

BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES

**LIMITES OBJETIVOS E EFICÁCIA PRECLUSIVA
DA COISA JULGADA**

Tese de Doutorado apresentada ao
Departamento de Direito Processual como
requisito para obtenção do Título de Doutor

Orientador: Prof. Titular Cândido Rangel
Dinamarco

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO, 2010**

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
CAP. I – INTRODUÇÃO.....	4
1. limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada: primeira aproximação e relação entre os institutos.....	4
2. temas a serem desenvolvidos.....	8
3. premissa metodológica	9
CAP. II – LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA.....	12
4. alternativas para a definição dos limites objetivos da coisa julgada.....	12
5. opção do ordenamento jurídico brasileiro por limitar a coisa julgada ao dispositivo da sentença.....	23
6. <i>collateral estoppel</i>	31
7. a influência do <i>collateral estoppel</i> em ordenamentos jurídicos de <i>civil law</i>	34
8. extensão da coisa julgada à “relação jurídica fundamental”.....	38
9. questões que somente podem ser discutidas como objeto principal do processo....	45
10. limites objetivos da coisa julgada e causa de pedir	46
11. limites objetivos da coisa julgada e pedido	58
12. limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro, retorno à questão	61
12.1. fundamentos da decisão	62
12.2. causa de pedir.....	78
12.3. pedido.....	80
CAP. III – LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA E AS DIVERSAS MODALIDADES DE TUTELA JURISDICIONAL.....	81
13. premissa: conceito de coisa julgada.....	81
14. sentença declaratória.....	84
15. sentenças condenatória, executiva e mandamental.....	89
16. sentença constitutiva	91

CAP. IV – EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA	92
17. a eficácia preclusiva na teoria geral do direito	92
18. eficácia preclusiva da coisa julgada.....	95
19. reconstrução: eficácia preclusiva como impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a decisão transitada em julgado	101
20. eficácia preclusiva e exceções substanciais	110
21. eficácia preclusiva, limites objetivos da coisa julgada e o equilíbrio entre as posições do autor e do réu.....	120
22. limites à eficácia preclusiva.....	122
CAP. V – CONCLUSÕES	129
BIBLIOGRAFIA.....	133
RESUMO	153
ABSTRACTS.....	155
RIASSUNTO	157

CAP. I – INTRODUÇÃO

1. limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada: primeira aproximação e relação entre os institutos

É corrente na doutrina a afirmação de um estreito encadeamento lógico entre *objeto do processo*, *objeto da sentença* e *limites objetivos da coisa julgada*. O *objeto do processo* é definido pela *demanda* do autor, podendo ser ampliado por demanda do réu (reconvenção, denunciação da lide...) ou de terceiro que apresente intervenção (oposição, intervenção litisconsorcial voluntária...). Ao traçar o objeto do processo, a demanda apresenta ao juiz a crise de direito material que deverá ser solucionada no julgamento da causa e, em consequência, determina o *objeto da sentença*. O encadeamento lógico é concluído com referência à função da coisa julgada de impedir o novo julgamento de uma causa já decidida, que circunscreve os *limites objetivos da coisa julgada* ao objeto da sentença.¹

A definição do objeto do processo com referência à demanda impõe a menção à amplamente difundida *teoria dos três eadem*, que identifica a demanda por suas *partes*, pela *causa de pedir* e pelo *pedido*. Apesar das críticas que podem ser apresentadas à teoria, reconhece-se de forma generalizada que ela fornece ao menos uma boa hipótese de trabalho, apta a resolver a maioria dos problemas pertinentes à identificação da demanda.² CRUZ E TUCCI entende ser necessário em alguns casos aplicar a *teoria da identidade da relação jurídica* subsidiariamente à *teoria dos três eadem* para

¹. Cf. CERINO CANOVA, “La domanda giudiziale e il suo contenuto”, pp. 116-117; CONSOLO, “Domanda giudiziale”, n. 6, p. 56 e n. 8, p. 60; DINAMARCO, “O conceito de mérito no processo civil”, n. 119, pp. 273-276; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 11, p. 129; LIEBMAN, “Giudicato”, n. 6.1, p. 12; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. I, n. 1, pp. 9-10; PROTO PISANI, *Lezione di diritto processuale civile*, cap. II, n. 5, pp. 58-59; SCHWAB, *Der Streitgegenstand in Zivilprozess*, § 12, p. 188. Sobre a irrelevância da defesa para a delimitação do objeto do processo, cf. BONDIOLI, *Reconvenção no processo civil*, n. 5.1, p. 26; FABBRINI, “L’eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione”, n. 9, pp. 369-370; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 13, pp. 144-145.

². Cf. GRASSO, “La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione”, n. 1, pp. 390-391.

corrigir suas deficiências.³ O tema será enfrentado quando da análise das situações específicas em que se afirma a insuficiência da teoria para a adequada definição dos limites objetivos da coisa julgada (*infra* nn. 5 e 11).

Adotados os três *eadem* como hipótese de trabalho, é desnecessário para os fins desta tese expor as diversas teorias já elaboradas sobre o objeto do processo, ou mesmo tomar partido por alguma delas. Sem importar se o objeto do processo é definido pelo pedido ou pela junção do pedido com a causa de pedir, dentre outras teorias, em geral todos concordam que a identificação do conteúdo da sentença e dos limites objetivos da coisa julgada é realizada com referência ao *pedido, delimitado pela causa de pedir*.⁴ O elemento *partes* diz respeito ao tema dos limites *subjetivos* da coisa julgada, que não traz repercussões para o desenvolvimento desta tese.

Adotada a premissa de que a eficácia da sentença pode atingir a esfera jurídica de terceiros, mas sem que esses terceiros fiquem vinculados à coisa julgada,⁵ a definição dos limites objetivos é irrelevante para quem não foi parte no processo. Não interferem no raciocínio as considerações de EDOARDO RICCI, ao afirmar que a distinção entre eficácia da sentença e coisa julgada, com a definição da coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da sentença, transfere o problema dos limites objetivos para o plano da eficácia, sendo portanto mais precisa tecnicamente a expressão *limites objetivos da eficácia da sentença*.⁶ A observação não torna o tema dos limites subjetivos relevante para esta tese. Voltando-se o foco para os limites objetivos da eficácia da sentença, os terceiros serão atingidos na exata medida desses limites objetivos, sem que a extensão da eficácia à esfera jurídica de quem não foi parte altere o objeto da decisão. Na doutrina mais recente há ainda a tendência de admitir a extensão da coisa julgada aos terceiros, exclusivamente para

³. Cf. *A causa petendi no processo civil*, nn. 3.1-3.3, pp. 78-90 e n. 4.19, pp. 231-232.

⁴. Cf. BEDAQUE, “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”, n. 1.4, pp. 30-31; CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, n. 3.7, pp. 95-109; DINAMARCO, “O conceito de mérito em processo civil”, n. 119, pp. 273-276; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 12, p. 135; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, vol. I, n. 19.9, p. 506; SCHWAB, *Der Streitgegenstand in Zivilprozess*, §§ 14-15, pp. 188 ss.; TEIXEIRA DE SOUSA, “O objeto da sentença e o caso julgado material – estudo sobre a funcionalidade processual”, pp. 141-146.

⁵. Cf. LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, §§ 5º ss., pp. 79 ss. e “Giudicato”, nn. 7.1-7.3, pp. 14-16.

⁶. Cf. “Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza”, pp. 102-103.

beneficiá-los.⁷ Também nessa hipótese o tema dos limites subjetivos permanece indiferente para esta tese, pois o terceiro será beneficiado na exata medida dos limites objetivos da coisa julgada, sem que haja um alargamento de seu objeto. O mesmo raciocínio é válido para as situações em que excepcionalmente o terceiro fica vinculado a uma coisa julgada que lhe é desfavorável, tal como ocorre nos casos de substituição processual.⁸

A exata contribuição do pedido e da causa de pedir para o tema dos limites objetivos da coisa julgada será analisada adiante (*infra*, nn. 10-12). Importa nesta introdução destacar a efetiva relevância da *causa de pedir* para a definição desses limites. O destaque é importante para separar as questões pertinentes aos *limites objetivos* daquelas relacionadas com a *eficácia preclusiva da coisa julgada*. Essa separação nem sempre é feita de forma clara, em prejuízo da adequada compreensão da função e alcance de ambos os institutos.

Ao tratar da eficácia preclusiva da coisa julgada, o art. 474 do Código de Processo Civil dispõe 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”. Ao interpretar a norma, parte da doutrina centra a análise em suas repercussões perante a esfera jurídica do *autor*. O debate é travado entre os que defendem uma *eficácia preclusiva ampla*, com o impedimento à propositura de uma nova demanda, de idêntico pedido, ainda que apresentada causa de pedir diversa,⁹

⁷. Cf. CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, n. 2, pp. 28-29 e n. 21, pp. 208-209.

⁸. Para uma interpretação da extensão da coisa julgada ao substituído em face dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, cf. CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, n. 24.1.3, pp. 221-225 e n. 24.2.3, pp. 228-233; TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.5.7, pp. 113-116.

⁹. Cf. ARAKEN DE ASSIS, “Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada”, pp. 27-28; GUSTAVO GARCIA, *Coisa julgada – novos enfoques no direito processual, na jurisdição metaindividual e nos dissídios coletivos*, pp. 25 ss. TESHEINER propõe interpretação intermediária. Distingue “a) fatos da mesma natureza que produzem o mesmo efeito jurídico; b) fatos de natureza diversa, mas que produzem o mesmo efeito jurídico; c) fatos da mesma natureza que produzem efeitos jurídicos diversos, ainda que iguais; d) fatos de natureza diversa e que produzem efeitos também diversos”, e conclui que “o art. 474 apanha, a nosso ver, a hipótese de fatos da mesma natureza, conducentes ao mesmo efeito jurídico” (*Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, n. 3.4.3, p. 161).

e os partidários da *tese restritiva*, que limitam a eficácia preclusiva à causa de pedir efetivamente proposta.¹⁰

A questão é de fundamental relevância, mas há um desvio de perspectiva ao abordá-la sob o enfoque da eficácia preclusiva da coisa julgada. Defender que a coisa julgada não impede a propositura de demanda com pedido idêntico e causa de pedir distinta significa afirmar que os limites objetivos da coisa julgada são definidos pela demanda efetivamente proposta, inclusive por sua causa de pedir, em estrito respeito à correlação entre objeto do processo, objeto da sentença e limites objetivos da coisa julgada. A tese oposta em realidade defende uma ampliação dos limites objetivos, para que a coisa julgada estenda-se a todas as causas de pedir passíveis de serem invocadas pelo demandante, ainda que não propostas efetivamente e independentemente de qualquer manifestação judicial a respeito (*infra*, nn. 4, 10 e 12.2).

Sempre que estiver em jogo a delimitação da situação jurídica que se tornará imutável, a discussão dirá respeito aos *limites objetivos da coisa julgada*. Definidos tais limites e independentemente de qualquer referência à eficácia preclusiva, a coisa julgada impedirá a propositura de demanda com objeto idêntico (*função negativa da coisa julgada*) e vinculará os juízes de processos futuros a tomar a decisão como premissa sempre que a situação jurídica definida despontar como questão prejudicial (*função positiva da coisa julgada*).¹¹

Assim definidos o significado e o alcance dos limites objetivos, a atribuição à eficácia preclusiva da função de interferir na extensão da situação jurídica imunizada pela coisa julgada tornaria o conceito inútil, simples fonte de complicações que, em essência, representaria realidade idêntica à retratada pela própria coisa julgada.

¹⁰. Cf. BEDAQUE, “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”, n. 1.4, p. 27; GUILHERME TEIXEIRA, *O princípio da eventualidade no processo civil*, n. 5.8, pp. 277-287; JÚNIOR PINTO, *A causa petendi e o contraditório*, n. 1.4.1, p. 42; LUIZ MOURÃO, *Coisa julgada*, n. 8.7, pp. 219-222; MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional*, n. 6.1, pp. 138-139; MONIZ DE ARAGÃO, *Sentença e coisa julgada*, n. 226, pp. 325-326. Na mesma linha, SÉRGIO PORTO chega a afirmar que a eficácia preclusiva “tem por fito ampliar os contornos dos limites objetivos da coisa julgada”, apesar de circunscrever a eficácia aos limites da demanda proposta (*Coisa julgada civil*, n. 3.7.2, pp. 32-33).

¹¹. Sobre as funções positiva e negativa da coisa julgada, cf. BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, nn. 42-47, pp. 64-75; LIEBMAN, “Giudicato”, nn. 3.3-3.5, pp. 4-5; PUGLIESE, “Giudicato civile (dir. vig.)”, n. 11, pp. 818-822; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 2, pp. 129-147.

Sem adiantar maiores considerações sobre o significado da eficácia preclusiva, a proteção que ela confere à coisa julgada pressupõe a prévia definição dos limites objetivos. Na linguagem do art. 474 do Código de Processo Civil, “reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas” com relação a uma específica e pré-determinada situação jurídica, sem que a superação do *deduzido* e do *dedutível* traga uma ampliação dessa situação tornada imutável pela coisa julgada.¹²

2. temas a serem desenvolvidos

A presente tese tem por objetivo desenvolver a relação entre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada, com a delimitação do alcance e da função de cada um dos institutos.

Posta a premissa de que a atuação da eficácia preclusiva tem por pressuposto a prévia definição da situação jurídica imunizada pela coisa julgada, no próximo capítulo (cap. II) serão trazidas considerações sobre os limites objetivos da coisa julgada, com a análise dos diversos modelos possíveis para a definição desses limites e da opção feita no direito brasileiro. Na conclusão do capítulo, o tema será abordado em perspectiva crítica, com a apresentação de proposta de alteração do modelo adotado no direito vigente.

¹². Com o explícito apoio de BARBOSA MOREIRA (“Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material”, n. 2, pp. 240), PROTO PISANI afirma sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada que “questo principio, se inteso in modo corretto (il che non sempre avviene), non influisce in modo alcuno nel senso di restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato: individuato (alla stregua di criteri cui è del tutto estraneo il principio ora in esame) l’ambito oggettivo del giudicato, il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile ci sta a dire solo che il risultato del primo processo non potrà essere rimesso in discussione e peggio diminuito o disconosciuto attraverso la deduzione in un secondo giudizio di questione (di fatto o di diritto, rilevabili d’ufficio o solo su eccezione di parte, di merito o di rito) rilevanti ai fini dell’oggetto del primo giudicato e che sono state proposte (dedotto) o si sarebbero potute proporre (deducibile) nel corso del primo giudizio” (*Lezione di diritto processuale civile*, cap. II, n. 8, p. 63). Igualmente esclarecedoras as considerações de CONSOLO, que ao tratar da eficácia preclusiva ressalta “sua estraneità alla fissazione, stretta o larga, dei limiti oggettivi del giudizio e del giudicato, posto che essa presuppone compiuta quella fissazione, per ribattere la invariabile ‘tenuta’ del vincolo, quale che sia stata – e per qualunque motivo, non importa se scusabile – nel processo conclusosi la sorte di tutte o di alcuna fra le questioni (di fatto o di diritto, ecepibili o rilevabili, di merito o di rito... appunto risolte o tralasciate) rilevanti per una corretta decisione” (“Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”, n. 6, p. 242).

No capítulo seguinte (cap. III), tendo por premissa o modelo vigente no direito brasileiro, serão trazidas considerações específicas sobre os limites objetivos da coisa julgada nas demandas declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais. Além de especificar o alcance dos limites objetivos da coisa julgada, a análise sinalizará a importância da eficácia preclusiva para a imunização da decisão transitada em julgado.

Traçados os contornos dos limites objetivos da coisa julgada em cada uma das modalidades de tutela jurisdicional cognitiva, o caminho estará aberto para o enfrentamento do tema da eficácia preclusiva da coisa julgada (cap. IV), com a definição de seu significado, seus contornos fundamentais e sua função.

No capítulo conclusivo (cap. V), serão sintetizadas as conclusões apresentadas no decorrer da tese, com a demonstração da harmonia do sistema proposto.

3. premissa metodológica

Tendo-se em vista o objetivo de definir os contornos fundamentais dos limites objetivos da coisa julgada e de sua eficácia preclusiva, a análise a ser desenvolvida ficará centrada na *sentença estatal de mérito proferida em processo civil de conhecimento de natureza individual e contenciosa, que respeite o procedimento ordinário*. São esses os modelos básicos de processo e de sentença e as normas que os disciplinam, com as adaptações necessárias, servem de parâmetro para todas as demais situações, especialmente no que se refere à disciplina da coisa julgada material.

Não se pode negar que as conclusões deste trabalho têm repercussões em situações distintas da retratada no referido modelo. No entanto, integrar cada uma delas ao objeto da tese exigiria a prévia tomada de posição a respeito de inúmeras questões peculiares. Seriam inevitáveis longos desvios do foco central, com o enfrentamento de questões que não dizem respeito propriamente aos limites objetivos da coisa julgada ou à eficácia preclusiva. O modelo foi traçado para evitar esse inconveniente.

Sentença exclui da análise as decisões interlocutórias que tenham por objeto o mérito, questão de mérito ou que antecipem a tutela de parte incontroversa da demanda. Seria necessário definir previamente se tais decisões são realmente interlocutórias e se ficam sujeitas à coisa julgada material.

Sentença estatal afasta a sentença proferida em arbitragem, bem como todos os questionamentos sobre sua sujeição à coisa julgada e as limitações à eficácia preclusiva.

Sentença de mérito elimina as sentenças que extinguem o processo sem o julgamento do mérito. Se não houvesse essa restrição, seria necessário enfrentar previamente o tormentoso problema da existência de coisa julgada material com referência a cada um dos fundamentos que podem justificar uma sentença terminativa, tarefa para várias teses.

Processo civil exclui a sentença penal, sujeita às peculiaridades próprias desse ramo do direito. Apesar da restrição, serão feitas algumas breves considerações a respeito das repercussões civis da sentença penal (*infra*, n. 12.1).

Processo de conhecimento restringe o foco à tutela cognitiva clássica, excluindo o mandado monitório, as decisões proferidas na execução e as decisões que concedem tutela cautelar ou antecipatória. Em todos esses casos, seria necessário enfrentar questões delicadas sobre a existência de coisa julgada material.

Processo contencioso, pois a referência às sentenças proferidas em sede de jurisdição voluntária também exigiria a prévia análise da existência de coisa julgada material.

Processo de natureza individual, excluindo-se portanto os processos coletivos e os denominados processos objetivos, com especial realce àqueles que tratam do controle abstrato da constitucionalidade de normas jurídicas. Em ambos os casos há peculiaridades na definição dos três *eadem* e a coisa julgada está inserida em um contexto muito específico, sujeita a uma disciplina normativa própria. Para tratar dos limites objetivos da coisa julgada e da eficácia preclusiva seria necessário desenvolver teses paralelas de grande complexidade, novamente com um desvio do foco central desta tese.

Procedimento ordinário, afastando-se da análise os procedimentos em que não houver cognição exauriente, em relação aos quais, mais uma vez, seria necessário aferir a viabilidade de formação da coisa julgada material.¹³

¹³. Não se está portanto contrapondo o *procedimento ordinário* ao *procedimento sumário* previsto nos arts. 275 a 281 do Código de Processo Civil, nem aos procedimentos especiais, pois nesses casos a cognição realizada pelo julgador é exauriente (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.243, p. 728).

CAP. II – LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

4. alternativas para a definição dos limites objetivos da coisa julgada

Os limites objetivos da coisa julgada foram definidos com referência à demanda e à sentença. O objeto do processo é delimitado pela demanda, que traça o conteúdo preceptivo da sentença e, em conseqüência, define os limites objetivos da coisa julgada (*supra*, n. 1).

É possível que esse encadeamento lógico seja rompido, o que pode ocorrer na ligação entre o objeto do processo e o objeto da demanda ou entre o objeto da sentença e os limites objetivos da coisa julgada.

A ruptura na primeira ligação decorre das situações em que a decisão judicial vai *além* da demanda, fica *aquém* ou decide sobre *coisa diversa*. Superadas as oportunidades de impugnação e formada a coisa julgada, o objeto da sentença incluirá matérias que não integravam o objeto do processo ou deixará de abranger parte de seu conteúdo. Em tais hipóteses, os limites objetivos da coisa julgada serão definidos pelo efetivo conteúdo da sentença, não pelo conteúdo que estava projetado na demanda. Haverá a imunização da decisão *extra* ou *ultra petita* e não se formará coisa julgada em relação à matéria não apreciada.¹⁴

¹⁴. Sobre a inexistência de coisa julgada na hipótese de a decisão ser omissa acerca de um dos pedidos cumulados ou de parte do pedido, cf. BARBOSA MOREIRA, “Item do pedido sobre o qual não houve decisão – possibilidade de reiteração noutra processo”, pp. 245 ss.; CERINO CANOVA, “Unicità del diritto e del processo di risarcimento”, n. 2, p. 448; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 11, p. 129; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. I, n. 1, p. 9; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, n. 271, p. 226; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. V, p. 151; TERESA WAMBIER – MEDINA, *O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização*, n. 2.4, pp. 78-84; THEODORO JR., *Curso de direito processual civil*, vol. I, p. 496. No mesmo sentido a jurisprudência, cf. STJ, 3ª T., REsp n. 590.657/RS, rel. Min. CASTRO FILHO, v.u., j. 3.5.05; STJ, 5ª T., REsp n. 32.799/SP, rel. Min. GILSON DIPP, v.u., j. 18.2.99. No sentido de que, nas decisões *extra* ou *ultra petita*, forma-se a coisa julgada sobre o decidido, cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 951, pp. 297-299; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 11, p. 129; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. I, n. 1, p. 9. Na jurisprudência, cf. STJ, 3ª T., AgRg no Ag n. 142.072/SP, rel. Min. COSTA LEITE, v.u., j. 5.8.97; STJ, 4ª T., REsp n. 13.420/GO, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, v.u., j. 27.10.92. Há no entanto quem afirme a inexistência de decisão nesta última hipótese (TERESA WAMBIER – MEDINA, *O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização*, n. 2.4, pp. 84-85).

Poder-se-ia objetar que em tais situações não há uma exceção à correlação entre o objeto do processo e o conteúdo da sentença, pois a ruptura não diria respeito à fisiologia do processo, decorrendo de um “erro do juiz somado à omissão da parte que deixou esse erro prosperar”. Somente se poderia falar de verdadeira exceção “se, procedendo o juiz com acerto, tivesse lugar o mesmo fenômeno”.¹⁵ A crítica pode ser superada com a constatação de que em alguns casos a ruptura na correlação entre o objeto do processo e o objeto da sentença pode ocorrer ainda que o juiz decida com acerto. É o que ocorre na hipótese de o demandante apresentar *pedidos alternativos*, pois o acolhimento de um deles exclui a apreciação do outro,¹⁶ ou sempre que houver a imposição na sentença de uma *sanção processual*, visto que, independentemente da natureza da sanção (punitiva, ressarcitória...), sua imposição pode ser realizada *ex officio* e não responde a uma pretensão que integre o objeto do processo.¹⁷

A possível ruptura entre o objeto do processo e o objeto da sentença e suas conseqüências para o dimensionamento dos limites objetivos da coisa julgada permitem uma primeira retificação nesse encadeamento lógico. É o objeto da sentença, sobretudo, que determina os limites objetivos da coisa julgada, restando ao objeto do processo uma influência meramente *indireta*, à medida que delimita a matéria a ser apreciada na sentença, e *relativa*, pois a sentença e, em conseqüência, a coisa julgada, podem ter conteúdo distinto.¹⁸

¹⁵. Observações apresentadas pelo prof. JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA na oportunidade em que esta tese foi submetida ao exame de qualificação. Idéia semelhante é exposta na obra de MENCHINI: “la corrispondenza tra oggetto della domanda ed oggetto della decisione, tuttavia, viene meno, ove il giudice, violando il dettato dell’art. 112 c.p.c., pronunci su ciò che non gli sia stato chiesto dalle parti (c.d. *extra* o *ultra petita*) ovvero non decida in ordine a ciò che gli sia stato domandato (c.d. omissione di pronuncia); in tali ipotesi, il giudicato si modella non sulla domanda, bensì sulla pronuncia, senza che ciò dimostri, peraltro, l’esistenza di un principio generale di non corrispondenza tra l’oggetto della controversia e quello della decisione: è questo il classico caso in cui *exceptio firmat regulam*” (*I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. I, n. 1, p. 13).

¹⁶. Sobre a inexistência de correlação entre objeto do processo e objeto da sentença nessa hipótese, cf. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, n. 18.7, p. 150. Parte-se da premissa de que, acolhido um dos pedidos alternativos, não há a formação de coisa julgada a respeito do pedido não apreciado (CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, vol. I, p. 439).

¹⁷. Sobre o tema, cf. BRUNO LOPES, *Honorários advocatícios no processo civil*, n. 6, pp. 11-20 e n. 40, pp. 175-176.

¹⁸. Cf. CASTRO MENDES, *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, n. 52, pp. 255 ss.; CONSOLO, “Domanda giudiziale”, n. 14, p. 68; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 7,

Mas nem mesmo a correlação entre o objeto da sentença e os limites objetivos da coisa julgada é uma regra válida *sub specie æternitatis* e independente da disciplina dos limites objetivos em cada ordenamento jurídico.

Nos países de tradição romano-canônica, a firme convicção a respeito dessa correlação moldou as legislações contemporâneas e as teorias sobre a coisa julgada, que de um modo ou de outro definem o instituto com referência ao objeto da sentença. Não importa se a coisa julgada é um efeito da sentença, um atributo que se agrega aos seus efeitos, à sua eficácia, ao seu conteúdo, ou mesmo se a imutabilidade está circunscrita ao conteúdo declaratório da decisão (*infra* n. 13). O foco das definições está sempre centrado no objeto da sentença.

A relevância conferida na doutrina à correlação entre o objeto da sentença e os limites objetivos da coisa julgada fez SCHWAB afirmar que eventual impedimento à propositura de demanda com o mesmo pedido, fundada em diferente causa de pedir, decorrerá de uma preclusão distinta da coisa julgada.¹⁹

Referido dogma influenciou as tentativas de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. A ampliação desses limites pode decorrer (a) da extensão da coisa julgada a questões decididas na motivação da sentença, (b) de uma interpretação da causa de pedir que abarque fundamentos diversos daqueles efetivamente deduzidos pelo autor ou (c) de uma interpretação ampliativa do pedido, impedindo-se que um mesmo direito seja postulado de forma fracionada em diferentes processos. Tradicionalmente, sempre que se defendeu alguma dessas soluções, a proposta vinha acompanhada de um alargamento do objeto do processo e, em consequência, do objeto da sentença, de modo a preservar o encadeamento lógico com o conteúdo da coisa julgada.

A primeira alternativa de alargamento dos limites objetivos foi muito discutida entre o fim do século XIX e o início do século XX. A tese ampliativa que propugnava a extensão da coisa julgada aos fundamentos da sentença foi defendida na

pp. 95-96 e n. 11, p. 129; LEBRE DE FREITAS, “Caso julgado e causa de pedir – o enriquecimento sem causa perante o artigo 1229 do Código Civil”, n. 2.4, p. 11; LEONEL, *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*, n. 2.1.10, p. 99; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, n. 18.7, p. 151; TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, pp. 142-143.

¹⁹. Cf. *Der Streitgegenstand in Zivilprozess*, § 15, p. 225.

Alemanha por SAVIGNY. A extensão da coisa julgada ao que ele definiu como *motivos objetivos da sentença* não teve o escopo de proporcionar uma solução mais abrangente para o conflito de interesses. Sua teoria objetivava apenas delimitar o exato alcance da coisa julgada e impedir o questionamento da decisão em processos futuros.²⁰ Tais problemas foram solucionados pela doutrina ulterior com a afirmação de que o dispositivo da sentença deve ser interpretado à luz da motivação (*infra* n. 5) e a atribuição de eficácia preclusiva à coisa julgada (*infra* nn. 18-20).

Na Itália, a tese teve em MORTARA o seu grande defensor. Partindo de premissas distintas das apresentadas SAVIGNY, sua teoria atribui caráter reconvenicional à defesa do demandado sempre que apresentada ao exame do julgador questão distinta daquelas propostas pelo autor e que possa ser objeto de demanda autônoma. A coisa julgada não ficaria restrita à demanda do autor e abrangeria automaticamente toda a matéria que é posta em discussão no processo para que se conclua pelo acolhimento ou a rejeição do pedido, em prol da economia processual e da segurança jurídica.²¹

A tese ampliativa acabou rechaçada, prevalecendo a idéia de que a coisa julgada deve incidir exclusivamente sobre o decidido no dispositivo da sentença.²² Em amparo a essa conclusão, afirma-se que a força imperativa do julgado é concentrada no dispositivo, com a resposta à pretensão do demandante, restando à motivação formar o

²⁰. Cf. ADROALDO FABRÍCIO, *A ação declaratória incidental*, n. 34, pp. 53-55; BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, n. 53, pp. 80-81; MESQUITA, “A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença”, n. 28, pp. 134-135; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, vol. I, n. 19.9, p. 513.

²¹. Cf. *Commentario del codice e delle leggi della procedura civile*, vol. II, pp. 99 ss. Nas palavras de MORTARA, a extensão da coisa julgada à matéria impugnada na defesa seria necessária “affinché l’ufficio della giurisdizione sia interamente compiuto e nell’interesse delle parti contendenti e in quello della società, vale a dire per il ristabilimento dell’impero della legge, dappertutto dove si manifesta turbato. Seguendo l’indirizzo segnato da queste idee, l’opera della giustizia civile si rivela più pronta, più larga, più benefica; e lo spirito che le informa è perfettamente consono al carattere e all’ufficio sociale della sovranità nello stato moderno” (*op. cit.*, p. 118).

²². Sobre a discussão travada na Alemanha a respeito dos limites objetivos da coisa julgada e sua relevância para a gênese dos §§ 256 e 322 da ZPO, com a consagração legislativa da tese restritiva, cf. LOCATELLI, *L’accertamento incidentali ex lege: profili*, cap. II, n. 5, pp. 52 ss. Em compasso com a tese dominante na Alemanha, MENESTRINA (*La pregiudiziale nel processo civile*, pp. 129-131), CHIOVENDA (“Cosa giudicata e preclusione”, pp. 255 ss.), LIEBMAN (*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, § 3º, n. 16, p. 52) e HEINITZ (*I limiti oggettivi della cosa giudicata*, nn. 18-19, pp. 205-228), dentre outros, defenderam na Itália a tese restritiva.

iter lógico necessário a justificar o acolhimento ou a rejeição do pedido. Atribuir força de coisa julgada às questões decididas na motivação da sentença implicaria afronta ao princípio da demanda, pois a decisão traria uma resposta mais ampla do que a pleiteada. Ao provocarem o Poder Judiciário ou apresentarem resposta a uma demanda, as partes delimitam a dimensão da decisão a ser proferida. Se havia a possibilidade de provocar uma decisão mais ampla mediante a cumulação de pedidos, a reconvenção ou a ação declaratória incidental e isso não foi feito, o juízo de conveniência das partes determinaria que o juiz decidisse de forma definitiva exclusivamente sobre a matéria que foi objeto do pedido.²³

Além da referência ao princípio da demanda, os defensores da tese restritiva afirmam (a) inexistir razões de interesse público para que a coisa julgada abarque questões decididas na motivação, (b) que nem sempre há cognição exauriente no enfrentamento das questões apreciadas *incidenter tantum* e (c) ser possível que o juiz competente para a apreciação do pedido não seja competente para o enfrentamento, em caráter principal, da questão a ser decidida na motivação. Essas questões serão analisadas adiante (*infra* n. 12.1).

Diante desses argumentos e sem superar o dogma da correlação entre objeto do processo, objeto da sentença e limites objetivos da coisa julgada, algumas das recentes interpretações que buscam ampliar os limites objetivos para além da decisão a respeito do pedido revelam-se artificiosas e pouco convincentes. Pretende-se extrair de um concreto pedido, relativo a uma situação jurídica específica, um pedido implícito para que também as questões prejudiciais sejam julgadas com força de coisa julgada (*infra* n. 7) ou, de forma mais restrita, seja reconhecida a existência e validade da relação jurídica mais ampla da qual decorre o efeito jurídico objeto do processo (*infra* n. 8), ou então se afirma que certas questões, por sua natureza intrínseca, sempre são decididas em caráter principal (*infra* n. 9).

²³. Cf. doutrina citada na nota de rodapé n. 22. Na doutrina brasileira, cf. ADROALDO FABRÍCIO, *A ação declaratória incidental*, nn. 35-36, pp. 55-58; BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, n. 58, pp. 89-90; GRINOVER, *Ação declaratória incidental*, nn. 17-18, pp. 34-38.

A crítica é igualmente válida para as teorias que tratam das outras duas alternativas mencionadas para a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, com foco na causa de pedir e no pedido. Seus defensores partem de interpretações extremamente amplas na delimitação da *causa petendi* e do pedido, integrando ao objeto do processo e à coisa julgada situações da vida evidentemente distintas daquela definida na demanda (*infra*, nn. 10-12).

O artificialismo dessas construções pode ser superado pela constatação de que os limites objetivos da coisa julgada podem ser mais amplos do que o objeto da sentença. Delimitar a abrangência da coisa julgada é uma questão de *política legislativa*, que envolve a interpretação dos princípios fundamentais do processo e o sopesamento das vantagens e desvantagens de cada uma das alternativas possíveis.²⁴ Adiante será avaliada a conveniência de ampliar os limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro (*infra* n. 12), mas é importante ressaltar desde logo a viabilidade dessa alternativa, que é expressamente adotada em alguns ordenamentos jurídicos contemporâneos.

O exemplo mais eloqüente é o do direito norte-americano, em que os mecanismos criados para imunizar a decisão judicial são substancialmente distintos daqueles existentes nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-canônica.²⁵

Avessa à disciplina do direito a partir da criação de categorias jurídicas gerais e abstratas, a tradição jurídica norte-americana lida com a realidade representada pelos conceitos de objeto do processo e de limites objetivos da coisa julgada de forma essencialmente pragmática, com referência às peculiaridades da situação concreta.²⁶

²⁴. Cf. CASTRO MENDES, *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, p. 79; LOCATELLI, *L'accertamento incidentali ex lege: profili*, cap. II, n. 8, pp. 77-78; TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, p. 136.

²⁵. Nesse aspecto o direito inglês atual é muito semelhante ao americano (ANDREWS, *The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England*, nn. 8.22-8.27, pp. 197-202).

²⁶. “Mentre i cd. ‘limiti oggettivi’ del giudicato europeo risultano generalmente concepiti e descritti tramite l’utilizzazione di parametri generali e di criteri astratti, tali da richiedere – nella loro fissità – un’applicazione di tipo quasi meccanicistico, al contrario l’individuazione dell’oggetto del *judgment* nordamericano si fonda sull’impiego di regole e principi ispirati – in modo più o meno manifesto – alla flessibilità ed alla duttilità in funzione delle specifiche caratteristiche di ciascun caso concreto” (VOLPINO, *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*, n. IV.1, p. 124).

O processo é pautado por uma ampla liberdade de alteração do pedido e dos argumentos de fato e de direito que o fundamentam, de modo a proporcionar uma *fully litigation* da situação controversa.²⁷ A essa característica corresponde uma abrangência larga da coisa julgada,²⁸ com o alcance de todos os fatos, fundamentos jurídicos e pretensões que, alegados ou não, digam respeito à situação da vida posta em discussão no processo, incluindo, com algumas exceções, as demandas que o réu pudesse apresentar em reconvenção.²⁹

Para a delimitação dessa situação da vida que será apreciada de forma abrangente e definitiva utiliza-se o conceito de *transaction*, identificado por um *natural grouping or common nucleus of operative facts*. Esses *operative facts* são traçados de forma essencialmente pragmática, em uma complexa ponderação pautada nos critérios da conexão espaço-temporal, da origem em uma mesma conduta ou em condutas correlatas, da eficiência e economia processual que a dedução dos fatos em um mesmo processo geraria e da boa-fé das partes ao deixar de apresentar alguma alegação ou pretensão.³⁰

É concedido às partes um único *day in court*, uma única oportunidade para apresentarem todas as pretensões e causas de pedir que decorram da situação da vida posta em discussão no processo, com a consequência de que a coisa julgada também abarcará a matéria não discutida. Ainda que a aplicação de conceitos típicos de *civil law* a institutos do direito norte-americano seja sempre precária, é possível afirmar que na hipótese há uma dissociação entre os limites objetivos da coisa julgada e o objeto da

²⁷. Cf. VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, n. IV.7, pp. 159-169.

²⁸ “A liberal approach to the joining of claims and parties, as in the United States, yields a relatively strict approach to relitigation and precludes assertion of claims or issues that could have been brought in the original action, whereas a system such as Germany, where filing fees depend on the amount of the claim asserted, takes a more relaxed approach to a second action for a related claim or additional damages” (CHASE-HERSHKOFF-SILBERMAN-TANIGUCHI-VARANO-ZUCKERMAN, *Civil litigation in comparative context*, cap. 9, n. 1, p. 435)

²⁹. Cf. CASAD-CLERMONT, *Res judicata – a handbook on this theory, doctrine, and practice*, cap. 6, pp. 61-66; CHASE-HERSHKOFF-SILBERMAN-TANIGUCHI-VARANO-ZUCKERMAN, *Civil litigation in comparative context*, cap. 9, n. 1, pp. 436-437; FRIEDENTHAL-KANE-MILLER, *Civil procedure*, nn. 14.3-14.8, pp. 634-675; JAMES-HAZARD-LEUBSDORF, *Civil procedure*, §§ 11.8-11.16, pp. 685-703; SHAPIRO, *Preclusion in civil actions*, cap. II, b, pp. 32-45.

³⁰. Para uma visão da aplicação do conceito de *transaction* na prática do direito norte-americano, cf. VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, pp. 169 ss.

sentença e, indiretamente, entre tais limites e o objeto do processo, pois a coisa julgada abarcará pretensões e causas de pedir não discutidas pelas partes e que não foram e sequer poderiam ter sido apreciadas no julgamento da causa, diante da ausência de contraditório.

As considerações expostas dizem respeito à *res judicata*, ou *claim preclusion*, que é apenas um dos aspectos da imunização que o ordenamento jurídico norte-americano confere à sentença. Outro instituto fundamental à compreensão dessa imunização é o *collateral estoppel*, ou *issue preclusion*, que abarca as questões de fato e de direito que foram explicitamente debatidas e decididas, por serem fundamentais à decisão da causa.³¹ Os contornos do *collateral estoppel* serão analisados adiante (*infra*, n. 6), mas desde logo é possível afirmar que, de sua aplicação, decorre a definitiva estabilização de decisão sobre questão contida na motivação da sentença.

Analisado o *collateral estoppel* pela a perspectiva da *civil law* e assimilando sua eficácia à da coisa julgada, tem-se mais uma vez uma ruptura entre, de um lado, o objeto do processo e o objeto da sentença e, de outro, os limites objetivos da coisa julgada.

O quadro dos institutos norte-americanos que contribuem para conferir estabilidade às decisões judiciais é completado por *stare decisis* e *law of the case*. O *stare decisis* guarda alguma semelhança com o *collateral estoppel*, mas seu âmbito de incidência é mais restrito, pois abarca somente questões de direito - não apenas as referentes à delimitação do sentido de uma norma, mas principalmente as *mixed questions*, que dizem respeito à aplicabilidade da norma jurídica a uma determinada circunstância de fato. Outra diferença diz respeito à vinculatividade decorrente do *stare decisis*, que é mais abrangente e mais tênue. Mais abrangente porque não circunscrita às partes ou aos fatos da vida que deram origem à decisão, pois a vinculatividade estende-se a qualquer fato que se enquadre na *ratio decidendi* da primeira decisão. Mais tênue diante do poderes de *overruling*, com a superação do precedente, e de *distinguishing*, que muitas vezes é utilizado de forma a recusar a aplicação de precedente tido por equivocado ou superado, e não com o seu objetivo natural de identificar se

³¹. “*Res judicata* acts like a bludgeon, indiscriminately smashing all efforts of a party to relitigate events that have already litigated and decided in a prior suit. *Collateral estoppel*, by contrast, operates like a scalpel, dissecting a lawsuit into its various issues and surgically removing from reconsideration any that have been properly decided in a prior action” (GLANNON, *Civil procedure – examples and explanations*, p. 485).

existe uma equivalência funcional entre os fatos relevantes ao julgamento da primeira demanda e aqueles que serão apreciados na segunda. Utilizado dessa forma, o *distinguishing* assume função complementar ao *overruling*, nas hipóteses em que o julgador não tenha o poder de *overruling* ou tenha receio de utilizá-lo por razões políticas.³² A *law of the case* veda a rediscussão das questões decididas no decorrer do processo. Seu alcance é exclusivamente endoprocessual e tem por campo de aplicação as questões apreciadas no decorrer do processo em preparação ao julgamento. Com o tempo e diante das injustiças que a estrita aplicação da regra poderia causar, ela passou a ser aplicada de forma dúctil, flexível e territorialmente não homogênea.³³

Em decorrência da maior interação que os ordenamentos jurídicos de *common law* e de *civil law* vêm experimentando nas últimas décadas, também em sistemas típicos de *civil law* é possível identificar um início de ruptura do dogma da correlação entre objeto do processo, objeto da sentença e limites objetivos da coisa julgada. É o caso do sistema processual espanhol, inteiramente reformulado pela *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, que em sua exposição de motivos traz como critérios para a disciplina do tema em análise “por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno sólo”.

No direito atualmente vigente na Espanha a causa de pedir é integrada pelos fundamentos de fato e de direito que delimitam a pretensão, tal como decorre do art. 218.1.³⁴ Proposta a demanda, o art. 412.1 veda ulteriores alterações de seus elementos

³². Cf. PUGLIESE, “Giudicato civile (dir. vig.)”, n. 15, p. 834; TARUFFO, “Collateral estoppel e giudicato sulle questione”, parte 1ª, n. 1, p. 653; VOLPINO, *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*, n. I.2, pp. 6-17.

³³. Cf. TARUFFO, “Collateral estoppel e giudicato sulle questione”, parte 1ª, n. 1, pp. 653-654; VOLPINO, *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*, n. I.3, pp. 17-28.

³⁴. “La causa de pedir está formada por dos elementos: el fáctico y el jurídico. El elemento fáctico vincula al Juez el todo caso. El elemento jurídico, a su vez, está formado por dos subelementos: el punto de vista jurídico (o la calificación jurídica, o el razonamiento jurídico, o la fundamentación jurídica), que no es más que ese conjunto de consecuencias jurídicas que la Ley anuda a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela específica que solicita la parte sea ésa concreta y no otra distinta (porque el actor puede hacer valer sus derechos si quiere y en la medida que quiere); es el paso del hecho al derecho, la traducción en conceptos jurídicos del supuesto de hecho concreto. Y el elemento puramente normativo de ese punto de vista jurídico: la/s concreta/s norma/s aplicable/s a ese objeto procesal delimitado por las partes y sometido a consideración del Juez. De estos dos subelementos, sólo el segundo es de apreciación

constitutivos,³⁵ ressaltando o art. 412.2 a possibilidade de serem apresentadas alegações complementares, que não impliquem modificação da causa de pedir, tal como previsto no art. 426. A causa de pedir somente poderá ser alterada para alcançar fatos supervenientes ou que não eram conhecidos pelo demandante no momento em que a demanda foi proposta.³⁶

Delimitado nesses termos o objeto do processo, o objeto da sentença restará circunscrito ao pedido e à causa de pedir, o que levaria a concluir pela restrição dos limites objetivos da coisa julgada ao pedido e à causa de pedir efetivamente propostos. Mas o art. 400 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 rompe com esse modelo e dispõe que “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”. Adiante, ao tratar das conseqüências do descumprimento do ônus referido, complementa: “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 otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste”.

por el Juez, aunque las partes no hubiesen alegado esas normas; en el sentido de que el Juez – sin apartarse de esa fundamentación jurídica alegada por la parte – puede introducir normas aplicables silenciadas por las partes y que refuercen esa fundamentación de Derecho ofrecida” (TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, p. 25). Em interpretação da legislação vigente anteriormente ao advento da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, a doutrina e a jurisprudência majoritárias delimitavam a causa de pedir com referência exclusiva aos fatos (TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, p. 116).

³⁵. No que pertine à integração do fundamento jurídico à causa de pedir, TAPIA FERNÁNDEZ esclarece em interpretação do art. 412 que “el cambio de punto de vista jurídico no afecta a los hechos fijados como fundamentadores de la pretensión, la prohibición de la *mutatio libelli* no deberá entenderse tan rígida hasta el extremo de no permitir en las alegaciones complementarias (y siempre antes de la fase probatoria) variar ese punto de vista jurídico” (TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, p. 73). Quanto aos fundamentos jurídicos, a estabilização da causa de pedir está disciplinada no art. 433.3, que tem a seguinte redação: “expuestas sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte podrá informar sobre los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones, que no podrán ser alteradas en ese momento”. Nesse sentido, cf. TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, pp. 73-74.

³⁶. Cf. PICO I JUNOY, *La modificación de la demanda en el proceso civil*, nn. 51-63, pp. 105-121.

A norma amplia os limites objetivos da coisa julgada para além da causa de pedir expressamente invocada, abarcando todos os diferentes fundamentos de fato e de direito que pudessem ter sido alegados no primeiro processo como fundamento do pedido, independentemente de esses diferentes fundamentos darem ensejo ou não à formação de uma causa de pedir distinta.³⁷ Não há interferência na delimitação do objeto do processo e, em consequência, do objeto da sentença, que permanecem circunscritos ao pedido e à causa de pedir.³⁸ É introduzida justamente uma ruptura entre o objeto da sentença e os limites objetivos da coisa julgada e, em consequência, “a efectos de identificar la *actio iudicata* y la *actio iudicanda* para apreciar o no *res iudicata*, poca o nula importancia tendrá la identidad de causa de pedir en ambas acciones”.³⁹ A ruptura fez com que OLIVA SANTOS propusesse a distinção entre o *objeto actual* do processo, delimitado pela demanda do autor, e o *objeto virtual*, determinante da abrangência da litispendência e da coisa julgada e dimensionado pela regra do art. 400 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000.⁴⁰

Apesar de criticar essa interpretação do art. 400 e defender a restrição da coisa julgada à causa de pedir efetivamente invocada, VÁZQUEZ SOTELO reconhece em recente estudo que a jurisprudência majoritária que se formou após o início da vigência da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 estende a coisa julgada a todas as causas de pedir passíveis de serem invocadas em amparo ao pedido.⁴¹

As mesmas idéias que guiaram a novidade introduzida no direito espanhol motivaram a Corte de Cassação francesa a reinterpretar o art. 1.351 do Código Civil, que trata dos limites objetivos da coisa julgada.⁴² Por via jurisprudencial,

³⁷. Cf. TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, p. 29.

³⁸. Cf. OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, n. 69, pp. 76-77; TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, pp. 31 e 160-161.

³⁹. TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, p. 195.

⁴⁰. Cf. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, nn. 69-70, pp. 76-80 e n. 182, pp. 206-207.

⁴¹. Cf. “‘Objeto actual’ y ‘objeto virtual’ en el proceso civil español”, nn. 7-8, pp. 375-389.

⁴². Eis o texto do art. 1.351: “l’authorité de la chose jugée n’a lieu qu’a l’égard de ce qui a fait l’objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité”.

em decisão proferida em julho de 2006, tais limites também foram estendidos a todas as causas de pedir que fossem passíveis de serem invocadas na demanda onde se formou a coisa julgada.⁴³

A referência aos direitos norte-americano, espanhol e francês é suficiente para firmar a premissa de ser possível a ruptura da correlação entre o objeto da sentença e os limites objetivos da coisa julgada. A análise prosseguirá com a identificação do modelo adotado no ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere à extensão da coisa julgada aos motivos e à delimitação da causa de pedir e do pedido. Identificado o modelo vigente, serão expostas as possíveis alternativas de mudança e na conclusão deste capítulo será traçado o modelo que na atualidade melhor se amolda ao *due process of law*.

5. opção do ordenamento jurídico brasileiro por limitar a coisa julgada ao dispositivo da sentença

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939 o art. 287 dispunha em fórmula confusa que “a sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas”, e, em complemento, seu parágrafo único determinava que “considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão”. A imprecisão do dispositivo deu ensejo a dúvidas intermináveis na definição dos limites objetivos da coisa julgada. Diante da forte influência da obra de SAVIGNY entre os juristas brasileiros, predominava a interpretação de que os limites objetivos da coisa julgada abarcavam os fundamentos da sentença que figurassem como “premissa necessária da conclusão”. Com poucas exceções, a defesa da tese da limitação

⁴³. Em análise da referida decisão da Corte de Cassação, ROGER PERROT faz explícita alusão ao direito espanhol e conclui: “a partir du moment où la chose jugée peut être opposée à toute nouvelle demande fondée sur une cause qui n’aurait pas été versée aux débats ‘en temps utile’, c’est-à-dire au cours du premier procès et le cas échéant devant le juge d’appel (art. 565 nouv. c. pr. civ.), la condition d’identité de cause est pratiquement vidée de sa substance: elle ne trouvera plus guère à s’appliquer que dans les hypothèses exceptionnelles où la cause nouvelle ne se serait révélée qu’après le prononcé du jugement ou de l’arrêt dont l’autorité est invoquée” (“Chose jugée – Sa relativité quant à cause: qu’en reste-t-il?”, pp. 825-827). No mesmo sentido, do mesmo autor, cf. *Institutions judiciaires*, n. 600, p. 486.

da coisa julgada ao dispositivo era restrita aos juristas da *Escola Processual de São Paulo*, influenciados pelas lições de CHIOVENDA e LIEBMAN.⁴⁴

A controvérsia motivou um tratamento extremamente pormenorizado dos limites objetivos da coisa julgada no Código de Processo Civil de 1973, que não deixa margens para interpretações ampliativas de tais limites para além da decisão contida no dispositivo da sentença.

No atual Código, o art. 468 dispõe que “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. A lide é delimitada pela *demanda* e o art. 128 restringe a decisão judicial aos “limites em que a lide foi proposta”, dispondo portanto de forma direta que somente a decisão sobre a demanda fica abrangida pela coisa julgada. Em complemento, o art. 469 determina que “não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”. A exclusão dos motivos seria suficiente ao objetivo de restringir a coisa julgada ao dispositivo da sentença, mas, para extirpar qualquer dúvida hermenêutica, a lei faz explícita menção à verdade dos fatos e às questões prejudiciais. A disciplina é encerrada com a consagração de forma explícita da ação declaratória incidental, como mostra o art. 470 do Código de Processo Civil: “faz, todavia, coisa julgada, a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide”. A consagração da ação declaratória incidental é incompatível com a extensão da coisa julgada aos motivos da sentença independentemente de pedido, especialmente no que se refere às questões prejudiciais. Se houvesse a extensão automática, o pedido deduzido na ação declaratória incidental seria inútil.

⁴⁴. Cf. ADROALDO FABRÍCIO, *A ação declaratória incidental*, n. 37, pp. 58-62; BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, n. 54, pp. 82-84. Sobre a *Escola Processual de São Paulo*, cf. DINAMARCO, “A formação do moderno processo civil brasileiro – uma homenagem a Enrico Tullio Liebman”, nn. 8-9, pp. 34-38. Eis os principais defensores da restrição da coisa julgada ao dispositivo na vigência do Código de Processo Civil de 1939: BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, nn. 48 ss., pp. 76 ss.; CELSO NEVES, *Coisa julgada civil*, pp. 493-494; FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, vol. V, n. 1.094, pp. 51-52; GRINOVER, *Ação declaratória incidental*, nn. 17-18, pp. 34-38; LIEBMAN, “Limites objetivos da coisa julgada”, pp. 159-164; MACHADO GUIMARÃES, “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, n. XV, pp. 21-22.

Diante desse panorama legislativo e da força e prestígio que as lições de CHIOVENDA e LIEBMAN sobre os limites objetivos da coisa julgada gozam na doutrina brasileira, é praticamente unânime a afirmação de que somente o dispositivo da sentença fica imunizado pela coisa julgada.⁴⁵ Idêntico é o panorama na jurisprudência, não havendo no THEOTÔNIO NEGRÃO a menção de um julgado sequer em que os limites objetivos da coisa julgada foram ampliados para além do dispositivo.⁴⁶

A restrição da coisa julgada ao dispositivo da sentença não tem por significado a total irrelevância da motivação após o trânsito em julgado, pois os fundamentos da sentença são relevantes para a exata delimitação do conteúdo e alcance da decisão. Nas expressivas palavras de ADROALDO FABRÍCIO, “a motivação não apenas serve, eventualmente, a esclarecer a conclusão insuficientemente clara, como também, em conjunto com o relatório, à própria *definição da lide* decidida. *A causa petendi*, indispensável a essa definição, não é usualmente referida na conclusão, mas mencionada no relatório e discutida na fundamentação. Ora, para que se possa saber

⁴⁵. “A disciplina atual é de ofuscante nitidez e repele toda e qualquer tentativa de raciocinar, em matéria de limites objetivos da *res iudicata*, com o que quer que não se inclua no dispositivo da sentença. Não há cogitar, nesse contexto, de questões, ainda daquelas cuja solução constitua premissa necessária da conclusão a que chegou o órgão jurisdicional. O sistema é fechado, rigorosamente fechado; não abre margem à mais mínima ampliação. Se algo não se inclui no dispositivo, não o cobre a proteção da coisa julgada, e portanto é possível a todo tempo, noutro processo, voltar a pô-lo em discussão, por estranhas que pareçam as conseqüências do ponto de vista lógico, que não é o decisivo aqui” (BARBOSA MOREIRA, “Coisa julgada – limites objetivos”, p. 448). Cf., ainda, ADROALDO FABRÍCIO, *A ação declaratória incidental*, n. 38-40, pp. 62-64; BARBOSA MOREIRA, “Limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil”, nn. 1-8, pp. 90-96; BEDAQUE, “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”, n. 1.4, p. 27; CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, n. 199, pp. 331-332; CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, n. 4.21.2, pp. 244-245 e *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, n. 4, p. 39; HERMENEGILDO REGO, “Os motivos da sentença e a coisa julgada”, p. 18; LAURIA TUCCI, *Curso de direito processual*, vol. II, nn. 4-5, pp. 109-112; MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional*, n. 3.6.1, pp. 72-73; MITIDIERO, “Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva”, n. 3, pp. 64-67; MONIZ DE ARAGÃO, *Sentença e coisa julgada*, n. 175, p. 247; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro”, n. 4.5, p. 110 e *Curso de processo civil*, vol. I, n. 19.9, p. 505; PAULO DE OLIVEIRA LIMA, *Contribuição à teoria da coisa julgada*, n. 3.3, pp. 30-32; TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.3.2, pp. 81-85; TESHEINER, *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, n. 3.4, pp. 142 ss.; THEODORO JR., “Notas sobre sentença, coisa julgada e interpretação”, n. 2, pp. 10-18; THEREZA ALVIM, *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, cap. XII, pp. 87 ss.; WALTER PIVA RODRIGUES, *Coisa julgada tributária*, n. 7, pp. 32 ss. Voz isolada, RONALDO CAMPOS foca sua análise no art. 468 do Código de Processo Civil e defende que o direito brasileiro não restringe a coisa julgada ao dispositivo da sentença (*Limites objetivos da coisa julgada*, pp. 43 ss.).

⁴⁶. Cf. NEGRÃO-GOUVÊA-BONDIOLI, *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*, pp. 587-589.

como e até onde a coisa julgada constitui obstáculo a um novo pedido, não é suficiente saber-se *o que* foi reconhecido ou desconhecido a alguém, mas também *por que* se lhe atribuiu ou negou o bem da vida”.⁴⁷

Parte da doutrina confere importância mais significativa à motivação, com a afirmação de que o conteúdo da decisão pode ser delimitado não somente pelos motivos relacionados com a *causa petendi*, mas também por aqueles que reflitam o acolhimento de uma *causa excipiendi*. Nesse sentido, CRUZ E TUCCI afirma, com referência a um antigo escrito de PAULO VILHENA, que o julgamento de improcedência de ação reivindicatória com fundamento na usucapião alegada em defesa impede a propositura de nova reivindicatória, ainda que fundada em causa de pedir diversa daquela alegada na primeira demanda. Como o fundamento da usucapião não é juridicamente superável por um fundamento diverso, a coisa julgada formada no primeiro processo impediria a propositura da demanda subsequente.⁴⁸

Não há na hipótese mera interpretação do dispositivo à luz da motivação. Para se chegar à conclusão proposta é necessário afirmar que a própria declaração relativa à usucapião fica imunizada pela coisa julgada, do que decorreria a extensão dos limites

⁴⁷. *A ação declaratória incidental*, n. 39, p. 64. Em sentido semelhante, observa MESQUITA que a interpretação da sentença e de seu conteúdo preceptivo deve tomar como referência o pedido e a causa de pedir da demanda proposta: “a distinção em tais casos deve ser precedida com atenção à função que a cada uma destas partes está reservada na sentença. Tendo-se em mente que a motivação prende-se às razões do autor e o dispositivo prende-se ao seu pedido, à sua pretensão, será suficiente para separar um de outro que o intérprete se reporte à petição inicial que, se não for inepta, deverá indicar *com clareza e precisão* o pedido e as razões de pedir. Terá, então, nestes elementos da inicial, o índice seguro para proceder à separação entre o dispositivo da sentença e a sua motivação, pois encerram, respectivamente, as respostas ao pedido e às razões” (“A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença”, n. 20, p. 127). Sobre a necessidade de interpretar o dispositivo com referência à motivação, cf., ainda, CASTRO MENDES, *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, n. 8, p. 76, n. 27, pp. 160 ss.; CHIOVENDA, “Cosa giudicata e preclusione”, p. 269; COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, n. 280, pp. 428-430; GRINOVER, *Ação declaratória incidental*, n. 17, pp. 36-37; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 18, pp. 200-201; MONIZ DE ARAGÃO, *Sentença e coisa julgada*, n. 179, pp. 251-252; THEODORO JR., “Notas sobre sentença, coisa julgada e interpretação”, n. 2.2, p. 15.

⁴⁸. Cf. *A causa petendi no processo civil*, nn. 4.21.2, p. 247. Na doutrina italiana MENCHINI afirma que o réu, “col semplice esercizio dello *ius excipiendi* e finanche con la mera attività di contestazione, focalizza la discussione su certi punti piuttosto che su altri e pone così le premesse per pronunce a contenuto diverso e, conseguentemente, per una differente valenza della decisione in successivi processi” (*I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. I, n. 1, p. 11). Observe-se, no entanto, que a afirmação guarda estreita relação com a peculiar teoria de MENCHINI sobre os limites objetivos da coisa julgada, que será analisada adiante (*infra* n. 8).

objetivos a um fundamento da sentença. Sem recorrer a tal expediente, ainda que se interprete o dispositivo à luz da motivação a sentença terá por conteúdo a simples declaração de que os fatos afirmados na causa de pedir não conferem ao autor o direito à propriedade do bem, sem que restem abrangidas pela coisa julgada as considerações apresentadas na motivação para afastar o reconhecimento do direito de propriedade (*infra*, n. 14). A título de exemplo, se na primeira demanda foram apresentados como causa de pedir fatos que demonstrem a aquisição onerosa do bem, a coisa julgada não impedirá a instauração de novo processo no qual o autor alegue que ele e não o réu havia adquirido a propriedade do bem por usucapião, ou afirme a aquisição onerosa por intermédio de um negócio diverso.⁴⁹

Um último ponto a considerar refere-se à vinculação do assistente à *justiça da decisão*, nos termos do art. 55 do Código de Processo Civil.

Na assistência, um terceiro com interesse jurídico na prolação de sentença favorável a uma das partes ingressa voluntariamente no processo com o objetivo de auxiliá-la. A intervenção do assistente não altera o objeto do processo, pois o assistente apenas auxilia uma das partes, aderindo à demanda já proposta.⁵⁰ Há duas espécies de assistência, a *simples* e a *litisconsorcial*. O assistente é *litisconsorcial* sempre que “a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido” (CPC, art. 54). A qualificação como *litisconsorcial* serve para conferir ao assistente a mesma possibilidade de atuação de uma parte principal, mas não significa que ele seja um verdadeiro litisconsorte. Para que ele fosse um litisconsorte e, portanto, parte principal, deveria figurar no pólo passivo ou ativo de uma demanda, o que não ocorre.⁵¹ Há assistência simples nas demais hipóteses em que estiver presente interesse jurídico na intervenção.

⁴⁹. Nos exemplos referidos os fatos que formam as novas causas de pedir ocorreram anteriormente à propositura da demanda onde se formou a coisa julgada. Se estivessem em jogo fatos supervenientes, a coisa julgada somente poderia ser superada se o fato repercutisse no específico fundamento que motivou o julgamento de improcedência (*infra*, n. 14).

⁵⁰. Cf. DINAMARCO, *Intervenção de terceiros*, n. 13, pp. 37-38.

⁵¹. “Qualificá-lo de *litisconsorcial* não significa erigi-lo em litisconsorte, pelo simples fato de que nada pede e em face dele nada se pede: não é autor nem réu e, conseqüentemente, litisconsorte não é. Na locução *assistente litisconsorcial* prevalece o substantivo (*assistente*) sobre o adjetivo que o qualifica (*litisconsorcial*)” (DINAMARCO, *Intervenção de terceiros*, n. 13, p. 37).

Posta a premissa de que o objeto do processo não versa de forma direta sobre a esfera de direitos do assistente, a idéia da correlação entre objeto do processo, objeto da sentença e limites objetivos da coisa julgada motivou a concepção de um diferente instrumento para vincular o assistente ao decidido, a *justiça da decisão*. Prevalece na doutrina o entendimento de que a aplicação do instituto implica a estabilização da motivação da sentença perante o assistente. Afirmam alguns que o assistente fica vinculado às premissas de fato e de direito lançadas na sentença.⁵² Outros colocam o acento nos fatos⁵³ e há quem restrinja a vinculação aos fundamentos jurídicos.⁵⁴

DINAMARCO enquadra o fenômeno de forma distinta. Afirma que a vinculação do assistente à *justiça da decisão* tem por significado a extensão a sua esfera de direitos da eficácia preclusiva da coisa julgada. Ao justificar essa posição, conceitua a eficácia preclusiva como “o poder, que a própria coisa julgada tem, de impedir qualquer discussão sobre os pontos cuja solução (entre os motivos da sentença) constitui a base que dá apoio e legitima o julgamento da causa”.⁵⁵ Complementa afirmando que a eficácia preclusiva “impede a remoção de sua base sustentadora”, pois “seria mera ilusão declarar estável o *decisum* mas permitir que se rediscutisse, com efeitos sobre ele, os motivos que o embasam”.⁵⁶ E conclui que “os próprios sujeitos do litígio (autor, réu: partes principais) ficam adstritos à eficácia preclusiva da coisa julgada, na medida em que a lei dispõe: ‘nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide’ (art. 471 CPC), enquanto o *assistente*, que não sustenta pretensão alguma *sua* no processo, recebe no entanto, entre os fundamentos da sentença, algum pronunciamento sobre situações de seu interesse direto”.⁵⁷ Note-se no entanto que a eficácia preclusiva da coisa julgada não promove a estabilização dos fundamentos da sentença. Após definidos os limites objetivos da coisa julgada, a eficácia preclusiva

⁵². Cf. FERRAZ, *Assistência litisconsorcial no direito processual civil*, n. 7, § 3º, pp. 81; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, p. 82; TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.5.9, pp. 118-119; TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, p. 234.

⁵³. Cf. ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil anotado*, t. III, pp. 102-103; BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, n. 342, p. 182.

⁵⁴. Cf. SCARPINELLA BUENO, *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, cap. IV, n. 9, p. 166.

⁵⁵. *Intervenção de terceiros*, n. 13, p. 38.

⁵⁶. *Op. loc. cit.*

⁵⁷. *Op. cit.*, n. 13, p. 39.

impedirá a propositura de demandas incompatíveis com a decisão transitada em julgado, sem tornar imutáveis as situações incompatíveis (*supra*, n. 1 e *infra*, n. 19). Não há portanto como afirmar a vinculação do assistente à eficácia preclusiva da coisa julgada sem delimitar previamente o conteúdo da decisão que se tornará imutável e ficará protegido pela eficácia preclusiva.

Todos observam que a estabilidade trazida com a vinculação à justiça da decisão é mais tênue do que aquela proporcionada pela coisa julgada, dadas as exceções dispostas nos incs. I e II do art. 55. Apesar de sua menor estabilidade, a vinculação é mais ampla, por estender-se aos motivos da sentença e não se restringir ao *decisum*. Observa TALAMINI que “essa definição de limites objetivos mais largos do que os da coisa julgada *não* consiste em mero capricho do legislador”, pois na grande maioria dos casos, “se a imutabilidade se restringisse ao objeto do *decisum*, não haveria nenhuma concreta e útil vinculação do assistente”.⁵⁸

As palavras de TALAMINI expressam de forma clara uma premissa subjacente ao raciocínio de todos os que interpretam a *justiça da decisão* como uma vinculação aos motivos da sentença: extrair, sempre, uma útil vinculação do assistente ao conteúdo da decisão. Realmente, isso somente é possível com a extensão da estabilidade aos motivos. Uma útil extensão ao assistente da imutabilidade do dispositivo ocorrerá apenas nas situações em que o processo onde houver a intervenção tenha por objeto principal a questão jurídica de seu interesse.

No exemplo clássico do devedor principal que intervém na demanda proposta em face do fiador, se o pedido ficar restrito à condenação do fiador ao adimplemento da obrigação o dispositivo da sentença de procedência, além de impor a sanção executiva, declarará apenas que o fiador deve adimplir a quantia pedida. Todas as considerações que forem apresentadas na sentença para definir se a prestação é devida ficarão confinadas na motivação. Para que se estenda ao devedor principal alguma vinculação útil quanto ao decidido é necessário vinculá-lo aos fundamentos da decisão que lhe digam respeito. No entanto, se na mesma situação o autor cumular com o pedido condenatório um pedido de declaração de validade do negócio, a sentença de integral procedência trará essa declaração em seu dispositivo e, como a questão também diz respeito à esfera de direitos do devedor principal interveniente, sua vinculação ao dispositivo da sentença trará um resultado útil.

⁵⁸. *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.5.9, pp. 118-119.

É no entanto muito delicada a conciliação da interpretação proposta pela doutrina com a regra de que os motivos da sentença não ficam abrangidos pela coisa julgada. Como a estabilização da decisão deve guardar harmonia com o princípio da correlação entre a demanda e a tutela jurisdicional (*supra* n. 1 e 4), o sistema revelar-se-ia contraditório ao vincular o assistente às decisões contidas na fundamentação da sentença. Se tal argumento pode ser superado sem ofensa ao *due process of law*, por coerência as partes principais também deveriam ficar vinculadas às decisões incidentais, o que contribuiria para proporcionar uma solução mais abrangente ao conflito, impediria a propositura de novas demandas e fecharia as portas para a prolação de decisões contraditórias.

Feita a opção política pela restrição da coisa julgada ao dispositivo da sentença, a estabilização da decisão decorrente da vinculação do assistente à justiça da decisão deve ficar restrita ao dispositivo.⁵⁹ Apesar de em muitos casos essa interpretação redundar em uma vinculação inútil do assistente, solução contrária teria por consequência introduzir no sistema um tratamento desigual sem que haja um fator discriminatório juridicamente relevante. Se comparado com a parte principal, o assistente tem poderes restritos para a atuação no processo, especialmente no caso da assistência simples, não fazendo sentido vincular aos motivos da decisão justamente a parte com menores possibilidades de influenciar em seu teor. As exceções trazidas nos incs. I e II do art. 55 servem como importante contrapeso, pois conferem à *eficácia preclusiva da justiça da decisão* um alcance mais limitado se comparado com a *eficácia preclusiva da coisa julgada* (*infra*, nn. 19-20),⁶⁰ mas são insuficientes para estabelecer uma diferenciação que permita a estabilização dos motivos perante o assistente sem também estendê-la à parte.

A idéia de vincular o assistente à *justiça da decisão* tem direta inspiração na *Interventionswirkung*, prevista no par. 68 da ZPO alemã.⁶¹ Tal como ocorre em nosso sistema, na Alemanha domina o entendimento de que os limites objetivos da coisa julgada restringem-se ao dispositivo (*infra* n. 7) e, ao mesmo tempo, entende-se que, por força da *Interventionswirkung*, o assistente fica

⁵⁹. Nesse sentido, cf. STJ, 3ª T., REsp n. 1.087.353, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, v.u., j. 17.2.09.

⁶⁰. Cf. SCARPINELLA BUENO, *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, cap. IV, n. 10, pp. 167-168.

⁶¹. Cf. ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil anotado*, t. III, pp. 88 e 101.

vinculado às decisões sobre fatos e questões jurídicas contidas na motivação.⁶² O antagonismo entre essas concepções vem sendo ressaltado na doutrina mais recente, com a observação de que a *Interventionswirkung* ter origem no direito comum, período do direito alemão em que a coisa julgada abrangia os motivos da sentença. Partindo dessa relevante premissa, observa CHIZZINI que “alla stregua della precisa e consapevole scelta di campo operata con il par. 322 dZPO nella direzione di una limitazione rigorosa della portata oggettiva della cosa giudicata materiale, la dottrina avrebbe dovuto da un punto di vista sistematico porsi il problema di una ridefinizione applicativa dell’istituto dell’intervento adesivo. Una simile consapevolezza sembra essere mancata: si può ipotizzare che, sul punto della legittimazione all’intervento, sia prevalsa una lettura riduttiva del valore affermato nel citato par. 322 dZPO, in quanto preminente è apparso l’interesse a confermare il tradizionale spazio applicativo dell’istituto”.⁶³

Esse é o panorama da extensão da coisa julgada aos motivos da sentença no direito brasileiro. A disciplina traçada no Código de Processo Civil e as considerações da doutrina refletem a realidade vigente nos principais países da Europa Continental na primeira metade do século XX. Nas últimas décadas a questão vem sendo submetida a intenso debate e, sob a nítida influência do instituto norte-americano do *collateral estoppel*, observa-se atualmente a tendência de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. Com o objetivo de avaliar a conveniência de acolhê-la no direito brasileiro, nos próximos itens serão expostos seus contornos fundamentais.

6. *collateral estoppel*

Na tradição jurídica norte-americana o *collateral estoppel* (ou *issue preclusion*) impõe a imutabilidade de questões que não integram o objeto do processo, apreciadas no decorrer do processo ou na motivação da sentença.

⁶². Cf. CHIZZINI, *L’intervento adesivo*, vol. I, pp. 436-439.

⁶³. *L’intervento adesivo*, vol. I, p. 442.

O *collateral estoppel* pode incidir anteriormente ao julgamento final, caso haja a prévia apreciação de uma questão e, em um juízo probabilístico, diante do conteúdo da decisão e das características da causa, seja possível afirmar que a decisão não será superada por outra, no mesmo processo, de conteúdo diverso. Essa disciplina reflete uma evolução, pois originalmente o *collateral estoppel* manifestava-se exclusivamente no momento em que houvesse a decisão final. A mudança, apesar de despertar inúmeras críticas por trazer maiores dificuldades para a identificação das decisões imunizadas, teve o mérito de centrar a análise da vinculatividade da decisão em suas qualidades intrínsecas, pois a apreciação na sentença das questões que antecedem logicamente o julgamento nem sempre é realizada de forma exaustiva e completa.⁶⁴

Atualmente, a imutabilidade incide independentemente de qualquer consideração a respeito de se tratar de uma *question of fact* ou de uma *question of law*. Excepcionam-se apenas as questões relacionadas com a pura interpretação do direito, quando aplicado a fatos históricos diversos e independentes, em que o *collateral estoppel* é inaplicável e incide o *stare decisis*.⁶⁵

Nem todas as questões apreciadas incidentalmente ficam imunizadas pelo *collateral estoppel*. Desde 1876, quando o instituto foi concebido e teorizado no *leading case Cromwell v. County of Sac*, foram impostos requisitos para que a sua aplicação não viole o *due process of law*. Esses requisitos foram aperfeiçoados e atualmente têm a seguinte conformação.

A questão a ser decidida deve ser idêntica àquela apresentada no primeiro processo. A apuração dessa identidade é realizada de forma essencialmente pragmática, mediante a ponderação dos seguintes critérios: a) a coincidência entre as provas apresentadas no primeiro e no segundo processo para a elucidação da questão;

⁶⁴. Cf. VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, nn. III.4-III.3, pp. 95-101.

⁶⁵. Cf. CASAD-CLERMONT, *Res judicata – a handbook on this theory, doctrine, and practice*, cap. 7, pp. 130-132; JAMES-HAZARD-LEUBSDORF, *Civil procedure*, §§ 11.21, pp. 710. Note-se que no direito norte-americano o conceito de *question of fact* é diverso do conceito de *questões de fato* incorporado à nossa tradição jurídica, pois no conceito estão compreendidas questões que qualificaríamos como *questões de direito*. Tal como observa TARUFFO, o critério para a distinção “non è dato dalla natura delle questioni, ma dalla ripartizione delle funzioni tra il *jury*, competente a decidere le prime, e il *judge*, competente a decidere le seconde” (“Collateral estoppel e giudicato sulle questione”, parte 1ª, n. 3, p. 661).

b) a coincidência dos argumentos jurídicos apresentados pelas partes; c) a possibilidade de a questão surgida no segundo processo ser decidida mediante a aplicação das mesmas normas jurídicas invocadas na decisão do primeiro; d) o grau de afinidade existente entre os dois processos; e) se, diante do estreito liame existente entre as situações jurídicas postas como objeto de cada um dos processos, seria razoável supor que os fatos apresentados para a decisão da segunda questão poderiam ter sido apresentados no primeiro processo.

Aplicabilidade restrita às questões que tenham sido submetidas a um efetivo contraditório e foram expressamente apreciadas pelo julgador. O *collateral estoppel* alcança exclusivamente *questões no sentido técnico*, decorrentes da formação de controvérsia sobre algum ponto suscitado pelas partes, e não se aplica às questões meramente dedutíveis que não tenham sido efetivamente suscitadas e àquelas que, por não ser previsível que a decisão a seu respeito repercuta em um processo futuro, não tenham sido submetidas a um debate exauriente.

É aplicável exclusivamente às questões que se apresentem como fundamento necessário da decisão de mérito. Tais questões centram os esforços das partes e o raciocínio do julgador, além de delimitarem o cabimento do *appeal*, o que assegura uma cognição exauriente. Vinculação mais ampla teria por conseqüência o alargamento do debate, com o desvio da atenção que deve ficar centrada nas questões essenciais para a decisão da causa e um aumento significativo do tempo e do custo do processo.⁶⁶

Há no sistema norte-americano uma intersecção entre o *collateral estoppel* e o *stare decisis*. A imutabilidade da decisão é superada quando houver uma mudança da *rule of law* aplicada pelo juiz para a decisão da questão.⁶⁷

⁶⁶. Sobre os requisitos para a aplicação do *collateral estoppel*, cf. CASAD-CLERMONT, *Res judicata – a handbook on this theory, doctrine, and practice*, cap. 7, pp. 113-142; FRIEDENTHAL-KANE-MILLER, *Civil procedure*, §§ 14.9-14-12, pp. 675-699; JAMES-HAZARD-LEUBSDORF, *Civil procedure*, §§ 11.17-11.22, pp. 703-713; LOCATELLI, *L'accertamento incidentali ex lege: profili*, cap. II, n. 7, pp. 71-73; SHAPIRO, *Preclusion in civil actions*, cap. II, c, pp. 46-60; TARUFFO, “Collateral estoppel e giudicato sulle questione”, parte 1^a, n. 4, pp. 662-669; VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, pp. 300 ss..

⁶⁷. Cf. CASAD-CLERMONT, *Res judicata – a handbook on this theory, doctrine, and practice*, cap. 7, p. 133; VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, n. VII.5, pp. 390-397.

7. a influência do *collateral estoppel* em ordenamentos jurídicos de *civil law*

A doutrina brasileira dos anos setenta apontava que no direito francês, no alemão e no italiano, principais fontes de inspiração do ordenamento jurídico brasileiro, era adotada pacificamente a tese que restringia os limites objetivos da coisa julgada ao dispositivo da decisão, sem estendê-los aos motivos.⁶⁸ A influência do direito norte-americano vem alterando esse panorama nos últimos anos.⁶⁹

No direito francês não há norma que trate expressamente do tema. A maior liberdade dos intérpretes permitiu que a influência do direito norte-americano fosse sentida de forma mais intensa e é hoje pacífico na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os limites objetivos da coisa julgada abrangem as decisões que representem *le soutien nécessaire* do dispositivo.⁷⁰

Na Itália, a disciplina traçada no art. 34 do *codice di procedura civile* torna a questão mais complexa. Sob o pretexto de disciplinar os *accertamenti incidentali*, a norma dispõe que “il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest’ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui”. Reconhecendo na norma inspiração *chiovendiana*, a doutrina majoritária, da época em que o *codice* foi editado e da atualidade, defende a restrição da coisa julgada

⁶⁸. Cf. BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, n. 53, pp. 81-82; GRINOVER, *Ação declaratória incidental*, n. 17, p. 34.

⁶⁹. “Issue preclusion is generally not part of res judicata principles in civil law countries, although we will see that different legal systems often incorporate some elements of the doctrine without precisely identifying it as such” (CHASE-HERSHKOFF-SILBERMAN-TANIGUCHI-VARANO-ZUCKERMAN, *Civil litigation in comparative context*, cap. 9, n. 1, p. 437)

⁷⁰. Cf. LOCATELLI, *L'accertamento incidentali ex lege: profili*, cap. II, n. 6, pp. 62-67; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. II, n. 12, pp. 134-138; PERROT, “La cosa giudicata: recenti sviluppi nel diritto francese”, n. 14, pp. 12-14.

ao dispositivo, sendo necessária a propositura de ação declaratória incidental para haver decisão com força de coisa julgada a respeito de questão prejudicial.⁷¹

A interpretação é criticada por alguns doutrinadores, sob o argumento de que o art. 34 do *c.p.c.* não trata dos limites objetivos da coisa julgada, mas da competência para a apreciação da questão prejudicial. Um exposto pedido da parte somente seria necessário quando o juiz competente para o julgamento da questão prejudicial é de grau hierárquico superior ao competente para o julgamento da demanda principal, hipótese em que o pedido provocaria o deslocamento da competência. Nesse sentido as observações de TARUFFO,⁷² PUGLIESE,⁷³ COMOGLIO,⁷⁴ e, mais recentemente, de VOLPINO,⁷⁵ que fazem expressa referência ao instituto do *collateral estoppel* e trazem os seguintes requisitos para que a decisão a respeito de questão prejudicial fique sujeita à coisa julgada: a) competência do juiz para apreciar em caráter principal a questão prejudicial, (b) legitimidade das partes para discutir a questão prejudicial em caráter principal e (c) explícito enfrentamento da questão na sentença, com a profundidade adequada a uma decisão judicial definitiva.

Respeitados tais requisitos, a expansão da coisa julgada aos motivos não ofenderia o devido processo legal, pois somente haveria coisa julgada na hipótese de ser decidida uma verdadeira *questão*, em sentido técnico, com a formação de controvérsia quanto ao ponto que se coloque como premissa necessária do julgamento e o conseqüente

⁷¹. Cf. ATTARDI, “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”, n. 3, pp. 482-483; CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, vol. I, pp. 485 ss. e “Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”, n. 5, pp. 233 ss.; RICCI, “Accertamento giudiziale”, n. 3, p. 18 e “Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza”, pp. 87-88; FAZZALARI, “Il camino della sentenza e della ‘cosa giudicata’”, nn. 3-4, pp. 593-597; GARBAGNATI, “Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali”, n. 4, pp. 266 ss.; HEINITZ, “Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato”, pp. 762 ss.; LIEBMAN, “Giudicato”, nn. 6.1.1-6.2, pp. 12-13 e *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, n. 80, pp. 224-225; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. II, n. 4, pp. 76-82; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, n. 10, pp. 38-39; MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, n. 7, pp. 74-91; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, n. 40, pp. 132-138; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, n. 9, pp. 65-66; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, vol. I, nn. 67-68, pp. 202-204.

⁷². Cf. “Collateral estoppel e giudicato sulle questione”, parte 2^a, nn. 8-9, pp. 282-292.

⁷³. Cf. “Giudicato civile (dir. vig.)”, n. 25, p. 867-869.

⁷⁴. Cf. *Il principio di economia processuale*, vol. II, pp. 129 ss.

⁷⁵. Cf. *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*, n. VII.8, pp. 416-421.

respeito ao contraditório e aos demais princípios constitucionais do processo. Quanto ao princípio dispositivo, sua adequada conformação deixaria ao arbítrio do interessado a instauração do processo, mas não lhe atribuiria o poder absoluto de delimitar a abrangência da coisa julgada.

Referida interpretação despertou inúmeras objeções, com amparo nos mesmos argumentos levantados contra as teses de SAVIGNY e MORTARA (*supra* n. 4) e, no plano exegético, por contrariar a tradição doutrinária que inspirou o art. 34 do *codice di procedura civile* (v. doutrina citada na nota de rodapé n. 71). A jurisprudência italiana vacila na análise do tema. Ainda que de forma atécnica, não muito clara e com algumas variações de posicionamento, prevalece a idéia de que os fundamentos necessários da decisão ficam abrangidos pela coisa julgada.⁷⁶

No direito alemão, a clareza do par. 322, 1º comma, da ZPO e o repúdio da doutrina à teoria de SAVIGNY, de que a referida norma é expressão (*supra*, n. 4), tiveram por conseqüência uma sistemática negação da possibilidade de a coisa julgada estender-se às questões prejudiciais. Houve algum vacilo quando em 1959 veio a lume a obra de ALBRECHT ZEUNER sobre os limites objetivos da coisa julgada, que em apertada síntese defende a extensão da coisa julgada à motivação quando existir relação de interdependência entre duas prestações, com o resguardo da harmonia entre os julgamentos referentes à prestação e à contraprestação.⁷⁷ Apesar da grande repercussão que as idéias de ZEUNER tiveram na época, sua teoria e outras extensivas são atualmente repudiadas na doutrina e na jurisprudência.⁷⁸

⁷⁶. Cf. LOCATELLI, *L'accertamento incidentali ex lege: profili*, cap. V, n. 2.2, pp. 192-195; MENCHINI, *Il giudicato civile*, cap. III, nn. 3 ss., pp. 76 ss.; PROTO PISANI, *Lezione di diritto processuale civile*, cap. II, n. 9, p. 66; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 8, pp. 227-242.

⁷⁷. Sobre a doutrina de ZEUNER, cf. BONSIGNORI, "I limiti oggettivi della cosa giudicata in un recente libro tedesco", pp. 236 ss.; CASTRO MENDES, *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, n. 24, pp. 143 ss.; CONSOLO, "Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo", n. 3, pp. 226-229; MARIANA GOUVEIA, *A causa de pedir na acção declarativa*, pp. 443-448; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. II, n. 11, pp. 130-133.

⁷⁸. Cf. CHASE-HERSKOFF-SILBERMAN-TANIGUCHI-VARANO-ZUCKERMAN, *Civil litigation in comparative context*, cap. 9, n. 2, pp. 447-451; GRUNSKY, "Processo civile – Germania", p. 154; LEIBLE, *Proceso civil alemán*, pp. 350-354; LENT-JAUERNIG, *Zivilprozeßrecht*, § 63, pp. 323-328; LOCATELLI, *L'accertamento incidentali ex lege: profili*, cap. II, n. 5, pp. 57-58; MARIANA GOUVEIA, *A causa de pedir na acção declarativa*, pp. 443-448.

Na Espanha, o art. 222.2 parece limitar a coisa julgada à decisão contida no dispositivo da sentença, ao dispor que “la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley”. A evidência dessa interpretação é realçada por uma análise da norma em conjunto com o art. 408,⁷⁹ que explicitamente estende a coisa julgada ao crédito alegado em compensação e à questão referente à nulidade do contrato. Seria desnecessária a alusão a essas situações específicas na hipótese de a coisa julgada abarcar todas as questões que figurem como premissa necessária da decisão contida no dispositivo.

Essa é a interpretação que prevalece na doutrina e na jurisprudência.⁸⁰ No entanto, recentes estudos vêm defendendo interpretação diversa, sob o argumento de que a *Ley de Enjuiciamiento Civil* não traz uma disciplina específica sobre a extensão dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais e às exceções opostas pelo demandado, e propõem a extensão da coisa julgada a essas questões quando estiverem presentes aqueles mesmos requisitos referidos pela doutrina italiana.⁸¹

Finalmente, em Portugal a doutrina diverge sobre a extensão da coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão,⁸² mas a jurisprudência largamente

⁷⁹. “Artículo 408. Tratamiento procesal de la alegación de compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda. Cosa juzgada. 1. Si, frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvención, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar. 2. Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al tribunal, que así lo acordará, mediante providencia, contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvención. 3. La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada”.

⁸⁰. Como reconhece TAPIA FERNÁNDEZ, apesar de defender solução diversa (*El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, p. 142). Cf., ainda, CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil – parte general*, pp. 362-364.

⁸¹. Cf. OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, pp. 213 ss.; RUBIO GARRIDO, “Cosa juzgada y tutela judicial efectiva”, pp. 317 ss.; TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, pp. 161-171.

⁸². TEIXEIRA DE SOUSA é favorável à extensão da coisa julgada aos fundamentos necessários (*Estudios sobre o novo processo civil*, pp. 580-583); LEBRE DE FREITAS é contra (“Caso julgado e causa de pedir – o enriquecimento sem causa perante o artigo 1229 do Código Civil”, n. 3.1, p. 13).

dominante é favorável.⁸³ Como requisitos para essa extensão, exige-se que haja uma efetiva decisão a respeito da questão que ficará imunizada e que as garantias do primeiro processo sejam equivalentes ou superiores às do segundo.⁸⁴

8. extensão da coisa julgada à “relação jurídica fundamental”

Na Itália, além da citada corrente doutrinária que defende a extensão dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais apreciadas na fundamentação da sentença, há a proposta de teorias intermediárias, que restringem a estabilização dos fundamentos a situações específicas.

A primeira dessas teorias estende a coisa julgada ao reconhecimento da existência e validade da relação jurídica da qual decorre a pretensão objeto do processo. Seu grande defensor e sistematizador foi MENCHINI, na obra *I limiti oggettivi del giudicato civile*.

A teoria é centrada na identificação da matéria que é apreciada na sentença em caráter principal. Para a tarefa, é tomada como premissa a distinção traçada por SATTA entre prejudicialidade em sentido *lógico* – a questão prejudicial coincide com a relação jurídica da qual decorre a pretensão objeto do processo - e prejudicialidade em sentido *técnico* - questões diversas dos fatos constitutivos do direito do autor e que influem no resultado do julgamento.⁸⁵

A título de exemplo, há prejudicialidade em sentido meramente *lógico* na relação entre a validade de um contrato e a definição da existência de uma prestação decorrente desse mesmo contrato. Em sentido *técnico*, há prejudicialidade na relação entre a questão referente à capacidade das partes e a decisão a respeito da validade do contrato.

⁸³. Cf. LEBRE DE FREITAS, “Caso julgado e causa de pedir – o enriquecimento sem causa perante o artigo 1229 do Código Civil”, n. 3.1, p. 13; MARIANA GOUVEIA, *A causa de pedir na acção declarativa*, p. 416; TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, pp. 580-581.

⁸⁴. Cf. MARIANA GOUVEIA, *A causa de pedir na acção declarativa*, p. 418; TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, p. 581.

⁸⁵. Cf. SATTA, “Accertamento incidentale”, pp. 243 ss.

MENCHINI aprofunda a distinção. Para haver prejudicialidade em sentido técnico, defende que a questão prejudicial deve figurar como uma distinta e autônoma situação jurídica dentre as que integram a *fattispecie* do direito prejudicado. No caso da “prejudicialidade” lógica, a relação jurídica da qual decorre a pretensão, denominada *relação jurídica fundamental*, corporifica uma figura ideal que, considerada de forma independente de seus efeitos jurídicos, não atribui aos sujeitos que a integram qualquer posição de vantagem. A relação jurídica fundamental não figura como um dos elementos do direito deduzido em juízo, ela se confunde com a própria *fattispecie* do direito. Há um nexos entre a relação e o seu efeito, entre a parte e o todo e não entre duas situações jurídicas distintas. Em decorrência, apesar de ser possível discutir a relação como objeto de um processo autônomo, essa discussão sempre terá valor meramente instrumental.⁸⁶

Traçada a distinção entre prejudicialidade em sentido lógico e em sentido técnico, MENCHINI afirma não haver dúvidas a respeito da aplicabilidade do art. 34 do *codice di procedura civile* às questões prejudiciais em sentido técnico, assim como às exceções do demandado, pois em ambos os casos se está diante de uma relação jurídica distinta daquela que integra o objeto do processo. As dúvidas surgem no trato da prejudicialidade lógica. Apesar de a doutrina italiana defender em regra que a decisão a respeito da relação jurídica fundamental não é abarcada pelos limites objetivos da coisa julgada,⁸⁷ a jurisprudência majoritária é no sentido oposto.⁸⁸

MENCHINI defende que do art. 34 do *codice di procedura civile* não é possível inferir o que a lei considera como questão prejudicial. Faz referência aos arts. 12 e 13, que tratam da atribuição de valor à causa, e, amparado nas lições de SATTÀ, conclui que tais normas não servem como supedâneo à conclusão de que o objeto do

⁸⁶. Cf. *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. II, n. 6, pp. 87-92. MENCHINI reconhece que nem sempre é fácil identificar se se está diante de uma relação de prejudicialidade lógica ou técnica, dificuldade que não comprometeria a validade da teoria, e cita como exemplo a questão da paternidade em demanda na qual se pede a condenação ao pagamento de alimentos: “l’obbligo alimentare, se può essere ricostruito come mera irradiazione dello stato di parentela, può però anche essere descritto come rapporto obbligatorio autonomo, fonte a propria volta di una pluralità di effetti (le singole prestazioni alimentari), vale a dire come entità eterogenea rispetto allo *status familiae*” (*op. cit.*, cap. II, n. 6, p. 92).

⁸⁷. Cf. doutrina citada na nota de rodapé n. 71.

⁸⁸. Em realidade, a jurisprudência italiana vacila entre estender a coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão, seguir a linha proposta por MENCHINI e restringir a imutabilidade ao dispositivo (*supra*, n. 7).

processo é restrito à singular pretensão deduzida pela parte, sendo inclusive possível interpretá-las em sentido inverso.⁸⁹ Com fundamento na análise das normas referidas e “soprattutto, alla luce, per un verso, della peculiare struttura e funzione del rapporto obbligatorio fondamentale, e, per l’altro verso, della necessità di coordinamento delle singole pretese da esso nascenti”, conclui que a necessidade da propositura de ação declaratória incidental para a questão prejudicial ser decidida com força de coisa julgada não é aplicável à prejudicialidade lógica, “poichè non concerne l’accertamento di una situazione che sta al di fuori dell’oggetto della pronuncia, come individuato dalla domanda dell’attore”.⁹⁰ Em amparo à sua conclusão, refere a parcial concordância de CHIOVENDA, que apesar da veemente defesa da restrição da coisa julgada ao dispositivo da sentença, reconhece a extensão da imutabilidade à relação jurídica fundamental na hipótese de a pretensão referir-se ao direito principal que decorre dessa relação.

Seria portanto possível pôr em discussão somente a relação jurídica fundamental, mediante a propositura de demanda declaratória. A discussão exclusiva de uma pretensão decorrente dessa relação seria no entanto inviável, pois automaticamente se estaria pondo em discussão a relação jurídica fundamental. Por ser um pólo agregador de diversas obrigações que têm a mesma origem e devem ter a mesma sorte, a existência e a validade da relação jurídica fundamental deveriam ser definidas de modo uniforme para todas as obrigações que dela emergem, fim não alcançado se for permitida a discussão de um efeito jurídico autonomamente. Solução contrária tornaria possível a obtenção com o processo de algo que a parte não poderia obter com um ato ou negócio jurídico, o que geraria não uma mera incompatibilidade *lógica*, mas uma incompatibilidade *jurídica*.⁹¹

MENCHINI esclarece que a coisa julgada abrange a relação jurídica fundamental mesmo se o demandado não suscitar controvérsia a respeito de sua existência ou validade. A mesma solução seria válida para a hipótese de a demanda ser julgada improcedente por motivo que não envolva a existência e validade da relação, pois restará implícito ao julgamento o reconhecimento de tais atributos.⁹²

⁸⁹. Cf. *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. II, n. 7, pp. 92-107.

⁹⁰. Cf. *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. II, n. 7, p. 107.

⁹¹. Cf. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. II, n. 8, pp. 107-113.

⁹². Cf. *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. II, n. 8, pp. 113-115.

As considerações expostas acima também seriam válidas para as pretensões relacionadas com direitos reais em que se discuta apenas um aspecto do direito. MENCHINI define o direito real como uma “*situazione composita*, ossia come aggregato di poteri e facoltà del titolare sulla cosa e di doveri di astensione dei terzi rispetto alla stesa”.⁹³ Não seria portanto correto afirmar que, com a lesão de um direito real, nasce um direito distinto pertinente à reparação da lesão, pois do próprio direito real decorreria, independentemente de outra realidade jurídica, os deveres de abstenção e reparação. Fixada essa premissa, naturalmente se concluiria que o pedido de tutela de uma situação simples se resolve em um pedido de tutela de toda a relação fundamental, com a extensão da coisa julgada à definição do direito de propriedade em todos os seus contornos.⁹⁴

Também ao tratar dos direitos reais haveria a necessidade de analisar o conteúdo da decisão para definir os limites objetivos da coisa julgada. Em caso de procedência, seria sempre declarada a existência do direito real, em caso de improcedência, haveria a necessidade de verificar se houve manifestação a respeito da existência do direito.⁹⁵

São esses os traços fundamentais da construção de MENCHINI, que despertou um intenso debate na doutrina italiana, com críticas e adesões.

A distinção entre prejudicialidade em sentido *lógico* e em sentido *técnico* adquiriu prestígio na doutrina,⁹⁶ mas muitos apontam que a viabilidade teórica da distinção não tem por significado a impossibilidade de a lei abarcar as duas categorias no conceito de prejudicialidade, o que teria sido feito no art. 34 do *c.p.c.* ao serem qualificadas como

⁹³. *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. II, n. 9, p. 117.

⁹⁴. Cf. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. II, n. 9, pp. 115-121.

⁹⁵. Cf. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. II, n. 9, pp. 122-123.

⁹⁶. Cf. CONSOLO, “Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”, n. 5, p. 233; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, n. 18.11-18.13, pp. 154-159; PROTO PISANI, *Lezione di diritto processuale civile*, cap. II, n. 10, p. 66; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 4, p. 178.

prejudiciais as questões que possam ser objeto de um processo autônomo, distinto daquele voltado à tutela da situação jurídica prejudicada.⁹⁷

Em complemento, ATTARDI defende que não concerne à ordem pública do sistema processual italiano evitar o conflito lógico entre julgados. Somente se poderia falar em incompatibilidade relevante para o direito se houver um conflito prático. O sistema fornece às partes o mecanismo da ação declaratória incidental para evitar o conflito lógico e sua efetiva utilização é submetida a um juízo de conveniência dos interessados. Seria em decorrência possível que o processo crie situações jurídicas logicamente incompatíveis, inconcebíveis no plano negocial, mas esse não seria um argumento válido para a adoção da teoria de MENCHINI, pois a atividade judicial e a negocial estariam submetidas a princípios distintos.⁹⁸

No plano dos princípios constitucionais, foi apontado que a aplicação da tese de MENCHINI implicaria violação ao acesso à justiça, pois seria tolhida do beneficiário dos demais direitos decorrentes da relação jurídica fundamental a oportunidade de discuti-los judicialmente.⁹⁹

Despertou críticas ainda mais severas a afirmação de que a coisa julgada abrangeria o reconhecimento da existência e validade da relação jurídica fundamental ainda que não tenha havido controvérsia ou mesmo explícita manifestação sobre o tema na motivação da sentença.¹⁰⁰ CONSOLO observa que o raciocínio de MENCHINI pode partir de duas distintas premissas: na demanda voltada à atuação do efeito jurídico pretendido

⁹⁷. Cf. ATTARDI, “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”, n. 5, pp. 489-492; CONSOLO, “Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”, n. 5, p. 233; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 5, pp. 181 ss.

⁹⁸. Cf. ATTARDI, “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”, n. 4, p. 487, n. 8, pp. 498-499.

⁹⁹. Cf. CONSOLO, “Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”, n. 5, pp. 236-237.

¹⁰⁰. Em escrito ulterior, MENCHINI retificou seu entendimento: “la contestazione delle parte sul titolo della pretesa può assumere un ruolo di primaria importanza per la determinazione dei limiti oggettivi del giudicato. Infatti, poiché la reale portata del giudicato, specie in caso di pronuncia di rigetto, è specificata dai motivi della decisione, ove le parti abbiano litigato esclusivamente in ordine alla singola rata e la pronuncia di rigetto sia fondata su motivi attinenti esclusivamente a quest’ultima (ad esempio, la rata non è ancora scaduta ovvero è prescritta), non si ha alcuna statuizione vincolante sulla esistenza o inesistenza del rapporto fondamentale, giacché tale questione rimane ‘assorbita’” (“Disorientamenti giurisprudenziali in tema di limiti oggettivi del giudicato in ordine a giudizi concernenti ratei di obbligazione periodica”, p. 238).

pelo autor há um cúmulo objetivo *ex lege* de demanda que tem por objeto a existência e validade da relação jurídica fundamental, ou não há esse cúmulo. Na primeira hipótese, seria necessária uma decisão explícita a respeito da existência e validade da relação jurídica fundamental para que essas questões restem decididas definitivamente e, ainda que o demandado saísse integralmente vencedor quanto ao pedido explicitamente proposto pelo autor, haveria de sua parte interesse recursal para impugnar a sentença, de modo a que reste definida a inexistência ou nulidade da relação jurídica fundamental. Não havendo o cúmulo objetivo, não caberia ao juiz desenvolver um raciocínio integral a respeito da situação de direito material posta em juízo. A demanda poderia ser rejeitada, p. ex., com fundamento em um fato extintivo, ainda que o julgador não tenha formado convencimento a respeito da efetiva existência e validade da relação jurídica fundamental. Para afirmar que a relação fundamental não pode mais ser discutida, ter-se-ia que conceber a existência de um verdadeiro ônus do demandado de provocar a manifestação do julgador a respeito, sob pena de a discussão da questão restar impedida pela eficácia preclusiva da coisa julgada, idéia que na opinião de CONSOLO não parece animar as páginas do livro de MENCHINI.¹⁰¹

A crítica de CONSOLO permite uma importante comparação da tese de MENCHINI com a extensão da coisa julgada às premissas necessárias da decisão, inspirada no *collateral estoppel*. Apesar de MENCHINI limitar o âmbito dos fundamentos passíveis de serem decididos com força de coisa julgada, ele admite, ao contrário do que ocorre na disciplina do *collateral estoppel*, a extensão da imutabilidade a questões não apreciadas explicitamente na sentença, ponto que fragiliza a sua tese quando posta em confronto com o princípio constitucional do contraditório.¹⁰²

Apesar de suas críticas, CONSOLO observa que em algumas situações, em atenção às peculiaridades do direito material, é necessário interpretar extensivamente o alcance do julgado. Exemplo significativo é o da propositura de sucessivas demandas relativas a uma mesma relação obrigacional em que os pedidos guardem “una intensa

¹⁰¹. Cf. “Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”, n. 2, pp. 217-226.

¹⁰². Cf. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, vol. II, p. 127; VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, n. VI.8, pp. 336-340.

sinallagmaticità, tale da dover venire assicurata, e trattata a tal fine quale inscindibile”.¹⁰³ A negativa judicial da contraprestação atentaria contra a coisa julgada que anteriormente reconheceu devida a prestação, na hipótese de as decisões judiciais em comparação fundarem-se em posicionamentos conflitantes a respeito da existência, validade ou eficácia da relação fundamental. Em atenção a essa *sinallagmaticità*, a coisa julgada expandir-se-ia além do dispositivo, mas sem propriamente incluir a relação fundamental “nell’oggetto dell’accertamento, pur se nel suddetto caso di interdipendenza di effetti ne sara preclusa una diversa ridefinizione in alcuni successivi giudizi, a differenza tuttavia che in altri”.¹⁰⁴ Verdadeira extensão da coisa julgada à relação jurídica fundamental haveria na hipótese de o réu impugnar sua existência ou validade em defesa, com a explícita manifestação do julgador a respeito. Na hipótese, a defesa deveria ser assimilada a um pedido de declaração incidental, de modo a que a coisa julgada passasse a abranger a relação fundamental.¹⁰⁵

No que se refere às demandas que tenham por fundamento direitos reais, há concordância mais ampla com a tese de MENCHINI, para abarcar nos limites objetivos a declaração pertinente à existência do direito real.¹⁰⁶

Ao manifestar-se sobre as objeções opostas à sua teoria, MENCHINI pondera que, apesar do rigor na enunciação de princípios, a maioria de seus críticos apresenta exceções à regra geral que descambam em uma casuística descaracterização da teoria restritiva.¹⁰⁷

¹⁰³. “Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”, n. 5, p. 235.

¹⁰⁴. CONSOLO, “Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”, n. 5, p. 235. No mesmo sentido, cf. PROTO PISANI, *Lezione di diritto processuale civile*, cap. II, n. 10, pp. 67-68; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 7, pp. 207-227.

¹⁰⁵. Cf. CONSOLO, “Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”, n. 5, p. 237. No mesmo sentido, cf. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 7, pp. 203-207.

¹⁰⁶. Cf. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 24, p. 57; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 93, p. 1.163; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 6, pp. 197-203. Em sentido contrário, cf. ATTARDI, “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”, n. 7, pp. 495-496; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 18, pp. 213-215; MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, n. 23, pp. 106-107.

¹⁰⁷. Cf. *Il giudicato civile*, cap. III, n. 5, pp. 91-93. LUISO manifesta integral apoio à tese de MENCHINI, mas ressalta a necessidade de haver na sentença explícita manifestação a respeito da relação jurídica fundamental para que haja a extensão da coisa julgada (*Diritto processuale civile*, vol. I, n. 18.12-18.15, pp. 158-161). Como visto, o próprio MENCHINI retificou sua teoria para incluir tal ressalva (cf. nota de rodapé n. 100) e, portanto, a concordância é integral.

9. questões que somente podem ser discutidas como objeto principal do processo

Outra teoria que implica expansão da coisa julgada aos motivos da sentença é a que afirma a existência de questões que somente podem ser discutidas judicialmente como objeto principal de um processo. O debate da doutrina italiana gira novamente em torno do art. 34 do *c.p.c.*, que admite a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais objeto de ação declaratória incidental ou *por força de lei*.

Em se tratando de situações nas quais a lei explicitamente aponte que uma determinada questão de direito material deve sempre ser decidida com força de coisa julgada, tratar-se-á de uma simples derrogação da regra geral para um caso particular, que não caracteriza uma teoria expansiva.

No entanto, parte da doutrina italiana interpreta que a referência à *lei* no art. 34 abrange os princípios extraídos do sistema. A partir dessa premissa, afirma-se que do interesse público e do caráter absoluto e indivisível das questões relativas ao *status* da pessoa decorre a necessidade de tais questões serem decididas necessariamente com força de coisa julgada, ainda que surjam no processo como questões prejudiciais. A admissibilidade da mera cognição *incidenter tantum* viabilizaria a atribuição de um *status* polivalente ao indivíduo, o que seria intolerável à ordem jurídica.¹⁰⁸

Exposta a última alternativa possível ao modelo brasileiro de restrição da coisa julgada ao dispositivo da sentença, nos próximos itens serão enfrentados os temas da *causa petendi* e do *pedido*, com a identificação das repercussões que a delimitação desses elementos traz para a definição dos limites objetivos da coisa julgada.

¹⁰⁸. Cf. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, n. 80, p. 225; LOCATELLI, *L'accertamento incidentali ex lege: profili*, cap. III, nn. 1.3 ss., pp. 86 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, § 41, p. 293; MERLIN, *Codice di procedura civile comentato*, p. 398.

10. limites objetivos da coisa julgada e causa de pedir

Diante da estrita correlação entre o conteúdo da demanda, o objeto da sentença e os limites objetivos da coisa julgada, o tema da *causa petendi* assume fundamental relevância na análise desses limites, justamente por se tratar de um dos elementos identificadores da demanda (*supra* n. 1).

Em nosso sistema, ao contrário do que ocorre no direito norte-americano, no espanhol e no francês (*supra* n. 4), a existência de um concurso de causas de pedir relativas à mesma pretensão dá ensejo à propositura de tantas demandas quantas forem as causas de pedir, pois a coisa julgada abarcará exclusivamente a *causa petendi* efetivamente invocada.¹⁰⁹ Em realidade, ficarão abrangidas pelos limites objetivos da coisa julgada as causas de pedir que forem efetivamente apreciadas na sentença. Se a sentença apreciar causa de pedir não proposta com a petição inicial, essa causa também será abrangida pela coisa julgada e não haverá nulidade alguma se o novo fundamento tiver sido submetido a um efetivo contraditório.¹¹⁰ Na mesma linha, caso a sentença seja omissa em processo com cumulação de causas, a coisa julgada não impedirá a propositura de nova demanda em que se invoque a *causa petendi* omitida.¹¹¹

No que se refere à omissão na apreciação de causa de pedir, parte da doutrina propõe uma distinção. Se a omissão for proposital, por entender o juiz que a causa de pedir omitida não poderia ser apreciada e deveria ser apresentada em demanda autônoma, é viável a propositura de nova demanda com fundamento na causa de pedir omitida, sob pena de violação ao direito de defesa da parte prejudicada e da coisa julgada que definiu a possibilidade de a questão ser apreciada em demanda subsequente. A solução seria diversa na hipótese de simples omissão. Caberia à parte utilizar os meios de impugnação que o

¹⁰⁹. Como referido anteriormente, parte da doutrina trata do problema sob o equivocado enfoque da eficácia preclusiva da coisa julgada (*supra*, n. 1).

¹¹⁰. Cf. BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, cap. II, n. 20, pp. 132-133 e “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”, n. 1.5, pp. 34-38; CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, n. 4.11, pp. 188-192; JÚNIOR PINTO, *A causa petendi e o contraditório*, n. 2.3, pp. 68-76.

¹¹¹. Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 946, pp. 285-287; TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 5.7.3, pp. 314-315.

ordenamento jurídico lhe franqueia e, se houver a formação da coisa julgada, o vício da omissão torna-se irrelevante.¹¹² No entanto, se a omissão se referir a uma causa de pedir independente, apta a dar ensejo à propositura de demanda autônoma em que seja deduzido o mesmo pedido apresentado na anterior, a coisa julgada não torna a omissão irrelevante. Tal como na hipótese de não ser apreciado um pedido, a inexistência de decisão a respeito de uma autônoma causa de pedir implica omissão quanto à apreciação de uma demanda independente, não fazendo portanto sentido conferir à hipótese um tratamento diferenciado (*supra*, n. 4).

Do mesmo modo como a clareza do direito positivo brasileiro ao restringir a coisa julgada ao *decisum* desestimulou o debate doutrinário sobre a extensão da coisa julgada aos motivos da sentença (*supra* n. 5), a imprecisão da lei na delimitação da *causa petendi* e a complexidade inerente ao tema estimularam um intenso debate. Prevalece o entendimento de que o direito brasileiro adotou a teoria da substanciação, que se contrapõe à teoria da individuação, mas autorizadas vozes defendem que o sistema vigente colhe características das teorias da substanciação e da individuação, enquanto outros minimizam a importância prática da distinção.

Na *teoria da individuação*, a *causa petendi* é delimitada pelo direito invocado pelo demandante. Os fatos alegados têm relevância restrita à prova do direito e não servem à identificação da causa de pedir. Em contraposição, na *teoria da substanciação* a causa de pedir é definida justamente pelas *alegações de fato*, com a abrangência de todos os fundamentos jurídicos que possam servir de amparo ao pedido, ainda que não alegados.¹¹³

¹¹². Cf. CONSOLO, “Domanda giudiziale”, n. 14, pp. 68-69 e “Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”, n. 6, pp. 241-242; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. I, n. 1, pp. 14-17.

¹¹³. Como bem observa HEINITZ, “chi fa valere più diritti soggettivi sostanziali solleva in base a quest’ultima teoria [teoria da substanciação] una sola pretesa processuale, ove siano identici il fatto costitutivo ed il *petitum*, mentre la teoria dell’individuação non crede di poter prescindere fino a tal punto dal diritto soggettivo sostanziale” (*I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 13, pp. 153-154). Sobre a distinção entre as teorias da substanciação e da individuação, cf. CERINO CANOVA, “La domanda giudiziale ed il suo contenuto”, pp. 16 ss.; CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, n. 2.16, p. 62; G.F. RICCI, “‘Individuação’ o ‘sostanziazione’ nella riforma del processo civile”, n. 2, pp. 1.228-1.235; LEONEL, *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*, n. 2.1.7, p. 87; MESQUITA, “A *causa petendi* nas ações reivindicatórias”, § 1º, n. 2, pp. 141-142.

Esta primeira aproximação permite apreender a distinção da amplitude assumida pela máxima *iura novit curia* em cada um dos sistemas. Na individuação, o julgador está vinculado ao *fundamento jurídico* invocado pelo demandante, ao específico direito subjetivo a que se refere o pedido de tutela, mas tem ampla liberdade na aplicação das normas integrantes do ordenamento jurídico para avaliar a efetiva existência do direito subjetivo. No sistema da substanciação não há vinculação sequer aos fundamentos jurídicos, integrando o objeto do processo todos os direitos que eventualmente decorram dos fatos alegados e proporcionem o acolhimento do pedido.¹¹⁴

Em realidade, a correta compreensão das teorias e a identificação das repercussões práticas da opção entre cada uma delas dependem da referência à distinção entre as demandas *autodeterminadas* e *heterodeterminadas*, de grande relevância no sistema da individuação. O tema foi amplamente desenvolvido na doutrina italiana e, apesar da generalizada adoção da distinção, há inúmeras divergências quanto ao enquadramento de situações específicas em cada uma das categorias. Será traçado um quadro que busca identificar a orientação predominante.

Nas demandas *autodeterminadas* o fato constitutivo é irrelevante para a definição da causa de pedir, pois o direito pode ser identificado com a exclusiva referência ao seu *conteúdo*, integrado pelo *bem da vida* a que se refere e o *fundamento jurídico* invocado pelo demandante.¹¹⁵ É o caso das demandas que tenham por objeto os direitos

¹¹⁴. Cf. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 15, pp. 160-161 e “Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato”, pp. 765-766. Sobre a distinção entre o *fundamento jurídico* e as *normas jurídicas aplicáveis ao caso*, cf. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura novit curia – la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, cap. V, n. 7, pp. 97-105. Em consequência da diferente amplitude da máxima *iura novit curia* em cada um dos sistemas, a distinção entre *concurso de normas* e *concurso de direitos* somente tem relevância no sistema da individuação (TARZIA, “Appunti sulle domande alternative”, pp. 150-151).

¹¹⁵. Cf. CERINO CANOVA, “La domanda giudiziale ed il suo contenuto”, pp. 177 ss.; CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, n. 3.9.1.1, pp. 120-121; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, n. 9, pp. 57-58; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. IV, n. 2, pp. 208-209 e 224.

reais de gozo,¹¹⁶ os direitos da personalidade,¹¹⁷ os direitos de qualquer natureza que tenham por objeto um bem infungível¹¹⁸ e das demandas constitutivas.¹¹⁹

No caso das demandas *heterodeterminadas*, o fundamento jurídico é irrelevante e a indicação do bem é insuficiente para a identificação do direito. A natureza do bem permite que ele seja objeto de direitos distintos, subsistentes simultaneamente entre os mesmos titulares, do que decorre a necessidade de consideração do fato constitutivo para a exata identificação da demanda. Integram essa categoria os direitos relativos que tenham por objeto bens fungíveis¹²⁰ e os direitos reais de garantia.¹²¹

¹¹⁶. Cf. CERINO CANOVA, “La domanda giudiziale ed il suo contenuto”, pp. 177-178; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 12, p. 284; CONSOLO, “Domanda giudiziale”, n. 17, p. 72; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 17, pp. 193-194; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, n. 87, p. 250; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, n. 9, pp. 57-58; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. IV, n. 2, pp. 211-215; PUGLIESE, “Giudicato civile (dir. vig.)”, n. 17, p. 863. Parte da doutrina entende que, alterando-se o título originário de aquisição do direito real, há alteração do objeto do processo (FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cap. IV, n. 3, pp. 161-162; PROTO PISANI, “Dell’esercizio dell’azione”, pp. 1064-1065).

¹¹⁷. Cf. CERINO CANOVA, “La domanda giudiziale ed il suo contenuto”, p. 178; CONSOLO, “Domanda giudiziale”, n. 17, p. 72; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. IV, n. 2, p. 211; PUGLIESE, “Giudicato civile (dir. vig.)”, n. 17, p. 863.

¹¹⁸. Cf. CERINO CANOVA, “La domanda giudiziale ed il suo contenuto”, pp. 180-186; CONSOLO, “Domanda giudiziale”, n. 17, p. 72.

¹¹⁹. De acordo com a doutrina e a jurisprudência atualmente predominantes na Itália, nas demandas constitutivas integra o “titolo della domanda, ad esempio di annullamento, la fattispecie legale tipica, ad esempio, del dolo, ma non ciascuno dei fatti di raggirio negoziale che l’attore affermi avvenuti in vari momenti ed occasioni delle trattative. Il titolo è dato quindi nel suo complesso, se non dall’insieme dei fatti che giustificano e rendono giudizialmente ottenibile l’effetto di annullamento del contratto, da ciascun *sottoinsieme (giuridicamente) omogeneo* di tali fatti: tutti quelli che integrano la fattispecie astratta del dolo, dell’errore, della violenza, dell’incapacità, etc.” (CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, t. I, n. 7, p. 243). No mesmo sentido, cf. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 12, p. 284; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, n. 87, pp. 250-251; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, § 29, pp. 169-171. Alguns autores fazem referência à existência de três possíveis soluções para a questão - considerar os fatos, o fundamento jurídico ou identificar a demanda com abstração à causa de pedir, em referência exclusiva ao efeito jurídico pretendido pelo demandante - e afirmam que jurisprudência e doutrina vacilam em acolher uma ou outra teoria (MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, n. 97, pp. 266-267; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, n. 9, pp. 61-63).

¹²⁰. Cf. CERINO CANOVA, “La domanda giudiziale ed il suo contenuto”, pp. 186-191; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 12, p. 284; CONSOLO, “Domanda giudiziale”, n. 17, pp. 73-75; FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cap. II, n. 2, pp. 88-89; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 17, p. 194; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, n. 87, p. 250; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. IV, n. 3, pp. 223-230; PROTO PISANI, “Dell’esercizio dell’azione”, pp. 1062-1063.

¹²¹. Cf. CERINO CANOVA, “La domanda giudiziale ed il suo contenuto”, pp. 178-179; CONSOLO, “Domanda giudiziale”, n. 18, pp. 73-74. Para uma defesa do enquadramento dos direitos reais de garantia como autodeterminados, cf. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. IV, n. 2, pp. 215-217.

Traçados os conceitos e a respectiva abrangência, afirma-se correntemente que as repercussões práticas da opção entre a teoria da individuação ou a teoria da substanciação estão circunscritas às demandas autodeterminadas, pois a identificação da causa de pedir nas demandas heterodeterminadas é realizada a partir do fato constitutivo alegado pelo demandante, sem referência ao fundamento jurídico, tal como ocorre em todos os tipos de demanda quando aplicada a teoria da substanciação.¹²²

Note-se que há uma coincidência de aplicação prática apenas *possível*. Mesmo no caso das demandas heterodeterminadas, o que se busca no sistema da individuação é a identificação do *direito* que integrará a causa de pedir. A natureza do direito exige que a sua delimitação seja realizada por técnica análoga à empregada na teoria da substanciação, ainda que nesta sede a identificação do direito não seja a *pedra de toque* da *causa petendi*. A distinção entre os objetos a serem individualizados dá ensejo à formulação de diferentes métodos para a identificação, entre os fatos alegados pelo demandante, daqueles que efetivamente delimitarão a causa de pedir.¹²³ Em consequência, somente haverá uma efetiva coincidência de aplicação prática entre as teorias da individuação e da substanciação, no que se refere às demandas heterodeterminadas, na hipótese de se chegar à conclusão de que um mesmo método de identificação dos fatos relevantes satisfaz as exigências das duas teorias.

Ainda que se considere essa possível restrição da relevância prática da distinção entre substanciação e individuação, isso não minimiza a importância da definição da teoria a ser adotada.¹²⁴ É extensa a gama de crises de direito material que dão ensejo à

¹²². Cf. CERINO CANOVA, “La domanda giudiziale ed il suo contenuto”, p. 48; LEONEL, *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*, n. 2.1.7, p. 93; MESQUITA, “A *causa petendi* nas ações reivindicatórias”, § 2º, n. 7, pp. 150-154.

¹²³. A diferença ressoa nítida nas teorias desenvolvidas por CERINO CANOVA (“La domanda giudiziale ed il suo contenuto”, pp. 186 ss.) e MENCHINI (*I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. IV, nn. 5-8, pp. 248-275). Apesar de desenvolverem métodos distintos, ambos partem da premissa de que a delimitação dos fatos relevantes serve à identificação do direito que define a *causa petendi*, chegando a conclusões, na análise das demandas heterodeterminadas, que são nitidamente incompatíveis com o sistema da substanciação.

¹²⁴. Muitos autores relativizam a distinção entre as teorias e minimizam a importância prática da opção por uma delas. Nessa linha, MANDRIOLI afirma que as teorias representam duas faces de uma mesma realidade, pois “l'accadimento storico non ha significato, agli effetti della individuazione della domanda, se non riferito a una fattispecie giuridica e che vice-versa la fattispecie giuridica non può concretare la

propositura de demandas autodeterminadas e a opção entre as teorias tem relevantes conseqüências para os limites objetivos da coisa julgada. Na teoria da individuação, a coisa julgada abrangerá todos os fatos que possam ser alegados como fundamento da pretensão, inclusive os não deduzidos pelo demandante, mas ficará restrita ao fundamento jurídico invocado. A teoria da substanciação restringe a coisa julgada aos fatos que fundamentam a demanda, consumindo, no entanto, todos os fundamentos jurídicos que possam vir a amparar o pedido.¹²⁵

As repercussões da substanciação e da individuação para a abrangência dos limites objetivos da coisa julgada, aliadas ao regime de estabilização da demanda que normalmente decorre da adoção de cada uma das teorias, explicam as suas vantagens e desvantagens.

domanda se non riferita a determinati fatti nel senso di concreti accadimento storici” (“Riflessioni in tema di ‘petitum’ e di ‘causa petendi””, n. 5, p. 473). Em sentido semelhante, cf. CERINO CANOVA, “La domanda giudiziale ed il suo contenuto”, p. 50; FÁBIO CORRÊA, *O objeto litigioso no processo civil*, n. 7, pp. 61-62; FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, cap. II, n. 2, p. 87; OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, n. 50, pp. 57-59; PROTO PISANI, “Dell’esercizio dell’azione”, p. 1062. Sobre tais considerações, cabe afirmar com GIAN FRANCO RICCI que “è scarsamente condivisibile l’opinione secondo cui le due teorie sarebbero più vicine di quanto potrebbe pensarsi, giacché divergerebbero solo allorché l’oggetto del processo viene determinato con riferimento ai diritti reali. Anche se ciò può essere vero, è sufficiente rilevare che, pur limitando la divergenza al solo campo dei diritti reali, le conclusioni dell’una e dell’altra sono nettamente opposte e non è possibile conciliarle” (“Individuazione’ o ‘sostanziazione’ nella riforma del processo civile”, n. 2, pp. 1.235-1.236).

¹²⁵. Conforme anota GIAN FRANCO RICCI, adotada a teoria da individuação, “è ancora sul diritto, indipendentemente dal fatto costitutivo invocato, che si forma la cosa giudicata i cui limiti oggettivi assumono pertanto un ambito estremamente ampio, tanto da assorbire qualsiasi ulteriore fatto costitutivo non dedotto idoneo a fare sorgere quello stesso diritto” (“Individuazione’ o ‘sostanziazione’ nella riforma del processo civile”, n. 2, pp. 1.229-1.230). Em contrapartida, na teoria da substanciação “il giudicato non ha necessariamente l’ampiezza del diritto tutelato, ma solo quella che emerge dalla sua correlazione con i fatti dedotti. Per usare altra espressione, si potrebbe affermare che il giudicato si forma esclusivamente sui fatti allegati: con la nota conseguenza che in materia di diritti assoluti, non potrà negarsi la possibilità di un nuovo processo per quello stesso diritto, invocando un differente fatto costitutivo. Ora questo è certamente vero ed è la conseguenza più nota della teoria della sostanziazione. Ma si può anche dire che, da altro punto di vista, il giudicato assume invece un’estensione maggiore rispetto quanto visto per la teoria dell’individuzione. Ciò nel senso che con riferimento al fatto costitutivo allegato, la *res judicata* coprirebbe tutti gli eventuali diritti, anche se non dedotti, che potrebbero originare da quello stesso fatto” (“Individuazione’ o ‘sostanziazione’ nella riforma del processo civile”, n. 2, p. 1.235). Em sentido semelhante, cf. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 41, p. 630; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. IV, n. 2, p. 213; TEIXEIRA DE SOUSA, “O objeto da sentença e o caso julgado material – estudo sobre a funcionalidade processual”, p. 140.

A teoria da substanciação tem estrita relação com a regra da eventualidade, da qual decorre a adoção de um modelo processual de preclusões rígidas e a atribuição às partes do ônus de concentração das alegações que queiram ver conhecidas, ainda que conflitantes.¹²⁶ Em realidade, a regra da eventualidade é um pressuposto para a adoção da substanciação, pois a viabilidade de modificação das alegações de fato apresentadas com a petição inicial impossibilitaria a delimitação da causa de pedir.¹²⁷ Com a concentração das alegações nos momentos iniciais do processo e a estabilização da demanda com referência aos fundamentos de fato efetivamente alegados, o sistema promove a aceleração do procedimento, impedindo retrocessos. Em contrapartida, é possível que não seja dada uma solução definitiva para a crise de direito material, pois fatos diversos dos alegados, aptos a fundamentar a existência do mesmo direito, não serão abrangidos pela coisa julgada.

O sistema da individuação foi originalmente concebido para um modelo de processo em que não haja a rígida aplicação da regra da eventualidade. Identificada a causa de pedir com o direito afirmado pelo demandante, há em princípio ampla liberdade para a introdução de novos fatos no decorrer do processo. Poderá haver protelação da decisão da causa, mas é dada à questão jurídica uma solução definitiva, com a integração à coisa julgada de todos os possíveis fundamentos de fato que possam vir a amparar o direito afirmado, independentemente de terem sido discutidos pelas partes ou apreciados na sentença.

Essas diferentes conseqüências não têm por significado uma maior efetividade da teoria da individuação para a solução da crise de direito material.¹²⁸ As duas teorias deixam abertas as portas para a propositura de uma nova demanda, relativa à mesma crise, bastando que sejam alterados os fatos na teoria da substanciação ou os

¹²⁶. Sobre a regra da eventualidade, cf. GUILHERME TEIXEIRA, *O princípio da eventualidade no processo civil*, n. 2.1, pp. 23-50.

¹²⁷. Cf. CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, n. 3.5, pp. 92-93; GUILHERME TEIXEIRA, *O princípio da eventualidade no processo civil*, n. 5.2.3, pp. 186-187; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. IV, n. 1, pp. 199-203.

¹²⁸. Em defesa da maior efetividade da teoria da individuação, cf. LEONEL, *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*, n. 2.1.7, pp. 88-89; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. IV, n. 1, p. 204.

fundamentos jurídicos na teoria da individuação.¹²⁹ A maior efetividade de uma ou outra teoria dependerá das peculiaridades do caso concreto, na medida em que a rediscussão da situação de direito material seja viável com a invocação de um novo fato ou de um novo fundamento jurídico.

No direito positivo brasileiro, da necessidade de indicar na petição inicial o “fato e os fundamentos jurídicos do pedido” (CPC, art. 282, inc. III), doutrina e jurisprudência induzem a adoção da teoria da substanciação, pois no sistema da individuação não haveria sentido em exigir a indicação dos fatos logo ao início.¹³⁰ Afirma-se em consequência que a causa de pedir é identificada exclusivamente pelas alegações de fato apresentadas pelo autor. Os fundamentos jurídicos do pedido também devem ser apresentados com a petição inicial, sob pena de inépcia, mas tais fundamentos não servem à identificação da demanda, cabendo ao juiz ampla liberdade na aplicação do direito.¹³¹

É no entanto insuficiente a menção ao art. 282, inc. III, para a definição da teoria adotada. A norma dispõe ser necessária a indicação na petição inicial dos *fatos* e dos *fundamentos jurídicos do pedido*, sendo portanto mais adequada à sua literalidade a interpretação de MESQUITA, ao afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro adotou uma posição de equilíbrio entre as teorias da individuação e da substanciação. De acordo com o seu posicionamento, que segue a linha da doutrina de HEINITZ,¹³² além dos fundamentos de fato, integrariam a *causa petendi* a relação jurídica controvertida e o direito particular decorrente dessa relação.¹³³

¹²⁹. Cf. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 15, pp. 160-161.

¹³⁰. Tal como observa DINAMARCO, a doutrina “acata com segura tranquilidade a teoria da *substanciação*, com a generalizada convicção de que, da causa de pedir posta na demanda inicial, somente a narrativa dos fatos concorre para delimitar o âmbito da tutela jurisdicional possível, sendo autorizado o juiz a dar aos fatos narrados qualificação jurídica diferente da proposta pelo autor” (*Instituições de direito processual civil*, vol. I, n. 70, p. 179). Na jurisprudência, cf. STJ, 4ª T., REsp n. 998.696/ES, rel. Min. MASSAMI UYEDA, v.u., j. 25.8.09; STJ, 3ª T., REsp n. 746.622/PB, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, v.u., j. 26.9.06; STJ, 3ª T., REsp n. 254.894/SP, rel. Min. CASTRO FILHO, v.u., j. 9.8.05.

¹³¹. Cf. CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, n. 4.4.6, pp. 171-172; GUILHERME TEIXEIRA, *O princípio da eventualidade no processo civil*, n. 5.2.2, pp. 171-181; TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, nn. 2.3.1, p. 72.

¹³². Cf. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, nn. 11 ss., pp. 129 ss..

¹³³. Cf. “*A causa petendi nas ações reivindicatórias*”, § 2º, n. 7, pp. 150-154 e “*Conteúdo da causa de pedir*”, n. 5, pp. 169-171.

Na doutrina mais recente, CRUZ E TUCCI enfrenta a questão em análise lógico-sistemática do sistema processual civil brasileiro e afirma que, diante da rígida aplicação da regra da eventualidade em nosso ordenamento, deve-se concluir pela adoção da teoria da substanciação, que tem a regra da eventualidade por pressuposto.¹³⁴ Entretanto, apesar de estar correta a premissa, esse *pressuposto* não impõe a *necessária* adoção da substanciação, pois não há uma automática exclusão das outras teorias. Ao incorporar os fatos à causa de pedir, a teoria eclética de MESQUITA também tem por pressuposto a regra da eventualidade. Além disso, é possível conceber um sistema marcado simultaneamente por eventualidade e individuação, com a imposição às partes do ônus de alegação concentrada dos fatos e, ao mesmo tempo, a identificação da demanda com referência ao direito deduzido em juízo, o que impediria um novo processo no qual o autor cinja-se a alterar as alegações de fato que amparam a pretensão.¹³⁵ O direito espanhol comprova a viabilidade de um sistema com tais características, pois traz uma solução ainda mais restritiva para a atuação das partes, com a aplicação da regra da eventualidade aos fatos e aos fundamentos jurídicos da demanda e a extensão da coisa julgada a todas as causas de pedir que pudessem ter sido invocadas, referentes a fatos ou fundamentos jurídicos (*supra*, n. 4). A adoção da regra da eventualidade é portanto insuficiente para determinar o acolhimento da teoria da substanciação.

¹³⁴. Cf. *A causa petendi no processo civil*, n. 4.3, pp. 158-161 e n. 4.24, pp. 260-272 e “A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação”, pp. 39-42. Sobre a adoção da regra da eventualidade no ordenamento jurídico brasileiro, cf. GUILHERME TEIXEIRA, *O princípio da eventualidade no processo civil*, n. 5, pp. 157 ss.

¹³⁵. Nesse sentido, em defesa do sistema da individuação, MENCHINI observa que a teoria é válida “anche nel caso in cui singole previsioni normative impongano sempre, ossia a prescindere dalla funzione di individuazione del diritto esercitato, la indicazione già nella domanda del fatto costitutivo, a pena di nullità; se anche il legislatore prescrivesse, come contenuto vincolante dell’atto introduttivo, la determinazione non solo della situazione soggettiva dedotta, ma anche del fondamento di fatto, dal quale essa trova origine, questo non assumerebbe, per ciò solo, valore di elemento integrante il concetto di oggetto del processo (...) La ragioni, che, in ipotesi, spingano l’ordinamento a pretendere sempre l’indicazione del fatto costitutivo nella domanda giudiziale, riguardano esclusivamente scelte di tecnica processuale – maggiore celerità della decisione; interesse del convenuto a predisporre una linea di difesa sufficientemente articolata, già con la comparsa di risposta; preparazione e fissazione del materiale di causa sin dagli atti introduttivi -, le quali non hanno nulla a vedere con la tematica relativa alla individuazione della *res* controversa. L’allegazione del titolo d’acquisto ha, o può avere, nel processo, diverse funzioni: essa può rilevare vuoi per la proposizione di una valida domanda, vuoi per la identificazione del diritto esercitato; è, perciò, scorretta la trasposizione automatica dei risultati ottenuti con riferimento alla prima funzione nel campo dell’altra” (*I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. IV, n. 1, pp. 205-206). Cf., ainda, LEONEL, *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*, n. 2.1.7, pp. 90-92; MENCHINI, *Il giudicato civile*, cap. III, n. 1, pp. 71-72.

Antes de tomar uma posição a respeito do sistema vigente no direito brasileiro, convém avançar na análise da teoria da substanciação, com referência ao critério para a identificação entre os fatos alegados pelo autor daqueles que efetivamente delimitam a causa de pedir. A esse respeito é corrente a distinção entre *fatos essenciais*, que integram a causa de pedir, e *fatos secundários*, alegados com o objetivo de provar os fatos essenciais.¹³⁶

GUILHERME TEIXEIRA observa que a matéria alegada em defesa pode ser relevante para a identificação de um fato como essencial ou secundário e traz o seguinte exemplo. Em uma demanda indenizatória referente a um acidente de trânsito, o dia da semana em que o acidente ocorreu não é em princípio um fato essencial. No entanto, se a defesa estiver fundada no argumento de que o réu não sai de casa aos sábados, o fato transmudar-se-ia em essencial.¹³⁷ O argumento confunde a distinção entre fato essencial e fato secundário, que tem por objetivo identificar os fatos integrantes da *causa petendi*, com a maior ou menor relevância do fato secundário para a prova do fato essencial.

Uma importante premissa para o desenvolvimento da distinção entre fatos essenciais e secundários é a impossibilidade de delimitar os fatos essenciais sem a referência a um parâmetro jurídico. Os fatos não são por natureza essenciais ou secundários e não há outro critério de seleção possível que não seja a referência a uma *fattispecie* normativa.¹³⁸ A total desvinculação de um parâmetro jurídico teria por conseqüência a qualificação como essenciais de todos os fatos alegados pelo demandante, sem distinção, com a formação de uma nova causa de pedir sempre que houvesse uma alteração ainda que mínima das alegações de fato. É evidente a inconveniência das repercussões dessa solução para a disciplina dos limites objetivos da coisa julgada e de todos os demais institutos em que a definição da causa de pedir seja relevante.

¹³⁶. Cf. CRUZE TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, n. 4.4.2, pp. 162-164.

¹³⁷. Cf. *O princípio da eventualidade no processo civil*, n. 5.2.1, pp. 167-168.

¹³⁸. Cf. CONSOLO, “Domanda giudiziale”, n. 18, p. 74; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 16, pp. 168-176; LEBRE DE FREITAS, “Caso julgado e causa de pedir – o enriquecimento sem causa perante o artigo 1229 do Código Civil”, n. 1.3, p. 9; MARIANA GOUVEIA, *A causa de pedir na acção declarativa*, pp. 65-76; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. IV, n. 4, pp. 245-247; ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura novit curia – la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, cap. V, n. 7, p. 103 e n. 8, p. 106.

Em razão desses resultados, há atualmente a tendência de identificar os fatos essenciais com referência ao fundamento jurídico invocado pelo demandante, alternativa que contribuiria para uma melhor adequação na prestação da tutela jurisdicional, por aproximar o processo ao direito material.¹³⁹ A referência à *fattispecie* normativa traz um critério para a distinção entre fatos essenciais e secundários e serve ao objetivo de impedir a propositura de sucessivas demandas em que haja algumas poucas alterações no contexto fático narrado. No entanto, tem por conseqüência a inclusão dos fundamentos jurídicos na *causa petendi*, na esteira da teoria de MESQUITA, com a adoção de um sistema misto que empresta características da substanciação e da individuação.¹⁴⁰ A solução tem o grave inconveniente de restringir demasiadamente os limites objetivos da coisa julgada, pois a inclusão na causa de pedir das alegações de fato e dos fundamentos jurídicos permite que a mudança de qualquer desses elementos autorize a propositura de nova demanda.¹⁴¹

Uma alternativa a essa concepção é utilizar o fundamento jurídico invocado pelo demandante como parâmetro para a delimitação dos fatos essenciais, mas sem incluí-lo na causa de pedir. A *fattispecie* apontada na petição inicial funcionaria como uma simples moldura, com a abrangência nos limites da demanda de todos os fundamentos jurídicos compatíveis com os fatos essenciais previamente identificados e que possam amparar o acolhimento do pedido.¹⁴²

¹³⁹. Cf. ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, vol. I, nn. 139-140, pp. 489-490; BEDAQUE, “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”, n. 1.4, pp. 32-33; CARVALHO, *Do pedido no processo civil*, n. 5.4, pp. 79 ss.; JÚNIOR PINTO, *A causa petendi e o contraditório*, n. 1.4.2, pp. 45-46; LEONEL, *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*, n. 2.1.7, pp. 88-93; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro”, pp. 128 ss.; SÉRGIO PORTO, *Coisa julgada civil*, n. 3.7.2, pp. 32-33; WALTER PIVA RODRIGUES, *Coisa julgada tributária*, n. 7, p. 88.

¹⁴⁰. O que é reconhecido por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (“Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro”, 4.11, p. 134).

¹⁴¹. Cf. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. IV, n. 4, pp. 240-245.

¹⁴². Parece ser essa a posição de LEBRE DE FREITAS: “fora o caso de concurso de normas meramente aparente, dois complexos de factos, cada um dos quais integre a previsão duma norma jurídica constitutiva de direitos, só constituirão a mesma causa de pedir se o núcleo essencial da previsão das duas normas for o mesmo. Daí decorre que, quando mais do que uma norma jurídica é, em abstracto, aplicável, os factos concretos essenciais à sua identificação (ainda que a sua previsão com eles não se complete) hão-de ter sido alegados pelo autor, embora sem apelo à correspondente qualificação, que no final compete ao tribunal (art. 664 CPC). São, por isso, muito escassos os casos de concurso real de normas susceptível de dar lugar ao recorte processual duma só causa de pedir” (“Caso julgado e causa de pedir – o enriquecimento sem causa perante o artigo 1229 do Código Civil”, n. 1.3, p. 9).

Uma terceira alternativa é a que melhor preserva os contornos da teoria da substanciação. Ao invés de utilizar como moldura apenas o fundamento jurídico invocado pelo demandante, é possível ampliar o enquadramento e identificar os fatos essenciais com referência às *fattispecie* de todos os fundamentos jurídicos que possam amparar o acolhimento da pretensão.¹⁴³ Haverá uma delimitação mais abrangente dos fatos essenciais em comparação com a alternativa anterior e, como reflexo do método adotado para a definição desses fatos, a coisa julgada impedirá a propositura de ulterior demanda com idêntico pedido fundada nas mesmas alegações de fato.

Um exemplo permitirá a melhor compreensão das conseqüências práticas da adoção de cada um dos três métodos de delimitação dos fatos essenciais. Caio propõe demanda indenizatória em face da União Federal com fundamento na responsabilidade objetiva pelo dano causado por objeto lançado de prédio (CC, art. 938). Na situação concreta um objeto atingiu o autor ao cair do edifício em que instalada uma repartição federal e na petição inicial são apresentadas alegações de fato referentes à existência do dano, ao nexo de causalidade e à culpa do funcionário, que de forma displicente teria atirado o objeto na via pública.

O primeiro método de identificação dos fatos essenciais, ao considerar na definição da *causa petendi* as alegações de fato e o fundamento jurídico invocado, não impediria a propositura de ulterior demanda fundada na genérica responsabilidade objetiva do Estado (Const., art. 37, § 6º), nem de demanda amparada na responsabilidade aquiliana (CC, arts. 186 e 927).

Aplicado o segundo método, a *fattispecie* do fundamento jurídico invocado pelo demandante delimitaria como essenciais os fatos pertinentes ao dano e ao nexo de causalidade. A inexistência de vinculação ao fundamento jurídico permitiria o julgamento de procedência com amparo na genérica responsabilidade objetiva do Estado, restando conseqüentemente excluída a propositura de ulterior demanda com referência a esse fundamento. No entanto, como na moldura da *fattispecie* não se enquadram os fatos referentes à culpa, tais fatos não integrariam a *causa petendi* e, em decorrência, seria inadmissível julgar a causa com supedâneo na responsabilidade aquiliana e tal fundamento poderia dar ensejo à instauração de um novo processo.

¹⁴³. Nesse sentido a doutrina de WOLFRAM HENCKEL, tal como exposta por MARIANA GOUVEIA (*A causa de pedir na acção declarativa*, pp. 80-81)

Finalmente, utilizando-se como parâmetro as *fattispecie* de todos os fundamentos jurídicos passíveis de amparar o acolhimento do pedido, as normas pertinentes à responsabilidade aquiliana alargariam a moldura e determinariam a inclusão dos fatos relativos à culpa entre os essenciais, do que decorreria a possibilidade de o pedido ser acolhido por qualquer dos fundamentos referidos, com uma ampla abrangência dos limites objetivos da coisa julgada. Observe-se que a solução seria diversa na hipótese de o autor não ter alegado fato algum pertinente à culpa.

Esses três diferentes métodos de identificação dos fatos essenciais correspondem a distintas variações da teoria da substanciação e a opção entre cada uma delas traz repercussões na abrangência dos limites objetivos da coisa julgada. A tais opções é possível agregar as alternativas fornecidas pela teoria da individuação e pelo sistema adotado nos ordenamentos jurídicos norte-americano, espanhol e francês, com a extensão dos limites objetivos da coisa julgada a todo e qualquer fundamento, de fato ou de direito, que possa justificar o acolhimento do pedido (*supra*, n. 4).

As normas do Código de Processo Civil não permitem identificar uma firme opção por alguma das alternativas propostas e, portanto, a identificação do modelo aplicável ao direito vigente dependerá da análise de cada uma das opções perante os princípios constitucionais relevantes ao tema. Isso será feito adiante, em um exame conjunto de todos os elementos que influenciam na definição dos limites objetivos da coisa julgada (*infra*, n. 12).

11. limites objetivos da coisa julgada e pedido

O último elemento a ser considerado no dimensionamento dos limites objetivos da coisa julgada é o pedido.

Toda demanda contém uma pretensão bifronte, integrada pelo bem da vida a que se refere o pedido e o provimento jurisdicional postulado.¹⁴⁴ A alteração do bem

¹⁴⁴. Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, n. 434, pp. 112-114 e n. 443, pp. 122-124.

da vida ou do tipo de provimento implica mudança do pedido,¹⁴⁵ em ambos os casos com repercussões na definição dos limites objetivos da coisa julgada.¹⁴⁶ Não haverá impedimento para a propositura de demanda com pedido diverso daquele apreciado por sentença transitada em julgado, ainda que os demais elementos identificadores da demanda sejam idênticos. Tal como ocorre com a causa de pedir, o impedimento é definido pelo conteúdo da sentença. Se for apreciado pedido não proposto com a petição inicial, este pedido também será abrangido pela coisa julgada e não haverá nulidade se houver o respeito ao contraditório.¹⁴⁷

O tema é objeto de interessante discussão no trato dos direitos alternativos, tal como no clássico exemplo dos direitos do comprador de coisa com vício redibitório em pedir a resolução do contrato ou o abatimento do preço (CC, arts. 441 e 442). Prevalece o entendimento de que, proposta demanda com pedido referente a um dos direitos, o julgamento de improcedência não impede a propositura de uma nova demanda, desta vez pleiteando a satisfação do direito alternativo, pois a alteração do pedido afasta a coisa julgada anterior.¹⁴⁸

Parte da doutrina, insatisfeita com a possível proliferação de demandas, sustenta que a teoria dos três *eadem* é insuficiente para resolver o problema e defende a aplicação à hipótese da *teoria da identidade da relação jurídica*. No caso, a coisa julgada relativa a um dos direitos alternativos impediria a propositura de novas demandas relativas aos demais, pois a *questão jurídica* pertinente já foi decidida.¹⁴⁹

¹⁴⁵. “Um pedido é diferente de outro sempre que em cada um deles se postule uma espécie de provimento, mesmo que ambos se refiram ao mesmo bem da vida (p. ex., a *condenação* a entregar o bem e a *declaração* de que o demandante tem direito de propriedade sobre ele); inversamente, também diferem os pedidos quando coincide o tipo de provimento postulado mas o bem da vida é outro (*condenação* à entrega do bem esbulhado e a pagar dinheiro como reparação dos danos que o esbulho haja causado)” (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, n. 443, p. 122).

¹⁴⁶. Cf. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, § 29, p. 159; SÉRGIO PORTO, *Coisa julgada civil*, n. 3.7.2, pp. 32-33; WALTER PIVA RODRIGUES, *Coisa julgada tributária*, n. 7, pp. 86.

¹⁴⁷. Cf. BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, cap. III, n. 12, pp. 215-223 e “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”, n. 1.5, pp. 34-38.

¹⁴⁸. Cf. BARBOSA MOREIRA, “*Quanti minoris*”, pp. 211-212; DINAMARCO, “*Electa una via non datur regressus ad alteram*”, nn. 478-487, pp. 907-925; LIEBMAN, *Eficiência e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, pp. 213-214; TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, nn. 2.3.1, p. 69.

¹⁴⁹. Cf. CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, n. 4.21.3, pp. 248-250 e *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, n. 24.4.1, p. 246.

Um primeiro ponto a considerar é a inexistência de um critério seguro para aplicar uma ou outra teoria. A aplicação subsidiária da teoria da relação jurídica com fundamento exclusivo nos *resultados insatisfatórios* produzidos pela técnica dos três *eadem* dá margem ao arbítrio do intérprete e impede a concepção de um sistema pautado na segurança e na previsibilidade.

Mas ainda que se supere esse problema, a aplicação da teoria da relação jurídica promove na hipótese uma disfarçada extensão da coisa julgada aos fundamentos da sentença. Na demanda que tenha por pedido o abatimento do preço, a sentença de improcedência definirá com força de coisa julgada que o demandante, naquela situação da vida e em relação ao específico bem indicado na causa de pedir, não tem direito ao abatimento do preço. Os fundamentos de fato e de direito que justificaram essa conclusão serão apreciados na motivação e, portanto, de acordo com a disciplina vigente, não ficarão abrangidos pela coisa julgada (*supra*, n. 5). Para haver o impedimento à propositura de demanda em que se peça a resolução do contrato será necessário recorrer àqueles fundamentos apreciados entre os motivos da decisão anterior, integrando-os aos limites objetivos da coisa julgada. Se isso for possível nessa hipótese, não há razão para não adotar a mesma solução em toda e qualquer situação na qual questões apreciadas como fundamentos de uma sentença anterior sejam relevantes ao julgamento da causa, com a consagração da tese que defende a extensão da coisa julgada aos motivos da decisão (*supra* nn. 6-7).

Outra interessante discussão refere-se à possibilidade de um mesmo direito ser pleiteado de forma fracionada em diferentes demandas. No Brasil, a doutrina sequer questiona essa possibilidade.¹⁵⁰ Na experiência de outros países, sem contar o direito norte-americano, que exige a propositura em um mesmo processo de todos os pedidos pertinentes à situação da vida posta em discussão (*supra* n. 4), há na Itália intensa controvérsia sobre a possibilidade de um mesmo direito, relativo a um crédito pecuniário ou a qualquer outro bem fungível, ser objeto de tutela em processos distintos.

¹⁵⁰. Cf. CARVALHO, *Do pedido no processo civil*, n. 15.5.1, p. 171.

Os defensores da impossibilidade centram seus argumentos na natureza pública do processo e no princípio da economia processual, que exigiriam uma decisão definitiva e abrangente para o direito posto em discussão. O princípio da demanda franquearia ao autor a escolha entre pleitear ou não a tutela do direito, mas não autorizaria o fracionamento da tutela em diferentes processos. Em consequência, a coisa julgada formada em demanda relativa à parte do direito impediria a propositura de nova demanda, pertinente à outra parte.¹⁵¹

Em favor da possibilidade de fracionamento, afirma-se que não há no direito italiano qualquer norma impeditiva. A vedação ao fracionamento não seria compatível com o acesso à justiça e seria inadmissível extraí-la diretamente de princípios gerais como os referidos. Finalmente, é observado que o sistema prevê explicitamente hipóteses em que se pode pleitear o reconhecimento do direito de forma fracionada, como no pedido de condenação genérica.¹⁵²

Estes argumentos são suficientes para afastar a importação da vedação ao fracionamento para o direito brasileiro por mera interpretação do direito vigente. No próximo item será analisada a conveniência, *de lege ferenda*, da solução.

12. limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro, retorno à questão

Ao conceber e interpretar institutos de direito processual é sempre necessário tomar como premissas os princípios constitucionais que conformam o *due process of law*, ponderando a importância concreta de cada um e buscando uma solução que, na medida do possível, confira a máxima efetividade a todos os princípios.

¹⁵¹. Cf. CERINO CANOVA, “La domanda giudiziale ed il suo contenuto”, pp. 144-145; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. IV, n. 9, pp. 281-284; MENCHINI – PROTO PISANI, “Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari”, pp. 2.945-2.949; PROTO PISANI, *Lezione di diritto processuale civile*, cap. II, n. 11, p. 69; VOLPINO, *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*, n. IV.10, pp. 185-186.

¹⁵². Cf. CONSOLO, “Domanda giudiziale”, n. 14, pp. 69-70 e “Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”, n. 6, pp. 242-244; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 10, p. 121-125; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, § 29, pp. 164-165; VERDE, “Sulla ‘minima unità strutturale’ azionabile nel proceso – a proposito di giudicato e di emergente dottrine”, pp. 573 ss.

Para avaliar se a solução adotada pelo direito positivo brasileiro para a definição dos limites objetivos da coisa julgada é a mais adequada frente aos princípios constitucionais relevantes, neste item serão retomadas em conjunto e em perspectiva crítica as considerações expostas no decorrer do capítulo.

12.1. fundamentos da decisão

A opção do ordenamento jurídico brasileiro por restringir a coisa julgada ao dispositivo da sentença tem por principal fundamento o *princípio da demanda*, que confere às partes o poder de delimitar o objeto do processo e, em consequência, também lhes atribuiria o poder de definir os limites objetivos da coisa julgada (*supra*, nn. 1 e 4).

Com foco nesse princípio, BARBOSA MOREIRA argumenta que a parte pode entender inconveniente a apreciação em definitivo de certa questão por não ter sido possível colher todas as provas que entende necessárias, e optar por propor demanda em que a referida questão será analisada na motivação, dada a existência de outros motivos que autonomamente conduziriam ao julgamento de procedência. Na mesma hipótese de ainda não terem sido colhidas todas as provas que a parte entende necessárias, em um negócio que envolva duas prestações, uma de valor diminuto e outra de valor expressivo, a parte pode optar por cobrar a primeira delas, sem querer arriscar que uma eventual declaração de nulidade do contrato realizada *incidenter tantum* impeça no futuro a cobrança da segunda. Como não haveria qualquer razão de interesse público para o pronunciamento judicial extravasar os lindes do pedido, seria politicamente inconveniente a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada para que também alcancem questões decididas na motivação.

O raciocínio do processualista carioca prossegue com a observação de que a decisão sobre o acolhimento ou a rejeição do pedido pode envolver a análise de inúmeras questões, apreciadas pelo juiz com maior ou menor grau de profundidade, de acordo com a relevância de cada uma para o julgamento da causa. Estender a *auctoritas*

rei iudicatae a todas as questões implicaria exigir um esforço hercúleo e desproporcional das partes para fornecer ao julgador todo o material necessário à cognição exauriente, e não apenas para o acolhimento ou a rejeição do pedido.

Finalmente, a extensão da coisa julgada aos motivos da sentença poderia afrontar regras pertinentes à competência, quando se trate de competência determinada pela matéria discutida no processo. Como nesses casos a competência é definida pelo pedido, o juízo competente para a apreciação *principaliter* de uma questão pode ser diverso daquele que a apreciou em caráter incidental. É o caso de demanda condenatória ao pagamento de dinheiro que tenha por questão prejudicial a definição do proprietário de um imóvel. O juízo competente para apreciá-la é o do local onde a obrigação deve ser satisfeita (CPC, art. 100, inc. IV, al. d), enquanto para decidir em caráter principal a respeito da propriedade do imóvel a competência absoluta é do juízo onde ele está situado (CPC, art. 95).¹⁵³

Ao contrário do afirmado por BARBOSA MOREIRA, há fundadas razões de interesse público para a coisa julgada estender-se aos fundamentos da decisão.

A solução encontra amparo no *princípio da economia processual*, valor tradicionalmente referido como um mero *princípio formativo* do processo e que na atual ordem constitucional incorpora um verdadeiro *princípio político* (CF, art. 5º, inc. LXXVIII).¹⁵⁴ Conforme realça BEDAQUE, “entre os aspectos inerentes a esse princípio aponta-se o externo ou ultraprocessual, destinado a evitar a necessidade de novos

¹⁵³. Cf. BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, nn. 57-60, pp. 88-92.

¹⁵⁴. Integram a categoria dos princípios formativos algumas “regras de grande importância, desenvolvidas ao longo dos séculos e da experiência acumulada, sendo responsáveis pela boa ordem do processo e correto encaminhamento de suas soluções”. Tradicionalmente a doutrina qualifica como formativos os princípios *econômico, lógico, jurídico e político*, esclarecendo que “esses *falsos princípios*, enunciados em antiga doutrina italiana e acatados prestigiosamente na brasileira, são na realidade *regras técnicas* e não refletem opções políticas. Um processo realizado de modo econômico, lógico, juridicamente adequado e politicamente correto (para empregar aquela linguagem usual) é um processo tecnicamente bem feito, sem embargo de produzir ou não produzir resultados coerentes com as grandes premissas constitucionais – esses, sim, verdadeiros *princípios*” (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, n. 77, pp. 200-201). A introdução do inc. LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal, que assegurou a todos “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, alçou o princípio da economia processual ao *status* de princípio político e integrou-o às “grandes premissas constitucionais”. É portanto imperativo considerá-lo na interpretação do direito atual e nas propostas de alteração do modelo vigente (CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*, n. 4.11, p. 188).

processos, mediante o máximo aproveitamento do já existente”.¹⁵⁵ O máximo aproveitamento do processo impõe que se atribua força de coisa julgada a todas as decisões ou partes da decisão que respeitem os requisitos constitucionais para um julgamento definitivo: a existência de *cognição prévia e exauriente* e o *respeito ao contraditório*.¹⁵⁶ Estando presentes tais requisitos, o princípio da economia processual tornará incompatível com a ordem constitucional a rediscussão de questões já enfrentadas pelo Poder Judiciário.

A matéria que integra a motivação da sentença sempre será apreciada mediante *prévia cognição* e com respeito ao *contraditório*. A regra é válida inclusive para os pontos que não foram suscitados pelos litigantes e que devam ser apreciados *ex officio* pelo julgador, pois o princípio do contraditório exige que seja dada prévia oportunidade para as partes se manifestarem a respeito.¹⁵⁷ As dúvidas surgem quanto ao requisito da *cognição exauriente*, diante dos diferentes graus de profundidade da cognição com que as diversas questões que integram a motivação são apreciadas, de acordo com a relevância de cada uma para o julgamento da causa.

¹⁵⁵. *Efetividade do processo e técnica processual*, cap. II, n. 5, p. 80. Ao tratar do *princípio da operosidade*, PINHEIRO CARNEIRO afirma que a Justiça “deve atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível” (*Acesso à justiça – juizados especiais e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*, cap. II, n. 2.1, p. 63). Em amparo a tais idéias são expressivas as palavras de GALENO LACERDA, que em defesa da extensão da coisa julgada material à decisão que extingue cautelar com fundamento na prescrição ou na decadência (CPC, art. 810), tema que será enfrentado alguns parágrafos adiante, traz estas relevantes considerações: “a recente autonomia do Direito Processual como ciência jurídica provocou naturais excessos na doutrina, tendentes a considerá-lo como fim em si mesmo, olvidando-lhe a natureza instrumental, de meio de realização do direito. Meio caro, meio oneroso, cada vez mais urgente e instantâneo no clamor da sociedade, a disputar em avalanches de impetrações o tempo tanto mais escasso e precioso dos juízes e tribunais. Não podemos nos dar ao luxo, em face desta realidade, de impor abstrações teóricas de ortodoxia discutível, porque apartada da natureza instrumental e finalística do processo. Nesta perspectiva, tudo quanto se fizer para tornar mais rápida e eficiente a prestação da justiça, com a garantia do contraditório, será útil e benéfico, e consultará aos objetivos da verdadeira ciência processual. Se no processo cautelar se puder decidir, desde logo, a lide pelo reconhecimento da prescrição ou da decadência, tanto melhor. Evita-se o desperdício de uma demanda principal inviável, prestigiando-se a justiça com solução pronta e acertada. Não há princípios válidos contra o princípio maior da instrumentalidade e adequação do processo, da economia de custo e de tempo na consecução de seus fins, de justiça e celeridade na solução do litígio” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. I, n. 78, p. 306).

¹⁵⁶. Sobre esses requisitos, cf. TALAMINI, *Tutela monitoria*, n. 2.2.4, pp. 97-102.

¹⁵⁷. Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, “Garantia do contraditório”, pp. 132-148; BEDAQUE, “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”, n. 1.6, pp. 38-42; MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*, parte III, n. 1, pp. 109-110.

O problema é resolvido com a exclusão das decisões submetidas ao regime da *cognição sumária e definitiva*, como é o caso da sentença proferida à *revelia* do demandado,¹⁵⁸ e a restrição da coisa julgada aos pontos controversos, ou seja, às *questões em sentido técnico*, que figurem como *fundamentos necessários* da decisão.

Neste ponto é conveniente traçar um paralelo entre os conceitos de *fundamento necessário*, formulado com referência à realidade do *collateral estoppel* norte-americano (*supra*, n. 6), e de *questão prejudicial*, típico da tradição da *civil law*.¹⁵⁹ Para a aplicação do requisito do *fundamento necessário* à realidade do direito brasileiro, a imutabilidade deve ficar restrita às *questões prejudiciais que figurem na motivação como premissa necessária e determinante do resultado do julgamento*.¹⁶⁰

É irrelevante tomar partido nas intrincadas discussões a respeito da qualificação como prejudicial de questões que (a) não possam ser objeto de processo autônomo, (b) não decorram de um juízo de subsunção do fato à norma e, portanto, digam respeito à pura reconstrução dos fatos ou de normas jurídicas ou (c) integrem *iter decidendi* diferente daquele percorrido pela sentença.¹⁶¹ Ainda que tais questões possam ser qualificadas como prejudiciais, não é possível abarcá-las nos limites objetivos

¹⁵⁸. A sumariedade da cognição e a não formação de controvérsia a respeito das alegações do autor impedem a aplicação do *collateral estoppel* às sentenças proferidas à revelia (CASAD-CLERMONT, *Res judicata – a handbook on this theory, doctrine, and practice*, cap. 7, p. 124).

¹⁵⁹. Vale para o direito brasileiro a observação de TARUFFO: “nel nostro sistema processuale manca un equivalente concetto di ‘necessità’ della soluzione della questione, ma si individua ugualmente – impiegando il concetto di pregiudizialità – un campo di questioni rispetto alle quali sorge in modo analogo il problema dell’efficacia del giudicato in un diverso processo. Il altri termini, stabilire se nel nostro ordinamento si possa verificare un effetto corrispondente a quello che nel processo nordamericano è prodotto dal *collateral estoppel*, significa stabilire se sulla decisione di una questione pregiudiziale si formi il giudicato, e se i relativi effetti possano manifestarsi in un successivo processo vertente su un *petitum* diverso, rispetto al quale la decisione della stessa questione abbia nuovamente carattere di pregiudizialità” (“Collateral estoppel e giudicato sulle questione”, parte 2^a, n. 8, pp. 282-283).

¹⁶⁰. Não há maior relevância em determinar se a questão é tecnicamente qualificada como *prejudicial*, ao influenciar o teor do julgamento, ou como *preliminar*, ao impedi-lo. Essa consagrada distinção proposta por BARBOSA MOREIRA independe de qualquer consideração a respeito da natureza da questão e pauta-se pura e simplesmente na relação de condicionamento lógico que se estabelece entre duas questões em um determinado processo (*Questões prejudiciais e coisa julgada*, nn. 18-21, pp. 28-33). Sobre a ampla consagração dessa classificação na doutrina brasileira, cf. CLARISSE LEITE, *Prejudicialidade no processo civil*, n. 9, pp. 44-51.

¹⁶¹. Para uma ampla análise dessas questões, cf. CLARISSE LEITE, *Prejudicialidade no processo civil*, n. 7, pp. 30-39, nn. 11-16, pp. 60-92.

da coisa julgada. No primeiro e no segundo caso, o sistema seria desvirtuado, com a obtenção por via indireta de algo que não pode ser obtido diretamente.¹⁶² No terceiro, estar-se-ia estendendo a coisa julgada a matéria que sequer foi considerada no julgamento, em afronta aos princípios do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa.

Dentre as questões que respeitam essas premissas, não podem ser qualificadas como necessárias e portanto determinantes do resultado do julgamento as decididas *desfavoravelmente ao vencedor*, pois nesse caso a decisão não será essencial para a conclusão pela procedência ou improcedência da demanda e não haverá a garantia de cognição exauriente.¹⁶³ Um exemplo facilitará a compreensão da regra. Em demanda condenatória, o réu contesta a validade do contrato que deu origem à prestação e afirma que o crédito demandado já foi pago. A demanda é julgada improcedente, constando da fundamentação da sentença que o negócio é válido e o reconhecimento da quitação da dívida. Foi determinante para a rejeição da demanda a quitação da dívida e sequer era necessário que o julgador enfrentasse a questão referente à validade do contrato.¹⁶⁴ Não há portanto como garantir a presença de cognição compatível com a formação da coisa julgada material.

Nos trabalhos para a elaboração da ZPO alemã suscitou-se a possibilidade de ser criada hipótese de declaração incidental *ex lege* com referência à relação jurídica prejudicial, caso sua existência ou validade fosse questionada no processo. Dentre os argumentos para a rejeição da proposta,

¹⁶². Vale portanto a mesma razão para que em tais hipóteses não seja admitida a ação declaratória incidental (ADROALDO FABRÍCIO, *Ação declaratória incidental*, n. 46, p. 73).

¹⁶³. Regra idêntica é aplicada na disciplina do *collateral estoppel* norte-americano (VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, n. VI.9, pp. 351-352 e n. VI.10, pp. 359-369).

¹⁶⁴. Na lição de LIEBMAN, “non vi è per il giudice alcun obbligo di seguire un determinato ordine nell'esaminare e decidere le svariate questioni relative al merito della causa ed egli è tenuto soltanto a deciderle nell'ordine che caso per caso appare opportuno allo scopo di giudicare la causa nel modo più semplice e concludente” (“L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione”, p. 539). Em idêntico sentido as considerações de LUISO, ao tratar do *principio della ragione più liquida*: “poichè la decisione, appunto, è deputata a fornire o negare la tutela richiesta, e non ad effettuare una ricognizione della realtà esistente (il giudice non è uno storico: egli dispone per il futuro, non acerta il passato), essa assume la seguente struttura logica: ‘se anche il diritto fosse sorto, esso non sarebbe comunque oggi esistente’; oppure ‘se anche il diritto esistesse, mancherebbe comunque la lesione dello stesso’; o ancora: ‘se anche il diritto esistesse, o fosse leso, la tutela richiesta non è comunque prevista per quel tipo di lesione di quel diritto’. In tutti i casi la richiesta è destinata ad essere rigettata” (*Diritto processuale civile*, vol. II, n. 8.7, p. 58).

foi citada a experiência do Reino da Saxônia, em que a teoria de SAVIGNY encontrou aplicação na prática judiciária. A ampliação dos limites objetivos da coisa julgada teve por imediato reflexo o surgimento de relevante quantidade de recursos interpostos contra a sentença de primeiro grau pelo vencedor, dada a insatisfação quanto ao decidido na motivação.¹⁶⁵ A limitação da coisa julgada aos argumentos decididos favoravelmente ao vencedor evita essa indesejável proliferação de recursos, pois a inexistência de coisa julgada quanto aos motivos que lhe são desfavoráveis exclui o interesse do vencedor em recorrer.

Será igualmente inadmissível estender a coisa julgada à motivação quando a sentença contiver *fundamentos alternativos*, ambos suficientes em abstrato para sustentar autonomamente a decisão contida no dispositivo.¹⁶⁶ É impossível definir qual dos fundamentos intercambiáveis foi fundamental para a decisão principal e portanto não haverá segurança quanto à profundidade da cognição.¹⁶⁷

A necessidade de haver a formação de uma questão em sentido técnico, de a questão ser efetivamente apreciada entre os fundamentos da sentença e de sua resolução ser determinante para o resultado do julgamento também exclui a extensão da coisa julgada à motivação das sentenças homologatórias, tal como a *sentença que homologa transação* realizada pelas partes. Apesar de o art. 269, inc. III do Código de Processo Civil qualificar como *de mérito* a sentença homologatória de transação, em seus motivos não haverá a apreciação das questões debatidas pelas partes.¹⁶⁸

¹⁶⁵. Cf. LOCATELLI, *L'accertamento incidentali ex lege: profili*, cap. II, n. 5, pp. 56-57.

¹⁶⁶. Na prática, quando há cumulação alternativa de causas de pedir, não é incomum que a decisão apresente fundamentos alternativos, apesar do repúdio da doutrina: “in un sistema nel quale oggetto della sentenza, e dell'accertamento che ne promana quale tipico effetto, non è soltanto la concreta misura richiesta, ma altresì il titolo che la giustifica, una pronuncia che non determini univocamente questo titolo (il fatto costitutivo del diritto e la qualificazione del diritto medesimo) non adempie alla funzione propria della giurisdizione, come una qualsiasi pronuncia a contenuto dubitativo o di semplice *non liquet*” (TARZIA, “Appunti sulle domande alternative”, n. 3, p. 144).

¹⁶⁷. No direito norte-americano, o *collateral estoppel* também não se estende aos fundamentos alternativos (CASAD-CLERMONT, *Res judicata – a handbook on this theory, doctrine, and practice*, cap. 7, pp. 145-148; JAMES-HAZARD-LEUBSDORF, *Civil procedure*, § 11.20, pp. 709-710; VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, n. VI.7, pp. 402-408).

¹⁶⁸. Pelas mesmas razões, o *collateral estoppel* não é aplicável ao *judgment by consent*, decisão assimilável na realidade brasileira à sentença homologatória de transação (CASAD-CLERMONT, *Res judicata – a handbook on this theory, doctrine, and practice*, cap. 7, p. 124; JAMES-HAZARD-LEUBSDORF, *Civil procedure*, § 11.18, pp. 705-706; VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, n. VI.6, pp. 329-331).

Feitos todos esses esclarecimentos, em relação aos *fundamentos necessários* sempre haverá cognição exauriente, sem importar se a questão foi apreciada *incidenter tantum* ou *principaliter*. Não há sentido afirmar que uma decisão foi proferida com cognição exauriente sem pressupor que os fundamentos que determinam o resultado do julgamento sustentam-se em cognição de idêntico grau.¹⁶⁹

A natureza exauriente da cognição é evidenciada pelo disposto nos arts. 63 a 68 do Código de Processo Penal, que tratam da extensão da coisa julgada penal à questão civil referente à reparação do dano. A sentença criminal não tratará expressamente dessa questão civil, cabendo ao intérprete extrair dos fundamentos da sentença a declaração de existência ou inexistência da obrigação de indenizar.¹⁷⁰ Ainda que tal declaração integre o dispositivo da sentença por força de lei em razão do disposto nos arts. 386 e 387, inc. IV do Código de Processo Penal,¹⁷¹ não há como negar que em termos lógicos ela figura na motivação do raciocínio formulado pelo julgador. Se os fundamentos que alicerçam a sentença não fossem sempre apreciados com cognição exauriente, a coisa julgada tornaria imutável uma decisão fundada em cognição sumária.

¹⁶⁹. Em seus comentários à edição brasileira das *Istituzioni* de CHIOVENDA, LIEBMAN aponta que as cognições realizadas *principaliter* e *incidenter tantum* “são, do ponto de vista lógico, idênticas”, a diferença seria de natureza e efeito jurídico (*Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, n. 124, p. 393). Ainda mais claras as considerações de VERDE: “se abbiamo fiducia nella struttura sillogistica del ragionamento giudiziale o se, comunque, riteniamo che tale struttura sia un’ipotesi di lavoro che ci consente di fidare sulla ragionevolezza del discorso giudiziale e sulla possibilità di successivo controllo del medesimo (...), diventa difficile credere che la pronuncia conclusiva abbia forza e sia affidabile da momento che essa finirebbe con l’essere l’anello conclusivo di una catena, di cui i primi legami sono deboli e scarsamente affidanti. (...) In altri termini, è difficile poter sostenere che l’accertamento *incidenter tantum* sia superficiale, provvisorio, approssimato, mentre la cognizione *principaliter* è piena, definitiva ed esauriente. Se si sostenesse questa tesi, dovremmo pervenire alla conclusione che le parti hanno il diritto di trasformare tutte le questioni incidentali in accertamenti autonomi, perché soltanto in questo modo è assicurata alle stesse pienezza di difesa” (“Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità”, p. 175). No mesmo sentido, cf. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. II, n. 1, pp. 59-60; OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, n. 191, pp. 218-219.

¹⁷⁰. Cf. ARAKEN DE ASSIS, *Eficácia civil da sentença penal*, n. 28.4, pp. 166-170; MESQUITA, *Coisa julgada*, cap. III, 2.1-2.2, pp. 46-52.

¹⁷¹. Cf. CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, n. 199, pp. 332-333; CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, n. 24.11.1, pp. 296-297; MESQUITA, *Coisa julgada*, cap. III, 2.1.2, pp. 48-49, n. 3.2, pp. 56-57.

As mesmas conclusões podem ser extraídas da peculiar disciplina conferida à coisa julgada nas sentenças que tratam de dois tipos de usucapião. Em regra, a alegação da usucapião em defesa não propicia uma declaração da aquisição da propriedade com força de coisa julgada, declaração que somente pode ser obtida mediante a propositura de uma autônoma ação de usucapião. A regra geral é excepcionada no art. 7º da lei n. 6.969, de 10 de dezembro de 1981, que disciplina a usucapião especial de imóveis rurais, nos seguintes termos: “a usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no registro de imóveis”. No mesmo sentido o art. 13 da lei 10.257, de 10 de janeiro de 2001, que regulamenta a usucapião constitucional urbano: “a usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis”. Em ambos os casos a questão referente à usucapião ficará imunizada pela coisa julgada apesar de apreciada na motivação da sentença, entre os fundamentos apresentados pelo réu para a rejeição do pedido.¹⁷² Tal como ocorre no campo das repercussões civis da sentença penal, não interfere no argumento afirmar que a decisão sobre a usucapião integra *ex lege* o dispositivo da sentença. Em termos lógicos, a questão será apreciada como um motivo para a rejeição do pedido, com a profundidade de qualquer outra que fundamente um julgamento de improcedência.

Fenômeno ainda mais expressivo está previsto no art. 810 do Código de Processo Civil. Ao tratar da estabilidade das decisões proferidas em medidas cautelares a norma dispõe que “o indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta”. Ao final é apresentada uma exceção: “salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”. Ao interpretar este excerto final a doutrina afirma sem titubear que há

¹⁷². A coisa julgada valerá exclusivamente para as partes, não impedindo que terceiros questionem a aquisição da propriedade por usucapião (BENEDITO RIBEIRO, *Tratado de usucapião*, vol. II, n. 308, pp. 1.088-1.090; BUZAID, *A ação declaratória no direito brasileiro*, n. 139, pp. 225-227). Parte da doutrina defende a necessidade de serem providenciadas as citações e intimações previstas nos arts. 942 e 943 do Código de Processo Civil, para que a coisa julgada tenha validade *erga omnes* (FRANCISCO LOUREIRO, “Usucapião individual e coletivo no Estatuto da Cidade”, n. 5.4, p. 46; NELSON LUIZ PINTO, “Ação de usucapião – principais aspectos processuais”, n. 12, pp. 38-39).

a formação de coisa julgada material a respeito da inexistência do direito que justificou o pedido cautelar sempre que a sentença estiver fundada na decadência ou na prescrição, restando impedida a propositura de ulterior demanda cognitiva em que se peça o reconhecimento da existência do direito.¹⁷³ Como nos exemplos anteriores, há aqui a extensão da coisa julgada material a uma questão apreciada na fundamentação da sentença,¹⁷⁴ pois em uma autêntica demanda cautelar pede-se providência que visa a assegurar a futura satisfação de um direito e a resposta a esse pedido não abrange a declaração acerca de sua efetiva existência.¹⁷⁵ De forma mais ousada do que nos exemplos da usucapião alegado em defesa e dos efeitos civis da sentença penal, extrai-se uma declaração a respeito da inexistência do direito imunizada pela coisa julgada material da motivação de decisão que se limita a apreciar a existência do *fumus boni iuris*, ou seja, amparada em cognição sumária. A simplicidade das questões jurídicas referentes à prescrição e à decadência legitimou uma solução extraordinária, que nunca poderá ser elevada à condição de regra geral. Nessas duas situações específicas a análise do *fumus boni iuris* traz um juízo cognitivo de profundidade suficiente para se tornar definitivo, estando autorizada a formação da coisa julgada.

¹⁷³. Cf. GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. I, n. 78, pp. 307-309; HERMENEGILDO REGO, “Os motivos da sentença e a coisa julgada”, pp. 20-21; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Do processo cautelar*, pp. 214-215; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XII, pp. 95-96.

¹⁷⁴. HERMENEGILDO REGO interpreta a questão de forma diversa: “a coisa julgada ‘deve ser procurada em qualquer parte da sentença’, pois se restringe ao *decisum*, mas entendida a palavra em sentido substancial e não formal. E incide sobre o mérito, como igualmente ficou visto. Ora, já não se discute que a prescrição é mérito. Como diz Liebman, ‘questão de mérito é toda questão que se refere à existência da relação litigiosa e à procedência da pretensão do autor, isto é, em outras palavras, ao próprio objeto do processo, e inclui indubitavelmente a prescrição’ (...) Assim, a decisão que indefere a medida cautelar por reconhecer prescrição ou decadência efetivamente aprecia o mérito da lide principal que se extingue por esse motivo, e não porque o legislador estenda ao motivo da sentença a autoridade da coisa julgada” (“Os motivos da sentença e a coisa julgada”, pp. 20-21). O raciocínio parece confundir o *mérito*, que é definido pela demanda, com a *questão de mérito*, ponto controvertido de fato ou de direito relativo à situação de direito material posta em juízo (DINAMARCO, “O conceito de mérito em processo civil”, t. I, n. 106, pp. 239-245; n. 119, pp. 273-276). A prescrição e a decadência são *questões de mérito*, mas o definitivo reconhecimento da inexistência de um direito não integra o *mérito* do processo cautelar.

¹⁷⁵. “O juízo cautelar considera apenas a *verossimilhança* do direito, e não sua existência real, preocupado com a *segurança* aparente, e não com a declaração do direito, segue-se sua nenhuma influência sobre o julgamento definitivo da lide” (GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. I, n. 78, p. 305).

A construção teórica amparada nos três referidos exemplos demonstra a existência de cognição exauriente acerca dos fundamentos necessários da decisão, com o preenchimento de todos os requisitos constitucionais para a formação da coisa julgada material. Excluir tais fundamentos do campo de incidência da coisa julgada permite a proliferação de julgados sobre uma mesma questão, em afronta ao princípio da economia processual e sem o amparo de uma razão constitucionalmente relevante.

A extensão da coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão também prestigia o princípio da *segurança jurídica* (CF, arts. 1º, 5º, *caput* e inc. XXXVI).¹⁷⁶ É corrente na doutrina a idéia de que a coisa julgada não serve para impedir a proliferação de julgados logicamente incompatíveis, que apresentem em suas motivações soluções conflitantes para idêntica questão. Apenas seria impedido o conflito prático, instaurado com o confronto entre os dispositivos de diferentes sentenças.¹⁷⁷ Aceita a premissa, no momento em que se estender a coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão o conflito que qualquer decisão ulterior vier a estabelecer com tais fundamentos passará a ser um conflito prático, e essa maior extensão do conflito prático contribuirá para uma mais ampla harmonia das decisões judiciais. Conforme observa PUGLIESE, “se si conferisce efficacia di giudicato alla decisione di una questione pregiudiziale, si presuppone che essa contenga, altre che un elemento logico, un elemento imperativo o autoritativo”.¹⁷⁸

Superada a discussão sobre a natureza prática ou lógica do conflito, foram apontadas no decorrer desta tese as graves situações de insegurança que podem decorrer da restrição da coisa julgada ao dispositivo. É ilustrativo o exemplo dos contratos sinalagmáticos, referido na oportunidade em que enfrentada a teoria de MENCHINI (*supra*, n. 8). Em um primeiro processo o pedido é acolhido, com a afirmação incidental da validade do contrato e a imposição do cumprimento de prestação contratual. Proposta ulterior demanda pela pessoa que figurou como réu no processo anterior com o

¹⁷⁶. “A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes” (LEONARDO GRECO, “Ainda a coisa julgada inconstitucional”, n. 2, p. 567).

¹⁷⁷. Por todos, cf. BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, n. 64, pp. 95-96.

¹⁷⁸. “Giudicato civile (dir. vig.)”, n. 25, p. 867.

pedido de cumprimento da contraprestação, a coisa julgada não impede o julgamento de improcedência em decorrência da nulidade do contrato. Proporciona segurança jurídica um ordenamento que permite esse tipo de conflito? Pense-se em outro exemplo. Em demanda condenatória o réu alega compensação, alegação que vem a motivar o julgamento de improcedência. Restrita ao dispositivo, a coisa julgada não impedirá a propositura de demanda pelo réu com a cobrança daquele valor oposto em compensação e que justificou o julgamento de improcedência (*infra*, n. 20). Proporciona segurança um ordenamento jurídico que permite a dupla satisfação de um mesmo direito?

Os exemplos se multiplicam e a insegurança gerada pela restrição da coisa julgada ao dispositivo, aliada ao princípio da economia processual, vem impulsionando a doutrina brasileira a estender a coisa julgada aos motivos da decisão em situações específicas. Nessa linha, BEDAQUE invoca a instrumentalidade do processo e defende ficar imunizada pela coisa julgada material a decisão que aprecia incidentalmente questão de natureza substancial, apresentada em exceção de pré-executividade. Após relacionar a formação da *res judicata* com a profundidade da cognição realizada pelo juiz, afirma que há cognição exauriente no julgamento de exceção de pré-executividade, ou ao menos cognição *suficiente* para apreciar a questão substancial, com a definição da existência ou inexistência do crédito. Para compatibilizar suas idéias com a correlação entre objeto do processo, objeto da sentença e limites objetivos da coisa julgada, propõe que se atribua à exceção de pré-executividade a natureza de pedido contraposto, ampliando-se em decorrência o objeto do processo.¹⁷⁹

O exemplo realmente apresenta situação em que há cognição suficiente para a formação de coisa julgada. No entanto, não é possível extrair do sistema processual uma diferença substancial entre a referida hipótese e a apreciação incidental de questão de mérito na sentença de um processo de conhecimento. Caso decorra da perspectiva instrumentalista a necessidade de evitar a discussão em um novo processo a respeito de um crédito declarado extinto no julgamento de uma exceção de pré-executividade, solução idêntica deverá ser válida para declaração de mesmo conteúdo que seja realizada na motivação de sentença proferida em demanda cognitiva. Se à defesa na execução deve ser atribuída a natureza de “pedido contraposto”, não há motivo para não atribuir a mesma natureza à defesa apresentada pelo demandado no processo de conhecimento.

¹⁷⁹. Cf. “Cognição e decisões do juiz no processo executivo”, n. 9, pp. 372-373.

Ainda com referência à segurança jurídica, muitas das transformações implementadas nas últimas duas décadas no direito processual civil brasileiro tiveram o nítido objetivo de proporcionar maior harmonia entre os julgados, ao conferirem um prestígio cada vez maior aos precedentes judiciais.¹⁸⁰ A conformação da coisa julgada não pode permanecer insensível a essa tendência e um modo bastante eficaz de promover a harmonia das decisões é justamente ampliar os limites objetivos da coisa julgada.

O prestígio conferido pela lei aos precedentes tem suscitado ampla discussão sobre a relevância jurídica de uma interpretação jurisprudencial consolidada. Apesar de a jurisprudência não ser normalmente enquadrada como fonte do direito, um entendimento jurisprudencial consolidado forma uma pauta de orientação da conduta que muitas vezes assume maior relevância que a pura análise da Constituição e das leis. Uma reviravolta invariavelmente frustra as mais legítimas expectativas, pois mesmo não sendo fonte do direito, a jurisprudência consolidada gera no espírito das pessoas a confiança de o Poder Judiciário continuar a decidir no mesmo sentido.

Informada por tais premissas, pelo princípio da segurança jurídica e com respaldo na concretização conferida a esse princípio em diversas normas,¹⁸¹ autorizada doutrina vem defendendo que a alteração de um entendimento jurisprudencial consolidado deve produzir efeitos exclusivamente *ex nunc*. O novo entendimento somente será aplicável aos fatos ocorridos após a mudança de orientação, oportunidade em que deve ser apenas enunciada, mas não aplicada ao caso concreto.¹⁸²

¹⁸⁰. Cf. BRUNO LOPES, *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*, n. 19.1, pp. 263-267.

¹⁸¹. Arts. 5º, inc. XXXVI e 103-A da Constituição Federal, 27 da lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, e 473, § 3º, 545, § 3º, 557, *caput* e § 1º-A do Código de Processo Civil.

¹⁸². Cf. CLÈVE, “Crédito-prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica”, pp. 137 ss.; DINAMARCO, “Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados – a garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos específicos”, pp. 90 ss.; FERRAZ JR., *Crédito-prêmio de IPI – estudos e pareceres*, pp. 33 ss.; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “Nulidade parcial de ato normativo. Certeza e segurança jurídica diante de alteração de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao Poder Público”, pp. 60-64; NERY JR., “Poderes públicos, boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior”, pp. 1.193 ss. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cf. STF, Pleno, REExt n. 353.657/PR, rel. Min. MARCO AURÉLIO, v.m., j. 25.6.07; STF, Pleno, REExt n. 370.682/SC, rel. Min. ILMAR GALVÃO, v.m., j. 25.6.07.

Se o jurisdicionado não pode ser prejudicado pela mudança de uma jurisprudência consolidada, formada em processos dos quais não teve oportunidade de participar, por qual razão deve ser admitido o novo julgamento de questão apreciada na motivação de sentença proferida em processo no qual ele figurou como parte, com ampla oportunidade para a exposição de seus argumentos? Os fundamentos necessários de uma sentença devem gerar para a situação concreta uma segurança jurídica mais intensa do que a jurisprudência formada em casos análogos. Se nos motivos da decisão o juiz afirma que um contrato é nulo, pois tem por objeto herança de pessoa viva, esta decisão deve ter estabilidade mais forte do que uma jurisprudência consolidada no sentido da nulidade do contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva. As mesmas razões que justificam a defesa da irretroatividade da mudança de entendimento a respeito de uma jurisprudência consolidada impõem, com muito mais razão, a extensão da coisa julgada aos fundamentos necessários da sentença.¹⁸³

O principal argumento para a restrição da coisa julgada ao dispositivo da sentença é o respeito ao *princípio da demanda*. O escopo do princípio é garantir o *respeito à liberdade individual*, pois o titular de um direito pode entender não ser conveniente buscar sua tutela perante o Poder Judiciário e, em se tratando de um direito disponível, essa escolha é plenamente legítima. Além disso, o princípio também resguarda o *exercício imparcial do poder jurisdicional*. A atuação *ex officio* do magistrado, buscando por conta própria situações da vida carentes de tutela, criaria o risco de ser antecipado um juízo de valor ainda que inconsciente sobre o caso a ser julgado.¹⁸⁴ Em respeito às

¹⁸³. Aplicam-se ao raciocínio as considerações de NERY JR. a respeito da eficácia da decisão que altera entendimento jurisprudencial consolidado, em especial a referência à aplicação ao Poder Judiciário do princípio da boa-fé objetiva e da proibição de *venire contra factum proprium*: “o Poder Público deve ser coerente em suas condutas e, se propiciou ao administrado a segurança de que ele poderia praticar determinado ato ou ter determinada conduta porque ao ver do Estado estaria correta, não pode de modo abrupto e incoerente com sua conduta anterior modificar seu entendimento em detrimento do administrado” (“Poderes públicos, boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior”, n. 3, p. 1.198).

¹⁸⁴. Sobre o significado e as funções do princípio da demanda, cf. ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, n. 9.2, pp. 77-78, n. 20.2, pp. 141-142; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, n. 54, p. 93; DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, n. 398, pp. 43-44; LEONARDO GRECO, *Instituições de processo civil*, vol. I, n. 5.4, p. 126 e n. 22.1, pp. 537-539; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, n. 71, pp. 194-195; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, n. 1.2, pp. 190-191 e n. 1.5, p. 193; VERDE, “Principio della domanda”, n. 1, p. 1.

finalidades do princípio, a doutrina afirma que, além de não poder dar início ao processo sem provocação da parte interessada, o julgador não pode decidir sobre coisa diversa da que foi pedida, nem se manifestar sobre distinta causa de pedir, pois nessas hipóteses também haveria o exercício officioso da atividade jurisdicional.¹⁸⁵

A extensão da coisa julgada aos fundamentos da decisão é perfeitamente conciliável com o princípio da demanda e com as razões que o justificam. Continuará cabendo ao interessado na tutela jurisdicional escolher por recorrer ou não ao Poder Judiciário, bem como definir as causas de pedir e os pedidos de sua demanda, com pleno respeito à liberdade individual. A atividade do julgador permanecerá restrita aos limites da demanda proposta, não sendo admissível decisão sobre pedido diverso ou causa de pedir diversa. Sua imparcialidade será plenamente resguardada.

Estender a coisa julgada à motivação proporcionará simplesmente um maior aproveitamento do conteúdo da decisão, sem modificar a essência da atividade jurisdicional a ser desenvolvida. Os limites objetivos da coisa julgada serão mais amplos se comparados ao objeto do processo e ao objeto da decisão, mas não há empecilho para tal ruptura se a solução que ela trouxer for a que melhor atenda ao *due process of law* (*supra*, n. 4).

A restrição da coisa julgada ao dispositivo, com respeito absoluto à vontade das partes, é característica de uma filosofia excessivamente liberal e individualista,¹⁸⁶ incompatível com a natureza pública do processo.¹⁸⁷ A conveniência das partes, que podem não querer uma decisão definitiva acerca das questões postas como fundamento da pretensão, não deve prevalecer perante o interesse público que emana dos princípios da economia processual e da segurança jurídica. O princípio da demanda não pode ser interpretado no sentido de conferir às partes o poder de definir as matérias que serão alcançadas pela coisa julgada.

¹⁸⁵. Cf. BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, n. 11, p. 14; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, n. 54, pp. 93-94; CONSOLO, “Domanda giudiziale”, n. 6, p. 56; LEONARDO GRECO, *Instituições de processo civil*, vol. I, n. 22.1, pp. 537-539.

¹⁸⁶. Cf. CHASE-HERSKOFF-SILBERMAN-TANIGUCHI-VARANO-ZUCKERMAN, *Civil litigation in comparative context*, cap. 9, n. 2, p. 450.

¹⁸⁷. Cf. DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, n. 5, pp. 49-66.

Valem aqui as razões trazidas por BEDAQUE para justificar a regularidade das sentenças que apreciam causa de pedir ou pedido não apresentados com a demanda inicial, sempre que respeitado o contraditório (*supra*, nn. 10-11). Na construção de seu raciocínio a liberdade individual das partes é restringida de forma ainda mais intensa e o significado constitucional do princípio da demanda é reduzido ao respeito ao contraditório e à ampla defesa. Fixada a premissa, nos casos em que haja a alteração de algum dos elementos objetivos da demanda após a estabilização, “lícito será afirmar que, se a matéria foi submetida ao contraditório e à ampla defesa, concedendo-se às partes todas as oportunidades para produzir prova a respeito, o vício concernente à técnica processual não constituiu óbice à participação”, devendo portanto concluir-se que “o vício decorrente da violação de regra técnica, consistente na adstrição do provimento à demanda, pode ser relevado”.¹⁸⁸

Seguindo a mesma linha de raciocínio, se um pedido não apresentado com a demanda inicial pode vir a ser regularmente apreciado, sem ofensa a qualquer princípio constitucional, não há motivo para negar a extensão da coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão.

O último argumento em prol da restrição da coisa julgada ao dispositivo da sentença diz respeito aos casos em que há diversidade de competência absoluta entre o juiz que apreciou a causa e aquele que seria competente para apreciar em caráter principal a questão decidida como fundamento. Para resolver o problema basta que nessa situação específica a coisa julgada fique restrita ao dispositivo.

Em conclusão, além de prestigiar os princípios constitucionais da economia processual e da segurança jurídica, a extensão da coisa julgada aos fundamentos necessários da sentença é plenamente compatível com o *due process of law*. As vantagens do sistema vêm sendo percebidas em diversos países que, gradativamente, inspirados no *colateral estoppel* norte-americano, vêm abandonando a regra da restrição da coisa julgada ao dispositivo da sentença (*supra*, n. 7).

¹⁸⁸ . “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”, n. 1.5, p. 35.

Está portanto na hora de o legislador brasileiro repensar a opção feita no Código de Processo Civil de 1973 (*supra*, n. 5), pois a realidade da vida contemporânea exige um processo mais econômico, efetivo e que produza soluções harmônicas.

A proposta é apresentada *de lege ferenda*, pois não há como sustentar a extensão da coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão sem que haja mudança do direito vigente. A restrição da coisa julgada ao dispositivo da sentença decorre de uma opção política do legislador brasileiro e, ainda que ela não seja a mais acertada, enquanto não sobrevier mudança legislativa é necessário respeitá-la. Construção doutrinária que contrarie a literalidade da lei, a interpretação praticamente unânime que a doutrina e a jurisprudência lhe conferem, e atribua força de coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão com amparo nos princípios da economia processual e da segurança jurídica trará, em realidade, uma afronta a esses princípios. Seriam estimuladas intermináveis discussões perante o Poder Judiciário sobre os méritos da teoria, sua aplicabilidade ao direito brasileiro, os critérios para a identificação dos fundamentos necessários, dentre outros pontos, e as partes não teriam uma segurança mínima quanto ao alcance da coisa julgada.

A demonstração da conveniência de estender a coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão exclui a adoção da teoria de MENCHINI, com a inclusão nos limites objetivos da coisa julgada da “relação jurídica fundamental” (*supra*, n. 8), e da teoria que afirma a existência de questões que somente podem ser discutidas judicialmente como objeto principal do processo (*supra*, n. 9).

Também não há como aplicar tais teorias ao direito vigente. No caso da teoria de MENCHINI, é muito clara a opção do ordenamento jurídico em restringir a coisa julgada ao dispositivo da decisão, com a exclusão de todos os motivos (*supra*, n. 5). Aplicam-se portanto com muito mais razão os argumentos apresentados na Itália por seus opositores (*supra*, n. 8). A segunda teoria, além de enfrentar o óbice da clareza do direito vigente, não fornece critérios minimamente seguros para a identificação das questões que por sua natureza e essência ficariam abrangidas pela coisa julgada.

12.2. causa de pedir

Conforme exposto ao se tratar da extensão da coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão, a busca por soluções que promovam a economia processual, a efetividade do processo e a harmonia das decisões judiciais deve ser conciliada com os princípios constitucionais que conformam o *due process of law*. Essa necessária conciliação afasta as alternativas de ampliação da coisa julgada para que sejam abarcadas causas de pedir que não foram postas em discussão no processo, tal como ocorre nos sistemas norte-americano, espanhol e francês (*supra*, n. 4) e do modo como propõem alguns doutrinadores brasileiros em interpretação do art. 474 do Código de Processo Civil (*supra*, n. 1). Em todos esses casos, a coisa julgada impediria a apreciação de questão nunca antes submetida ao crivo judicial, em afronta aos princípios do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório.

No que pertine à identificação da causa de pedir, o método mais adequado é o da *teoria da substanciação*, identificando-se os fatos essenciais com referência às *fattispecie* de todos os fundamentos jurídicos que possam amparar o acolhimento do pedido. Esse é o método de identificação dos fatos essenciais que proporciona a mais ampla abrangência dos limites objetivos da coisa julgada (*supra*, n. 10). Ao mesmo tempo, não há qualquer sacrifício aos princípios constitucionais relevantes, em especial ao contraditório, pois é franqueada às partes ampla oportunidade para a discussão de todas as alegações de fato apresentadas com a *causa petendi*.

A preferência pela teoria da substanciação, em contraposição à teoria da individuação, está essencialmente relacionada com as funções desempenhadas no processo pelas partes e pelo juiz.

É de toda conveniência deixar às partes a tarefa de delimitar os fatos relevantes ao julgamento da causa, pois seria irracional exigir que o julgador, além de utilizar de seus poderes instrutórios para obter a prova dos fatos, atuasse de forma investigativa para buscar uma realidade que sequer foi alegada no processo. A imparcialidade do juiz ficaria comprometida e seria exigido do Poder Judiciário um dispêndio excessivo de energias, incompatível com as suas funções.¹⁸⁹

¹⁸⁹. Cf. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura novit curia – la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, cap. V, n. 3, p. 89.

De outra parte, é igualmente conveniente que a máxima *iura novit curia* seja aplicada de forma abrangente, sem limitar-se ao específico fundamento jurídico invocado pelo demandante. Essa é uma premissa importante para que a jurisdição cumpra o escopo de aplicar o direito objetivo na sua integralidade e para proporcionar aos jurisdicionados um tratamento isonômico no julgamento das causas.¹⁹⁰ Frise-se ainda que o foco principal do pedido de tutela jurisdicional é a “melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada”,¹⁹¹ pouco importando para as partes, na grande maioria dos casos, o fundamento jurídico que justificará o acolhimento do pedido.¹⁹²

A conveniência de deixar às partes a construção do material fático e de franquear ao julgador ampla liberdade na aplicação do direito impõe a opção pela teoria da substanciação e afasta a teoria da individuação. No caso da teoria eclética, que integra à causa de pedir as alegações de fato e os fundamentos jurídicos invocados pelo demandante, além do inconveniente de limitar o julgador na aplicação do direito, sua adoção impõe uma drástica restrição dos limites objetivos da coisa julgada (*supra*, n. 10), que impede a coisa julgada de cumprir seu objetivo de proporcionar segurança e certeza na aplicação do direito.

¹⁹⁰. Cf. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura novit curia – la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, cap. V, n. 1, pp. 81-85; SATTA, “Iura novit curia”, pp. 380-382.

¹⁹¹. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, n. 39, p. 107.

¹⁹². Conforme observa ORMAZABAL SÁNCHEZ, “a duras penas cabe admitir que la fundamentación jurídica de las pretensiones tenga relación con la voluntad de obtener de los tribunales una cierta tutela. Quien acude a los tribunales pretende conseguir la declaración a su favor de un cierto efecto jurídico, el reconocimiento de una determinada tutela. Difícilmente cabe aceptar que otorgarle o reconocerle dicho efecto jurídico con base en argumentos diferentes de los que esgrimió en el proceso suponga contrariar o suplantar su voluntad en el ejercicio de sus derechos subjetivos (...) Quien acude a los tribunales pone en manos de un letrado la dirección de sus intereses y, en concreto, la fundamentación jurídica de sus pretensiones, y le trae por completo sin cuidado cuál sea el modo en que su letrado argumente o defienda en Derecho sus intereses. Cuando el Estado, personificado en el tribunal, resuelve una contienda entre particulares y otorga la tutela solicitada por el actor con apoyo en fundamentos jurídicos que éste no adujo, en modo alguno está interfiriendo en la autonomía de la voluntad de los particulares o contraviniendo el principio dispositivo, pues, como más tarde se explicará con mayor detalle, no hace otra cosa que secundar la voluntad de dicho actor, para quien la tutela otorgada con fundamento jurídico diverso del solicitado resultará tan preciosa, útil, beneficiosa y satisfactoria – desde luego deseada – como la que se hubiese otorgado sobre la base de su perspectiva jurídica del asunto” (*Iura novit curia – la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, cap. V, n. 3, pp. 89-91).

12.3. pedido

No caso do pedido, são igualmente incompatíveis com os princípios do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório todos os modelos de extensão da coisa julgada a situações da vida que não foram submetidas à apreciação do Poder Judiciário, tal como ocorre no direito norte-americano (*supra*, n. 4) e é proposto por parte da doutrina italiana, ao defender a impossibilidade de pleitear a satisfação de um direito de forma fracionada (*supra*, n. 11). Para a preservação dos referidos princípios os limites objetivos da coisa julgada devem ficar restritos aos pedidos efetivamente apresentados pelo demandante.

CAP. III – LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA E AS DIVERSAS MODALIDADES DE TUTELA JURISDICIONAL

13. premissa: conceito de coisa julgada

Traçadas as linhas gerais do tema dos limites objetivos da coisa julgada, neste capítulo o modelo vigente será enfrentado com referência às peculiaridades das diversas modalidades de tutela jurisdicional presentes no direito brasileiro. Diante das repercussões que o conceito de coisa julgada adotado traz para a definição dos limites objetivos, neste item inicial será feita a opção por um conceito, na medida em que essa opção seja relevante para o tema.

A delimitação do conceito e da função da coisa julgada no sistema processual passa necessariamente pela análise da obra de LIEBMAN. Antes da difusão de sua obra, era corrente a confusão entre a coisa julgada, os efeitos da sentença e sua imperatividade. O debate era travado entre os que definiam a coisa julgada como um efeito da sentença, do qual decorria a sua imutabilidade, e aqueles que a identificavam com o conteúdo declaratório do julgado.¹⁹³ Coube à LIEBMAN esclarecer que a imperatividade decorre da natureza estatal da decisão judicial e não de sua imutabilidade. A sentença vincularia as partes ainda que a coisa julgada não existisse, pois autoriza o uso da força para impor o decidido sempre que não houver o cumprimento espontâneo. Quanto aos efeitos da sentença, demonstrou que eles guardam pertinência com a pretensão do demandante e se restringem aos efeitos declaratório, constitutivo e condenatório.¹⁹⁴ A equiparação da coisa julgada a esses efeitos misturaria na classificação situações desvinculadas de um critério homogêneo. Finalmente, repudiou a identificação da coisa julgada com o conteúdo declaratório da sentença, concepção que sem qualquer justificativa

¹⁹³. Para uma resenha sobre as diversas teorias que se sucederam no tempo a respeito da coisa julgada, cf. LIEBMAN, “Giudicato”, nn. 4.1-4.11, pp. 6-8.

¹⁹⁴. Em nada interfere no raciocínio a ampliação desses efeitos para somá-los dos efeitos *executivo* e *mandamental*.

restringiria a imutabilidade a um dos efeitos, sem conferir igual predicado aos demais. Expostas essas premissas, LIEBMAN definiu a coisa julgada como uma qualidade da sentença e de seus efeitos, um atributo que os torna imutáveis, insuscetíveis de questionamento ulterior. A sentença produz efeitos e é imperativa por si própria; a inserção da coisa julgada no sistema tem por objetivo conferir estabilidade a esses efeitos, para a tutela da certeza e da segurança jurídica.¹⁹⁵

As idéias de LIEBMAN não foram unanimemente acolhidas na doutrina.¹⁹⁶ Percuciente crítica é trazida por BARBOSA MOREIRA, para quem a coisa julgada não é uma qualidade dos efeitos da sentença, mas de seu *conteúdo*.¹⁹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA adere a esse entendimento e complementa observando que o conteúdo da sentença é integrado por sua *eficácia*, por aqueles elementos contidos na sentença que a tornam apta a produzir efeitos no mundo da vida.¹⁹⁸ Tais ponderações são entretanto irrelevantes para os fins desta tese. Importa firmar posição entre a extensão da coisa julgada à integralidade dos efeitos (LIEBMAN), do conteúdo (BARBOSA MOREIRA), da eficácia (ALVARO DE OLIVEIRA), ou restringi-la a uma parte específica, opção que poderá repercutir na definição dos limites objetivos da coisa julgada.

A questão remete à teoria que restringe a coisa julgada à declaração. LIEBMAN advertiu que a concepção tem por conseqüência lógica necessária a viabilidade de rediscussão do efeito executivo das sentenças condenatórias e do efeito modificativo das

¹⁹⁵. Cf. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, §§ 2º ss., pp. 19 ss. e “Giudicato”, n. 1.1, p. 1; n. 4.10, p. 8.

¹⁹⁶. Observa PUGLIESE que a teoria de LIEBMAN “incontrò dapprima netta opposizione, ma successivamente ottenne il conforto di varie adesioni, giungendo fino a influenzare in modo indiretto una parte notevole della moderna dottrina italiana” (“Giudicato civile (dir. vig.)”, n. 8, p. 810). Na doutrina atual, a tese de LIEBMAN é acolhida, dentre outros, por FAZZALARI (“Il camino della sentenza e della ‘cosa giudicata’”, n. 1, pp. 590-591), LUISO (*Diritto processuale civile*, vol. I, n. 18.1, p. 146) e RICCI (“Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza”, pp. 89-92).

¹⁹⁷. Cf. “Ainda e sempre a coisa julgada”, n. 7, pp. 141-143, “Coisa julgada e declaração”, p. 89 e “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, pp. 108-113. Dentre outros, CRUZ E TUCCI (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, n. 6.7, pp. 90-92) e TALAMINI (*Coisa julgada e sua revisão*, nn. 2.1.3-2.1.7, pp. 32-46) concordam com BARBOSA MOREIRA, que, no entanto, é criticado por BEDAQUE (*Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, n. 28.2, pp. 130-132).

¹⁹⁸. Cf. “Direito material, processo e tutela jurisdicional”, p. 777.

sentenças constitutivas,¹⁹⁹ mas a tese manteve grande prestígio na doutrina italiana.²⁰⁰ No Brasil, foi defendida entre outros por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA,²⁰¹ que a sustentou em conhecido debate travado com BARBOSA MOREIRA. Os argumentos apresentados por LIEBMAN²⁰² e BARBOSA MOREIRA²⁰³ parecem suficientes para refutar a restrição da coisa julgada à declaração, mas, em realidade, o tema é irrelevante para definir os limites objetivos da coisa julgada. Os autores que, como OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, restringem a coisa julgada à declaração, extraem como conseqüência da imunização da declaração a impossibilidade de modificação dos efeitos condenatório e constitutivo, ou, como prefere o processualista gaúcho, dos efeitos condenatório, constitutivo, executivo e mandamental.²⁰⁴ As conseqüências práticas para a definição da abrangência da imutabilidade são, portanto, idênticas.²⁰⁵

¹⁹⁹. LIEBMAN é claro ao colocar o problema: “l’art. 2909 c.c. dispone che sia vincolante (‘fa stato’) l’accertamento contenuto nella sentenza, ma così disponendo *minus dixit quam voluit*, non potendosi dubitare che i concreti provvedimenti conseguenti all’accertamento sono anch’essi coperti dal giudicato. Se, per. es. dopo il passaggio in giudicato di una sentenza di condanna, il condannato (senza contestare l’accertamento) pretendesse di rimettere in discussione l’efficacia esecutiva della sentenza, che è l’effetto specifico della condanna, urterebbe contro l’eccezione di cosa giudicata; e analogamente per l’effetto modificativo di una sentenza costitutiva” (“Giudicato”, n. 6.1, pp. 12-13).

²⁰⁰. Cf. ATTARDI, “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”, n. 2, pp. 480-481; FALZEA, “Efficacia giuridica”, n. 56, p. 187; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 9, p. 101; MENCHINI, *Il giudicato civile*, cap. II, n. 5, pp. 46-48; PUGLIESE, “Giudicato civile (dir. vig.)”, n. 8, pp. 811-812.

²⁰¹. Também defendem a restrição da coisa julgada à declaração contida na sentença ARAKEN DE ASSIS (*Eficácia civil da sentença penal*, n. 23, pp. 131-134), CELSO NEVES (*Cosa julgada civil*, pp. 443 ss.), PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. V, pp. 122-143) e SÉRGIO PORTO (*Cosa julgada civil*, n. 4.5, pp. 74-79).

²⁰². Cf. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, § 2º, pp. 19 ss.

²⁰³. Cf. “Coisa julgada e declaração”, pp. 81-89 e “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, pp. 99-113.

²⁰⁴. Cf. “Eficácias da sentença e coisa julgada”, pp. 71-102 e “Conteúdo da sentença e coisa julgada”, pp. 163-183.

²⁰⁵. Nesse sentido, cf. MUNHOZ DA CUNHA, “Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada”, n. 3, p. 366; THEODORO JR., “Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória”, n. 10, pp. 94-94. O próprio BARBOSA MOREIRA, ao criticar as teorias que restringem a coisa julgada à declaração e apontar as conseqüências práticas que essa restrição traria, observa que “na verdade, cumpre observar, ninguém tira aqui as conseqüências rigorosas (e absurdas) que seria lícito prever. Para todos os efeitos práticos, reconhece-se que, passada em julgado a sentença constitutiva, a modificação por ela produzida já não pode ser objeto de contestação juridicamente relevante” (“Coisa julgada e declaração”, p. 83).

Posta a premissa de que todos os efeitos da sentença ficam abrangidos pela coisa julgada, nos próximos itens serão enfrentadas as peculiaridades de cada modalidade de tutela frente ao problema dos limites objetivos da coisa julgada.

14. sentença declaratória

A tutela declaratória visa a eliminar uma crise de certeza, com a definição sobre a existência, inexistência ou modo de ser de uma situação jurídica. É admitida no ordenamento jurídico brasileiro de forma ampla e irrestrita (CPC, art. 4º).²⁰⁶

Conforme já referido, todas as sentenças prestam tutela declaratória, isolada ou agregada de algum outro efeito (*supra*, n. 13). As considerações expostas adiante valem portanto não somente para as sentenças que respondem a um pedido de tutela meramente declaratória, positiva ou negativa, mas também para o conteúdo declaratório de sentenças de outra natureza e para todas as sentenças de improcedência, que sempre serão meramente declaratórias.

A propósito das sentenças de improcedência, MESQUITA defende que não há a produção de *efeito declaratório*, pois o réu não apresenta pedido e a decisão de simples rejeição da demanda do autor não produz tal efeito. Em decorrência, o julgamento não interferiria na situação de direito material existente entre as partes.²⁰⁷ É pertinente a crítica apresentada à teoria por BONDIOLI, que, em prestígio à efetividade da tutela jurisdicional e crítica ao viés metodológico do *processo civil do autor*, vê “embutida em todo processo, no mínimo, uma ação declaratória negativa do direito invocado pelo autor, que traz para o réu, na hipótese de improcedência da demanda, sentença declaratória nesse sentido”.²⁰⁸ Não há aqui uma exceção à regra de que a simples defesa não amplia o objeto do processo (*supra*, n. 1). Nos limites que serão especificados adiante, a “ação declaratória negativa do direito invocado pelo autor” integra o objeto do processo como decorrência da demanda inicial e o réu será beneficiado ainda que haja revelia.

²⁰⁶. A única exceção diz respeito à tutela declaratória referente a *atos*, que somente é admissível caso se trate de verificar a autenticidade ou falsidade de um documento (CPC, art. 4º, inc. II).

²⁰⁷. Cf. *Coisa julgada*, cap. I, nn. 1-7, pp. 1-19.

²⁰⁸. *Reconvenção no processo civil*, n. 7, p. 49.

Definido que tanto as sentenças de procedência quanto as de improcedência trazem uma declaração que ficará imunizada pela coisa julgada, é fundamental ter em mente na análise a ser empreendida a opção do direito brasileiro por delimitar a causa de pedir a partir dos fatos essenciais alegados na petição inicial, em aplicação da teoria da substanciação (*supra*, nn. 10 e 12.2). Esse é um dado importante, pois muitas das considerações da doutrina estrangeira a respeito dos limites objetivos da coisa julgada na tutela declaratória partem da identificação da causa de pedir com o *direito* invocado pelo autor, na esteira da teoria da individuação.

Posta essa premissa, quando julgada *procedente* a demanda declaratória, a declaração a respeito da situação jurídica que constitui objeto do processo ficará imune a qualquer questionamento ulterior. Somente será possível questionar a declaração se forem rompidos os *limites temporais da coisa julgada*, pois a dinâmica dos direitos propicia a ocorrência de fatos supervenientes que podem interferir na situação declarada.

É corrente na doutrina a afirmação da viabilidade de a situação jurídica imunizada pela coisa julgada ser superada por fatos supervenientes que repercutam no seu modo de ser. As dúvidas surgem na delimitação do marco que separa os *fatos pretéritos* dos *fatos supervenientes*. Os fatos anteriores à propositura da demanda são certamente pretéritos. Também não existem dúvidas de que os posteriores à formação da coisa julgada são supervenientes. Há zona cinzenta quanto aos fatos manifestados no decorrer do processo. Quanto a estes, a coisa julgada abrangerá os fatos ocorridos até o último momento em que a parte interessada poderia alegá-los eficazmente,²⁰⁹ momento que no direito brasileiro coincide com a “conclusão dos autos antes da decisão da fase recursal ordinária (apelação, reexame necessário, recurso ordinário em sentido estrito...)”.²¹⁰

Ao tratar da impossibilidade de se questionar a declaração decorrente do julgamento de procedência, a doutrina italiana parte das premissas da teoria da individuação. Identificada com o direito, a causa de pedir nas demandas declaratórias sempre abarcará todas as possíveis alegações referentes à constituição e extinção da

²⁰⁹. Cf. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cap. IV, n. 4, pp. 121-127; LUISO, “Rinnovazione dell’atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata”, n. 4, p. 560.

²¹⁰. TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.4.1, p. 89.

situação jurídica objeto do processo, sem haver margem para ulteriores questionamentos.²¹¹ A amplitude da causa de pedir permitiu a formulação do princípio do *oposto contrário*, que reputa equivalentes as demandas de *sinais trocados*, pouco importando em termos de resultado se “A” pede a declaração da inexistência do direito de “B” ou “B” pede a declaração da existência de seu direito perante “A”.²¹² Aplicado o princípio do *oposto contrário*, a função negativa da coisa julgada é suficiente para impedir a propositura de demanda declaratória positiva pelo réu vencido em demanda declaratória negativa ou vice-versa.

A diversa conformação da causa de pedir no direito brasileiro impede a aplicação de idêntico raciocínio. Nas demandas *declaratórias negativas*, a causa de pedir restringe-se aos fatos alegados como fundamento da inexistência, extinção ou modificação da situação jurídica, enquanto nas *declaratórias positivas* a causa de pedir é identificada pelos fatos relevantes à formação da situação que se pretende ver declarada.²¹³

²¹¹. Cf. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 16, p. 187; ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cap. IV, n. 5, pp. 298-299 e 303.

²¹². Cf. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 12, pp. 279-283. ROMANO contesta a validade teórica do princípio, pois lhe parece que as demandas de *sinais trocados* são idênticas e portanto se manifestaria sem maiores peculiaridades a função negativa da coisa julgada (*L'azione di accertamento negativo*, cap. II, n. 2, p. 96). Na Alemanha, a doutrina confere maior amplitude ao *oposto contrário*, estendendo os limites objetivos da coisa julgada além do objeto do processo e da sentença: “com a determinação dum efeito jurídico, é simultaneamente negado exactamente o seu inverso (‘contraditório’), inconciliável com ele (BGB NJW 95, 967 e seg.), por ex., com a *afirmação* da propriedade ou sucessão exclusiva de K, ao mesmo tempo nega-se a de B. Isto é de assinalar, porque o objecto do litígio era apenas a propriedade de K – não (também) a de B. Contudo, com a determinação da propriedade de K é necessariamente negada a propriedade de B. Assim, justifica-se, e é exigível do réu, a extensão dos limites do caso julgado para além do objecto do litígio” (LENT-JAUERNIG, *Zivilprozeßrecht*, § 63, pp. 323-324). No mesmo sentido, cf. LEIBLE, *Proceso civil alemán*, p. 350.

²¹³. Para TALAMINI, “quando se pede a declaração da existência de um direito, estão abrangidos, nos limites do fundamento apresentado, todos os fatos que possam conduzir à constatação de inexistência, extinção, modificação ou impedimento desse direito. Nesse âmbito, tem-se uma causa de pedir abrangente, pois, para que haja o julgamento de procedência, pressupõe-se o afastamento de todo e qualquer motivo que possa conduzir à inexistência, invalidade ou ineficácia do direito” (*Cosa julgada e sua revisão*, n. 2.3.1, p. 75). Em realidade, a causa de pedir de demanda em que se pede a declaração de existência de um direito é formada exclusivamente pelos fatos constitutivos do direito e o julgamento de improcedência não pressupõe “o afastamento de todo e qualquer motivo que possa conduzir à inexistência, invalidade ou ineficácia do direito”. Independentemente de qualquer pressuposição ou presunção, as alegações que pudessem ser apresentadas em defesa tornam-se irrelevantes após o trânsito em julgado e, apesar de não integrarem a causa de pedir, a eficácia preclusiva impedirá a propositura de demanda fundada em alguma dessas alegações e que traga resultado incompatível com a coisa julgada (*infra*, nn. 18-19).

É em decorrência inadmissível falar em *oposto contrário* e a simples vedação à propositura de demanda idêntica não basta para impedir que o réu vencido proponha demanda de *senal trocado*. O óbice à propositura de demanda declaratória positiva pelo perdedor em demanda declaratória negativa e de demanda declaratória negativa pelo perdedor em demanda declaratória positiva decorre da eficácia preclusiva da coisa julgada, que impede a propositura de demandas incompatíveis com a decisão transitada em julgado (*infra*, n. 19).²¹⁴

As considerações trazidas na doutrina italiana a respeito do conteúdo da declaração produzida no julgamento de *improcedência* da demanda declaratória fundam-se igualmente nas premissas da identificação da causa de pedir com o direito a que se refere o pedido e da conseqüente equivalência entre as demandas declaratórias de *senais trocados*. A improcedência da demanda declaratória negativa equivaleria à procedência da declaratória positiva e a improcedência da demanda declaratória positiva equivaleria à procedência da demanda declaratória negativa, com a superação de todas as incertezas pertinentes à situação jurídica discutida.²¹⁵

Mais uma vez, o raciocínio não vale para a realidade do direito brasileiro. Como a causa de pedir restringe-se aos fatos efetivamente invocados pelo autor, na demanda *declaratória negativa* não haverá oportunidade para discussão acerca de todos os fatos relevantes à declaração da existência da situação jurídica, não sendo portanto possível extrair de uma sentença de improcedência declaração nesse sentido. Na *declaratória positiva*, o contraditório ficará restrito aos fatos invocados na causa de pedir proposta pelo autor. O julgamento de improcedência não trará uma definição sobre a inexistência da situação jurídica, pois não ficarão excluídos outros possíveis fundamentos que possam vir amparar a declaração de existência.

²¹⁴. ARAKEN DE ASSIS defende solução diversa. Por não vislumbrar na eficácia preclusiva o impedimento à propositura pelo réu de demandas incompatíveis com a decisão transitada em julgado, afirma a necessidade de ser superada a teoria dos três *eadem* e integrar nos limites objetivos da coisa julgada o *oposto contrário*, permitindo-se assim que a função negativa da coisa julgada impeça a propositura pelo réu de demanda que frustre a tutela concedida ao autor vitorioso (*Eficácia civil da sentença penal*, n. 24.1, pp. 138-139).

²¹⁵. Cf. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 7º, p. 176; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 20, p. 230.

É possível que em algumas situações a sentença de improcedência da demanda declaratória positiva impeça a propositura pelo autor de outras demandas em que se apresente idêntico pedido. Por exemplo, pleiteada a declaração de validade de um contrato, o julgamento de improcedência fundado em uma causa de nulidade impedirá qualquer discussão futura quanto à validade. A abrangência do impedimento nessa situação decorre da aptidão de uma única causa de nulidade do contrato para superar qualquer discussão a respeito da validade. A peculiaridade está no direito material, sem que haja qualquer exceção à regra de restrição da coisa julgada à causa de pedir efetivamente invocada pelo demandante. Noutras situações, o direito material permite a propositura de demanda declaratória positiva que apresente o mesmo pedido de outra já julgada, sempre que alterada a causa de pedir. A título de exemplo, julgada improcedente demanda em que se peça a declaração do direito de propriedade com fundamento em contrato de compra e venda, a coisa julgada não impedirá a propositura de ulterior demanda com o pedido de reconhecimento do direito com fundamento na usucapião.

Por estar vinculada à causa de pedir, a sentença de improcedência declarará apenas que os fatos alegados com a petição inicial não são aptos ao reconhecimento da situação jurídica objeto do pedido. Em decorrência, a coisa julgada ficará limitada a impedir que seja travada nova discussão com referência aos mesmos fatos.²¹⁶

Será portanto admissível a propositura de ulterior demanda pelo autor vencido sempre que apresentar nova causa de pedir (*supra*, nn. 10 e 12.2), que poderá ser formada por *fato superveniente* que repercuta no específico fundamento que motivou o julgamento de improcedência²¹⁷ ou por fatos existentes na época em que proposta a primeira demanda mas que não foram invocados pelo demandante.

²¹⁶. Cf. BONDIOLI, *Reconvenção no processo civil*, n. 12.1, pp. 128-135; TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.3.1, p. 76 e “‘Sentença que reconhece obrigação’, como título executivo (CPC, art. 475-N, I – acrescido pela lei 11.232/2005)”, n. 9, p. 35. Apesar de defender que a sentença de improcedência não produz efeito declaratório, MESQUITA pondera que, se algum efeito fosse produzido, ele estaria circunscrito aos referidos limites (*Coisa julgada*, cap. IV, n. 3, pp. 81-86).

²¹⁷. Não basta a ocorrência de um fato superveniente, é necessário que “il fatto sopravvenuto coincida com il motivo per cui la domanda è stata rigettata (*rectius*, per cui l’effetto giuridico è stato dichiarato inesistente)” (LUISO, “Rinnovazione dell’atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata”, n. 5, p. 560). Nessa linha, cf. ATTARDI, “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”, n. 11, pp. 503-508; BUONCRISTIANI, *L’allegazione dei fatti nel processo civile*, cap. II, n. 6, pp. 61-63; CAPONI, *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*, pp. 309 ss.; CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, vol. I, p. 503.

15. sentenças condenatória, executiva e mandamental

A tutela *condenatória* responde à demanda por uma *prestação*. A sentença que concede a tutela contém a declaração de existência do direito do demandante e a imposição da sanção executiva, que autoriza a execução na hipótese de o direito reconhecido não ser satisfeito voluntariamente. A tutela *executiva* é espécie de tutela condenatória, com a diferença de sua satisfação coercitiva ocorrer no mesmo processo em que prestada a tutela cognitiva. Finalmente, a tutela *mandamental* incorpora uma ordem do órgão jurisdicional para que o demandado faça ou deixe de fazer algo.²¹⁸

Ao revogar o art. 584, inc. I do Código de Processo Civil, que atribuía eficácia executiva à “sentença condenatória proferida no processo civil”, e substituí-lo pelo art. 475-N, inc. I, que concede a mesma eficácia à “sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”, a lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, parece atribuir eficácia executiva à tutela declaratória, pondo em séria dúvida a diferença entre tal tutela e a condenatória. É nesse sentido a opinião de parte da doutrina.²¹⁹ Mas a conclusão é obstada por uma vicissitude do processo legislativo que deu origem à referida lei. No texto aprovado pela Câmara dos Deputados, o art. 475-N, inc. I, qualificava como título executivo a sentença *condenatória*. O texto sancionado resulta de emenda do Senado, realizada a título de mera alteração de redação, e não houve o retorno do projeto à Câmara para a aprovação da emenda. Em decorrência, “de duas uma: a) ou a emenda introduzida pelo Senado Federal sem ulterior votação na Câmara dos Deputados peca por *inconstitucionalidade*, havendo sido violada a severa regra do bicameralismo brasileiro (Const., art. 65, par.) – e, por esse motivo não chegou a ingressar eficazmente na ordem jurídica; b) ou essa foi realmente mera *emenda de redação*, e portanto não alterou o significado e extensão da disposição que estava no projeto, devendo-se ler o dispositivo como estava antes, ou seja, como se dissesse simplesmente *sentença condenatória*”.²²⁰

²¹⁸. Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, nn. 904 ss., pp. 223 ss.; LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, nn. 45-51, pp. 152-167; YARSHELL, *Tutela jurisdicional*, cap. 5, nn. 8-12, pp. 142-164; TERESA WAMBIER – MEDINA, *O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização*, n. 3.6.2, pp. 145-150.

²¹⁹. Cf. DIDIER JR., “A sentença meramente declaratória como título executivo – aspecto importante da reforma processual civil brasileira de 2005”, pp. 245-251; THEODORO JR., *As novas reformas do Código de Processo Civil*, n. 5.1.6, pp. 158-160.

²²⁰. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, n. 1.462-A, p. 247. No mesmo sentido, cf. SCARPINELLA BUENO, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, n. 16.1, pp. 132-133; TALAMINI, “‘Sentença que reconhece obrigação’, como título executivo (CPC, art. 475-N, I – acrescido pela lei 11.232/2005)”, pp. 19-43.

Como referido ao início deste capítulo, todos os efeitos da sentença ficam abrangidos pela coisa julgada, sendo inadmissível, por exemplo, que decisão proferida em processo ulterior subtraia o efeito condenatório de uma sentença transitada em julgado (*supra*, n. 13).

A única peculiaridade digna de nota em relação às tutelas condenatória, executiva e mandamental diz respeito às obrigações de fazer e não fazer. Na interpretação que a doutrina confere aos §§ 5º e 6º do art. 461 do Código de Processo Civil, é admissível, mesmo após o trânsito em julgado, a alteração do valor e periodicidade da *multa coercitiva* imposta na sentença ou da *medida de apoio* reconhecida como adequada para proporcionar a satisfação do direito. Alguns enfrentam o problema com foco nos limites temporais da coisa julgada e condicionam a alteração à ocorrência de fatos supervenientes que legitimem um novo pronunciamento judicial.²²¹ No entanto, as normas referidas em realidade impedem a formação de coisa julgada quanto ao modo de efetivação da decisão, sendo sempre admissível utilizar todos os instrumentos previstos no ordenamento jurídico para proporcionar a satisfação do direito. A eficácia que se agrega à declaração e torna admissível a utilização de tais instrumentos não pode ser subtraída da decisão, mas o modo de implementá-la não é definido de forma imutável.²²²

No caso de decisão que fixa multa periódica, a alteração do valor ou periodicidade da multa produz efeitos *ex nunc*. No exato momento em que incide, a multa passa a integrar o patrimônio de seu beneficiário e, em decorrência, uma modificação com efeitos retroativos violaria o princípio do direito adquirido (CF, art. 5º, inc. XXXVI). Retirar a multa do alcance da coisa julgada não tem a conseqüência de tornar possível apagar os efeitos produzidos pela decisão até o momento em que ela for modificada.²²³

²²¹. Cf. GRINOVER, “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”, n. 7, p. 75.

²²². Cf. MARINONI-ARENHART, *Curso de processo civil*, vol. III, n. 5.4.1.10, pp. 83-84 e nn. 3.5-3.6, pp. 176-177; TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, n. 9.5.1, pp. 245-246; TERESA WAMBIER – MEDINA, *O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização*, nn. 3.6.4-3.6.5, pp. 152-168.

²²³. Cf. TERESA WAMBIER – MEDINA, *O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização*, n. 3.6.6, pp. 168-169.

16. sentença constitutiva

A tutela constitutiva responde à denominada *crise das situações jurídicas*, com a *criação, reconstituição, modificação* ou *extinção* de uma situação jurídica. A sentença que presta tutela constitutiva sempre conterà uma declaração, na qual é reconhecido o direito à nova situação imposta no momento lógico seguinte.²²⁴ Dada a extensão da coisa julgada a todos os efeitos da sentença (*supra*, n. 13), tanto a *declaração* quanto a *constituição* da nova situação jurídica ficarão imunizadas contra questionamentos futuros.

Fixadas tais premissas, os limites objetivos da coisa julgada da tutela constitutiva podem ser traçados sem maiores dificuldades. Acolhido o pedido, a coisa julgada não impedirá o autor vencedor de propor outra demanda, com o mesmo pedido, fundada em diferente causa de pedir. No entanto, não haverá o necessário interesse de agir para a apreciação do mérito, pois o resultado prático almejado já foi alcançado no processo anterior. O réu perdedor não poderá questionar o resultado propondo demanda com fundamento em matéria que poderia ter sido apresentada em defesa, pois estará impedido pela eficácia preclusiva da coisa julgada (*infra*, n. 19). Na hipótese de a demanda constitutiva ser julgada improcedente, a sentença terá natureza meramente declaratória, aplicando-se portanto as considerações já expostas a respeito do conteúdo da sentença declaratória de improcedência (*supra*, n. 14).

²²⁴. Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 924, pp. 256-257; YARSHELL, *Tutela jurisdicional*, cap. 5, n. 9, p. 146.

CAP. IV – EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

17. a eficácia preclusiva na teoria geral do direito

Para uma adequada compreensão da eficácia preclusiva da coisa julgada é conveniente uma prévia análise do conceito de *eficácia preclusiva* elaborado por ANGELO FALZEA ao tratar das *transformações das situações jurídicas*, dada a referência feita a esse conceito nas obras de MACHADO GUIMARÃES e BARBOSA MOREIRA (*infra* n. 19).

A transformação de uma situação jurídica tem como causa uma opção normativa, sendo o resultado de um juízo de conveniência do legislador a respeito da adequação da situação a uma nova realidade. Classificadas as transformações com referência à eficácia da nova situação jurídica perante a situação anteriormente existente, é possível subdividi-las em *constitutiva*, *declaratória* e *preclusiva*.

Na grande maioria dos casos as transformações ostentam *eficácia constitutiva*. A nova situação *diverge* da preexistente, com o nascimento, a modificação ou a extinção de uma situação jurídica.²²⁵

Há situações, no entanto, em que a nova situação *converge* no essencial com a pregressa, manifestando *eficácia declaratória*. A transformação traz alguma mudança, mas ela não afeta a estrutura e a substância da situação,²²⁶ que é apenas *reforçada*, *especificada* ou *enfraquecida*.

O *reconhecimento do direito* exemplifica o efeito de *reforço*. Não há uma modificação na substância da situação jurídica e, sem entrar na análise de efeitos acessórios, como a constituição de prova para a defesa do direito em juízo, o reconhecimento tem por efeito proteger o direito contra o desgaste ocasionado pelo tempo, impedindo a prescrição ou a aquisição da propriedade de um bem por usucapião. O direito não muda, é simplesmente reforçado, e essa realidade apenas é perceptível caso se compare a situação decorrente do reconhecimento do direito com a virtual hipótese de este não ter ocorrido.

²²⁵. Cf. FALZEA, “Efficacia giuridica”, n. 49, pp. 146-153.

²²⁶. Cf. FALZEA, “Efficacia giuridica”, n. 50, pp. 153-159.

O efeito declaratório de *especificação* da situação jurídica produz-se quando há uma simples determinação de seu conteúdo. É o que ocorre no contrato de mandato celebrado em termos genéricos. Na medida das necessidades do mandante são passadas ao mandatário instruções a respeito do modo como deverá atuar no cumprimento do contrato, sem que tais instruções importem a constituição de uma nova relação jurídica. A obrigação do mandatário tem fundamento no contrato genérico; há apenas uma especificação de conteúdo. Há *enfraquecimento* da situação jurídica nas hipóteses de ineficácia relativa de um direito, decorrente do conflito com outro direito subsequente. É o caso da relação entre o direito de propriedade e a hipoteca. A propriedade não sofre alteração em seus caracteres essenciais com a constituição de uma hipoteca, mas o direito é enfraquecido.²²⁷

Ao contrário das eficácias constitutiva e declaratória, que respondem à exigência de continuidade do direito e preservam no tempo a sucessão e harmonia das situações jurídicas, a *eficácia preclusiva* manifesta-se independentemente de qualquer consideração a respeito da inovação ou conservação da situação jurídica anterior. Para a segurança e praticidade da vida em sociedade, a válida constituição de uma nova situação jurídica não pode depender da investigação *ad infinitum* do passado. A *eficácia preclusiva* responde a essa exigência rompendo com o passado e tornando-o irrelevante para determinar a validade da nova situação perante o direito. Ela impõe um limite à continuidade e prestigia a segurança jurídica, ao *estabilizar situações consolidadas* no tempo ou *eliminar conflitos* que impeçam sua plena atuação.²²⁸

No grupo dos fatos preclusivos encontram-se a prescrição e a usucapião. Caracterizada, por exemplo, a prescrição, todo o passado a respeito da situação precedente torna-se irrelevante. Não interessa se a relação jurídica efetivamente existiu, se o crédito foi satisfeito ou se estavam presentes outras causas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito que pudessem obstar sua satisfação. Ao tornar o passado irrelevante, a prescrição, ao mesmo tempo, extingue o direito pendente, reforça a extinção do direito que já estava extinto e impede a discussão do direito que sequer existiu.²²⁹

²²⁷. Cf. FALZEA, “Efficacia giuridica”, nn. 51-53, pp. 159-167.

²²⁸. Cf. FALZEA, “Efficacia giuridica”, n. 54, pp. 167-171.

²²⁹. Cf. FALZEA, “Efficacia giuridica”, n. 55, pp. 171-178. Para uma análise crítica da relação entre prescrição e eficácia preclusiva, cf. CARRESI, “Gli effetti del contratto”, n. 10, pp. 510-513; TROISI, *La prescrizione come procedimento*, n. 10, pp. 76-78.

Finalmente, para a tutela da segurança na aplicação do direito também produzem eficácia preclusiva os modos previstos em lei para a solução de conflitos a respeito da existência ou do conteúdo das situações jurídicas, com especial realce para a coisa julgada e a transação. Ocorrido algum desses fatos jurídicos preclusivos, a incerteza antes existente torna-se irrelevante.

O ordenamento processual é estruturado para a sentença refletir a realidade existente anteriormente à instauração do processo, com a prestação de uma tutela jurisdicional equivalente à espontânea satisfação da pretensão da parte que tiver razão. Formada a coisa julgada, não importa se esse objetivo foi ou não alcançado. O efeito preclusivo torna juridicamente indiferente a correspondência entre a disciplina prevista na sentença e a situação jurídica pregressa. Esse é o equilíbrio instituído pelo ordenamento jurídico entre as exigências de justiça e segurança na aplicação do direito. A justiça é resguardada pelas oportunidades concedidas às partes no processo para sustentarem e comprovarem suas pretensões; a segurança é implementada pela coisa julgada, que coloca um ponto final na discussão.

Ostentasse a coisa julgada eficácia declaratória, sempre seria possível questioná-la por não haver correspondência entre a situação jurídica disciplinada na sentença e a situação anterior. Atribuir-lhe eficácia constitutiva significaria afirmar que sempre e invariavelmente a sentença modifica os caracteres essenciais da situação jurídica apreciada. Como pode ocorrer uma ou outra coisa e, para o direito, após a formação da coisa julgada é irrelevante o que efetivamente ocorreu, FALZEA qualifica-a como um fato jurídico dotado de eficácia preclusiva.²³⁰

A mesma ordem de considerações vale para a transação. As concessões recíprocas que estão na base do instituto significam apenas que as partes cederam em relação às suas pretensões. É irrelevante o fato de a situação resultante da transação ser ou não idêntica à pregressa.²³¹

²³⁰. Cf. “Efficacia giuridica”, n. 56, pp. 178-191.

²³¹. Cf. FALZEA, “Efficacia giuridica”, n. 57, pp. 191-194.

A definição da coisa julgada com referência à noção de eficácia preclusiva despertou críticas na doutrina italiana. Alguns questionaram a autonomia conceitual da eficácia preclusiva frente à constitutiva²³² ou afirmaram que ao direito é irrelevante a conformidade da declaração contida na sentença com a situação anterior, pois juridicamente a realidade preexistente é aquela declarada na sentença.²³³ Outros observaram que a construção de FALZEA explica parcialmente a coisa julgada – a análise é restrita ao impedimento de ulterior reapreciação da mesma causa, sem haver referência à função positiva da coisa julgada.²³⁴

Ainda que padeça dessas imperfeições, a teoria é expressiva em demonstrar a ruptura trazida com a formação da coisa julgada e a impossibilidade de rediscutir as premissas de uma decisão transitada em julgado com o objetivo de modificar o decidido.

18. eficácia preclusiva da coisa julgada

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939 MACHADO GUIMARÃES elaborou estudo que influenciou decisivamente a atual concepção da doutrina brasileira acerca da eficácia preclusiva da coisa julgada. Após distinguir preclusão, coisa julgada formal e coisa julgada material, afirma que “com outro e diferente significado técnico é usado o termo ‘preclusão’, já agora, não para designar fato (omissivo) apto a constituir determinadas situações processuais (e, entre estas, a coisa julgada formal e a coisa julgada substancial), mas para indicar um característico efeito dessas mesmas situações processuais”.²³⁵ Esse efeito característico, denominado eficácia preclusiva, seria inerente a toda situação processual que gere algum tipo de estabilidade. Na *preclusão* a eficácia preclusiva é definida como endoprocessual, por restringir-se ao processo em que opera, e é limitada às questões de fato. Em se tratando da coisa julgada formal, a eficácia

²³². Cf. FERRI, “Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata”, n. 4, pp. 434-436; FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cap. V, n. 41, pp. 248-249; n. 43, pp. 252 ss.; VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, nn. 26-27, pp. 107-108.

²³³. Cf. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cap. III, n. 4, pp. 66-67.

²³⁴. Cf. LIEBMAN, “Giudicato”, n. 4.11, p. 8; PUGLIESE, “Giudicato civile (dir. vig.)”, n. 13, pp. 827-828.

²³⁵. “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, n. IX, p. 15.

preclusiva é igualmente endoprocessual, mas abrange questões de fato e de direito. Já a eficácia preclusiva da coisa julgada material é a mais ampla possível, “pois opera não só no mesmo processo como também em outros processos relativos à mesma lide ou a outras lides logicamente subordinadas”.²³⁶

Ao traçar os contornos do fenômeno, MACHADO GUIMARÃES observa que a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge as questões deduzidas e dedutíveis que possam influir no teor da decisão transitada em julgado, impedido a rediscussão da causa. Adiante, complementa que “essas premissas são atingidas pelo *efeito preclusivo da coisa julgada*, mas não adquirem elas próprias, autoridade de coisa julgada (...) só na hipótese de novo processo visando diminuir ou extinguir os efeitos da anterior sentença imutável, não poderão aquelas questões ser novamente suscitadas”.²³⁷

Em análise específica da impossibilidade de se discutir a decisão invocando um fundamento não deduzido no processo, afirma a impropriedade da vetusta noção de julgamento implícito, pois somente há julgamento “sobre o que as partes deduziram e o juiz conheceu”, e conclui que o impedimento não decorre da coisa julgada. O impedimento é explicado pela eficácia preclusiva da coisa julgada, nestes termos: “todas as questões – as deduzidas e as deduzíveis – que constituam premissas necessárias da conclusão, *considerar-se-ão decididas*, não no sentido de revestidas da autoridade da coisa julgada, mas no sentido de se tornarem irrelevantes, se vierem a ser ressuscitadas com a *finalidade* de elidir a *res iudicata*”.²³⁸

²³⁶. “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, n. IX, pp. 15-16.

²³⁷. “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, n. XV, p. 21.

²³⁸. “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, n. XVI, p. 22. No mesmo sentido as idéias há muito expostas por CHIOVENDA: “la preclusione finale ha per effetto di escludere la proponibilità di tutte le questioni, fatte o non fatte, decise o non decise, che abbiano per fine di rimettere in contestazione il bene che fu oggetto della pronuncia, che in altri termini tendano a fare accogliere una domanda respinta o a far respingere una domanda accolta. E ciò avviene non già perchè sulle questioni non decise sia un ‘giudicato implicito’, secondo l’espressione comune, che contiene una contraddizione, in quanto che il ‘giudicato’ non può essere che esplicito, ma perchè colla preclusione finale spira il tempo assegnato dalla legge alla libertà di contestare” (“Cosa giudicata e preclusione”, p. 271). Partindo de premissas diversas, MESQUITA afirma que a eficácia preclusiva torna imutáveis os motivos da sentença, mas chega ao mesmo resultado prático proposto por MACHADO GUIMARÃES ao esclarecer que essa imutabilidade tem natureza instrumental e “não possui uma existência autônoma”; “a imutabilidade da motivação é condicionada pela imutabilidade do dispositivo, existe na medida e segundo os limites em que se verifica a imutabilidade deste” (“A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença”, n. 34, pp. 142-143). Idéia semelhante foi defendida por CASTRO MENDES (*Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, n. 26, pp. 152 ss.).

A partir dessas premissas, conclui que a relação entre coisa julgada e eficácia preclusiva deve ser posta nestes termos: “a eficácia *material* da coisa julgada substancial se manifesta (e também se exaure) mediante a criação da norma concreta que ‘valerá como preceito’ (ou ‘terá força de lei’) para as partes. A intangibilidade (relativa) da norma concreta é assegurada pelo efeito preclusivo da coisa julgada, que é um efeito *processual*, porque destinado a atuar no campo do processo”.²³⁹

Ao final de seu artigo, faz menção às considerações de FALZEA sobre a eficácia preclusiva (*supra* n. 17) e observa que a teoria não descreve a *eficácia preclusiva da coisa julgada*, mas a própria coisa julgada, que “se manifesta (e também se exaure) mediante a criação da norma concreta que ‘valerá como preceito’ (ou ‘terá força de lei’) para as partes”.²⁴⁰ A eficácia preclusiva da coisa julgada representaria fenômeno diverso, ao garantir no campo do processo a intangibilidade da norma concreta.²⁴¹

No que interessam às considerações que seguem, as idéias de MACHADO GUIMARÃES podem ser resumidas nos seguintes pontos: (a) a coisa julgada é equiparada à imperatividade da sentença de mérito, (b) a imutabilidade da decisão decorre da eficácia preclusiva da coisa julgada, (c) a eficácia preclusiva não impõe o julgamento implícito das questões dedutíveis, que em realidade tornam-se irrelevantes para a finalidade de questionar a coisa julgada, (d) a eficácia preclusiva serve exclusivamente para impedir a rediscussão da “mesma lide” ou de “outras lides logicamente subordinadas” e (e) o fenômeno denominado por FALZEA de eficácia preclusiva descreve atributos da coisa julgada, não da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973 a eficácia preclusiva da coisa julgada assumiu contornos mais nítidos, tal como consta do art. 471, *caput*, ao tratar dos argumentos *deduzidos* pelas partes – “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide” – e do art. 474, ao tratar dos argumentos *dedutíveis* - “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

²³⁹. “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, n. XXVII, p. 32.

²⁴⁰. “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, n. XXVI, p. 31.

²⁴¹. Cf. “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, n. XXVI, p. 31.

como à rejeição do pedido”. O primeiro autor a enfrentar o tema com profundidade foi BARBOSA MOREIRA, em estudo influenciado pelas idéias de MACHADO GUIMARÃES.²⁴²

BARBOSA MOREIRA inicia suas considerações reputando supérflua e inconveniente a noção de *juízo implícito* para explicar a impossibilidade de rediscussão da decisão transitada em julgado com fundamento em questão não suscitada²⁴³ e afirma que “a eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz”. Adiante, complementa: “essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada”.²⁴⁴ Em especificação desse raciocínio, pondera que “a preclusão das questões logicamente subordinantes não é um *fim* em si mesma, senão simples *meio* de preservar a imutabilidade do julgado”,²⁴⁵ e portanto a eficácia preclusiva “só opera em processos nos quais se ache em jogo a *auctoritas rei iudicatae* adquirida por sentença anterior” e “apenas prevalece em feitos onde a lide seja *a mesma* já decidida, ou tenha solução dependente da que se deu à lide já decidida”.²⁴⁶

²⁴². Palavras de BARBOSA MOREIRA sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada: “a tal fenômeno, pela primeira vez entre nós, deu o necessário relevo Machado Guimarães, em seu profundo ensaio supracitado, infelizmente o último que publicou. No presente estudo, em mais modesto nível, visa-se a repensar, e talvez a desenvolver, em tal ou qual aspecto, sob a mesma inspiração fundamental, alguns itens da rica problemática ali versada pelo egrégio processualista” (“A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, n. 2, p. 100).

²⁴³. “O ‘como se’ faz ressaltar desde logo que se trata, no fundo, de uma *ficção* – e, ousamos acrescentar sem demora, de uma ficção tão supérflua quanto inconveniente. Supérflua porque, conforme se exporá adiante, ao fenômeno se pode dar, em sede dogmática, outra explicação mais própria. Inconveniente porque, se se fala de ‘juízo implícito’ a propósito de questões não apreciadas, corre-se o risco de dar a entender 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*” (“A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, n. 2, p. 99).

²⁴⁴. “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, n. 3, p. 100.

²⁴⁵. “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, n. 4, p. 101.

²⁴⁶. “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, n. 5, p. 102. A idéia de que a eficácia preclusiva opera somente quando estiver em jogo a *mesma lide* é repetida por BARBOSA MOREIRA em recente artigo doutrinário, ao confrontar os temas dos limites objetivos e da eficácia preclusiva da coisa julgada: “de um lado, mesmo as questões efetivamente *resolvidas*, como pressupostos (fáticos e jurídicos) da decisão sobre o pedido, ficam fora do âmbito da *res iudicata*, e por isso podem ser livremente suscitadas e apreciadas em processo ulterior *sobre lide diversa*. De outro lado,

As conclusões de BARBOSA MOREIRA convergem com aquelas destacadas do raciocínio de MACHADO GUIMARÃES, sem que haja explícita manifestação a respeito da relação entre a coisa julgada e sua eficácia preclusiva, nem a comparação entre a eficácia preclusiva da coisa julgada e o fenômeno denominado por FALZEA de eficácia preclusiva.

Quanto a este último ponto, em escrito recente BARBOSA MOREIRA manifesta apoio à teoria de FALZEA e à concepção da coisa julgada como uma situação dotada de eficácia preclusiva.²⁴⁷ Apesar de não esclarecer se estava a tratar da eficácia preclusiva da coisa julgada, desponta de seu raciocínio e do próprio conteúdo da teoria de FALZEA que a eficácia preclusiva da coisa julgada é apenas um dos elementos que contribuem para a estabilidade da decisão e, portanto, não explica isoladamente a atribuição à coisa julgada de eficácia preclusiva, no sentido da teoria de FALZEA.

No que se refere à relação entre a coisa julgada e a eficácia preclusiva da coisa julgada, resta evidente da análise de outros escritos a discordância com os conceitos propostos por MACHADO GUIMARÃES. Na esteira da doutrina de LIEBMAN (*supra* n. 13) e em harmonia com o art. 467 do Código de Processo Civil, defende BARBOSA MOREIRA que a imperatividade da decisão decorre de sua natureza estatal e é impertinente à noção de coisa julgada, que está ligada à imutabilidade do decidido.²⁴⁸ Ou seja, denomina *coisa julgada* o fenômeno que MACHADO GUIMARÃES denominou *eficácia preclusiva da coisa julgada*.

até as questões *não resolvidas* subtraem-se a nova apreciação em processo ulterior *sobre a mesma lide* (ou, adite-se, sobre lide subordinada). O que se protege com a autoridade da coisa julgada material (= o que se torna imutável) é só o resultado final do pleito; mas este fica protegido (= conserva-se imutável) sejam quais forem as questões que alguém pretenda suscitar para atacá-lo, ainda que delas se pudesse ter valido, no primeiro feito, como arma (de ataque ou de defesa), entretanto lá não utilizada” (“Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material”, n. 2, pp. 240-241).

²⁴⁷. Cf. “Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material”, n. 3, pp. 241-244.

²⁴⁸. “Tem razão, pois, Liebman, em fixar-se no ângulo da imutabilidade, para dele, e só dele, visualizar a coisa julgada (...) Excluídas do campo de pesquisa, por impertinentes, as noções de eficácia e de ‘imperatividade’, resta-nos a imutabilidade da sentença, e é com ela que devemos contar para a tentativa de reconstrução ora empreendida” (BARBOSA MOREIRA, “Ainda e sempre a coisa julgada”, n. 5, p. 138 e n. 7, p. 141). “Como quer que se conceba, no plano teórico, a substância da coisa julgada material, é pacífico que ela se caracteriza essencialmente pela *imutabilidade* – pouco importando aqui as notórias divergências acerca daquilo que se torna imutável: o conteúdo da sentença, ou os respectivos efeitos, ou aqueles e estes” (BARBOSA MOREIRA, “Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material”, n. 1, p. 236).

No raciocínio de BARBOSA MOREIRA a eficácia preclusiva é um dos elementos que integram a situação jurídica de estabilidade decorrente da formação da coisa julgada. Independentemente da eficácia preclusiva, a coisa julgada impediria a rediscussão da causa com fundamento em questões já apreciadas na sentença transitada em julgado. Ao se agregar eficácia preclusiva à coisa julgada, o impedimento à rediscussão da causa estender-se-ia a outras questões, com o resguardo à imutabilidade da decisão frente a qualquer questão que foi ou pudesse vir a ser suscitada.²⁴⁹

A construção influenciou profundamente a doutrina ulterior, não se encontrando divergências relevantes entre os juristas brasileiros.²⁵⁰ As vozes discordantes afirmam que o art. 474 do Código de Processo Civil impede a propositura de demanda com o mesmo pedido, fundada em nova causa de pedir, questão que, em realidade, pertine ao tema dos limites objetivos da coisa julgada (*supra*, n. 1).

²⁴⁹. “Acode à mente indagar: não será natural que se possa, em outro feito, contestar o resultado do processo onde se formou a *res iudicata*, e voltar a discutir a lide decidida? Bastaria que o interessado dissesse: o pleito só teve a sorte que teve porque não se levou em conta o fato extintivo, ou a decadência; logo, é justo que se me permita promover a reabertura da discussão, para que a causa receba novo julgamento, à luz daquilo que, relevante embora, ficou esquecido (...) Sucede que admitir semelhante possibilidade seria pôr em xeque a estabilidade da prestação jurisdicional dispensada. Lucraria talvez, aqui e ali, a justiça, mas com pesado detrimento para outro interesse fundamental a que deve servir o processo: a segurança. Afinal, é sempre concebível que alguém se lembre, findo o processo, de agitar questão de que nele não se cogitara. A certeza jurídica ficaria a pender de tênue fio, até a consumação dos séculos, se, apenas por essa razão, se autorizasse a indefinida reiteração do pleito. Diante de dois males potenciais, os ordenamentos jurídicos têm de optar pelo menos grave. A alternativa é a seguinte: ou se abre ensejo à repetição, desde que alegada questão nova, ou se estabelece que, após a formação da coisa julgada, e enquanto esta subsistir, qualquer questão perde relevância, torna-se inútil suscitá-la para tentar reverter o desfecho. Em outras palavras: ou se nega ou se reconhece à *res iudicata* eficácia preclusiva em relação às questões não examinadas no processo” (BARBOSA MOREIRA, “Coisa julgada – limites objetivos”, pp. 452-453). Em sentido semelhante, TEIXEIRA DE SOUSA afirma que a eficácia preclusiva da coisa julgada, por ele denominada de *preclusão fática extraprocessual*, não tem relação direta com a coisa julgada. O fenômeno decorreria do princípio dispositivo e diria respeito exclusivamente à matéria dedutível. Quanto aos argumentos que foram efetivamente apreciados na sentença, a impossibilidade de rediscussão derivaria da própria força da coisa julgada, independentemente de lhe ser agregada eficácia preclusiva (“O objeto da sentença e o caso julgado material – estudo sobre a funcionalidade processual”, pp. 136-137).

²⁵⁰. Cf. ARAÚJO CINTRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, n. 270, pp. 322-323; DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 966, pp. 330-332; GRINOVER, “Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada”, n. 3, pp. 28-29; GUILHERME TEIXEIRA, *O princípio da eventualidade no processo civil*, n. 5.8, pp. 275-287; MITIDIERO, “Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva”, n. 4.2, pp. 71 ss.; MONIZ DE ARAGÃO, *Sentença e coisa julgada*, n. 227, pp. 326-328; SÉRGIO PORTO, *Coisa julgada civil*, n. 4.7, pp. 83 ss.; TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.3.3, pp. 85-87.

19. reconstrução: eficácia preclusiva como impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a decisão transitada em julgado

Como visto, BARBOSA MOREIRA é enfático ao restringir a eficácia preclusiva da coisa julgada à *mesma lide* em que a coisa julgada se formou e relacioná-la exclusivamente com os argumentos *dedutíveis*. A proposta de reconstrução do significado da eficácia preclusiva partirá de uma análise crítica dessas premissas.

O processualista carioca traz alguns exemplos do modo como a eficácia preclusiva atua na prática. Primeiramente, aponta situação em que a eficácia preclusiva manifesta-se para o autor: julgada improcedente demanda com pedido de revogação de doação a herdeiro por ingratidão, sob o argumento de que o doador necessitava de alimentos e o donatário tinha condições mas recusou-se a ministrá-los, é inadmissível a propositura de nova demanda com a alegação de que o donatário havia já na época da primeira demanda recebido vultosa herança, que evidentemente lhe conferiria condições de prestar os alimentos.²⁵¹ Em seguida, observa que a afirmação do recebimento de vultosa herança não altera a causa de pedir e que a solução seria diversa na hipótese de a segunda demanda apresentar causa de pedir distinta, pois a coisa julgada formada na primeira não a alcançaria.²⁵²

As considerações já expostas servem a corroborar a posição de BARBOSA MOREIRA, com a restrição da coisa julgada à específica causa de pedir proposta pelo autor (*supra*, nn. 10 e 12.2). No entanto, impedir a propositura de demanda fundada em causa de pedir distinta implicaria ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, não da eficácia preclusiva, que sempre operará na exata medida dos limites objetivos (*supra*, n. 1).

Sempre com foco nos limites objetivos, proposta demanda com causa de pedir distinta, a coisa julgada não opera. Repetida a causa de pedir e mantidos o pedido e as partes, o impedimento à propositura da demanda decorre da própria coisa julgada, em manifestação de sua *função negativa* (*supra*, n. 1). Ou seja, um fato *dedutível* que

²⁵¹. Cf. “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, n. 6.1, pp. 103-104.

²⁵². Cf. “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, n. 6.1, p. 104.

esteja inserido em causa de pedir já julgada torna-se irrelevante em razão da impossibilidade de a mesma causa ser novamente posta à apreciação judicial, independentemente de qualquer referência à eficácia preclusiva.²⁵³ Não há portanto espaço para a eficácia preclusiva da coisa julgada manifestar-se perante a esfera jurídica do autor. Na parte que se dirige ao autor, o art. 474 do Código de Processo Civil deve ser interpretado como uma especificação da regra que impede a propositura de demanda idêntica e o foco da análise deve ser dirigido ao réu.²⁵⁴

Idéia contrária foi defendida em interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça. Após julgada improcedente demanda condenatória com fundamento na quitação, decidiu-se que a eficácia preclusiva da coisa julgada impede a propositura de ulterior demanda em que se peça a anulação da quitação por vício de consentimento e, em consequência, a condenação ao adimplemento do crédito.²⁵⁵ Adotadas as premissas expostas no decorrer deste capítulo, o impedimento à apreciação do mérito não decorrerá da eficácia preclusiva. No segundo processo há uma cumulação de pedidos, um de natureza constitutiva e outro subsequente de natureza condenatória. Na parte que se refere ao pedido condenatório, a demanda é idêntica à anterior transitada em julgado e, portanto, a *função negativa da coisa julgada* impede a apreciação de seu mérito (*supra*, n. 1). Inadmissível a condenação, será *inútil* ao autor o acolhimento do pedido de constitutivo de anulação da quitação e, portanto, a vedação à apreciação de seu mérito decorre da ausência de *interesse de agir* (CPC, arts. 3º e 267, inc. VI).

²⁵³. A questão foi enfrentada por FERRI, em análise que, apesar de dirigida às demandas constitutivas, tem validade geral: “la determinazione del *quantum* coperto dal giudicato finisce col dipendere, quindi, dai criteri di identificazione dell’azione in base ai tre tradizionali suoi elementi costitutivi e cioè le *personae*, la *causa petendi* ed il *petitum*. Per restare nell’ambito del nostro problema, se più fatti costitutivi del diritto potestativo individuano altrettante azioni costitutive, dovrebbero ricondursi nell’ambito del ‘deducibile’ le sole ‘ragioni, argomentazioni e circostanze’ che le parti avrebbero potuto allegare nell’ambito dei fatti costitutivi della ‘stessa azione’. Così intesa, la regola in esame si rivela di scarsa utilità, poichè se ‘deducibile’ da parte dell’attore è tutto quanto attiene all’oggetto del processo, determinato dal *petitum* e dalla *causa petendi*, (in altre parole ‘tutto quanto l’attore poteva allegare senza cambiare la domanda’), il problema si risolve in quello dell’identificazione delle azioni costitutive, ed in particolare dei limiti del mutamento della *causa petendi* nelle azioni stesse. In realtà, dunque, la regola secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, che dovrebbe fissare il criterio per individuare rigorosamente i limiti oggettivi del giudicato, non fa che rinviare ai principi generali in materia, senza contribuire alla soluzione dei problemi dianzi posti” (*Profili dell’accertamento costitutivo*, cap. II, n. 8, pp. 109-110).

²⁵⁴. Ao centrar a interpretação da norma em suas repercussões perante a esfera de direitos do autor e trazer considerações semelhantes às expostas nesta tese, LUIZ MOURÃO chega a afirmar que “a norma do artigo 474 é absolutamente desnecessária” (*Coisa julgada*, n. 8.7, p. 220).

²⁵⁵. Cf. STJ, 4ª T., REsp n. 645.342/RJ, rel. Min. ALDIR PASSARINHO JR., v.u., j. 11.11.08.

Para exemplificar o funcionamento da eficácia preclusiva perante a esfera de direitos do réu, BARBOSA MOREIRA traz o exemplo de demanda condenatória julgada procedente por sentença transitada em julgado em que o autor tenha pleiteado a condenação do réu ao pagamento de multa por infração de cláusula contratual. Na seqüência o réu propõe demanda alegando a nulidade absoluta do contrato e pede a condenação do autor da primeira demanda a devolver-lhe o valor pago a título de multa. Sobre esse contexto, afirma que “a questão da nulidade, conforme o sentido em que fosse resolvida, seria obviamente capaz de influir no resultado do primeiro processo: se o contrato é na verdade nulo, a suposta obrigação não existia, nem havia que cogitar-se da aplicação da cláusula penal. O crédito de Caio, a esse título, em face de Tício, está porém coberto pela autoridade da coisa julgada, e nenhum argumento, utilizado ou não no feito anterior, autoriza a reabertura da discussão – salvo, é claro, mediante rescisão da sentença – em torno da lide decidida. Em nada aproveitará a Tício, no segundo processo, alegar que a validade do contrato *não fora objeto de exame* e portanto constitui matéria nova: a situação prática é *exatamente igual* à que ocorreria se a nulidade houvesse sido argüida e o órgão judicial houvesse repelido a argüição, sem que se precise ‘considerar’ (*rectius*: fingir) que ele ‘implicitamente’ a repeliu”.²⁵⁶

Lembrada a premissa de que a eficácia preclusiva da coisa julgada refere-se sempre à *mesma lide*, salta aos olhos no exemplo proposto por BARBOSA MOREIRA a integral distinção entre a primeira *demanda* e a segunda. As partes ocupam pólos distintos da relação processual. A causa de pedir na primeira é o descumprimento da cláusula contratual que prevê o pagamento da multa, na segunda, os fatos dos quais decorrem a nulidade do contrato. Os pedidos são igualmente distintos, pois se referem à condenação de pessoas distintas.

Note-se que a segunda demanda permaneceria distinta nos mesmos termos se a nulidade já houvesse sido alegada na primeira. Confrontados os elementos identificadores, *a demanda proposta pelo réu com o objetivo de contornar sua derrota sempre será distinta daquela em que saiu vencido*, sem importar se na nova demanda é apresentado um argumento que fora *deduzido* anteriormente ou era *dedutível*.

²⁵⁶. “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, n. 5, pp. 102-103.

A perplexidade gerada pelo exemplo é superada quando se compreende o sentido atribuído por BARBOSA MOREIRA ao conceito de *lide*, que em sua construção assume significado mais amplo quando comparado à *demanda*: “a rigor não é mister, para tornar fundada a preliminar, que se esteja diante da mesma *ação*²⁵⁷ antes julgada: basta que se esteja diante da mesma *lide*, do mesmo conflito de interesses a cujo respeito se emitiu a precedente sentença. Por exemplo: A propôs em face de B ação declaratória negativa de certo crédito, e seu pedido foi declarado procedente, por sentença trânsita em julgado; caso B venha, por sua vez, a demandar em face de A a declaração positiva da existência do crédito, ou a condenação de A a pagá-lo, sujeita-se a que A lhe oponha vitoriosamente a preliminar de coisa julgada. A ação de B não é a mesma de A, é como o ‘avesso’ dela, mas a lide não mudou. Cumpre ter em vista esse aspecto, quando se invoca a tradicional regra das ‘três identidades’ (*eadem personæ, eadem res, eadem causa petendi*): a *res*, aí, não é a ação, é a lide”.²⁵⁸

A solução dada ao alcance da eficácia preclusiva, com a distinção entre a abrangência dos conceitos de *demanda* e de *lide*, remete à clássica discussão sobre o conceito de lide e seu significado no ordenamento jurídico brasileiro. BARBOSA MOREIRA conceitua lide como “o conflito de interesses que se deve compor mediante o processo”.²⁵⁹ Ao centrar o foco no *conflito de interesses* e afirmar que a lide é mais ampla se comparada à demanda, sua construção parece ter por premissa o clássico conceito difundido por CARNELUTTI, que define lide como um “conflitto (intersubbiectivo) d’interessi qualificato da una pretesa resistita (contrastata)”.²⁶⁰ Como é notório, o conceito foi alvo de intensa crítica, especialmente por remeter a uma realidade sociológica, não jurídica.²⁶¹ Em interpretação do Código de Processo Civil de 1939, LIEBMAN tratou de reconstruir o conceito de lide, afirmando que para o direito e o processo a lide não se identifica com o conflito de interesses existente na realidade da vida. Interessa exclusivamente o conflito

²⁵⁷. O termo *ação* foi nitidamente utilizado como sinônimo de *demanda*, no sentido que vem sendo empregado no decorrer desta tese (*supra*, n. 1).

²⁵⁸. “Coisa julgada – limites objetivos”, p. 446.

²⁵⁹. “Os Códigos de Processo Civil de 1973 e de 1939: contrastes e confrontos”, p. 55.

²⁶⁰. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, vol. I, n. 5, p. 7.

²⁶¹. Cf. CALAMANDREI, “Il concetto di *lite* nel pensiero di Francesco Carnelutti”, pp. 200 ss.

veiculado na demanda judicial.²⁶² Na exposição de motivos do projeto que deu origem ao Código de Processo Civil de 1973 consta que “o projeto só usa a palavra *lide* para designar o mérito da causa”. Juridicamente, *lide*, *mérito* e *objeto do processo* representam uma única e idêntica realidade,²⁶³ que é definida a partir da demanda proposta pelo autor e por eventuais demandas propostas pelo réu ou por terceiros (*supra*, n. 1). Não se sustenta portanto a idéia de que a *lide* é mais ampla do que a demanda, premissa que justificaria a extensão da eficácia preclusiva a demandas distintas daquela efetivamente julgada.

A conclusão gera um impasse. Se a eficácia preclusiva ficar restrita à mesma demanda, o instituto será irrelevante na prática. O objetivo do legislador ao instituir as regras dos arts. 471, *caput* e 474 do Código de Processo Civil foi o de impedir que o réu vencido proponha uma segunda demanda, invocando argumento que foi ou poderia ter sido apresentada na primeira, com o objetivo de contornar ou minimizar sua derrota. Tal como demonstrado na análise do exemplo proposto por BARBOSA MOREIRA e em passagens anteriores (*supra*, n. 14), essa segunda demanda invariavelmente será distinta da primeira, ainda que apresente argumentos efetivamente deduzidos e não meramente dedutíveis. É portanto necessário superar a idéia de que a eficácia preclusiva da coisa julgada refere-se à mesma demanda e somente aos argumentos dedutíveis e propor ao instituto um significado que sirva ao alcance dos objetivos definidos em lei.

Serve a esse escopo a definição da eficácia preclusiva da coisa julgada como o *impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a situação jurídica definida na sentença transitada em julgado, na medida da incompatibilidade*. Ao tratar do tema, há muito HEINITZ afirmou que “il divieto per il giudice di fare nel secondo processo una statuizione incompatibile con quella passata in giudicato, sussiste sempre, quale che sia la forma giuridica in cui ciò sia tentato”.²⁶⁴ Na doutrina mais recente,

²⁶². “O despacho saneador e o julgamento do mérito”, n. 7, pp. 96-99.

²⁶³. “O objeto do processo é, em outras palavras, o mérito da causa (*meritum causae*). Confrontando-se a linguagem tradicional, que fala no *mérito*, com a dos processualistas que investigam acerca do *objeto do processo*, ver-se-á que o problema é um só e a busca do objeto do processo outra coisa não é, senão a busca do conceito do mérito. Para a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, é a *lide* que constitui objeto de processo, na medida em que ela declara entender que a *lide* é o mérito. Para quem vê na *demanda* o objeto do processo, é nela que reside o *meritum causae*” (DINAMARCO, “O conceito de mérito em processo civil”, n. 104, pp. 238-239).

²⁶⁴. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 20, p. 230.

aponta RECCHIONI que a coisa julgada promove a “incontestabilità di quanto dedotto dalle parti” e a eficácia preclusiva robustece essa estabilidade, impedindo “il riesame della stessa controversia sotto ulteriori e diversi profili”.²⁶⁵ Integram esses *ulteriores e diversos perfis* justamente as demandas que podem ser propostas pelo réu com o objetivo de contornar ou minimizar sua derrota, trazendo alegação que foi ou poderia ter sido deduzida no processo anterior²⁶⁶ e pedido incompatível com a situação substancial imunizada pela coisa julgada.²⁶⁷

MERLIN defende que o impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a decisão transitada em julgado é fenômeno diverso da preclusão do deduzido e do dedutível: “diversamente da quanto è a dirsi se la preclusione c.d. del dedotto e del deducibile è riferita alle semplici ‘nuove ragioni, nuovi dati di fatto o nuove eccezioni e nuove repliche’ che il soccombente volesse far valere per contrastare direttamente il tenore della statuizione passata in giudicato, e analogamente, invece, a quanto si è visto potersi dire a proposito della preclusione per ‘assorbimento’, vi è qui veramente il riconoscimento di un effetto *preclusivo* della pronuncia, distinto dall’effetto dichiarativo ed operante anche oltre i limiti della *res in iudicium deducta*”.²⁶⁸

²⁶⁵. *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 2, pp. 137-147, esp. p. 137.

²⁶⁶. Portanto, a eficácia preclusiva não impede a propositura de demandas incompatíveis fundadas em fato superveniente, ocorrido após o último momento em que o fato poderia ter sido alegado no processo onde se formou a coisa julgada (BARBOSA MOREIRA, “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, n. 7, pp. 107-108). Para a definição desse momento, cf. *supra* n. 14.

²⁶⁷. Sobre a caracterização da eficácia preclusiva como instituto que torna a coisa julgada imune a demandas *diversas e incompatíveis*, cf. CONSOLO, “Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo”, n. 11, pp. 287-288; PROTO PISANI, *Lezione di diritto processuale civile*, cap. II, n. 15, p. 77; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 9, pp. 256-259; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 2, pp. 300-304 e *Il giudicato civile*, cap. II, n. 6, pp. 53-55; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, n. 97, p. 264 e “Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi”, n. 3, pp. 21-22. PAULA COSTA E SILVA traz idéia semelhante, ao afirmar que demandas fundadas em matéria passível de ser apresentada em defesa devem necessariamente ser propostas em sede de reconvenção, pois a eficácia preclusiva da coisa julgada impedirá a propositura de demanda autônoma (“A natureza processual da tutela do terceiro adquirente de boa fé e a título oneroso – exceção, reconvenção e eficácia preclusiva do caso julgado”, n. 11, pp. 312 e 322). No direito norte-americano, fenômeno análogo ao da eficácia preclusiva da coisa julgada é trazido pela *common law compulsory counterclaim rule*, que é formulada justamente como um impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a coisa julgada: “an available counterclaim will preclude bringing a subsequent action thereon if granting relief would nullify the judgment in the initial action” (CLERMONT, “Common-law compulsory counterclaim rule: creating effective and elegant *res judicata* doctrine”, pp. 1.745 ss., esp. p. 1.760).

²⁶⁸. *Compensazione e processo*, vol. II, cap. II, n. 6, pp. 123-124.

Em crítica à PROTO PISANI, a jurista italiana prossegue em seu raciocínio: “a proposito della preclusione del dedotto e del deducibile (in quanto riferita alle sole questioni, ragioni ecc.) non v’è invece spazio a nostro avviso, diversamente che per la preclusione dei diritti incompatibili, per richiamarsi ad un autonomo effetto preclusivo del giudicato, distinto da quello di accertamento, poiché la preclusione appare come un semplice riflesso negativo dell’accertamento di esistenza o inesistenza del diritto azionato contenuto nella pronuncia. Il richiamo in proposito ad un effetto preclusivo sembra insomma avere valore meramente descrittivo”.²⁶⁹ Para afastar a distinção proposta por MERLIN, basta considerar, tal como exposto no decorrer deste item, que a restrição da eficácia preclusiva da coisa julgada aos limites da demanda a que ela se refere significa relegar o instituto à inutilidade. Para que o objetivo das normas que instituem a eficácia preclusiva da coisa julgada seja alcançado, é necessário impedir a propositura de demandas incompatíveis. Não há portanto sentido em conceber a existência de uma distinta eficácia preclusiva que atuaria impedindo a incompatibilidade, pois disso decorreria uma superposição de institutos com idêntica finalidade.

A idéia não é difundida entre os juristas brasileiros.²⁷⁰ Em uma de suas obras, BEDAQUE faz referência à doutrina de MENCHINI e observa que, “para resguardar a intangibilidade da coisa julgada, demanda posterior, versando situação subjetivamente incompatível, embora objetivamente diversa daquela decidida, não pode ser proposta”. Conclui, em ressalva, que essa concepção reflete “posição doutrinária não adotada no sistema processual brasileiro, ao menos com essa amplitude”.²⁷¹ No entanto, tal como demonstrado nesta proposta de reconstrução do significado da eficácia preclusiva, concebê-la como impedimento à propositura de demandas distintas e incompatíveis com a

²⁶⁹. *Op. cit.*, vol. II, cap. II, n. 6, p. 124.

²⁷⁰. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entendimento semelhante vem sendo defendido pelo Ministro LUIZ FUX, ao afirmar que “a eficácia preclusiva da coisa julgada (artigo 474, do CPC) impede que se infirme o resultado a que se chegou em processo anterior com decisão transitada, ainda que a ação repetida seja outra, mas que, por via oblíqua, desrespeita o julgado anterior” (STJ, 1ª T., REsp n. 763.231/PR, v.u., j. 15.2.07 – no mesmo sentido, cf. STJ, 1ª T., REsp n. 730.696/PR, v.u., j. 24.10.06; STJ, 1ª T., REsp n. 746.685/RS, v.u., j. 17.10.06). Igualmente semelhante é a formulação trazida por MARINONI ao problema da eficácia preclusiva, ao afirmar que “qualquer ação, dirigida a infirmar a decisão transitada em julgado e a ceifar o benefício por ela proporcionado, é obstaculizada pela coisa julgada material, quando baseada em fundamentos que foram ou poderiam ter sido deduzidos na primitiva ação” (*Coisa julgada inconstitucional*, n. 3.6.2, pp. 75).

²⁷¹. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, n. 28.2, pp. 128-129.

coisa julgada é a única alternativa para atribuir relevo prático ao instituto, além de ser a fórmula que melhor atende às finalidades dos arts. 471, *caput* e 474 do Código de Processo Civil. De qualquer modo, tomando como referência a obra de BARBOSA MOREIRA, o conceito proposto não traz propriamente uma maior amplitude à eficácia preclusiva. Ao propor a distinção entre lide e demanda, afirmar que a lide é mais ampla e concluir que a eficácia preclusiva protege a coisa julgada em face de todas as demandas que se refiram à mesma lide, o jurista carioca cria um modelo que, em seu sentido prático, servirá justamente a vedar a propositura de demandas incompatíveis com a coisa julgada.

Para deixar claro o significado do conceito proposto, note-se que a concepção da eficácia preclusiva como impedimento à propositura de demandas incompatíveis não promove o alargamento dos limites objetivos da coisa julgada. A imutabilidade não se estenderá às defesas deduzidas ou dedutíveis pelo demandado. A matéria referente a tais defesas poderá ser livremente apresentada em outros processos, sem que haja qualquer vínculo decorrente da coisa julgada. A restrição imposta pela eficácia preclusiva operará exclusivamente para resguardar a coisa julgada no confronto com uma demanda incompatível, na exata medida da incompatibilidade e sem haver a extensão dos limites objetivos da coisa julgada à situação jurídica incompatível.²⁷²

²⁷². Como bem observa MERLIN, a eficácia preclusiva é “un effetto autonomo e distinto rispetto a quello *dichiarativo*, inteso, quest’ultimo, in termini di ‘accertamento facente stato ad ogni effetto’, tipico della cosa giudicata sostanziale. La autonomia dell’effetto preclusivo si manifesta essenzialmente nella ‘relatività-frazionabilità’ del vincolo di cui è fonte, nonché nella circostanza che esso possa operare, assicurando la portata pratica e precettiva del giudicato, anche con riguardo a situazioni soggettive non sottoposte ad accertamento giudiziale e dunque diverse da quella che è oggetto del giudizio e della statuizione dichiarativa. Esso può essere in sostanza definitivo, seguendo una felice intuizione redentiana, come un ‘effetto affine all’accertamento’, del quale non manca di condividere la tipica *positività*” (*Compensazione e processo*, vol. II, cap. II, n. 6, pp. 121-122). A distinção entre as funções da coisa julgada e da eficácia preclusiva conduziu a doutrina alemã majoritária a afirmar que a eficácia preclusiva é um efeito acessório da sentença, não um atributo da coisa julgada (cf. doutrina citada por CHIZZINI, *L’intervento adesivo*, vol. II, p. 636), na linha das considerações expostas por HABSCHEID: “considerando, come noi facciamo, che il giudicato non si forma che sulla ‘conclusionione-sintesi’ (*Subsumtionsschluss*) della attività decisoria del giudice, e tenendo conto, d’altra parte, che tale ‘conclusionione-sintesi’ non può fondarsi che su fatti conosciuti dall’organo giudicante, ci pare che la soluzione dogmaticamente più corretta sia quella di ritenere la *preclusionione* di cui partiamo un effetto della sentenza indipendente seppure affiancato e *contemporaneo* ao giudicato materiale” (*Introduzione al diritto processuale civile comparato*, § 27, pp. 185-186).

A propósito do tema, PROTO PISANI distingue a incompatibilidade *direta*, em que o segundo julgado interfere na eficácia do primeiro, da *indireta*, na qual o segundo julgado afronta decisão sobre questão prejudicial ao julgamento da primeira demanda. Nos casos de *incompatibilidade direta*, apesar de fazer referência à eficácia preclusiva, acaba por afirmar que os limites objetivos da coisa julgada estendem-se à situação jurídica incompatível. Em se tratando da *incompatibilidade indireta*, o conflito entre os julgados ficaria restrito ao plano lógico, sendo portanto viável a propositura da demanda indiretamente incompatível.²⁷³

Em realidade, nos casos de incompatibilidade indireta há um conflito prático potencial entre os julgados, pois a decisão *principaliter* a respeito da questão posta como prejudicial em processo anterior vale para todos os efeitos dela decorrentes. O que impede a existência de um conflito prático efetivo é a eficácia preclusiva da coisa julgada, que torna a decisão transitada em julgado imune a eventuais rediscussões em outros processos das questões postas como premissas do julgamento.²⁷⁴

A título de exemplo, julgada procedente demanda com pedido de condenação ao pagamento de prestação prevista em contrato, a eficácia preclusiva não impede a propositura pelo réu de ulterior demanda em que peça a declaração de nulidade do negócio (*incompatibilidade indireta*). O réu não poderá pleitear, no entanto, como conseqüência da nulidade, o ressarcimento pelos valores pagos em decorrência da condenação que lhe foi imposta, pois tal pedido interferiria na eficácia da sentença anteriormente proferida (*incompatibilidade direta*).

A disciplina conferida por PROTO PISANI à incompatibilidade direta encaixa-se nitidamente no contexto das interpretações expansivas dos limites objetivos da coisa julgada (*supra*, nn. 7-9). Além de não encontrar respaldo no ordenamento jurídico brasileiro (*supra*, n. 5), a proposta gera resultados insatisfatórios, pois a eficácia preclusiva é suficiente para resguardar a intangibilidade da coisa julgada e a invariável extensão de seus limites objetivos às situações jurídicas diretamente incompatíveis tem por corolário a

²⁷³. Cf. *Lezione di diritto processuale civile*, cap. II, n. 15, pp. 77-78.

²⁷⁴. Cf. ATTARDI, “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”, n. 8, pp. 496-498.

possível formação de coisa julgada a respeito de questão não apreciada sequer na motivação da sentença, com afronta aos princípios constitucionais que conformam o *due process of law* (*supra*, n. 12).²⁷⁵

No entanto, a construção tem o mérito de contrapor os dois diferentes tipos de incompatibilidade e definir os respectivos significados,²⁷⁶ permitindo precisar que a eficácia preclusiva impede exclusivamente a propositura de demandas diretamente incompatíveis, o que somente ocorre nas hipóteses em que a demanda incompatível frustrar ou minimize a eficácia da decisão transitada em julgado.²⁷⁷

20. eficácia preclusiva e exceções substanciais

Na clássica lição de CHIOVENDA, o conceito de *exceção* encontra um sentido amplo e outro substancial. Em *sentido amplo*, são exceções todas as formas de defesa do demandado, todos os expedientes passíveis de serem utilizados com o objetivo de se obter a rejeição da demanda. Em *sentido substancial*, há uma exceção caso o réu invoque em sua defesa um direito que obste a procedência da demanda, um *controdiritto* que objetive impugnar a pretensão do autor.²⁷⁸

²⁷⁵. Cf. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cap. II, n. 6, p. 125; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 10, pp. 259-267; ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cap. II, n. 2, pp. 93 ss.

²⁷⁶. Em realidade, a classificação é de SIMONCINI e, como referido por PROTO PISANI, foi apresentada em tese não publicada.

²⁷⁷. Em crítica à construção de PROTO PISANI, entende RECCHIONI que a eficácia preclusiva da coisa julgada também impede a propositura de demandas indiretamente incompatíveis com a coisa julgada (*Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 11, pp. 273-274). O entendimento é construído com explícita referência à teoria expansiva de MENCHINI, mais especificamente à afirmação de a incompatibilidade denominada por PROTO PISANI de *indireta* dar ensejo a uma incompatibilidade *jurídica*, repudiada pelo ordenamento do mesmo modo como repudia a incompatibilidade *direta* ou *prática* (*supra*, n. 8). Aplicada à eficácia preclusiva da coisa julgada, a idéia estenderia seu alcance muito além dos objetivos que lhe são inerentes, com a promoção de uma desfarçada ampliação dos limites objetivos da coisa julgada.

²⁷⁸. Cf. CHIOVENDA, “Sulla ‘eccezione’”, p. 149. Em sua perspectiva concretista, CHIOVENDA afirma que a exceção tem como objetivo *impugnar e anular o direito de ação*. A retificação da idéia, libertando-a da influência da teoria concreta da ação, é obra de LIEBMAN (“Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione”, p. 75).

O conceito não é isento de críticas. No decorrer da história foram propostos três diferentes critérios para a identificação de uma alegação como exceção substancial: (a) não ser passível de conhecimento *ex officio* pelo juiz, (b) tratar-se de defesa indireta de mérito e (c) ter aptidão para constituir objeto de um processo autônomo. Em recente análise de cada um desses critérios, HEITOR SICA demonstrou que todos se mostram frágeis, pois (a) a distinção entre questões que podem ser conhecidas *ex officio* e questões que não podem é relevante apenas na hipótese de omissão do réu e não influi no exercício de sua defesa, (b) a distinção entre defesas diretas e indiretas somente é relevante para a aplicação das regras de distribuição do ônus da prova e igualmente não influi no exercício da defesa e (c) o critério da aptidão da alegação para constituir objeto de um processo autônomo não tem sentido no direito brasileiro, dada a ampla admissibilidade da demanda declaratória negativa.²⁷⁹ As críticas procedem e parece realmente inviável traçar um conceito de exceção substancial que ostente validade geral. No entanto, como as classificações “no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles”,²⁸⁰ e o objetivo da análise a ser empreendida neste item é o de verificar as repercussões da eficácia preclusiva perante direitos subjetivos do réu não abarcados nos limites objetivos da coisa julgada, o conceito de exceção substancial proposto por CHIOVENDA, que mescla os dois últimos critérios, serve como uma boa hipótese de trabalho, inclusive por ter sido utilizado como premissa pelos juristas que enfrentaram o tema.

As maiores dificuldades para a delimitação do alcance da eficácia preclusiva ocorrem nas situações em que o réu pretenda contornar ou minimizar sua derrota propondo demanda fundada em questão que foi ou poderia ter sido apresentada como exceção substancial no processo em que se formou a coisa julgada.

O problema não se coloca nas situações em que a exceção é efetivamente apresentada e, além de integrar a defesa, é objeto de reconvenção ou de ação declaratória incidental, pois a decisão que for proferida a respeito integrará os limites objetivos da coisa julgada e sequer será necessário recorrer à eficácia preclusiva para impedir um novo julgamento.

²⁷⁹. Cf. *Direito de defesa e tutela jurisdicional – estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*, n. 5.4, pp. 123-148.

²⁸⁰. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 99.

Se a exceção substancial for apresentada como simples meio de defesa ou não for apresentada, é necessário distinguir. A exceção não poderá ser oposta em sede de impugnação ao cumprimento de sentença ou de embargos à execução, situações em que a eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se de forma absoluta.²⁸¹ Excluídas tais hipóteses, o direito do réu que subjaz à exceção poderá ser objeto de demanda autônoma, desde que respeitado o limite imposto pela eficácia preclusiva: *o julgamento de procedência não poderá contornar ou diminuir a tutela jurisdicional prestada na anterior sentença transitada em julgado.*²⁸²

Exemplo em que a eficácia preclusiva se manifesta de forma nítida é o da *exceção de pagamento rejeitada ou não oposta*, propondo o réu ulterior demanda em que peça a devolução do valor referente ao primeiro pagamento com fundamento na ausência de causa jurídica para adimplir em duplicidade. A demanda é distinta daquela a que a coisa julgada se refere, diz respeito a um direito subjetivo distinto, mas, como a sua procedência tolheria por completo o bem da vida reconhecido na sentença transitada em julgado, a eficácia preclusiva impede a apreciação de seu mérito.²⁸³

²⁸¹. Cf. CALAMANDREI, “Compensazione in sede esecutiva per credito anteriore al giudicato”, pp. 471-473; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 11, p. 278; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 20, p. 232; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d’esecuzione*, n. 117, pp. 214-217; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 2, pp. 302. Na jurisprudência, dentre muitos outros julgados, cf. STJ, 5ª T., AgRg no REsp n. 1.031.113/DF, rel. Min. FÉLIX FISCHER, v.u., j. 30.5.08; STJ, 1ª Seção, AgRg na Pet n. 1.571/DF, rel. Min. LUIZ FUX, v.u., j. 28.5.08; STJ, 5ª T., REsp n. 695.445/SP, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, v.u., j. 27.3.08; STJ, 1ª T., REsp n. 1.013.913/PR, rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, v.u., j. 11.3.08. As exceções a essa regra serão abordadas no item 22 *infra*.

²⁸². Cf. ATTARDI, “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”, n. 4, pp. 485-486; FABBRINI, “L’eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione”, n. 9, p. 371; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 3, p. 306; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 10, pp. 259 ss.; REDENTI, “Sull’assorbimento delle eccezioni riconvenzionale”, pp. 619 ss. Em sentido contrário, defendendo a ampla liberdade na propositura de demandas que se refiram a direitos do réu, cf. SCHWAB, *Der Streitgegenstand in Zivilprozess*, § 15, p. 217.

²⁸³. “Due ordini di considerazioni orientano verso questa soluzione: in primo luogo, l’adempimento non può essere spogliato della sua efficacia estintiva della obbligazione; affermando l’avvenuto pagamento è, perciò, contraddetto il giudicato, il quale ha dichiarato che non solo il credito è sorto, ma è anche attualmente esistente (...) In secondo luogo, la *datio* è, nel momento in cui è avvenuta, giuridicamente fondata, poiché riguarda un diritto realmente sussistente; d’altro canto, essa non rimane *sine causa* in forza del secondo adempimento, giacché, semmai, è questo che, sul piano sostanziale, risulta oggettivamente non dovuto, concernendo un credito ormai estinto; peraltro, tale deduzione è impedita, contrastando con l’autorità del giudicato. (...) Questa soluzione può sembrare non equa, autorizzando il creditore a trattenere il doppio pagamento di un’unica abbligazione; giuridicamente, però, essa è corretta, anzi è imposta dai

Situação de maior complexidade é a decorrente do *exercício de direito potestativo que tenha por consequência a ineficácia da decisão transitada em julgado* (p. ex., condenado a pagar o preço, o comprador propõe ulterior demanda com pedido de rescisão do contrato por vício da coisa). Também nesta hipótese, na medida da incompatibilidade com a decisão transitada em julgado, a eficácia preclusiva da coisa julgada impede a propositura da segunda demanda.²⁸⁴

Há no entanto quem ignore a eficácia preclusiva e defenda a viabilidade de o direito potestativo ser livremente exercido. Acolhida a demanda, a situação jurídica criada com a sentença deveria ser encarada como um fato superveniente, não abrangido pela coisa julgada anterior e portanto capaz de superá-la.²⁸⁵ Ao enfrentar o tema, MENCHINI pondera que, se o direito potestativo tiver sido exercido extrajudicialmente anteriormente à propositura da primeira demanda, não pode haver dúvidas sobre a impossibilidade de deduzí-lo em demanda posterior. A mesma conclusão valeria como regra para as situações em que o direito não foi exercido. Visto que a não utilização do poder de modificação deve-se à inércia do demandado, pode-se afirmar que houve uma renúncia implícita a esse poder, pois admitir seu exercício em demanda ulterior fragilizaria de forma inadmissível a estabilidade trazida com a coisa julgada. Apegado à idéia da renúncia tácita, MENCHINI defende que a conclusão não é válida para as situações em que seja possível afirmar que o réu não tinha conhecimento de seu direito potestativo e defende uma atenuação da regra de que a eficácia preclusiva abarca os fatos dedutíveis desconhecidos.²⁸⁶

principi, che governano l'istituto della *res iudicata*. Del resto, se si deroga a queste regole, con riferimento alla eccezione di pagamento, non si vede perché si dovrebbe mantenerle ferme per altri, eventuali profili di ingiustizia della sentenza, con la conseguenza che si dovrebbe concedere al soccombente l'azione di ripetizione, ogni volta che questo riesca a dimostrare che la prestazione non era dovuta, negandosi, così, la stessa ragione d'essere dell'autorità della cosa giudicata" (MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 2, p. 304). No mesmo sentido, cf. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 20, p. 231; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, n. 121, pp. 221-227; MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cap. II, n. 8, pp. 165-166.

²⁸⁴. Cf. CONSOLO, "Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo", n. 11, pp. 287-288; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 21, pp. 236-237; PUGLIESE, "Giudicato civile (dir. vig.)", n. 24, p. 865; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, cap. III, n. 11, pp. 268-275.

²⁸⁵. Cf. doutrina alemã citada por MENCHINI (*I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 4, pp. 314-315).

²⁸⁶. Cf. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 4, pp. 311-319.

Além de trazer incerteza e ser difícil imaginar situações práticas em que o réu desconheça seu direito potestativo, a ressalva apresentada por MENCHINI não se justifica. A referência à renúncia tácita remete à idéia de julgamento implícito, ficção utilizada por vetusta doutrina para justificar a extensão da eficácia preclusiva da coisa julgada aos argumentos dedutíveis. Tal ficção foi abandonada na doutrina atual, com afirmação da irrelevância jurídica dos argumentos dedutíveis após a formação da coisa julgada, sem importar se eram conhecidos pelo demandado (*supra*, n. 18). Independentemente de ter havido renúncia ao direito potestativo, expressa ou tácita, após a formação da coisa julgada o direito tornou-se irrelevante para a finalidade de questionar a eficácia da sentença transitada em julgado. A injustiça que pode decorrer da eficácia preclusiva nessa situação não é em essência mais grave do que a injustiça que pode estar presente em qualquer outra, mesmo na hipótese de o réu não ter conhecimento de seu direito potestativo.

Outro exemplo interessante é o da propositura de *demanda em que se peça a tutela de direito real de gozo incompatível com direito definido em sentença transitada em julgado*. Julgada procedente demanda reivindicatória em que se reconheça ao proprietário o direito ao bem, pode o réu propor ulterior demanda pleiteando a posse com fundamento em usufruto? Independentemente de a questão ter sido discutida anteriormente, é evidente que o acolhimento dessa alegação interferiria na tutela prestada ao proprietário, pois criaria uma situação praticamente incompatível com a eficácia da sentença transitada em julgado. Aplica-se portanto sem restrições a eficácia preclusiva da coisa julgada.²⁸⁷

Idêntico raciocínio é aplicável às situações em que, no mesmo exemplo de procedência da demanda reivindicatória, o réu não apresente em defesa argumento para que lhe seja reconhecida a propriedade do bem. Utilizando-se como exemplo a usucapião, cabe ao réu alegá-lo em defesa ou propor ação de usucapião e pleitear a suspensão da demanda reivindicatória por prejudicialidade, nos termos do art. 265, inc. IV, al. a do Código de Processo Civil. Transitada em julgado a sentença que reconheça o direito de

²⁸⁷. Cf. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 3, pp. 308-311.

propriedade do autor e lhe confira a posse do bem, a eficácia preclusiva da coisa julgada impede a ulterior propositura de ação de usucapião,²⁸⁸ pois a eficácia da sentença que reconhecesse a usucapião seria nitidamente incompatível com a decisão transitada em julgado.²⁸⁹

Finalmente, os problemas mais intrincados no trato da eficácia preclusiva referem-se às situações em que o réu alegou ou poderia ter alegado em defesa a *compensação*.²⁹⁰ Serão consideradas na análise cinco diferentes hipóteses.

O réu não alega a compensação, a demanda é julgada procedente e após propõe demanda pleiteando o reconhecimento do crédito que poderia ter sido oposto em compensação. A questão foi largamente enfrentada na Itália e a doutrina defende inexistir impedimento para a cobrança do crédito. Sob a perspectiva da eficácia preclusiva, a procedência da segunda demanda não importaria a negação do direito anteriormente reconhecido, pois a compensação não promove a extinção recíproca dos créditos automaticamente, dependendo sempre de alegação pelo demandado. Tratando-se de direitos autônomos e independentes que somente interagem quando a compensação é alegada, não haveria espaço para o impedimento decorrente da eficácia preclusiva da coisa julgada, que somente poderia ser invocada se o réu pretendesse opor seu crédito em compensação em oposição à execução.²⁹¹ Note-se que está à base desse entendimento a premissa de a compensação somente operar após alegação do interessado, idéia dominante

²⁸⁸. Diante dos limites temporais da coisa julgada, a vedação não se aplica caso a posse *ad usucapionem* seja ulterior.

²⁸⁹. Cf. ATTARDI, “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”, n. 12, p. 511. Na jurisprudência, cf. STJ, 3ª T., REsp n. 332.880/DF, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, v.u., j. 5.10.06.

²⁹⁰. A análise é realizada com referência à compensação *legal*, que decorre do encontro de dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis (CC, art. 369). Presentes tais requisitos, é admissível a alegação da compensação em defesa, independentemente de reconvenção. Caso o crédito a ser compensado não preencha o requisito da liquidez, caberá ao réu propor reconvenção, para que se consuma a denominada compensação *judicial*. Sobre a distinção entre as compensações legal e judicial, com a defesa da admissibilidade da compensação judicial no direito brasileiro, cf. JUDITH MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. I, cap. VII, n. 5, pp. 577-579; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXIV, § 2.995, p. 417; TEPEDINO-SCHREIBER, *Código Civil comentado*, vol. IV, pp. 305-306.

²⁹¹. Cf. BORGUESI, “Compensazione nel diritto processuale civile”, n. 3, pp. 85-86; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 11, p. 278; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, n. 122, pp. 227-228; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 6, pp. 335-340; REDENTI, “La compensazione dei debiti nei nuovi codici”, n. 6, pp. 19-20.

no direito italiano.²⁹² É reconhecida a existência de uma implicação lógica necessária entre tal premissa e a ausência de impedimento à cobrança do crédito que poderia ter sido oposto em compensação²⁹³ e, coerente com o raciocínio, para concluir em entendimento isolado que a eficácia preclusiva da coisa julgada impede a cobrança do crédito HEINITZ defende que a compensação opera *ipso iure*.²⁹⁴

No direito brasileiro, a doutrina infere do art. 368 do Código Civil que a compensação opera *ipso iure*, independentemente de qualquer manifestação de vontade das partes interessadas.²⁹⁵ Figurando autor e réu como credores e devedores um do outro por dívidas compensáveis de igual valor, no exato momento em que elas se encontram ocorre a extinção recíproca das dívidas. Em tal contexto, reconhecido ao autor o direito à satisfação de seu crédito por sentença transitada em julgado, por mais que a sentença seja injusta ao reconhecer um direito inexistente a eficácia preclusiva da coisa julgada impede a propositura de demandas incompatíveis. No que importa ao raciocínio, impede a propositura de demanda em que o réu pretenda cobrar o crédito compensado, pois, operando *ipso iure* a extinção do direito decorrente da compensação, o reconhecimento do crédito do réu é incompatível com a tutela prestada ao autor.²⁹⁶ Juridicamente, para a

²⁹². Cf. BORGUESI, “Compensazione nel diritto processuale civile”, n. 3, p. 85; DALBOSCO, “La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo”, pp. 361 ss.; FRANCHI, “Profili processuale della compensazione”, n. 1, pp. 207-209; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, n. 31.1, pp. 268-269; MICHELI, “Compensazione legale e pignoramento”, pp. 36 ss.; REDENTI, “La compensazione dei debiti nei nuovi codici”, n. 3, pp. 13-16.

²⁹³. Cf. DALBOSCO, “La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo”, nn. 10-11, pp. 400-404; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. V, n. 6, pp. 338-340; REDENTI, “La compensazione dei debiti nei nuovi codici”, n. 3, pp. 15-16.

²⁹⁴. Cf. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 21, pp. 232-233.

²⁹⁵. Cf. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. II, n. 163, pp. 153-154; ORLANDO GOMES, *Obrigações*, n. 103, p. 159; SILVIO RODRIGUES, *Direito civil*, vol. II, n. 115, pp. 220-222. Na jurisprudência, cf. STJ, 1ª Seção, MS n. 4.382/DF, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, v.u., j. 10.4.96; STJ, 4ª T., REsp n. 5.716/SP, rel. Min. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, v.m., j. 4.6.91. O entendimento manifestado pelos autores e julgados referidos diz respeito ao art. 1.009 do Código Civil de 1916, que tem redação idêntica ao art. 368 do Código Civil vigente. A doutrina mais recente, na esteira da teoria de PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, t. XXIV, § 2.969, pp. 325-328), vem defendendo a necessidade de alegação da compensação para que ela opere, ainda que a alegação seja realizada extrajudicialmente (JUDITH MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. I, cap. VII, n. 3, pp. 568-569; TEPEDINO-SCHREIBER, *Código Civil comentado*, vol. IV, pp. 305-306). Caso venha a prevalecer esse entendimento, a eficácia preclusiva não impedirá a propositura da demanda para a cobrança do crédito não oposto em compensação.

²⁹⁶. Cf. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro”, n. 4.5, pp. 115-116.

finalidade de incidência da eficácia preclusiva, a situação em nada difere do primeiro exemplo apresentado neste item, em que o réu vencido propõe demanda pleiteando a devolução de valores pagos que não foram considerados no julgamento da causa, ou de qualquer outro exemplo em que invoque causa extintiva do direito do autor com o objetivo de neutralizar sua derrota.

O réu não alega a compensação, a demanda é julgada improcedente e ulteriormente propõe demanda pleiteando a cobrança do crédito. Nesta hipótese, não pode haver dúvidas sobre a viabilidade de ser proposta a demanda em que o réu pleiteia o reconhecimento de seu crédito. Como na primeira demanda não houve o reconhecimento do direito afirmado pelo autor, sequer é possível cogitar-se de uma incompatibilidade com a demanda ulteriormente proposta pelo réu.

O réu alega a compensação, a demanda é julgada improcedente por fundamento diverso e após é proposta demanda em que pleiteia a cobrança do crédito oposto em compensação. Aplica-se raciocínio idêntico ao apresentado para o exemplo anterior. A alegação de compensação em defesa não promove a ampliação do objeto de processo (*supra*, n. 1). Julgada a demanda improcedente com base em fundamento diverso, não será apreciada a alegação de compensação,²⁹⁷ não havendo portanto como cogitar de um impedimento à cobrança do crédito anteriormente oposto em compensação.

O réu alega a compensação, a demanda é julgada improcedente com fundamento na compensação e ulteriormente o réu propõe demanda pleiteando a cobrança do mesmo crédito. Esta é a situação que desperta maior discussão. Como referido na hipótese anterior, a defesa não promove a ampliação do objeto do processo e, portanto, em princípio não há qualquer impedimento para a cobrança pelo réu do crédito que

²⁹⁷. Não se aplica à compensação o *principio della ragione più liquida*, que autoriza o julgamento de improcedência independentemente do respeito de uma ordem lógica no exame das questões relevantes ao julgamento do mérito (*supra*, nota de rodapé n. 164). O tratamento diferenciado deve-se ao fato de a compensação ser “un modo di estinzione dell’obbligazione oneroso e satisfativo. Il convenuto, con la compensazione, estingue sì il suo debito, ma ‘spendendo’ il suo controdiritto: in sostanza, è come se pagasse. Quindi egli ha interesse a far esaminare l’eccezione di compensazione per ultima, in modo che il giudice utilizzi (e con ciò estingua) il controcredito per respingere la domanda *solo dopo aver accertato l’attuale esistenza del diritto dell’attore*, e quindi solo dopo aver esaminato tutti gli altre questioni rilevabili di ufficio” (LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, n. 31.5, p. 272).

justificou o julgamento de improcedência de demanda anterior, com fundamento na compensação. Não integrando o objeto do processo, a declaração que se fizer a respeito da compensação fará parte da motivação da sentença, não do dispositivo, e em decorrência não ficará abrangida pela coisa julgada (*supra*, n. 5).

Para contornar essa conseqüência iníqua, que permite a dupla satisfação de idêntico direito, a doutrina italiana propõe que a alegação de compensação receba um tratamento diferenciado frente às demais defesas. Tradicionalmente, a doutrina conferia ao art. 35 do *c.p.c.*²⁹⁸ o alcance de estender os limites objetivos da coisa julgada à compensação sempre que a alegação for contestada e houver decisão a respeito.²⁹⁹ Por permitir que o réu cobre em uma segunda demanda o crédito não contestado e que motivou o julgamento de improcedência, a doutrina evoluiu para afirmar que o art. 35 diria respeito somente às hipóteses em que o réu pretenda o reconhecimento de seu crédito em valor superior ao compensável. Na parte compensável, sempre haveria coisa julgada.³⁰⁰

Em sua obra monográfica sobre a compensação, MERLIN criticou tal evolução, por entendê-la desnecessária e não encontrar amparo no direito positivo italiano.³⁰¹ Ausente a contestação do crédito alegado, sua extinção em decorrência da compensação não ficaria abarcada pelos limites objetivos da coisa julgada. Mas isso não conferiria liberdade para o réu propor ulterior demanda pleiteando o recebimento do crédito. Como o acolhimento de pedido dessa natureza seria incompatível com a decisão anterior, atuaria na hipótese a eficácia preclusiva da coisa julgada.³⁰²

²⁹⁸. A norma tem o seguinte teor: “quando è opposto in compensazione un credito che è contestato ed eccede la competenza per valore del giudice adito, questi, se la domanda è fondata su titolo non controverso o facilmente accertabile, può decidere su di essa e rimettere le parti al giudice competente per la decisione relativa all’eccezione di compensazione, subordinando, quando occorre, l’esecuzione della sentenza alla prestazione di una cauzione; altrimenti provvede a norma dell’articolo precedente”.

²⁹⁹. Cf. BORGUESI, “Compensazione nel diritto processuale civile”, n. 3, p. 86; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 79, p. 919; REDENTI, “La compensazione dei debiti nei nuovi codici”, n. 14, p. 35.

³⁰⁰. Cf. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, vol. I, pp. 531-533; DALBOSCO, “La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo”, n. 9, pp. 387-388; FRANCHI, “Profili processuale della compensazione”, nn. 1-2, pp. 210 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, nn. 31.6-31.8, pp. 272-276. Essa é solução que a doutrina alemã extrai do § 322, n. 2 da ZPO (LENT-JAUERNIG, *Zivilprozeßrecht*, § 63, p. 327) e que foi adotada no art. 408 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola (TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, p. 45).

³⁰¹. Cf. *Compensazione e processo*, vol. II, cap. I, nn. 5 ss., pp. 24 ss.

³⁰². Cf. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cap. II, n. 5, pp. 114-119.

Para chegar à referida conclusão, MERLIN propõe uma ampliação do conceito de incompatibilidade, afirmando que uma “vera *incompatibilità* con la *portata pratica e precettiva* del primo giudicato” pode ocorrer “*sia se è la stessa relazione tra i diritti sostanziali ad essere modellata secondo uno schema di diretta incompatibilità, sia se, invece, tale relazione è conformata secondo uno schema di interdipendenza fondato, per lo più, dall’operare di una comune vicenda di vitalità*”.³⁰³ Esta relação de interdependência existiria nas relações jurídicas sinalagmáticas, em que o reconhecimento judicial da prestação impediria a ulterior negação da contraprestação,³⁰⁴ e na referida relação entre o crédito demandado e o crédito oposto em compensação.

No direito brasileiro não há norma semelhante ao art. 35 do *c.p.c.* e, portanto, não há como sustentar a extensão da coisa julgada ao crédito oposto em compensação sequer na situação em que haja impugnação e decisão a respeito.³⁰⁵ Parece igualmente inadmissível conferir à eficácia preclusiva o alcance pretendido por MERLIN. Sua argumentação parte de considerações de direito material para aplicar a eficácia preclusiva a situações em que a incompatibilidade é *indireta* (*supra*, n. 19) e portanto insuficiente para que o impedimento à propositura da demanda se manifeste. A eficácia preclusiva atua sempre e invariavelmente na medida dos limites objetivos da coisa julgada (*supra*, n. 1 e 19), que no direito brasileiro restringem-se ao dispositivo da sentença. Ainda que o dispositivo seja interpretado com referência à motivação, essa interpretação tem o limitado alcance de clarear o significado de um dispositivo obscuro e identificar a *causa petendi* da demanda proposta (*supra*, n. 5). Uma *causa excipiendi* como a compensação é sempre apreciada na motivação da sentença, não havendo portanto como invocar a eficácia preclusiva da coisa julgada.

³⁰³. *Compensazione e processo*, vol. II, cap. II, n. 6, p. 129.

³⁰⁴. Cf. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. II, cap. II, n. 6, pp. 131 ss.

³⁰⁵. Após fazer referência às peculiaridades do direito italiano no tratamento da compensação, HEINITZ observa com razão que “è dovuto a ragioni puramente pratiche, se alla compensazione si deve attribuire una posizione particolare. Sarebbe configurabile senz’altro un sistema che non contenesse alcuna regola speciale in proposito; allora per la compensazione avrebbero valore tutte le regole particolari ai fatti estintivi. La sentenza che accollesse la *exceptio compensationis* sarebbe una sentenza comune di rigetto, e soltanto dalla motivazione potrebbe desumersi che il giudice ha accolto la compensazione” (*I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 19, p. 226).

O raciocínio é válido para todas as demandas incompatíveis com um fundamento da sentença de improcedência que venham a ser propostas pelo réu vencedor, tal como no caso de ser proposta demanda de repetição de indébito com fundamento em pagamento que justificou a rejeição de demanda anterior. Não se pode negar que em ambos a solução adotada pode dar ensejo à situações iníquas, proporcionando, como já referido, a dupla satisfação de um mesmo direito. Esse é um mal que decorre da opção do direito positivo brasileiro por restringir a coisa julgada ao dispositivo da sentença, e sua gravidade não é em essência superior a todas as demais situações de desarmonia que podem decorrer dessa restrição (*supra*, nn. 5 e 12.1).

O réu alega a compensação, a demanda é julgada procedente com a afirmação da inexistência do crédito oposto em compensação, sendo proposta pelo réu posterior demanda em que pretende ver reconhecido o direito ao mesmo crédito. Aplicam-se a esta última situação todos os argumentos apresentados com referência ao primeiro exemplo, em que a demanda foi julgada procedente sem que o réu houvesse alegado a compensação em defesa. Apesar de a questão a respeito da existência do crédito oposto em compensação não ficar abrangida pela coisa julgada, a propositura de ulterior demanda em que se pleiteie o reconhecimento e a satisfação do crédito é impedida pela eficácia preclusiva.

21. eficácia preclusiva, limites objetivos da coisa julgada e o equilíbrio entre as posições do autor e do réu

A análise conjunta do impedimento decorrente da eficácia preclusiva, de sua aplicabilidade restrita à esfera de direitos do réu e da limitação da coisa julgada à causa de pedir, têm despertado questionamentos na doutrina a respeito da existência de um tratamento paritário das partes no processo, com privilégio à posição do autor.

Para a adequada compreensão desse questionamento é necessário retomar algumas idéias. Julgado improcedente o pedido, a mudança da causa de pedir é suficiente para autorizar a propositura de nova demanda, sem que se manifeste o óbice da coisa julgada (*supra*, n. 10 e 12.2). Tomando-se como exemplo um pedido de declaração

de inexistência de obrigação fundado no pagamento, o julgamento de improcedência permite a propositura de ulterior demanda com idêntico pedido, amparada em novos fatos e com a alegação de outras causas impeditivas, extintivas ou modificativas do direito.

Em contrapartida, a eficácia preclusiva da coisa julgada, que atua perante a esfera de direitos do réu, traz conseqüência mais abrangente. No mesmo exemplo, caso o credor tomasse a iniciativa de propor a demanda, apresentando pedido de declaração da existência da obrigação, em decorrência da eficácia preclusiva o julgamento de procedência impedirá qualquer questionamento ulterior.

Ou seja, diante de uma mesma situação substancial, a posição processual ocupada pela parte influenciará na dimensão dos limites objetivos da coisa julgada. Enquanto a declaração proferida em favor do autor traz um julgamento definitivo a respeito da situação da vida, a declaração favorável ao réu deixa em aberto aspectos dessa mesma situação que não integraram a causa de pedir, sujeitando-o a figurar como réu em sucessivos processos.³⁰⁶

Não há, no entanto, desequilíbrio na posição das partes, pois o ônus do réu de defender-se é limitado à específica causa de pedir apresentada pelo autor. Sempre que for proposta nova demanda, o réu terá oportunidade para apresentar seus argumentos de defesa e, se ficar incomodado com a possibilidade de vir a figurar como réu em diversos processos, o sistema franqueia-lhe os instrumentos da reconvenção e da ação declaratória incidental, que promovem a ampliação do objeto do processo e viabilizam uma decisão definitiva do litígio.³⁰⁷

³⁰⁶. Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 947, pp. 289-290. MENCHINI aponta que a referida desigualdade é promovida pela aplicação da teoria da substanciação, que identifica a demanda com referência aos fatos alegados pelo demandante (*supra*, n. 10) e com isso permite que um direito seja postulado de forma incompleta: “la soluzione criticata viola il principio fondamentale di un giusto processo, ossia la regola della parità delle armi tra i contendenti; infatti, mentre l’attore potrebbe far valere in un nuovo giudizio fatti costitutivi, che avesse omesso di allegare nell’atto introduttivo e che, perciò, non fossero più deducibili nel procedimento in corso, il convenuto, invece, vedrebbe definitivamente pregiudicati, in forza della preclusione del dedotto e de deducibile nascente dal giudicato, quei fatti impeditivi, modificativi od estintivi, che non avesse allegato nella comparsa di risposta. Sarebbe così istituzionalizzata, per questo tipo di procedimento, la regola dei due pesi e delle due misure” (*I limiti oggettivi del giudicato civile*, cap. IV, n. 1, pp. 204-205).

³⁰⁷. Cf. PAULA COSTA E SILVA, “A natureza processual da tutela do terceiro adquirente de boa fé e a título oneroso – exceção, reconvenção e eficácia preclusiva do caso julgado”, n. 10, p. 310; TEIXEIRA DE SOUSA, “O objeto da sentença e o caso julgado material – estudo sobre a funcionalidade processual”, p. 129.

Não bastassem tais argumentos, a paridade no tratamento das partes é também proporcionada pela imposição ao autor do ônus de alegar na petição inicial todas as causas de pedir que pretenda ver apreciadas no julgamento. Em contrapartida, são poucas as matérias que devem ser alegadas pelo réu em contestação para que possam conhecidas pelo julgador. Sempre que a lei não exigir a alegação em contestação, é eficaz a ulterior dedução do argumento ou seu enfrentamento *ex officio* pelo julgador.³⁰⁸ Essa distinção de tratamento contribui para legitimar a imposição ao réu da eficácia preclusiva da coisa julgada.

22. limites à eficácia preclusiva

Definida a eficácia preclusiva como o impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a situação jurídica definida na sentença transitada em julgado, apresentadas algumas situações em que esse impedimento se manifesta e demonstrado que a aplicação do instituto não viola a garantia de tratamento paritário das partes no processo, cabe ao fim deste capítulo referir as exceções à incidência da eficácia preclusiva.³⁰⁹

Uma primeira limitação é trazida com a ação rescisória. Presentes os requisitos de admissibilidade da ação rescisória e enquadrada a situação concreta em algum dos incisos do art. 485 do Código de Processo Civil,³¹⁰ torna-se admissível a apreciação do mérito de demanda que em sua essência é incompatível com a coisa julgada, sem que se possa invocar a eficácia preclusiva como impedimento. Passados os dois anos do prazo para a rescisão, forma-se a denominada *coisa soberanamente julgada* e a ação rescisória deixa de limitar a eficácia preclusiva.³¹¹

³⁰⁸. Cf. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cap. III, n. 7, pp. 332-333.

³⁰⁹. Não será enfrentado o tema da sentença juridicamente inexistente, pois em tal caso sequer há a formação de coisa julgada (TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 5.12, pp. 374-375).

³¹⁰. Conforme observa LEONARDO GRECO, a interpretação dada pela doutrina brasileira ao art. 485, inc. V do Código de Processo Civil, com o cabimento da ação rescisória sempre que for constatada violação de literal disposição de lei, sem qualquer restrição, promove uma “escancarada vulnerabilidade da coisa julgada (...) que não tem paralelo em nenhum sistema processual moderno” (“Ainda a coisa julgada inconstitucional”, n. 1, p. 560).

³¹¹. Cf. FREDERICO MARQUES, *Manual de direito processual civil*, vol. III, n. 696, p. 247.

Superado o prazo da rescisória, a eficácia preclusiva passa a abranger toda e qualquer demanda incompatível, sem importar a natureza da matéria que lhe serviria de fundamento.³¹² É irrelevante o fato de o conhecimento da matéria depender de alegação de parte ou poder ser realizado *ex officio* pelo juiz, por se tratar de matéria de ordem pública.³¹³ Ficam igualmente abrangidos pela eficácia preclusiva os argumentos não conhecidos na época em que se formou a coisa julgada ou que não foram apresentados por razões de força maior.³¹⁴

A regra comporta algumas exceções. A primeira delas refere-se à teoria da *relativização da coisa julgada*, que nos últimos anos despertou intensa polêmica na doutrina brasileira. São duas as teses que defendem a relativização.³¹⁵ A primeira, de cunho eminentemente *técnico jurídico*, exclui a autoridade do julgado em casos nos

³¹². MARIANA GOUVEIA propõe distinção entre “matéria de impugnação” e “matéria de exceção” para a finalidade de aplicar a eficácia preclusiva, nos seguintes termos: “quanto à primeira, os artigos 490º e 505º estipulam que a falta de impugnação dos factos alegados pela parte contrária tem como consequência a sua admissão por acordo. Admissão por acordo que, seguindo ou não o regime da confissão, é em regra irrevocável. A matéria de impugnação fica, assim, admitida e não precludida. Pelo que o efeito preclusivo relacionado com o caso julgado só pode dizer respeito a matéria de exceção” (*A causa de pedir na acção declarativa*, p. 399). Diante do significado atribuído nesta tese à eficácia preclusiva, a distinção não faz sentido. Em realidade, a processualista portuguesa confunde a eficácia preclusiva com as regras pertinentes à formação de questões e à distribuição do ônus da prova.

³¹³. “*Toda e qualquer nulidade* fica afastada, mesmo as absolutas e ainda que se trate de nulidade *da sentença* (falta de motivação *etc.*), quando ocorre o trânsito em julgado – sendo uma *sanatória geral das nulidades* (Liebman), a coisa julgada tem uma *eficácia preclusiva* que impede novos pronunciamentos dos juízes acerca das questões inerentes ao processo e a alegação de novas razões por qualquer das partes (art. 474). Alguns vícios reputados excepcionalmente graves pela lei poderão ainda ser alegados pela via da *acção rescisória* mas, não proposta esta no biénio (arts. 485 e 495) ou julgada improcedente, o convalidamento é definitivo e com isso desaparece a possibilidade de impugnar o ato, ainda que viciado de nulidade absoluta” (DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, n. 717, p. 621). No mesmo sentido, cf. BARBOSA MOREIRA, “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, n. 6.2, p. 106; LIEBMAN, “Giudicato”, n. 2.6, pp. 3-4. Na jurisprudência, cf. STJ, 5ª T., REsp n. 695.445/SP, rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, v.u., j. 27.3.08.

³¹⁴. Cf. BARBOSA MOREIRA, “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, n. 6.2, p. 106; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, n. 20, pp. 231-233; MACHADO GUIMARÃES, “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, n. XIX, p. 25.

³¹⁵. Ambas são repudiadas por grande parte da doutrina, com foco na insegurança jurídica trazida pelo afastamento da coisa julgada fora das hipóteses expressamente previstas em lei (BARBOSA MOREIRA, “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, pp. 235 ss.; LEONARDO GRECO, “Ainda a coisa julgada inconstitucional”, n. 5, pp. 562 ss.; MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional*, n. 8, pp. 177 ss.; MESQUITA, *Coisa julgada*, cap. V, pp. 89 ss.; NERY JR., “Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito”, pp. 703 ss.; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “Coisa julgada relativa?”, pp. 102-112; SÉRGIO PORTO, *Coisa julgada civil*, n. 4.12, pp. 125-138).

quais a decisão seja inconstitucional ou em que a lei na qual se apoiou haja sido ou venha a ser julgada inconstitucional.³¹⁶ A outra tese, de fundo *axiológico*, busca amparo na regra da proporcionalidade e nega a rigidez da coisa julgada quando a eficácia da sentença colidir com algum valor que no caso concreto se mostre mais elevado que a segurança jurídica.³¹⁷ Nos limites em que seja admitida a aplicação dessas teses, a eficácia preclusiva será excepcionada sempre que houver a relativização.

Além dessa possível exceção não consagrada em lei, o direito processual brasileiro prevê dois argumentos aptos a afastar o impedimento trazido com a eficácia preclusiva, em fenômeno denominado por CASTRO MENDES de *limites argumentativos da coisa julgada*.³¹⁸ Referidos argumentos são a “falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia” (CPC, art. 475-L, inc. I)³¹⁹ e a divergente interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal da norma que fundamentou a decisão transitada em julgado (CPC, arts. 475-L, § 1º e 741, § único).

Há profunda divergência na doutrina a respeito do significado dos arts. 475-L, § 1º e 741, § único do Código de Processo Civil. Eis os diferentes posicionamentos, em ordem gradativa: (a) as normas são inconstitucionais, por atentarem contra o princípio constitucional da coisa julgada;³²⁰ (b) para preservar tal princípio, a coisa julgada somente pode ser desconstituída se a sentença for proferida após a declaração de inconstitucionalidade da norma em sede de controle abstrato ou após

³¹⁶. Cf. PAULO OTERO, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, pp. 63 ss.; THEODORO JR. – JULIANA FARIA, “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle”, pp. 123 ss.

³¹⁷. Cf. BRUNO LOPES, “Coisa julgada e justiça das decisões”, nn. 5-6, pp. 384-395; DINAMARCO, *Nova era do processo civil*, cap. X, pp. 216 ss.; JOSÉ DELGADO, “Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”, pp. 77 ss.; TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 13, pp. 561 ss.

³¹⁸. Cf. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, n. 4, pp. 62-63.

³¹⁹. Conforme observa DINAMARCO, “a sentença é, em casos assim, portadora de uma *nullidade decorrente*, que a atinge como reflexo e consequência de vício anterior no procedimento; e a sentença que no processo da impugnação assim a reconhece tem sobre ela autêntica *eficácia rescisória*, capaz de excluí-la do mundo jurídico ainda quando já passada em julgado” (*Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.241, p. 723). No mesmo sentido, cf. ADROALDO FABRÍCIO, “Réu revel não citado, ‘querela nullitatis’ e ação rescisória”, n. 5, pp. 32-34; ARAKEN DE ASSIS, *Cumprimento da sentença*, n. 110.2.1, pp. 318-319; LUCON, *Embargos à execução*, n. 68, pp. 165-169. Caso se entenda que caso não há na situação a formação de coisa julgada (MESQUITA, *Coisa julgada*, cap. V, n. 4.6, p. 105; TERESA WAMBIER – MEDINA, *O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização*, n. 6.2, pp. 213 ss.), a “falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia” não será propriamente um limite à eficácia preclusiva.

³²⁰. Cf. LEONARDO GRECO, “Ainda a coisa julgada inconstitucional”, n. 5, pp. 579-580.

suspensa pelo Senado Federal a eficácia da norma declarada inconstitucional, nos termos do art. 52, inc. X da Constituição Federal;³²¹ (c) além das situações referidas na hipótese anterior, as normas são aplicáveis no caso de a sentença contrariar qualquer interpretação de norma constitucional apresentada em sede de controle abstrato de constitucionalidade;³²² (d) as normas são aplicáveis nas hipóteses *b* e *c*, sem importar se a decisão do Supremo Tribunal Federal é anterior ou posterior ao trânsito em julgado;³²³ (e) além de ser possível desconstituir a coisa julgada nas hipóteses *b*, *c* e *d*, também servem para essa finalidade as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, independente de qualquer manifestação do Senado Federal.³²⁴

A interpretação mais equilibrada é a delineada na hipótese *c*. As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou de controle incidental após a suspensão da norma pelo Senado Federal gozam de importância fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Independentemente de qual seja o conteúdo do julgamento, é imposta uma pauta vinculante, de observância obrigatória para todos. Decisões rebeldes que contrariem a interpretação do Supremo não podem ser toleradas, sendo portanto conveniente a existência de um mecanismo que permita a rescisão do julgado mesmo depois de escoado o prazo para a propositura da ação rescisória. A situação muda de figura, no entanto, quando a decisão do Supremo é proferida após a formação da coisa julgada. Não houve um ato de rebeldia. O julgador não estava vinculado por uma interpretação superior e a sentença percorreu todos os caminhos exigidos pelo sistema para se tornar estável e ficar imunizada pela coisa julgada. Permitir sua rescisão com a invocação de uma ulterior decisão do Supremo, depois de escoado o prazo para a propositura de ação rescisória e sem que estejam presentes os rigorosos pressupostos para a aplicação da teoria da relativização da coisa julgada, trará uma situação de insegurança jurídica incompatível com a ordem constitucional.

³²¹. Cf. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, n. 1.764, pp. 792-793.

³²². Cf. MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional*, n. 5, pp. 119-135.

³²³. Cf. ARAKEN DE ASSIS, *Cumprimento da sentença*, n. 110.2.7, pp. 330-331; ATHOS CARNEIRO, *Cumprimento da sentença civil*, n. 25, p. 75; TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 8, pp. 423 ss.

³²⁴. Cf. LUCON, “Coisa julgada, efeitos da sentença, ‘coisa julgada inconstitucional’ e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único”, n. 14, p. 162; ZAVASCKI, “Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC”, pp. 79 ss. e “Sentenças inconstitucionais: inexigibilidade”, pp. 511 ss.

A abertura trazida pelos arts. 475-L, inc. I e § 1º e 741, § único ao questionamento da coisa julgada não se restringe à impugnação ao cumprimento de sentença. Como a impugnação somente pode ser proposta em execução de sentenças condenatórias e não há razão para conferir tratamento distinto a tais sentenças com relação às declaratórias e constitutivas, é necessário admitir a propositura de demanda autônoma que, invocando os fundamentos referidos, vise a desconstituir a coisa julgada.

No caso do art. 475-L, inc. I, a propositura de demanda autônoma é amplamente aceita.³²⁵ A divergência surge quando se enfrenta a hipótese descrita nos arts. 475-L, § 1º e 741, § único.

ARAKEN DE ASSIS restringe o alcance dessas normas às sentenças condenatórias e afirma ser inadmissível a propositura de demanda autônoma. A matéria somente poderia ser invocada em impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução. Nas suas palavras, “a remissão do inciso II do art. 475-L esclarece que o desaparecimento da base legal da condenação se passa no plano da eficácia, apagando-lhe o efeito executivo e a indiscutibilidade resultante da coisa julgada (art. 467), motivo por que cabe a impugnação, e, não, ação rescisória. Além disso, a procedência da impugnação não desconstituirá o título, nem reabrirá o processo, limitando-se a tornar inadmissível a sua execução”.³²⁶ TALAMINI chega a conclusão idêntica e traz como justificativa para o tratamento diferenciado o fato de a *sentença condenatória* prestar uma tutela incompleta. Enquanto as tutelas declaratória e constitutiva satisfazem de imediato a pretensão do autor, “a condenação é apenas um passo no caminho da solução integral de que necessita o jurisdicionado”, dependendo sempre de ulterior execução se não houver o cumprimento espontâneo da prestação. Traçada a premissa, conclui: “se foi necessária a execução – e por isso estão cabendo embargos – é porque ainda não se tem aquela situação final consolidada que corresponderia à tutela condenatório-executiva (muito embora já possa haver coisa julgada). Sob essa perspectiva, desconstituir as eficácias declaratória e constitutiva é mais grave do que desconstituir a eficácia condenatória no momento dos embargos. Daí ser razoável não estender, pura e simplesmente, a norma do art. 741, par. ún., aos pronunciamentos declaratórios e constitutivos”.³²⁷

³²⁵. Cf. ADROALDO FABRÍCIO, “Réu revel não citado, ‘querela nullitatis’ e ação rescisória”, nn. 4-9, pp. 31-37; DINAMARCO, *Litisconsórcio*, nn. 129-131, pp. 351-360; LUCON, *Embargos à execução*, n. 68, pp. 169-170; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “Sobrevivência da *querela nullitatis*”, pp. 115-122.

³²⁶. *Cumprimento da sentença*, n. 110.2.7, p. 330.

³²⁷. *Coisa julgada e sua revisão*, n. 8.12, pp. 483-484.

Parece no entanto que os embargos à execução ou a impugnação ao cumprimento da sentença promoverão na hipótese a integral rescisão do julgado e não se limitarão a subtrair a eficácia condenatória da sentença. Apesar de depender da atividade executiva para ser concretizada, a eficácia condenatória fica imunizada pela coisa julgada do mesmo como as eficácias declaratória e constitutiva (*supra*, n. 15). Não tem sentido afirmar que a declaração contida na sentença condenatória permanece incólume mas não autoriza a execução, ou seja, não permite o alcance dos fins a que a decisão se destina. A gravidade dessa conclusão é idêntica à de subtrair a eficácia declaratória ou a eficácia constitutiva da decisão, reduzindo-a a um discurso despido de autoridade. Como o ordenamento jurídico não pode atribuir arbitrariamente disciplinas distintas para situações que substancialmente são idênticas, deve ser admitida a propositura de demanda autônoma, com fundamento na situação descrita nos arts. 475-L, § 1º e 741, § único, que vise a desconstituir a coisa julgada.³²⁸

Respeitado o *substantive due process of law*, não há óbice a que a eficácia preclusiva da coisa julgada fique sujeita aos limites expostos no decorrer deste item. Apesar de a doutrina constantemente afirmar que a eficácia preclusiva é essencial à coisa julgada,³²⁹ é corrente a idéia de que a própria coisa julgada não é fundamental ao exercício da jurisdição.³³⁰ Há registro na história de ordenamentos em que

³²⁸. Cf. LUCON, “Coisa julgada, efeitos da sentença, ‘coisa julgada inconstitucional’ e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único”, n. 14, pp. 161-163.

³²⁹. Ao enfrentar o tema ALLORIO chega a afirmar que o conceito de eficácia preclusiva “non ha molta utilità”, pois lhe parece evidente a “irrelevanza dell’iter formativo della decisione, dopo che questa ha acquistato forza di cosa giudicata” (“Critica della teoria del giudicato implicito”, p. 245). LIEBMAN pondera que “a finalidade prática do instituto exige que a coisa julgada permaneça firme, embora a discussão das questões relevantes tenha sido eventualmente incompleta; absorve ela, desse modo, necessariamente, tanto as questões que foram discutidas como as que o poderiam ser” (*Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 62). Igualmente enfático, SCHWAB afirma que a coisa julgada perderia seu significado sem a eficácia preclusiva (*Der Streitgegenstand in Zivilprozess*, § 15, p. 224).

³³⁰. “Dal concetto dell’ufficio del giudice deriva bensì naturalmente che la sentenza debba mandarsi ad esecuzione forzata finchè essa sta, ma non che debba tenersi in futuro come norma immutabile del rapporto deciso: il risame indefinito della controversia parre anzi più conforme a giustizia. Sono ragioni d’opportunità, riguardi d’utilità sociale, che fanno porre un termine alla indagine giudiziaria, e trattare la sentenza come legge irrevocabile pel caso concreto. È importante non dimenticare mai questa semplice considerazione: la verità della quale può confermarsi con recentissimi studi su diritti antichi, che ci rilevano, ad esempio nelle origini del diritto norvegese, completamente ignorato il principio della cosa giudicata: esecutiva la sentenza, ma sempre aperta la discussione sulla sua esatezza, or in base a nuove prove, or no. Solo di mano in mano, col moltiplicarsi dei rapporti, coll’estendersi dei commerci, si frena quella libertà di

o instituto era desconhecido ou muito frágil³³¹ e, atualmente, uma forte tendência reformista do processo civil é a de canalizar a tutela jurisdicional para processos de cognição sumária, sem a formação de coisa julgada.³³² Em tal contexto, como resultado de uma opção política do legislador, é legítimo subtrair da coisa julgada parte de sua eficácia preclusiva, que terá por significado diminuir o grau de imunização que ela proporciona ao julgado.

critica, fino a restringerla in termini perentori. Cominciano dunque col liberarci dall'idea, spesso ritornante ancora nei nostri scritti, che la cosa giudicata sia un istituto di ragion naturale 'comune a tutti i popoli'" (CHIOVENDA, "Sulla cosa giudicata", p. 400). Não há portanto como concordar com MARINONI, ao afirmar que "muito mais do que um princípio constitucional", a coisa julgada é "uma regra indispensável à existência do discurso jurídico e, por conseguinte, ao exercício da própria jurisdição", e concluir que "uma interpretação judicial que não tem condições de se tornar estável não tem propósito" (*Cosa julgada inconstitucional*, n. 3.1, pp. 56-57).

³³¹. Cf. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, n. 263, pp. 406-407.

³³². Cf. MENCHINI, "Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato", pp. 869 ss.; PROTO PISANI, "Verso la residualità del processo a cognizione piena?", pp. 239 ss.

CAP. V – CONCLUSÕES

As conclusões desta tese foram apresentadas no decorrer dos capítulos anteriores, com a identificação da relação entre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada e a delimitação do alcance e função desses institutos. Neste capítulo final será apresentada uma síntese que integrará as conclusões e demonstrará a harmonia do sistema proposto.

Os limites objetivos dizem respeito à extensão da matéria que ficará imunizada pela coisa julgada material. Definida a matéria imunizada, a função negativa da coisa julgada impedirá a propositura de demanda idêntica e a função positiva vinculará o julgamento de processos futuros em que a questão decidida apresente-se como prejudicial.

A extensão desses limites é tradicionalmente vinculada ao objeto da sentença e, por via indireta, ao objeto do processo. É a demanda que define o objeto do processo. A demanda é identificada pelas partes, pela causa de pedir e pelo pedido, sendo relevantes para a finalidade de traçar os limites objetivos da coisa julgada a causa de pedir e o pedido.

Esse encadeamento lógico entre objeto do processo, objeto da sentença e limites objetivos da coisa julgada não é essencial à disciplina da coisa julgada. Decorre de uma opção política e pode ser rompido se solução diversa resultar da máxima efetividade dos princípios constitucionais do processo.

Há três opções para ampliar os limites objetivos da coisa julgada: (a) estender a coisa julgada a questões decididas entre os fundamentos da sentença, (b) impedir que pedido idêntico seja apresentado em processo ulterior com fundamento em diversa causa de pedir e (c) impedir que um mesmo direito seja postulado de forma fracionada em diferentes processos.

A extensão da coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão, que tenham sido determinantes para o resultado do julgamento, prestigia os princípios da segurança jurídica e da economia processual, sem afrontar qualquer princípio constitucional relevante, pois a apreciação desses fundamentos sempre será realizada mediante cognição prévia, exauriente e com respeito ao contraditório.

É portanto imperioso que o legislador brasileiro abandone a opção de restringir a coisa julgada ao dispositivo da sentença e, na esteira dos diversos ordenamentos estrangeiros que se inspiraram no *colateral estoppel*, estenda a coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão.

O direito brasileiro restringe a coisa julgada à causa de pedir efetivamente invocada pelo demandante. Deve ser afastada a alternativa de estender a imutabilidade a todas as demais causas de pedir que pudessem ter sido invocadas, pois restaria impedida a apreciação de questão nunca antes submetida ao crivo judicial, em afronta ao acesso à justiça, à ampla defesa e ao contraditório.

A identificação da causa de pedir também interfere na definição dos limites objetivos da coisa julgada. O método mais adequado é o fornecido pela teoria da substanciação, delimitando-se a causa de pedir com referência aos fatos invocados pelo demandante. Para que a jurisdição cumpra o escopo de aplicar o direito objetivo na sua integralidade é conveniente que a máxima *iura novit curia* seja aplicada de forma abrangente, sem limitar-se ao específico fundamento jurídico invocado pelo demandante, o que afasta a teoria da individuação e a teoria eclética, que mistura as características da substanciação e da individuação. É igualmente conveniente que a atividade judicial fique restrita aos fatos essenciais invocados na causa de pedir, pois seria irracional e comprometeria a imparcialidade do julgador exigir que ele busque uma realidade que sequer foi alegada no processo. Esses fatos essenciais devem ser identificados com referência às *fattispecie* de todos os fundamentos jurídicos que possam amparar o acolhimento do pedido, método dentre os disponíveis que proporciona a maior abrangência dos limites objetivos da coisa julgada e que não sacrifica nenhum princípio constitucional relevante.

No caso do pedido, o acesso à justiça, a ampla defesa e o contraditório impedem que se estenda a coisa julgada a situações da vida que não foram submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

Traçadas as premissas para a definição dos limites objetivos da coisa julgada, a questão deve ser enfocada frente às diversas modalidades de tutela jurisdicional. A coisa julgada imuniza todos os efeitos da sentença, sendo impossível suprimir ou modificar os efeitos declaratório, condenatório, constitutivo, executivo e mandamental.

Importa nesta conclusão retomar as considerações expostas a respeito da tutela declaratória, que são válidas para o conteúdo declaratório de toda e qualquer sentença. Julgada procedente demanda declaratória, a declaração a respeito da situação jurídica que constitui objeto do processo ficará imune a qualquer questionamento ulterior, pois qualquer demanda incompatível com a situação declarada será obstada pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Julgada improcedente, a sentença declarará apenas que os fatos alegados com a petição inicial não são aptos ao reconhecimento da situação jurídica objeto do pedido, dada a limitação da coisa julgada à causa de pedir. Por estar atrelada ao conteúdo da declaração, a coisa julgada ficará limitada a esse alcance específico.

A definição dos limites objetivos da coisa julgada no âmbito da tutela declaratória sinalizou a importância da eficácia preclusiva para a imunização da decisão transitada em julgado.

A eficácia preclusiva da coisa julgada não interfere na extensão da matéria imunizada pela coisa julgada. A imutabilidade não se estenderá aos argumentos deduzidos ou dedutíveis. A eficácia preclusiva em realidade impede a propositura de demandas incompatíveis com a situação jurídica definida na sentença transitada em julgado, na exata medida da incompatibilidade e sem haver a extensão dos limites objetivos da coisa julgada à situação jurídica incompatível.

O fenômeno refere-se a demandas distintas daquela apresentada no processo onde se formou a coisa julgada, pois a propositura de demanda idêntica é impedida pela função negativa da coisa julgada, independentemente de qualquer alusão à eficácia preclusiva. Suas repercussões restringem-se à esfera de direitos do réu e não importa para que o impedimento se manifeste o fato de a demanda incompatível estar fundada em um argumento deduzido ou meramente dedutível.

É igualmente irrelevante para que a eficácia preclusiva se manifeste o fato de a demanda incompatível proposta pelo réu perdedor estar fundada em argumento que teria a natureza de exceção substancial se apresentado no processo em que foi vencido. O direito do réu que subjaz à exceção subsiste e pode ser objeto de demanda autônoma, mas a eficácia preclusiva impedirá um julgamento que interfira na tutela jurisdicional prestada na anterior sentença transitada em julgado.

A restrição da eficácia preclusiva à esfera de direitos do réu não ofende a garantia de tratamento isonômico das partes no processo. O problema é suscitado por ser suficiente que o autor altere a causa de pedir para que se viabilize a propositura de nova demanda, o que pode sujeitar o réu a figurar no pólo passivo de diversos processos. Em contrapartida, julgada a demanda procedente, a eficácia preclusiva traz para o réu conseqüência mais ampla, impedindo o questionamento da coisa julgada em qualquer demanda ulterior. No entanto, o ônus do réu de defender-se é limitado à específica causa de pedir apresentada pelo autor e, se ficar incomodado com a possibilidade de vir a figurar como réu em diversos processos, o sistema franqueia-lhe os instrumentos da reconvenção e da ação declaratória incidental, que promovem a ampliação do objeto do processo e viabilizam uma decisão definitiva do litígio. A paridade no tratamento das partes é também proporcionada pela imposição ao autor do ônus de alegar na petição inicial todas as causas de pedir que pretenda ver apreciadas no julgamento da causa, enquanto são poucas as matérias que devem necessariamente ser alegadas pelo réu em contestação para que possam conhecidas pelo julgador.

Finalmente, a eficácia preclusiva não traz um impedimento absoluto à propositura de demandas incompatíveis com a coisa julgada. O sistema prevê a possibilidade de a coisa julgada ser desconstituída medida a propositura de ação rescisória e nos últimos anos vem ganhando força a tese da relativização da coisa julgada, que igualmente viabiliza a superação de decisão transitada em julgado. A coisa julgada também está sujeita a dois limites argumentativos, aptos a afastar o impedimento trazido com a eficácia preclusiva: a falta ou nulidade da citação e a divergente interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal da norma que fundamentou a decisão transitada em julgado.

BIBLIOGRAFIA

ALLORIO, Enrico. “Critica della teoria del giudicato implícito”, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1938, pp. 245-256.

_____ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè, 1992.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Direito material, processo e tutela jurisdicional”, in *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo, RT, 2006, pp. 758-778.

_____ *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997.

_____ “Garantia do contraditório”, in José Rogério Cruz e Tucci (org.), *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo, RT, 1999, pp. 132-150.

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, São Paulo, RT, 1977.

ANDREWS, Neil. *The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England*, 2008, trad. port. de Teresa Arruda Alvim Wambier, *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, São Paulo, RT, 2010.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.

_____ *Teoria geral do processo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008 (em coop. com Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco).

ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, vol. III, São Paulo, RT, 2007 (em coop. com Luiz Guilherme Marinoni).

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Código de Processo Civil anotado*, vol. III, São Paulo, RT, 1976.

_____ *Manual de direito processual civil*, vol. I, 8ª ed., São Paulo, RT, 2003.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*, Rio de Janeiro, Forense, 2006.

_____ *Eficácia civil da sentença penal*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2000.

_____ “Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada”, in *Ajuris*, n. 44, pp. 25-44.

ATTARDI, Aldo. “In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1990, pp. 475-539.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. “Coisa julgada relativa?”, in *Revista dialética de direito processual* n. 13, pp. 102-112.

_____ “Conteúdo da sentença e coisa julgada”, in *Sentença e coisa julgada – ensaios e pareceres*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, pp. 163-183.

_____ *Curso de processo civil*, vol. I, 6ª ed., São Paulo, RT, 2002.

_____ *Do processo cautelar*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

_____ “Eficácias da sentença e coisa julgada”, in *Sentença e coisa julgada – ensaios e pareceres*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, pp. 71-102.

_____ “Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro”, in *Sentença e coisa julgada – ensaios e pareceres*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, pp. 103-137.

_____ “Sobrevivência da *querela nullitatis*”, in *Revista forense* n. 333, pp. 115-122.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, in *Temas de direito processual*, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 97-109.

_____ “Ainda e sempre a coisa julgada”, in *Direito processual civil – ensaios e pareceres*, Rio de Janeiro, Borsóí, 1971, pp. 133-146.

_____ “Coisa julgada e declaração”, in *Temas de direito processual*, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 81-89.

_____ “Coisa julgada – limites objetivos”, in *Direito aplicado*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 2000, pp. 439-461.

_____ “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, in *Temas de direito processual*, 9ª série, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 235-265.

_____ “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, in *Temas de direito processual*, 3ª série, São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 99-113.

_____ “Item do pedido sobre o qual não houve decisão – possibilidade de reiteração noutra processo”, in *Temas de direito processual*, 2ª série, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 241-252.

_____ “Limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil”, in *Temas de direito processual*, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 90-96.

_____ “Os Códigos de Processo Civil de 1973 e de 1939: contrastes e confrontos”, in *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1974, pp. 44-67.

_____ “Quanti minoris”, in *Direito processual civil – ensaios e pareceres*, Rio de Janeiro, Borsó, 1971, pp. 204-213.

_____ *Questões prejudiciais e coisa julgada*, Rio de Janeiro, Borsó, 1967.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Cognição e decisões do juiz no processo executivo”, in *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo, RT, 2006, pp. 358-378.

_____ *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____ *Efetividade do processo e técnica processual*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

_____ “Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório”, in José Rogério Cruz e Tucci – José Roberto dos Santos Bedaque (org.), *Causa de pedir e pedido no processo civil*, São Paulo, RT, 2002, pp. 13-52.

BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*, 41ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009 (em coop. com Theotônio Negrão e José Roberto Gouvêa).

_____ *Reconvenção no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 2009.

BONSIGNORI, Angelo. “Il limiti oggettivi della cosa giudicata in un recente libro tedesco”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, pp. 236-248.

BORGHESI, Domenico. “Compensazione nel diritto processuale civile”, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. III, pp. 78-99.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2006.

_____ *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003.

BUONCRISTIANI, Dino. *L'allegazione dei fatti nel processo civile – profili sistematici*, Torino, Giappichelli, 2001.

BUZUID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986.

CALAMANDREI, Piero. “Compensazione in sede esecutiva por credito anteriore al giudicato”, in *Opere Giuridiche*, vol. IX, Napoli, Morano, 1983, pp. 471-474.

_____ “Il concetto di *lite* nel pensiero di Francesco Carnelutti”, in *Opere Giuridiche*, vol. I, Napoli, Morano, 1965, pp. 200-226.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*, Rio de Janeiro, Aide, 1988.

CANOVA, Augusto Cerino. “La domanda giudiziale e il suo contenuto”, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, t. 1, Torino, UTET, 1980, pp. 3-234.

_____ “Unicità del diritto e del processo di risarcimento”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1986, pp. 445-459.

CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2007.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça – juizados especiais e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, Nápoles, Morano, s.a..

_____ *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, vol. I, 4ª ed., Roma, Foro Italiano, 1951.

CARRESI, Franco. “Gli effetti del contratto”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, pp. 488-513.

CARRIÓ, Genaro R.. *Notas sobre derecho y language*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*, Porto Alegre, Fabris, 1992.

CASAD, Robert C. *Res judicata – a handbook on its theory, doctrine, and practice*, Durham, Carolina Academic, 2001 (em coop. com Kevin M. Clermont).

CHASE, Oscar G.. *Civil litigation in comparative context*, St. Paul, Thomson, 2007 (em coop. com Helen Hershkoff, Linda Silberman, Yasuhei Taniguchi, Vincenzo Varano e Adrian Zuckerman).

CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa giudicata e preclusione”, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 231-283.

_____ *Istituzioni di diritto processuale civile*, s.a., trad. port. de J. Guimarães Menegale, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969.

_____ *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965.

_____ “Sulla cosa giudicata”, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 399-409.

_____ “Sulla ‘eccezione’”, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 149-156.

CHIZZINI, Augusto. *L'intervento adesivo*, vol. I, Padova, Cedam, 1991.

CLERMONT, Kevin M.. “Common-law compulsory counterclaim rule: creating effective and elegant *res judicata* doctrine”, in *Notre Dame Law Review* n. 79, 2004, pp. 1.745-1.760.

_____ *Res judicata – a handbook on its theory, doctrine, and practice*, Durham, Carolina Academic, 2001 (em coop. com Robert C. Casad).

CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Crédito-prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica”, in *Crédito-prêmio de IPI – estudos e pareceres*, vol. III, São Paulo, Minha Editora, 2005, pp. 131-187.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*, vol. II, Padova, Cedam, 1982.

CONSOLO, Claudio. “Domanda giudiziale”, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. VII, pp. 44-109.

_____ *Il cumulo condizionale di domande*, vol. I, Padova, Cedam, 1985.

_____ “Oggetto del giudicato e principio dispositivo - dei limiti oggettivi del giudicato costitutivo”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, pp. 215-290.

_____ *Spiegazioni di diritto processuale civile*, t. I, 3ª ed., Padova, Cedam, 2008.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal civil – parte general*, 3ª ed., Madrid, Colex, 2000.

COSTA E SILVA, Paula. “A natureza processual da tutela do terceiro adquirente de boa fé e a título oneroso - exceção, reconvenção e eficácia preclusiva do caso julgado”, in *Revista de processo* n. 170, pp. 285-326.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1997.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2009.

_____ “A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação”, in *Revista do Advogado* n. 40, pp. 39-43.

_____ *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, São Paulo, RT, 2006.

DALBOSCO, Maria Cristina. “La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo”, in *Rivista di diritto civile*, 1989, pp. 357-407.

DELGADO, José Augusto. “Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”, in Carlos Valder do Nascimento (org.), *Coisa julgada inconstitucional*, 2ª ed., Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, pp. 77-121.

DIDIER JR., Fredie. “A sentença meramente declaratória como título executivo – aspecto importante da reforma processual civil brasileira de 2005”, in Mirna Cianci – Rita Quartieri (org.), *Temas atuais da execução civil – estudos em homenagem ao professor Donald Armelin*, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 245-251.

DINAMARCO, Cândido Rangel, “A formação do moderno processo civil brasileiro – uma homenagem a Enrico Tullio Liebman”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. I, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 27-39.

_____ *A instrumentalidade do processo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____ “Electa una via non datur regressus ad alteram”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. II, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 907-925.

_____ *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____ *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____ *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____ *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____ *Intervenção de terceiros*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____ *Litisconsórcio*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____ “Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados - a garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos específicos”, in *Crédito-prêmio de IPI – estudos e pareceres*, vol. III, São Paulo, Minha Editora, 2005, pp. 85-113.

_____ *Nova era do processo civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____ “O conceito de mérito no processo civil”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. I, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 232-276.

_____ *Teoria geral do processo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008 (em coop. com Antônio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover).

FABBRINI, Giovanni. “L’eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione”, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 333-404.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

_____ “Réu revel não citado, ‘querela nullitatis’ e ação rescisória”, in *Revista de processo* n. 48, pp. 27-44.

FALZEA, Angelo. “Efficacia giuridica”, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1997.

FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle”, in Carlos Valder do Nascimento (org.), *Coisa julgada inconstitucional*, 2ª ed., Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, pp. 123-170 (em coop. com Humberto Theodoro Jr.).

FAZZALARI, Elio. “Il camino della sentenza e della cosa giudicata”, in *Rivista di diritto processuale*, 1988, pp. 589-597.

FERRAZ, Sérgio. *Assistência litisconsorcial no direito processual civil*, São Paulo, RT, 1979.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Crédito-prêmio de IPI – estudos e pareceres*, São Paulo, Minha Editora, 2005, pp. 33-46.

FERRI, Corrado. *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, Cedam, 1970.

_____ “Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata”, in *Rivista di diritto processuale*, 1966, pp. 419-441.

_____ *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, Cedam, 1975.

FORNACIARI, Michele. *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2002.

FRANCHI, Giuseppe. “Profili processuale della compensazione”, in *Rivista di diritto processuale*, 1963, pp. 207-226.

FRIEDENTHAL, Jack H. *Civil procedure*, 3^a ed., St. Paul, West Group, 1999 (em coop. con Mary Kay Kane e Arthur R. Miller).

GARBAGNATI, Edoardo. “Questione preliminari di merito e questione pregiudiziali”, in *Rivista di diritto processuale*, 1976, pp. 257-280.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Coisa julgada – novos enfoques no direito processual, na jurisdição metaindividual e nos dissídios coletivos*, São Paulo, Método, 2007.

GLANNON, Joseph W. *Civil procedure – examples and explanations*, 4^a ed., New York, Aspen Law & Business, 2001.

GOMES, Orlando. *Obrigações*, 2^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968.

GOUVÊA, José Roberto. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*, 41^a ed., São Paulo, Saraiva, 2009 (em coop. com Theotônio Negrão e Luiz Guilherme Aida Bondioli).

GOUVEIA, Mariana França. *A causa de pedir na acção declarativa*, Coimbra, Almedina, 2004.

GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d'ufficio*, Milano, Giuffrè, 1967.

_____ “La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunziato e la nullità da ultra o extrapetizione”, in *Rivista di diritto processuale*, 1965, pp. 387-429.

GRECO, Leonardo. “Ainda a coisa julgada inconstitucional”, in *Estudos de direito processual*, Campos de Goytacazes, Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 557-581.

_____ *Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*, São Paulo, RT, 1972.

_____ “Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada”, in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* n. 16, pp. 22-29.

_____ *Teoria geral do processo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008 (em coop. com Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco).

_____ “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”, in *Revista de processo* n. 79, pp. 65-76.

GRUNSKY, Wolfgang. “Processo civile (Germania)”, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. XV, pp. 142-167.

HABSCHEID, Walter J.. *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, Rimini, Maggioli, 1985.

HAZARD JR., Geoffrey C.. *Civil procedure*, 5ª ed., New York, Foundation, 2001 (em coop. com Fleming James Jr. e John Leubsdorf).

HEINTZ, Ernesto. “Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato”, in *Giurisprudenza italiana*, 1955, I, pp. 755-768.

_____ *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, Cedam, 1937.

HERSHKOFF, Helen. *Civil litigation in comparative context*, St. Paul, Thomson, 2007 (em coop. com Oscar G. Chase, Linda Silberman, Yasuhei Taniguchi, Vincenzo Varano e Adrian Zuckerman).

JAMES JR., Fleming. *Civil procedure*, 5ª ed., New York, Foundation, 2001 (em coop. com Geoffrey C. Hazard Jr. e John Leubsdorf).

JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozeßrecht*, 1998, trad. port. de F. Silveira Ramos, *Direito processual civil*, Coimbra, Almedina, 2002 (em coop. com Friedrich Lent).

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. “Nulidade parcial de ato normativo. Certeza e segurança jurídica diante de alteração de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao Poder Público”, in *Crédito-prêmio de IPI – estudos e pareceres*, vol. III, São Paulo, Minha Editora, 2005, pp. 53-69.

KANE, Mary Kay. *Civil procedure*, 3ª ed., St. Paul, West Group, 1999 (em coop. com Jack H. Friedenthal e Arthur R. Miller).

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. I, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

LEBRE DE FREITAS, José. “Caso julgado e causa de pedir – o enriquecimento sem causa perante o artigo 1.229 do Código Civil”, in http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=54104&ida=54117.

LEIBLE, Stefan. *Proceso civil alemán*, 2ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1998.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 2008.

LENT, Friedrich. *Zivilprozessrecht*, 1998, trad. port. de F. Silveira Ramos, *Direito processual civil*, Coimbra, Almedina, 2002 (em coop. com Othmar Jauernig).

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*, São Paulo, Método, 2006.

LEUBSDORF, John. *Civil procedure*, 5ª ed., New York, Foundation, 2001 (em coop. com Fleming James Jr. e Geoffrey C. Hazard Jr.).

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 4ª ed., São Paulo, Forense, 2006.

_____ “Giudicato”, in *Enciclopedia giuridica treccani*, vol. 15, pp. 1-17.

_____ “Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione”, in *Problemi del processo civile*, Napoli, Morano, 1962, pp. 72-75.

_____ *Le opposizioni di merito nel processo d’esecuzione*, Roma, Foro Italiano, 1936.

_____ “Limites objetivos da coisa julgada”, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, 1976, pp. 159-164.

_____ “L’ordine delle questioni e l’eccezione di prescrizione”, in *Rivista di diritto processuale*, 1967, pp. 539-542.

_____ *Manuale di diritto processuale civile*, 1980, trad. port. de Cândido Rangel Dinamarco, *Manual de direito processual civil*, vol. I, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

_____ *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 1984.

_____ “O despacho saneador e o julgamento do mérito”, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, 1976.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*, São Paulo, RT, 1997.

LOCATELLI, Francesca. *L’accertamento incidentale ex lege: profili*, Milano, Giuffrè, 2008.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*, São Paulo, Saraiva, 2009 (obra coletiva org. por Maurício Giannico e Vítor José de Mello Monteiro).

_____ “Coisa julgada e justiça das decisões”, in *Revista de processo* n. 116, pp. 372-400.

_____ *Honorários advocatícios no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 2008.

LOUREIRO, Francisco. “Usucapião individual e coletivo no Estatuto da Cidade”, in *Revista trimestral de direito civil* n. 9, pp. 25-49.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Coisa julgada, efeitos da sentença, ‘coisa julgada inconstitucional’ e embargos à execução do artigo 741, parágrafo único”, in *Revista do advogado* n. 84, pp. 145-165.

_____ *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, RT, 2000.

_____ *Embargos à execução*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

LUISO, Francesco. *Diritto processuale civile*, v. I, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 2007.

_____ *Diritto processuale civile*, v. II, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2000.

_____ “Rinnovazione dell’atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata”, in *Giustizia civile*, 1985, pp. 559-562.

MACHADO GUIMARÃES, Luiz. “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, in *Estudos de direito processual civil*, Rio de Janeiro, Editora Jurídica e Universitária, 1969, pp. 9-32.

MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*, vol. I, 19ª ed., Torino, Giappichelli, 2007.

_____ “Riflessioni in tema di *petitum* e di *causa petendi*”, in *Rivista di diritto processuale*, 1984, pp. 465-480.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*, São Paulo, RT, 2008.

_____ *Curso de processo civil*, vol. III, São Paulo, RT, 2007 (em coop. com Sérgio Cruz Arenhart).

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, vol. V, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1963.

_____ *Manual de direito processual civil*, vol. III, São Paulo, Saraiva, 1975.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização*, São Paulo, RT, 2003 (em coop. com Teresa Arruda Alvim Wambier).

MENCHINI, Sergio. “Disorientamenti giurisprudenziali in tema di limiti oggettivi del giudicato in ordine a giudizi concernenti ratei di obbligazione periodica”, in *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 1, pp. 235-238.

_____ *Il giudicato civile*, 2ª ed., Torino, Utet, 2002.

_____ *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987.

_____ “Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari”, in *Il foro italiano*, 1989, I, pp. 2.945-2.949 (em cooperação com Andrea Proto Pisani).

_____ “Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell’accertamento con autorità di giudicato”, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, pp. 869-902.

MENDES, Joao de Castro. *Limites objectivos do caso julgado em processo civil*, Lisboa, Ática, 1968.

MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1963.

MERLIN, Elena. *Codice di procedura civile comentato*, vol. I, 3ª ed., Vincenza, Ipsoa, 2007 (org. por Claudio Consolo e Francesco Luiso).

_____ *Compensazione e processo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1994.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença”, in *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 2, São Paulo, RT, 2005, pp. 97-154.

_____ “A causa petendi nas ações reivindicatórias”, in *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 1, São Paulo, RT, 2005, pp. 138-155.

_____ *Coisa julgada*, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

_____ “Conteúdo da causa de pedir”, in *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 1, São Paulo, RT, 2005, pp. 156-175.

MICHELI, Gian Antonio. “Compensazione legale e pignoramento”, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 33-59.

_____ *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1959.

MILLER, Arthur R. *Civil procedure*, 3ª ed., St. Paul, West Group, 1999 (em coop. com Jack H. Friedenthal e Mary Kay Kane).

MITIDIERO, Daniel. “Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva”, in *Revista forense* n. 388, pp. 51-78.

_____ *Colaboração no processo civil*, São Paulo, RT, 2009.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Sentença e coisa julgada*, Rio de Janeiro, Aide, 1992.

MONTELEONE, Girolano A.. *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, Cedam, 1978.

MONTESANO, Luigi. *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2ª ed., Torino, Utet, 1997.

_____ “Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi”, in *Rivista di diritto processuale*, 1991, pp. 15-51.

MORTARA, Lodovico. *Commentario del codice e delle leggi della procedura civile*, vol. II, 3ª ed., Francesco Vallardi, Milano, s.a..

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*, Belo Horizonte, Fórum, 2008.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides. “Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada”, in *Revista de processo* n. 163, pp. 359-375.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*, 41ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009 (em coop. com José Roberto Gouvêa e Luiz Guilherme Aidar Bondioli).

NERY JR., Nelson. “Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito”, in Flávio Luiz Yarshell – Maurício Zanóide de Moraes (org.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005, pp. 660-683.

_____ “Poderes públicos, boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior”, in Araken de Assis – Eduardo Arruda Alvim – Nelson Nery Jr. – Rodrigo Mazzei – Teresa Arruda Alvim Wambier – Thereza Alvim (coord.), *Direito civil e processo – estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*, São Paulo, RT, 2007, pp. 1.193-1.210.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*, São Paulo, RT, 1972.

OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 2005.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia – la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lisboa, Lex, 1993.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. II, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.

PERROT, Roger. “Chose jugée – Sa relativité quant à cause: qu’en reste-t-il?”, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, pp. 825-827.

_____ “La cosa giudicata: recenti sviluppi nel diritto francese”, in *Rivista di diritto processuale*, 1982, pp. 1-14.

_____ *Institutions judiciaires*, 13^a ed., Paris, Montchrestien, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. *La modificación de la demanda en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

PINTO, Nelson Luiz. “Ação de usucapião – principais aspectos processuais”, in *Revista de processo* n. 65, pp. 19-44.

PINTO, Júnior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*, São Paulo, RT, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 1974.

_____ *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. V, Rio de Janeiro, Forense, 1974.

_____ *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XII, Rio de Janeiro, Forense, 1976.

_____ *Tratado de direito privado*, t. XXIV, 2^a ed., Rio de Janeiro, Borsóí, 1959.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*, 3^a ed., São Paulo, RT, 2006.

PROTO PISANI, Andrea. “Dell’esercizio dell’azione”, in *Commentario del Codice di Procedura civile diretto da E. Allorio*, Torino, 1973, pp. 1.046-1.253.

_____ *Lezioni di diritto processuale civile*, 4^a ed., Napoli, Jovene, 2002.

_____ “Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari”, in *Il foro italiano*, 1989, pp. 2.945-2.949 (em cooperação com Sergio Menchini).

_____ “Verso la residualità del processo a cognizione piena?”, in *Revista de processo* n. 131, pp. 239-249.

PUGLIESE, Giovanni. “Giudicato civile (dir. vig.)”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, 1968, pp. 785-893.

RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999.

REDENTI, Enrico. “La compensazione dei debiti nei nuovi codici”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1947, pp. 10-47.

_____ “Sull’assorbimento di eccezioni riconvenzionali”, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 619-625.

REGO, Hermenegildo de Souza. “Os motivos da sentença e a coisa julgada”, in *Revista de processo* n. 35, pp. 7-23.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*, vol. II, 5^a ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

RICCI, Edoardo. “Accertamento giudiziale”, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. I, pp. 16-27.

_____ “Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza”, in *Enrico Tullio Liebman oggi – riflessioni sul pensiero di un maestro*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 83-103.

RICCI, Gian Franco. “‘Individuazione’ o ‘sostanziazione’ nella riforma del processo civile”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, pp. 1.227-1.311.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. II, 26^a ed., São Paulo, Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Walter Piva. *Cosa julgada tributária*, São Paulo, Quartier Latin, 2008.

ROMANO, Alberto. *L’azione di accertamento negativo*, Napoli, Jovene, 2006.

RUBIO GARRIDO, Tomás. “Cosa juzgada y tutela judicial efectiva”, in *Derecho privado y Constitución* n. 16, 2002, pp. 259-391.

SATTA, Salvatore. “Accertamento incidentale”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, pp. 243-246.

_____ “Iura novit curia”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, pp. 380-385.

SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*, vol. IV, São Paulo, Atlas, 2008 (em coop. com Gustavo Tepedino).

SCHWAB, Karl Heinz. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Berlim, Beck, 1954, trad. esp. de Tomas A. Banzhaf, *El objeto litigioso en el proceso civil*, Buenos Aires, Europa-America, 1968.

SHAPIRO, David L.. *Preclusion in civil actions*, New York, Foundation, 2001.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Direito de defesa e tutela jurisdicional – estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*, tese de doutorado apresentada em 2008 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação de José Rogério Cruz e Tucci.

SILBERMAN, Linda. *Civil litigation in comparative context*, St. Paul, Thomson, 2007 (em coop. com Oscar G. Chase, Helen Hershkoff, Yasuhei Taniguchi, Vincenzo Varano e Adrian Zuckerman).

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª ed., Lisboa, Lex, 1997.

_____ “O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual)”, in *Revista forense* n. 292, pp. 123-196.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, São Paulo, RT, 2005.

_____ “‘Sentença que reconhece obrigação’, como título executivo (CPC, art. 475-N, I – acrescido pela lei 11.232/2005)”, in *Revista jurídica* n. 344, pp. 19-43.

_____ *Tutela monitoria*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2001.

_____ *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, São Paulo, RT, 2001.

TANIGUCHI, Yasuhei. *Civil litigation in comparative context*, St. Paul, Thomson, 2007 (em coop. com Oscar G. Chase, Helen Hershkoff, Linda Silberman, Vincenzo Varano e Adrian Zuckerman).

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000.

TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel e giudicato sulle questione”, parte 1ª, in *Rivista di diritto processuale*, 1971, pp. 651-687.

_____ “Collateral estoppel e giudicato sulle questione”, parte 2ª, in *Rivista di diritto processuale*, 1972, pp. 272-300.

TARZIA, Giuseppe. “Appunti sulle domande alternative”, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, pp. 253-303.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*, São Paulo, RT, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil comentado*, vol. IV, São Paulo, Atlas, 2008 (em coop. com Anderson Schreiber).

TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, São Paulo, RT, 2001.

THEODORO JR., Humberto. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle”, in Carlos Valder do Nascimento (org.), *Coisa julgada inconstitucional*, 2ª ed., Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, pp. 123-170 (em coop. com Juliana Cordeiro de Faria).

_____ *As novas reformas do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2006.

_____ “Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória”, in *Revista de processo* n. 81, pp. 82-97.

_____ *Curso de direito processual civil*, vol. I, 41ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2004.

_____ “Notas sobre sentença, coisa julgada e interpretação”, in *Revista de processo* n. 167, pp. 9-24.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo, RT, 1974.

TROISI, Bruno. *La prescrizione come procedimento*, Camerino, 1980.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual*, vol. II, São Paulo, Bushatsky, 1976.

VARANO, Vincenzo. *Civil litigation in comparative context*, St. Paul, Thomson, 2007 (em coop. com Oscar G. Chase, Helen Hershkoff, Linda Silberman, Yasuhei Taniguchi e Adrian Zuckerman).

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. “‘Objeto atual’ y ‘objeto virtual’ en el proceso civil español”, in Fernando Gonzaga Jayme – Juliana Cordeiro de Faria – Maira Terra Lauar (coord.), *Processo civil: novas tendências – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*, Belo Horizonte, Del Rey, 2008, pp. 349-389.

VELLANI, Mario. *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, Giuffrè, 1958.

VERDE, Giovanni. “Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità”, in *Rivista di diritto processuale*, 1989, pp. 175-180.

_____ “Principio della Domanda”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XII, pp. 1-11.

_____ “Sulla ‘minima unità estrutural’ azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di dottrine emergenti)”, in *Rivista di diritto processuale*, 1989, pp. 573-583.

VOLPINO, Diego. *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*, Cedam, Padova, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização*, São Paulo, RT, 2003 (em coop. com José Miguel Garcia Medina).

YARSHELL, Flávio Luiz, *Tutela jurisdicional*, São Paulo, Atlas, 1999.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, vol. I, 6ª ed., Milano, Giuffrè, 1964.

ZAVASCKI, Teori Albino. “Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC”, in *Revista de processo* n. 125, pp. 79-91.

_____ “Sentenças inconstitucionais: inexigibilidade”, in Adroaldo Furtado Fabrício (org.), *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 511-526.

ZUCKERMAN, Adrian. *Civil litigation in comparative context*, St. Paul, Thomson, 2007 (em coop. com Oscar G. Chase, Helen Hershkoff, Linda Silberman, Yasuhei Taniguchi e Vincenzo Varano).

RESUMO

A tese tem como objetivo identificar a relação entre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada e definir a função de ambos os institutos.

Os limites objetivos dizem respeito à extensão da matéria que ficará imunizada pela coisa julgada material. Definida a matéria imunizada, a função negativa da coisa julgada impedirá a propositura de demanda idêntica e a função positiva vinculará o julgamento de processos futuros em que a questão decidida apresente-se como prejudicial.

O ordenamento jurídico brasileiro define os limites objetivos da coisa julgada com referência ao objeto da sentença e, indiretamente, ao objeto do processo. A opção é a melhor frente aos princípios constitucionais relevantes no que se refere à restrição da coisa julgada à causa de pedir e ao pedido efetivamente apreciados na sentença. O sistema deve ser alterado, no entanto, para que a coisa julgada estenda-se aos fundamentos necessários da decisão, que tenham sido determinantes para o resultado do julgamento, em prestígio à segurança jurídica e à economia processual.

A coisa julgada imuniza todos os efeitos da sentença, sendo impossível suprimir ou modificar os efeitos declaratório, condenatório, constitutivo, executivo e mandamental. No caso da tutela declaratória, o julgamento de procedência impede qualquer questionamento a respeito da declaração contida na sentença, pois qualquer demanda incompatível com a situação declarada será obstada pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Julgada improcedente, a declaração e, em consequência, a coisa julgada, ficará restrita ao reconhecimento de que os fatos alegados com a petição inicial não são aptos ao reconhecimento da situação jurídica objeto do pedido.

Referida disciplina sinaliza o significado e a função da eficácia preclusiva da coisa julgada. Sem ampliar os limites objetivos, a eficácia preclusiva impede a propositura de demandas incompatíveis com a situação jurídica definida na sentença transitada em julgado, na exata medida da incompatibilidade. O fenômeno diz

respeito a demandas distintas daquela onde se formou a coisa julgada, restringe-se à esfera de direitos do réu e abrange as demandas fundadas em argumento deduzido ou meramente dedutível. É também irrelevante o fato de a demanda incompatível estar fundada em matéria de ordem pública ou em argumento que teria a natureza de exceção substancial se apresentado no processo a que se refere a coisa julgada.

O impedimento à propositura de demandas incompatíveis não é absoluto. A eficácia preclusiva não obsta a propositura da ação rescisória, de demandas que tratem de situações excepcionais nas quais se admita a relativização da coisa julgada e pode ser afastada sempre que forem invocados os argumentos da falta ou nulidade da citação e da divergente interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal da norma que fundamentou a decisão transitada em julgado.

ABSTRACTS

The aim of this thesis is to identify the relation between the objective limits of *res judicata* and the compulsory counterclaim rule and to define the function of both of them.

The objective limits relate to the matter which is immunized by the matter raised by the *res judicata*. Being the immunized matter defined, the negative function of the *res judicata* prevents the filing of identical demand and the positive function prevents the judged matter to be discussed again in future lawsuits.

The Brazilian legal system defines the objective limits of *res judicata* with reference to the object of the sentence and, indirectly, the object of the lawsuit. That is the best option regarding relevant constitutional principles related to the restriction of *res judicata*, the cause of action and the claim which was actually considered in the sentence. The system must be changed; however, for the *res judicata* to be extended to the necessary foundations of the decision which were crucial for the outcome of the trial regarding legal security and waste of resources in the court system.

The *res judicata* immunizes all effects of the sentence, making it impossible to eliminate or modify the declaratory, condemnatory, legal fact, executive and writ of mandamus effects. In the case of declaratory protection, the judgment that grants the request prevents any question regarding the content of the sentence, since any claim which is incompatible with the declared situation is considered to be impeded by the compulsory counterclaim rule. If rejected, the statement and, consequently, *res judicata*, will be restricted to the recognition that the facts alleged in the claim present no acknowledgment of the legal status of the contemplated request.

The referred regulations signal the meaning and function of the compulsory counterclaim rule. Without broadening the objective limits, the compulsory counterclaim rule prevents the bringing of claims incompatible with the legal situation established in the sentence which has become final to the exact extent of the

incompatibility. The phenomenon relates to demands different from those which constitute the *res judicata*; it is limited to the rights of the defendant and covers the lawsuits based on deduced argument or merely deductible ones. It is also irrelevant whether or not the incompatible demand is based on public matter or on an argument that has nature of exception when presented in the case referring to *res judicata*.

The impediment to the filing of incompatible demands is not absolute. The compulsory counterclaim rule do not prevent the filing of termination action, lawsuits which deal with exceptional situations in which the relativity of *res judicata* is admitted, and it is disregarded whenever there is nullity or lack of service and when the constitutional interpretation of the Supreme Federal Court differs from the regulation which based the final and unappealable decision.

RIASSUNTO

La tesi ha come scopo identificare il rapporto fra i limiti oggettivi e l'efficacia preclusiva della cosa giudicata e definire la funzione di ambedue gli istituti.

I limiti oggettivi riguardano all'estensione della materia che rimarrà stabile dalla cosa giudicata materiale. Definita la materia stabilizzata, la funzione negativa della cosa giudicata impedirà la proposizione dell'identica domanda e la funzione positiva vincolerà il giudizio di processi futuri in cui la questione decisa si presenti come pregiudiziale.

L'ordinamento giuridico brasiliano definisce i limiti oggettivi della cosa giudicata riguardo all'oggetto della sentenza e, indirettamente, all'oggetto del processo. L'opzione è la migliore dinanzi ai principi costituzionali di rilievo in ciò che si riferisce alla restrizione della cosa giudicata alla *causa petendi* e al petito effettivamente apprezzati nella sentenza. Il sistema deve essere alterato, comunque, affinché la cosa giudicata abbracci i fondamenti della decisione che siano stati determinanti al risultato del giudizio, in prestigio alla sicurezza giuridica e all'economia processuale.

La cosa giudicata torna stabile tutti gli effetti della sentenza, essendo impossibile sopprimere o modificare gli effetti di dichiarazione, di condanna, costitutivo, esecutivo e ordinamentale. Nel caso della tutela dichiaratoria, la sentenza di accoglienza impedisce qualsiasi questionamento sulla dichiarazione contenuta nella sentenza, giacché ogni domanda incompatibile con la situazione dichiarata sarà ostacolata dalla efficacia preclusiva della cosa giudicata. Trattandosi di una sentenza di rigetto, la dichiarazione e, in conseguenza, la cosa giudicata, resterà limitata al riconoscimento che i fatti allegati con la petizione iniziale non sono idonei al riconoscimento della situazione giuridica oggetto del *petitum*.

Codesta disciplina sinalizza il significato e la funzione dell'efficacia preclusiva della cosa giudicata. Senza ampliare i limiti oggettivi, l'efficacia preclusiva impedisce la proposizione di domanda incompatibile con la situazione giuridica definita

nella sentenza passata in giudicato, nell'esatta misura dell'incompatibilità. Il fenomeno si riferisce a domande distinte di quelle ove si è formata la cosa giudicata, si restringe alla sfera dei diritti del convenuto e abbraccia le domande fondate in argomento dedotte o meramente deducibili. È inoltre irrilevante il fatto della domanda incompatibile essere fondata in materia di ordine pubblica o in argomento che avrebbe la natura di eccezione sostanziale se presentato nel processo a cui si riferisce la cosa giudicata.

Gli impedimenti alla proposizione di domande incompatibili non è assoluto. L'efficacia preclusiva non ostacola la proposizione della revocazione, di domande che trattino di situazioni eccezionali nelle quali si ammetta la relativizzazione della cosa giudicata e può essere allontanata sempre che siano invocati gli argomenti della mancanza o nullità della citazione e della divergente interpretazione costituzionale dalla Suprema Corte della norma che ha fondamentato la decisione passata in giudicato.