foi explicitado que o art. 475-G discorre sobre lide. Para os fins do Código de Processo Civil, lide é mérito que para nós é sinônimo de objeto litigioso. O objeto litigioso compreende o pedido e a causa de pedir.

porque foi explicitado que o art. 475-G fala em *lide*. Para os fins do Código de Processo Civil, *lide* é sinônimo de mérito, de objeto litigioso (*streitgegenstand*). O objeto litigioso compreende o pedido e a causa de pedir. Assim, quando o dispositivo alude à expressão *lide*, está dizendo que a liquidação não pode remontar o pedido, bem como a causa de pedir que serviu de premissa para ele.

Não se pode permitir que *causae petendi* que não foram arguidas na demanda pudessem ser utilizadas na liquidação, pois toda sentença foi atingida. Desta forma, é como se houvesse uma eficácia preclusiva que atingisse a todos os fundamentos, não pelos limites objetivos, não pela película protetora que reveste as questões pertinentes à *lide*, *mas pela impossibilidade de alterar a sentença liquidanda*.¹⁰²²

Mesmo nos casos em que a sentença estabelece condenação genérica (*an debeat*), e a apuração do valor (*quantum debeat*) totaliza zero. A liquidação com dano zero é aquela que não afere para o liquidante nenhum resultado positivo, pois demonstra que não houve prejuízo.

Esta situação ocorre porque “não foram investigadas a contento as circunstâncias de fato que supostamente alicerçavam o direito afirmado pelo credor”.¹⁰²³

É de perguntar se, diante de uma apuração inexistente a conduzir uma fase executiva, o que ocorreria com o processo. Para Araken de ASSIS¹⁰²⁴ existe

Assim, quando o dispositivo alude a expressão *lide*, está dizendo que a liquidação não pode remontar o pedido, bem como a causa de pedir que serviu de premissa para ele.

¹⁰²² Marcelo José Magalhães BONÍCIO observa que na fase de liquidação “as partes devem ater-se aos fatos que ainda não tenham sido objeto de apreciação do juiz, para a apuração do valor da dívida”. *Comentários à execução civil*. Obra em coautoria. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 41.

¹⁰²³ Fredie DIDIER JR, Leonardo José Carneiro da CUNHA, Paula Sarno BRAGA e Rafael OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 139. Os autores conferem importantes exemplos: Na prova pericial da liquidação por arbitramento indica que o liquidante não sofreu, tecnicamente, dano algum; o autor alega que o reajuste do seu benefício previdenciário deveria ter sido feito sob a égide de determinado índice distinto daquele praticado. A sentença julga procedente o seu pedido, mas na liquidação verifica que este índice piora a situação dele em relação aquele que vinha sendo utilizado.

declaração e, portanto, coisa julgada. Logo, a improcedência da liquidação impedindo o liquidante de ingressar novamente com o mesmo objeto (CPC, art. 468). Neste mesmo sentido está Cândido Rangel DINAMARCO.¹⁰²⁵

6.9 Eficácia preclusiva e rescisão do julgado

A ação rescisória¹⁰²⁶ constitui ação de natureza constitutiva (negativa)¹⁰²⁷ com o objetivo de rescindir a decisão (sentença ou acórdão) de mérito transitado em julgado (CPC, art. 485).¹⁰²⁸ A possibilidade de trazer elementos da fase cognitiva não desnatura a eficácia preclusiva da coisa julgada.

Sua finalidade é extirpar do ordenamento jurídico decisão que contenha nulidade absoluta,¹⁰²⁹ nulidade esta que perdura até mesmo após o trânsito em julgado

¹⁰²⁴ *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 279.

¹⁰²⁵ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, p. 626-627.

¹⁰²⁶ Pelo princípio da taxatividade previsto em nosso ordenamento, não resta dúvidas que a ação rescisória, justamente pela ausência de previsão, não constitui recurso. Isso pode gerar algumas dúvidas, pois alguns ordenamentos estrangeiros como a Itália ou França, a medida para desconstituir a coisa julgada é denominada como recurso. Ademais, como bem observa Eduardo TALAMINI, “No processo civil brasileiro, o recurso é essencialmente um meio de impugnação de decisões *interno* ao processo” (grifos no original). *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 138.

¹⁰²⁷ Dependendo do caso (arts. 488, I e 494) a rescisória pode ter natureza declaratória, constitutiva, condenatória ou mandamental, “consoante a natureza do pedido a ser apreciado e rejugado no juízo *rescissorium*”. Cassio SCARPINELLA BUENO. *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 1663 (comentário ao art. 485, nota 3). Contudo, a natureza de uma das hipóteses enumeradas (se, evidentemente adotar a classificação quinária) apresenta-se no juízo rescisório. Porque o juízo rescindente é sempre constitutivo negativo se procedente ou declaratório negativo se improcedente.

¹⁰²⁸ A despeito da ação rescisória diminuir a garantia conferida pela coisa julgada assegurada constitucionalmente, também possui natureza constitucional. E isso porque, não obstante a sua previsão naquele diploma (CF, arts. 102, I, *j*; 105, I, *e*; 108, I, *b*) há remissão ao Código de Processo Civil que delimita esta garantia. Há, contudo, como observa Eduardo TALAMINI, situações que se têm por afastado o manuseio do instituto. Assim, no Juizado Especial Cível (art. 59 da Lei 9.099/95) a natureza célere da causa é incompatível com a utilização deste remédio. Também existe a vedação nas ações de controle direto de constitucionalidade (art. 26 da Lei 9.868/99). Se o Supremo decretou a inconstitucionalidade não seria razoável permitir uma ação desconstitutiva deste ato (*Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 140).

¹⁰²⁹ Em sentido contrário, entendendo que seriam decisões identificadas apenas por rescindíveis, José Carlos BARBOSA MOREIRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 106. Cassio SCARPINELLA BUENO observa que não só as decisões eivadas de nulidade de submetem à rescisória. E exemplifica a hipótese do inciso VII (documento novo descoberto após a sentença) em que não implica em nulidade

da decisão que encerra o processo. Vale o grifo porque as nulidades relativas são convalidadas com a não impugnação no momento oportuno e as inexistentes, justamente por não se tratar de nulidade, não há o que desconstituir e, portanto, poderão ser declaradas por ação declaratória de inexistência.¹⁰³⁰

Portanto, dois são os requisitos da ação rescisória: i) que a decisão rescindenda seja de mérito (amoldável a uma das hipóteses do art. 269, CPC); e ii) que tenha transitado em julgado.

Importante que não é pressuposto da rescisória o esgotamento dos recursos cabíveis. Basta o trânsito em julgado. Assim, se a parte recorreu até o fim ou se deixou transcorrer o prazo recursal caberá rescisória da mesma forma. Aliás, este é o entendimento da Súmula 514 do STF: “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos”.

Cada um dos fundamentos descritos no art. 485 corresponde à causa de pedir da ação rescisória e, portanto, deve ela claramente estar especificada na petição inicial. Importante dizer que o rol do art. 485 é taxativo, não comportando interpretação extensiva nem analógica.¹⁰³¹ Constitui observância do preceito constitucional à coisa julgada.

O julgamento da ação rescisória perpassa por três etapas distintas: a) a análise de sua admissibilidade (pressupostos processuais, condições da ação e requisito específico de cabimento); b) o juízo rescindente; e c) o juízo rescisório. Pela própria

alguma, mas é caso de rescindibilidade. *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 1663 (comentário ao art. 485, nota 2).

¹⁰³⁰ Neste sentido, Teresa Arruda Alvim WAMBIER. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 110-169.

¹⁰³¹ Trata-se de *communis opinio*. Neste sentido: BARBOSA MOREIRA, Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória, cit., p. 205. VICENTE GRECO FILHO. *Direito processual civil brasileiro*, cit., p. 445, Cassio SCARPINELLA BUENO. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 5, p. 333.

ordem de cognição empreendida pelo magistrado na análise da rescisória, cada juízo é preliminar ao seguinte.

O primeiro, como dito, constitui exame de admissibilidade, e os demais exame de mérito. É possível que haja exame implícito no juízo de admissibilidade, mas nunca no juízo de mérito.¹⁰³² E isso porque a nova decisão proferida pelo Tribunal que substituirá a rescindida deve expressamente asseverar quais os novos termos que devem ser seguidos,¹⁰³³ bem como os motivos que levaram à rescisão.¹⁰³⁴ Esta decisão, por si, leva à conclusão de que a rescisória foi admitida e que o juízo rescindente foi satisfatório, pois, como dito, cada etapa é preliminar à análise da outra.¹⁰³⁵

Contudo, nem sempre o *iudicium rescissorium* será necessário. É possível a sua dispensa desde que: i) a rescisão da decisão seja suficiente para a obtenção da tutela jurisdicional pleiteada, esgotando o universo de cognição do órgão competente. Assim, é clássico pela doutrina o exemplo da rescisória com base em ofensa à coisa julgada. Havendo decisão que constata que a segunda demanda foi julgada indevidamente, esta será expelida do ordenamento jurídico, mantendo-se tão somente a primeira; ii) a efetivação do juízo rescindente não pode ser feito pelo órgão que rescindiu a decisão. E isso porque poderia haver uma indevida supressão de instância ou usurpação de competência se determinada matéria deve, necessariamente, ser analisada por outro órgão. Assim, no caso de incompetência absoluta constatada no

¹⁰³² Em sentido contrário, propugnando pela possibilidade de julgamento implícito do juízo rescindente: Flávio Luiz YARSHELL. *Ação rescisória* (juízo rescindente e rescisório). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 356.

¹⁰³³ Conforme bem observa BARBOSA MOREIRA, nem sempre o juízo rescisório alterará a decisão impugnada: “é perfeitamente possível que o conteúdo da nova decisão venha a ser idêntico ao da anterior, v.g. se esta, proferida por juiz culpado de prevaricação, concussão ou corrupção, fora, apesar disso, justa. Apenas quando a rescindibilidade da sentença decorre de injustiça (v.g., art. 485, n. IX) é que o *iudicium rescindens* funciona como prejudicial do *iudicium rescissorium*”. *Comentários ao Código...*, cit., p. 203.

¹⁰³⁴ “Como o sistema do CPC lhe conferiu competência originária para rejuízo da causa, não há que se falar em supressão de grau de jurisdição: o tribunal da rescisória tem competência originária tanto para rescindir o julgado quanto para rejuízo o mérito da causa”. Nelson NERY e Rosa NERY, *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 795, comentários ao art. 488.

¹⁰³⁵ Alexandre Freitas CÂMARA. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 10.

juízo da rescisória (CPC, art. 485, II), não poderá o Tribunal decidir o conflito, remetendo os autos para o órgão competente para tanto.

Mas havendo ambos, a cumulação é obrigatória.¹⁰³⁶

Diante da eficácia preclusiva da coisa julgada, que impede a análise de questões pertencentes à mesma lide em outro processo, como coadunar o art. 474, que torna efetiva a regra a partir do trânsito em julgado, com a ação rescisória, que permite, desde que enumerada em uma das situações do art. 485, a rediscussão dessas mesmas questões?

Assim como a ação rescisória constitui uma exceção ao sistema da coisa julgada, ao permitir a sua vulneração em determinado lapso de tempo desde que taxativamente prevista em lei,¹⁰³⁷ a eficácia preclusiva, como um contorno da coisa julgada (dotada de autonomia, mas decorrente desta), também sofre esta limitação.

Até mesmo porque a rescisão da sentença faz desaparecer a coisa julgada formalizada e, portanto, abre-se a via para livre julgamento, quer do dispositivo, quer das questões que deram supedâneo ao pedido.

BARBOSA MOREIRA afirma com precisão que “as próprias hipóteses legais de rescindibilidade da sentença (Cód. Proc. Civil, art. 485) não configuram exceções à regra. É evidente que, se acolhe o pedido de rescisão, pode sobrevir o reexame da matéria decidida; mas isso acontece precisamente porque, quando se passa ao *iudicium rescissorium*, já não existe o obstáculo da coisa julgada, removido no *iudicium rescindens*, e portanto já não há que cogitar de eficácia preclusiva”.¹⁰³⁸

¹⁰³⁶ Luiz FUX. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 699.

¹⁰³⁷ Os limites deste trabalho não permitem a discussão sobre o relevante tema da “desconsideração da coisa julgada material” defendida por parte da doutrina como forma atípica de vulneração da *res iudicata*.

¹⁰³⁸ BARBOSA MOREIRA, A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro, CIT., p. 104-105.

CONCLUSÕES

A função da eficácia preclusiva da coisa julgada é resguardar a autoridade da *res iudicata* formalizada quando houver tentativa por uma das partes de, em nova demanda, trazer argumentos (deduzidos ou dedutíveis na anterior) referentes à mesma causa de pedir, mas com nova feição processual. Portanto, a mesma pretensão anterior.

Novas questões, *desde que* constituam nova lide, não ficam alcançadas por esse efeito preclusivo. Afinal, se o juiz não pode expressamente se manifestar sobre questões não trazidas, igualmente não pode considerar julgadas (e imunizadas) questões estranhas ao processo.

Inegavelmente que a precisa definição da eficácia preclusiva da coisa julgada perpassa pela correta identificação da causa de pedir, não só a sua extensão, como também seu conteúdo, bem como a repercussão que esta identificação (delimitação do que vem a ser a causa) possa gerar no processo.

Contudo, com base nos capítulos anteriores foi preciso estabelecer algumas premissas importantes:

a) O Brasil, seguindo uma tradição das legislações europeias, adota um sistema rígido de preclusões. Esta constatação é facilmente aferível com a análise da imutabilidade da demanda (CPC, arts. 264 e 294), eventualidade (CPC, arts. 282, III e IV e 300) e a existência de uma série de prazos peremptórios ao longo do procedimento.

O paradigma do Brasil mudou. As mesmas legislações que mantinham um sistema rígido (em especial Alemanha, Espanha e Portugal) são filiadas agora da denominada “preclusão temperada”, vale dizer, o procedimento se mantém rígido, mas com pequenas aberturas para que novas alegações possam ser trazidas desde que respeitado o primado do contraditório. Este novo pensar permite que a decisão seja

mais rente à realidade do direito material, pois não tolhe argumentos que, pela preclusão foram obstados de ingressar no processo e aclarar a convicção do magistrado.

b) O art. 468 do CPC estabelece que “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Sabendo que lide, neste sentido, é o objeto litigioso (pretensão) composto pelo pedido e pela causa de pedir, uma vez julgada a demanda, toda a “lide” que ali foi decidida fica imunizada pela causa de pedir. Dessa forma, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (pretensão) não podem ser apresentados em outra causa.

Esta regra é iluminada pelo princípio da congruência (CPC, arts. 128 e 460)¹⁰³⁹ que estabelece que o juiz deve julgar nos estritos limites do pedido.¹⁰⁴⁰ Portanto, o Brasil adotou a teoria da lide de LIEBMAN e não a de CARNELUTTI, já que a matéria pré-processual não requerida é irrelevante para o mundo do direito.

Contudo, se houver a modificação de um dos elementos (inclusive as partes), haverá nova demanda, por força da tríplice identidade adotada no sistema brasileiro (CPC, art. 310, § 2º). É relativamente pacífico na doutrina que a teoria dos *tria eadem* não resolve todos os problemas inerentes à identificação das causas, mas constitui uma boa proposta de trabalho.¹⁰⁴¹

c) Somente os fatos essenciais decorrentes da causa de pedir constituem o conteúdo mínimo desta para *o fim de identificação da demanda*. Os fatos simples, o fundamento jurídico, o fundamento legal e o *nomen iuris*, a despeito de ajudarem na compreensão da causa e serem essenciais na efetivação do contraditório, não

¹⁰³⁹ *Sententia debet esse libelo conformis*. Esta regra não se aplica, evidentemente, às matérias cognoscíveis de ofício.

¹⁰⁴⁰ Regra que já existia no CPC/1939 (art. 4º) e esquecida por parte da doutrina que defendia a teoria ampliativa.

¹⁰⁴¹ Nesse sentido, José Rogério Cruz e TUCCHI, *A causa petendi no processo civil*, cit. p. 233.

identificam a causa de pedir em decorrência da adoção pelo nosso ordenamento da teoria da substanciação. Para esta teoria, cada fato somando ao seu fundamento jurídico corresponde a uma causa de pedir. Esta causa de pedir, somada a um pedido, forma o objeto litigioso.

d) A adoção da teoria da substanciação não pode ser vista isoladamente com a mera leitura do art. 282, III, do CPC, mas por uma interpretação lógico-sistemática do ordenamento: uma vez que o sistema brasileiro adotou a regra da eventualidade, estabelece-se um sistema rígido de preclusões em que os fatos possuem momentos próprios para sua apresentação (CPC, arts. 264 e 300). Os fatos importam mesmo nas ações de direitos reais ou de direitos absolutos (autodeterminadas). A tendência do ordenamento é permitir à convivência de ambas as teorias como faces da mesma moeda (FAZZALARI).

e) Coisa julgada é a imutabilidade do comando sentencial. O comando não é sujeito a nenhuma alteração. Não se pode confundir a coisa julgada como um efeito da sentença, pois é algo externo a ele, que o qualifica (e nesse sentido, deve-se o mérito a LIEBMAN), tampouco limitar a imutabilidade ao efeito declaratório, tendo em vista o plexo de efeitos que uma decisão possa proferir, todos igualmente merecedores de imunização.

Contudo, não pode ser partidário da idéia que a coisa julgada seria um elemento de fora da sentença (qualidade). Os efeitos podem ser modificados pelas partes após o trânsito e disso, nem mesmo LIEBMAN, em posteriores estudos discorda.

f) Como a sentença é uma resposta do Estado ao pedido do autor, somente a parte dispositiva (que discute a procedência ou improcedência da pretensão) fica imunizada pela coisa julgada (CPC, arts. 468 e 469). A fundamentação, conquanto esclareça o *decisum*, não é alcançada pela imutabilidade razão pela qual pode ser discutida como *thema decidendum* em outra demanda.

É possível que a fundamentação fique acobertada pela coisa julgada. Seja por força de lei (justiça da decisão ao assistente simples e sentença do controle de constitucionalidade), seja pela vontade da parte (por meio da apresentação de ação declaratória incidental – CPC, art. 470).

g) A eficácia preclusiva da coisa julgada estabelece que “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”. O trabalho, apesar de brevemente acenar para a preclusão interna (CPC, art. 473), preocupou-se com a eficácia panprocessual, ou seja, aquela que projeta efeitos no cotejo entre duas ou mais demandas *diferentes*.

Assim, dependendo do alcance da causa de pedir é que se verificará se as alegações se limitam a causa de pedir deduzida (e, portanto, todas as alegações dentro dessa causa de pedir seriam repelidas) ou se as alegações atingem a qualquer outra causa de pedir que pudesse ter sido utilizada, pois contemporaneamente à propositura da demanda, dela já se conhecia.

h) Aqui estabelece a diferença entre as teorias ampliativa e restritiva. A primeira desconsidera a existência da tríplice identidade, mas estabelece que a justiça seja feita e evita novas demandas no Judiciário pela fragmentação da causa de pedir. A outra é mais próxima da lei, mas gera a perpetuação da lide, pois qualquer causa de pedir é hábil a instruir uma nova demanda mesmo com idêntico pedido.

i) Inegavelmente, saber o que incide ou não na causa de pedir depende de certo grau de subjetivismo. Dessa forma, ou se considera que as alegações do art. 474 referem-se a questões internas da causa de pedir ou as alegações teriam uma acepção mais ampla, atingindo também as demais causas de pedir.

Adotamos a teoria restritiva. Entre os diversos motivos, especialmente se afigura importante asseverar o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), afinal não se pode tolher o acesso ao Judiciário de pretensão ainda não

deduzida. O que não se pode é, dentro da mesma causa de pedir, utilizar-se de *argumentos* novos pertencentes à mesma lide.

A eficácia preclusiva age como uma camada protetora que objetiva salvaguardar a utilidade da coisa julgada estabelecida no processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLORIO, Enrico. *La coza giudicata rispetto ai terzi*. Milão: Giuffré, 1935.

_____. Critica della teoria del giudicato implicito. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 1938. v. 15, parte II.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1.

ALVIM, Arruda. Ação declaratória incidental. *RePro*, n. 20, p. 10, São Paulo: RT, out.-dez. 1980.

_____. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. *RePro*, n. 1, p. 128, São Paulo: RT, 1974.

_____. *Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 2, p. 62-65.

_____. *Manual de direito processual civil*. Parte geral. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo, 1958. t. I.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

AQUINO, São Tomás de. *Iniciação à filosofia*. São Paulo: Editora do Brasil, 1964.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 2.

_____. Conexão e tríplice identidade. *Ajuris*, n. 28/72.

_____. Preclusão (processo civil). *Saneamento do processo*. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Fabris, 1989.

_____. *Sentença e coisa julgada*. Exegese do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

_____. _____. Rio de Janeiro: Aide, 1992

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Coisa julgada inconstitucional: hipóteses de flexibilização e procedimentos para impugnação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. Processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2007. v. 2.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal civil: proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

AROCA, Juan Montero. *El nuevo proceso civil – Ley 1/2000*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000.

_____. *El nuevo proceso civil*. 2. ed. Valencia: Tirant to Blanch, 2001.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

_____. *Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Saneamento do processo*. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Fabris, 1989.

ATTARDI, Aldo. Tema di limiti oggettivi della cosa giudicata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLIV, 1990.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória no processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. *Temas de direito processual*, primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Ainda e sempre a coisa julgada. *RT*, v. 416, p. 15, São Paulo: RT, 1970.

_____. Coisa julgada e declaração. *Temas de direito processual*, primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Temas de direito processual*. 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil. *Temas de direito processual*, primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. *Temas de direito processual*, primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

_____. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. *Temas de direito processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. Campinas: Russel, 2002.

BAUR, Frirz. Da importância da dicção “iura novit curia”. *RePro*, n. 3, p. 169, São Paulo: RT, jul.-set. 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007. v. 12. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil.)

_____. *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. Coord. Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.).

- Causa de pedir e pedido no processo civil* (questões polêmicas). São Paulo: RT, 2002.
- BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994.
- BERMUDES, Segio. *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. Roma, 1936.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.
- BOMFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Moraes et al. *Coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari*. Coord. Rosemiro Pereira LEAL. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Comentários à execução civil*. Obra em coautoria. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRANDÃO, Fabrício dos Reis. *Coisa julgada*. São Paulo: MP, 2005.
- BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Librería El Foro, 2008.
- BURGER, Adriana Fagundes. Reflexões em torno da eficácia preclusiva da coisa julgada. *Revista Jurídica* n. 223, 1996.

BURINI, Bruno Corrêa. *Efeitos civis da sentença penal: atualizado conforme a reforma processual*. Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2007.

BÜLLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: El Foro, 1999.

BUZAID, Alfredo. *Ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2002.

CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo, Martins Fontes, 1995.

_____. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 2.

_____. *Estudos de direito processual civil. na Itália*. Campinas: LZN, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

CANOVA, Augusto Cerino. La domanda giudiziale ed il suo contenuto. *Commentario del Codice di Procedura Civile*. Torino: Utet, 1980. t. 1, Libro Secondo.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1986. v. 4.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1 e 2.

_____. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CASTRO, Artur Anselmo de. *Direito processual civil declaratório*. Coimbra: Almedina, 1982.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione*. Saggi di diritto processuale civile. 3. ed. Mião: Giuffrè, 1993. v. 3

_____. Cosa juzgada y preclusión. *Ensaio de derecho processual*. Buenos Aires: Ejea, 1949.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

_____. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista (com base na 5. ed. Italiana), São Paulo: ClassicBook, [s.d.]. v. 1.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. Napoles: Jovene, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 4.

_____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003. v. 4.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. *Vocabulário jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1976.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Admissibilidade e mérito na execução. *RePro*, n. 47, p. 38-39, São Paulo: RT, 1986.

DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, t. I.

DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de derecho procesal civil*. 2. ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 1.

_____. _____. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. Polêmicas do processo civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1987.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1987.

_____. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 7. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada, fundamentos jurídicos e extensão aos terceiros*. 1936. Tese. (Doutorado) – Faculdade de Direito do Rio de Janeiro.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. “Extinção do processo” e mérito da causa. *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 2.

FAZZALARI, Elio. *Azione civile* (teoria generale e diritto processuale). *Diggesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Torino: Utet, 1988.

_____. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1988.

- _____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.
- FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Alguns aspectos da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *RePro*, n. 62, p. 84, São Paulo: RT, abr.-jun. 1991.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FONTOURA, Lucia Helena Ferreira Palmeiro da. *Recurso especial*. Questão de fato/questão de direito. Porto Alegre: Fabris [s.d.].
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação*. São Paulo: RT, 2000.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.
- GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Coisa julgada: novos enfoques no direito processual, na jurisdição metaindividual e nos dissídios coletivos*. São Paulo: Método, 2007.
- GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIANNOZZI, Giancarlo. *La modificazione della domanda nel processo civile*. Milani: Giuffrè, 1958.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A lide como categoria comum do processo*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1991.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução de Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1939.

GOMES, Flávio Marcelo Gomes. *Coisa julgada e estado de filiação: o DNA e o desafio à estabilidade da sentença*. Porto Alegre: Fabris, 2009.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: RT, 1972.

_____. Os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. *O processo*. Estudos e pareceres. São Paulo: DPJ, 2006.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Introducción, parte general y procesos declarativos y de ejecución ordinarios. 4. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998. t. I.

GUILLÉN, Victor Fairén. *Doutrina general del derecho procesal*. Barcelona: Bosch, 1990.

_____. *Estudios de derecho procesal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada e efeito preclusivo. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

HABSCHEID, Walter J. *Introduzione al diritto procesuale civile comparato*. Rimini: Maggioli, 1985.

_____. La teoria dell'oggetto del processo nell'attuale dottrina tedesca. Tradução de Angela Loaldi. *Rivista di diritto procesuale civile*, ano XXXV, segunda serie, n. 3, jul.-set. 1980.

HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: Cedam, 1937.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

JARDIM, Augusto Tanger. *A causa de pedir no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

KLIPPEL, Rodrigo. *A coisa julgada e sua impugnação (Relativização da coisa julgada)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Fabris, 1953.

_____. Aspectos principais das medidas cautelares e dos procedimentos específicos.

Revista Forense, vol. 246, Rio de Janeiro: Forense.

LAZZARINI, Alexandre Alves. *A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução de união estável*. 1. ed., 2 tir. São Paulo: RT, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada – Temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. Col. Theotônio Negrão. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENT, Friederich. *Diritto processuale civile tedesco*. Parte prima. Tradução de Edoardo Ricci. Nápoles: Morano, 1962.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Campinas: Bestbook, 2001.

_____. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

_____. *Manual de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1997.

LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 3. ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

_____. _____. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000.

LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. 30. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

LUHMAN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Ajuris*, n. 49, p. 149-168.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2007. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 253 (Comentários ao art. 264).

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 4, p. 73.

_____. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 3.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1943. t. III.

MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. Defesa heterotópica. São Paulo: RT, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno*. Parte geral e processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2009. v. 1.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de eficácia*. 1ª parte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968.
- MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença. *Teses, estudos e pareceres*. São Paulo: RT, 2005. v. 2.
- _____. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Causa petendi nas ações reivindicatórias, Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2006.
- _____. Sentença e coisa julgada. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. v. 2
- _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. Direito de ação, partes e terceiros, processo e política. São Paulo: RT, 2005. v. 1.
- _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. Jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais. São Paulo: RT, 2005. v. 2.

MILMAN, Fabio. *Improbidade processual*. Rio de Janeiro; Forense, 2007.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. t. 1.

_____. *Colaboração no processo civil*. pressupostos lógicos e éticos Coord. Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: RT, 2009. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil v. 14.)

_____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

MONTEIRO, João. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. 1912. v. 1.

MONTELEONE, Girolamo. *Diritto processuale civile*. 2. ed. Cedem: Padova, 2001.

_____. _____. 3. ed. Padova: Cedam, 2002.

MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Trattato di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 2001. t. I.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 1971.

_____. *Estrutura fundamental do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

NORONHA, Carlos Silveira. A causa de pedir na execução. *RePro*, n. 75, p. 28, São Paulo: RT, jul.-set. 1994.

OAKLEY, Hugo Botto. *La congruência procesal*. Córdoba: M.E.L. Editor, 2006.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. Coord. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 2007.
(Coleção Temas Fundamentais de Direito – v. 8.)

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. *Eficácia e coisa julgada*. Org. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Perfil dogmático da tutela de urgência. *Ajuris*, n. 70, p. 205, 1997.

_____. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Garantia do contraditório. In: José Rogério Cruz e TUCCI (Coord.). *Garantias constitucionais*. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

PALACIO, Lino Enrique. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. v. 1.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 3.

_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PAULA, Alexandre de. *O processo civil à luz da jurisprudência*. Rio de Janeiro: [s.n.], v. 4 e 13, 1958-1960.

PEREIRA, Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1975. v. 3.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada, no Brasil e em Portugal. *Estudos de direito processual civil em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 12.)

_____. *Conteúdo e efeitos das decisões judiciais*. Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil* (questões polêmicas). São Paulo: RT, 2002.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. Paris, [s.d.]. t. 7.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 4.

_____. _____. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. V

_____. _____. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. V.

_____. *Tratado das ações*. Ação, classificação e eficácia. 2. ed. São Paulo: RT, 1972. t. I.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. Sobre o propósito e alcance do art. 474 do CPC. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 1, p. 39 e 46, Porto Alegre: Síntese, 1999.

POTHIER, Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Editora Heliasta S.R.L., 1978.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.

PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile”. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1969. v. 18.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Coisa julgada inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2007.

RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. 5. ed. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999.

REDENTI, Emilio. Il giudicato sul punto di diritto. *Riv. Trim. di Dir. e Proced. Civile*, 1949.

REGO, Hermenegildo Souza. Os motivos da sentença e a coisa julgada. *RePro*, n. 35, p. 14 e 21, São Paulo: RT.

REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado* (volume único). 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1940.

_____. _____. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. v. 5.

REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva 1951. v. 3.

_____. _____. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. v. 2.

RICCI, Gian Franco. Individuazione” o “sostanziazione” nella riforma del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 4, Milano: Giuffrè, 1995.

RIZZARDO, Arnaldo. *Limitações do trânsito em julgado e desconstituição da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. La interpretación de las leyes procesales. Buenos Aires: El Foro, 2003.

_____. *Trattato di diritto processuale civile*. Turim: Utet, [s.d.]. v. 1

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008.

ROSEMBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción Anhgela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, 1955. t. II.

- SÁ, Renato Montans de. Coisa julgada – Inexigibilidade do título executivo em face de declaração de inconstitucionalidade superveniente: uma interpretação do art. 475-L, § 1º, do CPC. In: BUENO, Cassio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2008.
- SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v. 55, p. 13-28, São Paulo: Lex, nov.-dez. 1978.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. Processo de conhecimento. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- SANTOS, J. M. Carvalho. *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. v. 4.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 4.
- _____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.
- SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. 7. ed. Tradução de Luis Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.
- SAVIGNY. *Sistema del derecho romano actual*. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, [s.d.].
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

_____. *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. Coord. Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, t. I.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*, 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Execução provisória e antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização*. *Processo civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003.

SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1950.

_____. *Direito processual civil*. Campinas: Romana, 2003.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: Ejea, 1968.

SICA, Heitor Victor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Blecaute Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Podivm, 2007.

SILVA, Edward Carlyle. *Direito processual civil*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada e conteúdo da sentença e mérito da causa. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de processo civil*. Processo de conhecimento. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil*. As exceções substanciais no processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Objeto litigioso no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

SOTELO, Vazquez. “Objeto actual” y “objeto virtual” en el proceso civil español. In: Fernando Gonzaga JAYME; Juliana Cordeiro de FARIA; Maira Terra LAUAR. *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SOUZA, Everardo de. Do princípio da eventualidade no sistema do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, n. 251, p. 106, Rio de Janeiro: Forense, jul.-set., 1975.

SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *RePro*, n. 86, ano 22, p. 175, São Paulo: RT, abr.-jun. 1997.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e a ação rescisória*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

TARUFFO, Michele. Giudicato sulle questione. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 27, p. 275-282.

_____. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

TARZIA, Giuseppe. Aspectos da reforma do Código de Processo Civil. *RePro*, n. 79, p. 53, São Paulo: RT, jul.-set. 1995.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 10.)

TESHEINER, José Maria. *A eficácia da sentença e a coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

TOBIAS, José Antônio. *Iniciação à filosofia*. São Paulo: Editora do Brasil, 1964.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. *RePro*, n. 68, São Paulo: RT, out.-dez. 1992.

_____. *Causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Da ação e do processo civil na teoria e na prática*. São Paulo: Saraiva, 1978.

VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 1999. v. 1.

VESCOVI, Enrique. La modificación de la demanda. *RePro*, n. 30, p. 209, São Paulo: RT, abr.-jun. 1983.

WACH, Adolf. *La pretension de declaracion*. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Ejea, 1962.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

_____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. São Paulo: RT, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória* (juízo rescindente e rescisório). São Paulo: Malheiros, 2005,

_____. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.

ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)