

MARIO VITOR MAGALHÃES AUFIERO

QUESTÕES PREJUDICIAIS E COISA JULGADA

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucon

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

MARIO VITOR MAGALHÃES AUFIERO

QUESTÕES PREJUDICIAIS E COISA JULGADA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Processual (“DPC”) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, sob orientação do Professor Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucon.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Aufiero, Mario Vitor Magalhães

Questões prejudiciais e coisa julgada / Mario Vitor Magalhães Aufiero; orientador, Paulo Henrique dos Santos Lucon – 2018.

191 f.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Direito Processual Civil. 2. Questões prejudiciais. 3 Coisa julgada. I. Lucon, Paulo Henrique dos Santos, orient. II Título.

MARIO VITOR MAGALHÃES AUFIERO

Questões Prejudiciais e Coisa Julgada

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Processual (“DPC”) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, sob orientação do Professor Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucon.

Aprovado em: ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. (a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. (a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. (a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Primeira e principalmente, agradeço a Deus, por me guiar sempre em todas as minhas decisões.

A meus pais; meu pai, o primeiro professor de minha vida; minha mãe, por ser minha maior incentivadora e torcedora.

Também aos meus irmãos Danielle e Aniello Jr., que sempre me orientaram nos melhores caminhos e me ajudaram em todas minhas decisões, bem como aos meus cunhados, Bernardo e Rebecca, sempre presentes em todos os momentos.

Agradeço a minha noiva Isabella, companheira, amiga e amor. Obrigado por acreditar em mim e apoiar sempre nas minhas decisões.

Minha gratidão a minha orientadora Ada Pellegrini Grinover. Quis a vida que a eterna professora fosse para um lugar melhor em meio aos meus estudos do mestrado. A ela, não só agradeço por todos os ensinamentos, acadêmicos e de vida, mas dedico este trabalho e todo qualquer outro que farei.

Ao professor e atual orientador Paulo Henrique dos Santos Lucon, que sucedeu, brilhantemente, a orientação da professora Ada Pellegrini, aceitando-me e acreditando no meu trabalho e potencial.

Agradeço aos meus amigos manauaras em São Paulo, Alexandre, Atílio, Guilherme e Rubens, com quem dividi momentos de alegria e reflexão.

Aos amigos que fiz em São Paulo por ocasião do mestrado, Cláudio Oliveira, Diego Caldo, Jean Carlo e Matheus Lima. Pessoas especiais e que tornaram a jornada muito mais proveitosa e alegre.

A todos os excepcionais professores do Largo de São Francisco, responsáveis por abrir minha mente a um novo mundo.

RESUMO

Na incansável busca de um processo mais efetivo e célere, o Código de Processo Civil de 2015 traz algumas mudanças pontuais, em relação ao seu predecessor, para ir em busca de tal objetivo. Uma delas, é a possibilidade de formação da coisa julgada a uma questão prejudicial incidente, desde que respeitados alguns requisitos, a teor do seu artigo 503, §§ 1º e 2º. O dispositivo, que tem inspiração alienígena, sobretudo a norte-americana (*issue preclusion*), rompe, ao menos em alguma medida, com a tradicional correlação entre limites objetivos da coisa julgada e o dispositivo da sentença. É daí que se extrai o objetivo do presente trabalho: analisar a formação da coisa julgada às questões prejudiciais, contidas na motivação da sentença, com a consequente pesquisa sobre a utilidade teórica e prática de tal técnica processual e suas possíveis complicações no direito pátrio. Para tanto, é essencial que se faça uma análise sobre a prejudicialidade enquanto instituto processual, bem como se pormenorize os requisitos necessários, até em comparação com o direito estrangeiro, para uma questão prejudicial incidente ser revestida pela autoridade da coisa julgada.

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

ABSTRACT

In the unflagging seek to an effective and quick process, the civil procedure code of 2015 brings some specific changes, regarding its predecessor, to seek this objective. One of these changes, is the possibility of constitution of *res judicata* into a prejudicial question, as long as some rules be respected, according to its article 502, §§ 1º and 2º. The article, which has foreign inspiration, especially North American (issue preclusion), breaks, at least at some point, with the traditional correlation between objective limits of *res judicata* and the final court decision. It is from this that the objective of the present work is extracted: to analyze the constitution of the *res judicata* to the prejudicial questions, contained in the motivation of the final court decision, with the consequent research on the theoretical and practical usefulness of this procedural technique and its possible complications in the country law. In order to do so, it is essential that an analysis be made of prejudiciality as a procedural institute, as well as a detailed description of the necessary requirements, even in comparison with foreign law, for a prejudicial question to be covered by the authority of the *res judicata*.

Key words: *Res judicata*. Objective limits. *Prejudiciality*. *Prejudicial questions*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1: QUESTÃO PREJUDICIAL	19
§ 1º Evolução histórica.	19
1. Direito Romano e Período Medieval.	19
2. Conquistas do Direito Moderno.....	22
3. Prejudicialidade no Direito Brasileiro anterior.	23
4. Síntese da historicidade da prejudicialidade.	25
§ 2º Construção do conceito lógico-jurídico de questão prejudicial.	26
5. Ponto, questão e causa prejudicial.	26
6. Questão principal, questão prévia (prioritária), questão preliminar e questão prejudicial.	27
7. Da necessidade de antecedência lógica na questão prejudicial.	30
8. Prejudicialidade jurídica.	36
9. Conceito de questão prejudicial.	40
§ 3º Classificação das questões prejudiciais.	43
10. Em sentido amplo ou sentido estrito.....	44
11. Homogênea ou heterogênea.	44
12. Própria ou imprópria.	45
13. Obrigatória ou facultativa.	45
14. Total ou parcial.	46
15. Lógica e técnica.	46
16. Interna ou externa.	47
17. Segue: prejudicialidade externa e suspensão do processo em que se manifesta. ..	48
CAPÍTULO 2: COISA JULGADA.	55
§ 4º Premissas necessárias sobre a coisa julgada.	55
18. Conceito e natureza jurídica.	55
19. Limites da coisa julgada.	59
20. Definindo o objeto do processo.	61
21. Limites objetivos da coisa julgada e sua ampliação.	63
22. Eficácia preclusiva da coisa julgada.	69
CAPÍTULO 3: QUESTÕES PREJUDICIAIS E COISA JULGADA NO DIREITO COMPARADO	73
§ 5º Importância do direito comparado.	73
§ 6º Experiência estrangeira: <i>commom law</i>.	73

23. Estados Unidos da América.	73
24. Inglaterra.	77
§ 7º Experiência estrangeira: <i>civil law</i>.	78
25. Itália.	78
26. Espanha.	83
27. Portugal e França.	85
28. Alemanha.	86
29. União Europeia.	86
§ 8º Influência estrangeira.	87
30. Inspirações e críticas.	87
CAPÍTULO 4: QUESTÕES PREJUDICIAIS E COISA JULGADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	91
§ 9º Evolução do tema.	91
31. Coisa julgada e questões prejudiciais no Brasil: do Código de Processo Civil de 1939 ao de 2015.	91
§ 10 Sistemática proposta pelo Código de Processo Civil de 2015.	102
32. Requisitos para a incidência da coisa julgada na questão prejudicial.	102
33. Questão prejudicial ao mérito.	103
34. Segue: questão de fato e questão de direito. Relações jurídicas.	106
35. Decisão expressa sobre a questão incidente.	110
36. Necessidade de dependência da prejudicial para julgamento do mérito.	119
37. Existência de contraditório prévio e efetivo.	125
38. Segue: ocorrência de revelia.	132
39. Competência do juízo em razão da matéria e da pessoa.	134
40. Necessidade de cognição exauriente sobre a prejudicial.	137
§ 11 Mecanismos para surgimento e identificação da coisa julgada sobre a questão prejudicial.	144
41. Petição inicial e contestação.	144
42. Réplica e reconvenção.	145
43. Momento desejável de apresentação da questão prejudicial. Fase postulatória. .	146
44. Fase de saneamento e organização processual.	148
45. Ação declaratória incidental. Subsistência e interesse.	148
§ 12 Questões relevantes relacionadas à técnica prevista no artigo 503, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil.	152
46. “Justiça da decisão” na assistência e questões prejudiciais e coisa julgada.	152
47. Incidente de arguição de falsidade documental.	153

48. Negócios jurídicos processuais e coisa julgada, inclusive sobre questão prejudicial.	154
49. Questões prejudiciais incidentais expressamente decididas e interesse recursal.	157
50. Coisa julgada, questão prejudicial e ação rescisória.	160
51. Questão prejudicial e coisa julgada na arbitragem.	163
52. Direito intertemporal.....	168
CONCLUSÃO	171
REFERÊNCIAS	177

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa precipuamente analisar a formação da coisa julgada às questões prejudiciais, contidas na motivação da sentença, utilizando-se do novo modelo processual civil imposto¹, revelando, assim, a utilidade teórica e prática de tal técnica processual e suas possíveis complicações no direito pátrio.

Talvez um dos temas jurídicos mais em voga atualmente em terra brasileira seja a entrada em vigor do Código de Processo Civil (CPC), publicado ainda no ano de 2015, que, mesmo não alterando abruptamente o modelo processual civil que se formou no seu predecessor, trouxe grandes inovações, impactantes não só no plano teórico, mas também no prático.

É verdade que muitos pontos se tornavam defeituosos ou até mesmo omissos no antigo Diploma Processual Civil brasileiro - não é o caso de citar todos eles - sendo necessárias novas técnicas processuais para conferir maior efetividade ao processo, bem como aproximá-lo a um modelo constitucionalista. O referido código, aliás, é o primeiro diploma processual publicado após a Constituição Federal de 1988.

Nessa esteira, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil pautou-se por, precipuamente, cinco objetivos: “1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”².

A novidade do Código de Processo Civil de 2015 trazida para o presente trabalho toca no tema da coisa julgada, notadamente na ampliação de seus limites objetivos. Assim, o *caput* do artigo 503 do vigente *Codex* dispõe que “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”, texto esse basicamente replicado do Código Buzaid.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 37 e ss.

² Conforme exposição de motivos.

Logo em seguida, e aí está a grande novidade, o Diploma prevê que “O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo”, desde que “dessa resolução depender o julgamento do mérito” (inciso I), “a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia” (inciso II) e “o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal” (inciso III).

O parágrafo 2º do artigo 503, por sua vez, já traz uma limitação às hipóteses de aplicação do parágrafo anterior, todas as vezes que “o processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”.

Dessa forma, percebe-se que o código de 2015 rompe com o chamado sistema estático e privatista, trazendo fulcrais mudanças, segundo influências experimentadas por ordenamentos jurídicos estrangeiros, mormente norte-americano e italiano. Estabelece-se a possibilidade de a coisa julgada abarcar a motivação da sentença, desde que respeitados certos requisitos, o que só era possível antigamente mediante o manejo de ação declaratória incidental e em hipóteses restritas.

Depreende-se que o dispositivo em comento vai ao encontro dos objetivos constantes na exposição de motivos do anteprojeto no Novo Código de Processo Civil brasileiro, pois o tema toca no estabelecimento de uma sintonia fina com a Constituição Federal (primeiro objetivo), porquanto confere maior celeridade e segurança jurídica ao processo, bem como dá todo rendimento possível ao processo (quarto objetivo), atingindo, assim, a efetividade processual.

Dentro desse contexto, torna-se assaz importante o estudo do tema para se difundir melhor tudo o que o novel dispositivo indicado tem a oferecer, o que pode não ser tarefa fácil, já que a bibliografia produzida especificamente quanto ao disposto é escassa em terra brasileira, sendo necessária a corroboração dos estudos produzidos por juristas internacionais.

Para tanto, na primeira parte do trabalho se tratará exclusivamente sobre o tema da prejudicialidade. Se se quer estender os limites objetivos da coisa julgada aos motivos da sentença, tem-se que, inicialmente, saber o que vem a ser uma questão prejudicial, realizando uma evolução histórica, indicando seus elementos, espécies, para, então, chegar-se no seu conceito final.

Como já dito, o tema sobre as questões prejudiciais, talvez por desgraça brasileira, não possui farta bibliografia nacional. Felizmente, as que hoje em dia existem, como se

verifica, por exemplo, nas obras de José Carlos Barbosa Moreira³ e Ada Pellegrini Grinover⁴, tiveram a precisão cirúrgica para sistematizar e conceituar o tema, extirpando todas as controvérsias e confusões existentes na doutrina pátria antes da década de 60. Ainda assim, imprescindível será a consulta de obras e legislações estrangeiras.

Delineado o que vem a ser uma questão prejudicial surgida no processo, passa-se para a segunda parte do trabalho, em que se tratará especificamente sobre a coisa julgada. Impertinente, nesse ponto, realizar um estudo à exaustão sobre o instituto processual, porquanto há temas que não tocam diretamente no foco principal do objeto aqui pesquisado, como se verifica nos limites temporais e territoriais, bem como na relativização da coisa julgada.

Assim, apenas se tratará sobre o conceito e natureza jurídica, seus limites objetivos e suas hipóteses de ampliação, razão pela qual deve-se ter também noções sobre objeto do processo e objeto da sentença. Além disso, serão tecidos alguns comentários sobre os limites subjetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada, mas tão somente com o que se pretende para o presente trabalho, evitando possíveis confusões.

Chegando na parte final, analisar-se-á o tema principal, isto é, a possibilidade de estender os limites objetivos da coisa julgada à motivação da sentença, conforme novidade prevista pelo Novo Código de Processo Civil.

Iniciando tal capítulo, necessário se faz comparar o estudo com o aplicado em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Nesse sentido, influências advindas dos países de *commom law*, como Estados Unidos da América e Inglaterra, são extremamente fortes em estados de *civil law*, notadamente Itália, França e Espanha. Daí se encontram as raízes para a aplicação do instituto em terra brasileira, o que leva ao próximo tópico.

A evolução do tema no Brasil é bastante importante, especialmente a partir do Código de Processo Civil de 1939, em que a possibilidade de ampliar os limites objetivos da coisa julgada aos motivos da sentença era defendida por parte da doutrina da época. Mudanças se verificaram com o advento do Diploma de 1973 até que, em 2015, a legislação estabeleceu tal possibilidade, mediante a observância de certos requisitos.

Por fim, tratar-se-á sobre a sistemática em si proposta pelo Código de Processo Civil de 2015, indicando, antes, as formas em que a prejudicialidade pode surgir no processo, para,

³ *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese de Concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro/RJ, 1967.

⁴ *Ação declaratória incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

então, realizar estudo pormenorizado sobre os requisitos necessários para a coisa julgada abarcar as questões prejudiciais, bem como os mecanismos que devem ser utilizados, além de outras questões relevantes.

CAPÍTULO 1: QUESTÃO PREJUDICIAL

§ 1º Evolução histórica.

1. Direito Romano e Período Medieval.

Remonta ao Direito Romano clássico o estudo do instituto da prejudicialidade. Malgrado não se tenha realizado uma construção sistemática e precisa sobre a prejudicialidade, é inegável que o estudo do tema em comento sofreu indispensável influência e abriu o caminho para o que hoje a doutrina construiu sobre o estudo do referido instituto e das questões prejudiciais⁵.

A nomenclatura prejudicial é uma junção entre *prae* (prévio, anterior) e *iudicium* (sentença ou processo), formando a expressão *praejudicium*, a qual indica a existência de um elemento anterior à sentença ou até mesmo ao processo. A existência dessas chamadas *praejudicia*⁶ aparecia já no período da *ordo iudiciorum privatorum*, em que a sentença apenas poderia condenar a uma prestação pecuniária, estando abrangidas aqui as fases das ações da lei e do regime formular⁷.

Desse modo, o instituto operava em duas frentes: dentro de um mesmo processo, em que o conhecimento das *praejudicia* se demonstrava indispensável para resolução deste processo (*iudicium*) formado, como em um caso cujo juiz criminal poderia decidir, de forma incidental, uma questão cível indispensável para a resolução do caso penal⁸; em processos distintos, podendo provocar uma real vinculação ao julgamento posterior.

Nessa segunda hipótese, a decisão existente nos *praejudicia* tinha uma função bem delineada, conforme apontado pela doutrina de escol, isto é, a capacidade de se projetar para

⁵ “D’altro canto il diritto romano aveva indiscutibilmente dei germi che potevano dare ottimi frutti. Esso toccava a parte due più rilevanti aspetti della pregiudizialità, cioè le decisioni nascenti nello stesso processo e quelle di processi muniti di vita indipendente”. MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 6; Cf., ainda, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...*, pp. 15-16.

⁶ Na lição do mestre Francesco Menestrina, as *praejudicia* abrangeriam, em um sentido amplo, as sentenças e processos, precedidos de outros, que influenciavam o seu andamento ou julgamento. (*La pregiudiziale nel processo civile...*, p. 1).

⁷ Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 4ª Ed., 2009, pp. 8-9. É importante esclarecer que as fases do direito romano são delimitadas em três, isto é, o das *legis actiones*, o *per formulas* e da *extraordinaria cognitio*, as quais não ocorreram em uma evolução cronologicamente perfeita, sendo possível encontrar algumas das fases imiscuídas nas outras a depender do tempo considerado, sendo tal divisão realizada apenas por critérios convencionais. Nesse sentido: Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 39-40.

⁸ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 2, p. 360.

um processo futuro e, conseqüentemente, tornar-se normativa para um juízo superveniente, exurgindo uma faceta de condicionamento do instituto⁹.

Tal entendimento é extraído por meio do estudo do processo formular romano¹⁰, que possuía, como fórmulas, a *intentio* (manifestação da pretensão do autor), a *demonstratio* (fundamentos jurídicos da pretensão, caso houvesse necessidade), a *condemnatio* (conseqüência do juízo feito pela pretensão do autor, havendo condenação ou absolvição do réu), e a *adjudicatio* (poder de adjudicação dos bens às partes pelo juiz)¹¹.

Em tais casos, poderia haver ações meramente declaratórias (*formulae praejudiciales*), ou seja, a fórmula se esvairia tão somente na *intentio*, tudo em busca da “fixação judicial da certeza jurídica em torno de certa relação ou estado”¹².

Buscava-se, assim, o condicionamento que a *praejudicia* poderia proporcionar na espécie, de modo que a referida decisão projetasse seus efeitos para o futuro, tornando-se, inclusive, normativa em juízos subseqüentes¹³, o que, em última análise, caracteriza a autonomia processual do instituto¹⁴.

Foi exatamente na entrada do sistema da *cognitio extra ordinem* que se verificou um campo de melhor atuação e aplicação das *praejudicia*, já que, nesse, havia uma sistemática totalmente distinta do seu antecessor¹⁵, privilegiando o ato publicístico do processo, não mais se importando da contratualidade do direito processual, inerente ao sistema na *ordo judiciorum privatorum*.

Dessa forma, sempre com fim de buscar uma certeza jurídica, a existência, em tal sistema, de uma ação prejudicial (*actiones praejudiciales*) teve o condão de iniciar uma

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...*, p. 16; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6.

¹⁰ Sobre esse tema, José Cretella Júnior aduz que “fórmula é o escrito, redigido pelo magistrado *in jure*, com a indicação da questão que o juiz deve resolver. Neste período, a *actio* pode ser definida como o direito de perseguir pela fórmula o que nos é devido”. (*Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 423)

¹¹ CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano...* pp. 216 e 423-433. Cf., ainda, GAIUS. *Institutas do jurisconsulto gaio* (trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 192-193.

¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 15.

¹³ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2ª Ed., Campinas: Bookseller, 2000, v. 1, p. 153.

¹⁴ Para exemplificar, Barbosa Moreira traz o seguinte caso: “Assim, v.g., (a) a decisão proferida no *praeiudicium de partu agnoscendo* condicionaria necessariamente a que se houvesse de proferir em processo ulterior sobre pretensão fundada na suposta relação de filiação”. (*Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 17).

¹⁵ Cf., a respeito de tal sistema, BIONDI, Biondo. *Intorno alla romanità del processo civile moderno*. In: scritti giuridici. Milano: Giuffrè, 1965, v.3, pp. 374 e ss. Ainda nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo vaticinam que “a decisão do magistrado, no novo sistema processual, não mais corresponderá a um parecer jurídico (*sententia*) de um simples cidadão autorizado pelas leis, mas, sim, a um comando vinculante de um órgão estatal” (*Lições de história do processo civil romano...* p. 48).

verdadeira existência de relação jurídica, não mais se limitando a preordenar um julgamento condenatório, típico da *praejudicium*¹⁶.

De outra banda, Ada Pellegrini Grinover entende que as *praeiudicia* eram decididas de forma incidental dentro de um mesmo processo, cuja resolução não poderia se dar sem o *praeiudicium*, não havendo, portanto, autonomia processual em tais questões¹⁷. Ainda segundo a referida jurista, a autonomia das *praeiudicia* só viria no período justiniano, já com a criação das *actiones praeiudiciales*, sendo uma conquista de Justiniano a ação meramente declaratória¹⁸.

De todo modo, a importância de tais institutos utilizados no período romano é de que, como se ventilou, abriram caminhos para o estudo da prejudicialidade hoje existente, já que foi aí em que se começou a entender a prejudicial como técnica capaz de influenciar potencialmente um juízo posterior, aplicando-se não só no *meritum causae*, mas também aos pressupostos processuais (*legitimatío ad processum*)¹⁹.

Com o sistema justiniano, já na Idade Média, a ideia criada em torno da prejudicialidade no período romano é deturpada, tendo em vista os novos costumes e regras inseridos ainda pelos bárbaros na queda de Roma, desembocando em grandes mudanças e novidades nos institutos jurídicos na época de Justiniano²⁰.

A nomenclatura *praeiudicium*, em tal momento, deixou o campo do conceito técnico-jurídico até então construído, adquirindo o significado de dano ou prejuízo, o que denota equívoco e imprecisão no conceito originariamente formulado pelos romanos²¹.

Não poderia ser diferente, uma vez que, em tal época, havia plena fragmentação do Estado, que se encontrava enfraquecido, tendo em vista as diversas fontes normativas

¹⁶ Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental...* pp. 10-11.

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* pp. 16-17. Tal posicionamento é extraído dos ensinamentos de Biondo Biondi (*Intorno alla romanità del processo civile moderno...*, v. 3, pp. 410-411). Adroaldo Furtado Fabrício também reconhece que a *praeiudicia*, em tal época, não era dotada de autonomia processual, sendo resolvida de forma incidental, a fim de abrir caminho para uma (verdadeira) ação, esta condenatória – típica da *ordo iudiciorum privatorum*. A autonomia dessa só viria na *cognitio extra ordinem*, quando se elevaram à categoria de *actiones*. (*Ação declaratória incidental...* pp. 8-9).

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* p. 18.

¹⁹ Cf. BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória...* pp. 17-18; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* pp. 17-18. Dentre as *praeiudicia* existentes, verificavam-se, de forma exemplificativa: *praeiudicium de partu agnoscento*, utilizado em caso de dúvida sobre a paternidade do nascituro; *praeiudicium* existente para o devedor ver declarada a ilegalidade da venda de seus bens; *praeiudicium quanta dos sit*, a fim de fixar o dote prometido pelo pai de forma indeterminada *etc.* Cf., nesse sentido, CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil...* pp. 261-265

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* pp. 18-19.

²¹ MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiciale nel processo civile...*, p. 8.

existentes, como resquícios da lei romana, leis e costumes dos povos românicos, direito canônicos e outros²².

Nessa esteira, a figura da prejudicial se comportaria apenas como uma forma de criar obstáculos ou até mesmo impedir a marcha processual, aplicando-se notadamente em casos de diferentes segmentos do direito, ou seja, em uma determinada causa penal, o juiz suspendia tal processo a fim de aguardar a sentença em certa causa cível. É de se entender, dessa forma, que o efeito contingente da prejudicialidade era confundido com a sua própria natureza²³.

Ainda em tal época, verificou-se a existência e utilização da técnica *exceptio praeiudiciales*, sendo de bastante relevo em tal sistema, em que o réu, dentre as suas opções de defesa, ocasionava a suspensão da causa principal até que a prejudicial fosse decidida em processo incidente²⁴, mas esta não tinha o condão de fixar uma certeza jurídica.

Houve uma alternativa às *actio praeiudiciales* utilizadas no período romano, consubstanciada nos procedimentos provocatórios ou de jactância, de origem germânica, mas que eram insuficientes para propiciar o que a técnica do período romano sanava²⁵.

2. Conquistas do Direito Moderno.

Passando ao período moderno, três países merecem destaque pelos estudos realizados e pelas formas de aplicação e construção conceitual da prejudicialidade em seus sistemas, a saber, França, Itália e Alemanha. É que, nestes, o tratamento do tema prejudicialidade é bem diverso dos até então fornecidos, havendo rompimento do entendimento da época²⁶.

No primeiro Estado citado, notadamente a partir do século XVIII, o direito jurisprudencial francês exigia, para as questões de estado, a resolução no juízo cível da causa discutida para, então, ser possível o prosseguimento no juízo penal, funcionando como uma condição de procedibilidade, razão pela qual a doutrina a considerou como prejudiciais da

²² Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil...* pp. 166 e ss.;

²³ TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal...*, p. 362.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* p. 21; BUZUID, Alfredo. *A ação declaratória...* pp. 19 e ss.

²⁵ Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental...* pp. 14-15.

²⁶ Aliás, “I Romani videro sempre nella pregiudicialità l’influenza di una decisione su un’altra, ma non si curarono di cercare le ragioni dell’influenza stessa” (MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile...* p. 5).

ação. Além de tal categoria, havia também as prejudiciais do julgamento, abrangendo questões que condicionavam o pronunciamento sobre o mérito da causa²⁷.

A importante conquista desse país em tal período foi a possibilidade da formação da coisa julgada a partir da questão²⁸ prejudicial levantada pelas partes nas *conclusions motivées*, em que o juiz apreciava na parte dispositiva da sentença, abrindo caminho para os estudos e desenvolvimento da ação declaratória incidental posteriormente²⁹. Mais que isso, os estudos oriundos dos franceses influenciaram outros países da Europa.

Similarmente ao que ocorria no Estado francês, a Itália também utilizava um dos efeitos da prejudicialidade para impedir a propositura de uma ação ou suspender a marcha processual, ainda nas dependências de relações das causas penais e cíveis³⁰, sendo admitidas não só questões de estado, mas também as demais. A diferença é que, enquanto na França o juiz criminal estava obrigado a se reportar ao civil, na Itália este teria a mera faculdade³¹.

Na Alemanha também se verificou o rompimento do equivocado conceito reinante na época medieval em torno da prejudicialidade, notadamente a partir do século XIX com a obra de Martin³². No entanto, foi verificada tormentosa discussão doutrinária na época, o que acabou ricocheteando nos textos legais de tal país e também da Áustria.

Em tal localidade, a prejudicialidade foi vista como fator de dependência lógica entre uma causa e outra, funcionando como verdadeira *connexitas causarum*, de modo que o campo de análise do instituto era hipótese de suspensão do processo da questão subordinada, ou até mesmo um impedimento da propositura de uma demanda, sem antes resolver a questão subordinante³³.

3. Prejudicialidade no Direito Brasileiro anterior.

Após tecidos alguns comentários de ordem histórica geral sobre o tema, é momento de analisar como o estudo da prejudicialidade, ao menos em alguma medida, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, desde a proclamação de sua independência.

²⁷ MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiciale nel processo civile...* p. 19; TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal...* p. 362.

²⁸ O termo é utilizado de forma generalizada no presente tópico para se referir à prejudicial em si, não se realizando a distinção entre questões, causas e pontos, terminologias essas que terão um estudo pormenorizado em momento oportuno (vide item 5).

²⁹ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil...* p. 11.

³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 19.

³¹ TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal...* p. 363.

³² MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiciale nel processo civile...* pp. 8-10.

³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...*, p. 18; MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiciale nel processo civile...*, p. 9.

O Brasil aplicou tradicionalmente o que já existia na matéria legislada portuguesa³⁴ (praxe), mormente ao reproduzir o mesmo processo constante nas Ordenações Filipinas – cujo Livro III versava sobre o processo civil do reino português – e o Regulamento n. 737/1850, o qual dispunha sobre questões de direito comercial, em um primeiro momento, passando depois a abranger os processos das causas cíveis em geral³⁵.

As Ordenações Filipinas de Portugal dispunham que se observasse o direito comum para a aplicação das exceções prejudiciais, conforme se verifica no Livro III, Título L, n.1, depreendendo-se que deveria se suspender a causa *principaliter* até o julgamento da referida defesa³⁶. Ademais, ainda em observância a essa exegese portuguesa, na praxe brasileira, a exceção prejudicial encontrava-se ligada à categoria das pessoais, peremptórias e dilatórias³⁷.

A jurisprudência pátria de tal época, aliás, permitia que o juiz criminal julgasse, *incidenter tantum*, a prejudicial de natureza cível surgida no caso e ligada ao fato delituoso sob análise, embora fosse possível encontrar algum precedente que possibilitava a suspensão do processo criminal até que a causa cível fosse resolvida³⁸.

O Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, trouxe algumas mudanças quanto ao estudo da prejudicialidade no Brasil, inaugurando a possibilidade de se impedir o prosseguimento de uma causa penal até que a causa cível fosse decidida. Anteriormente a tal diploma, mesmo que houvesse uma relação de dependência entre as demandas, a prejudicial poderia ser tão somente suspensa – e até mesmo decidida pelo juiz criminal que verificou a prejudicialidade – mas não como forma impedir a instauração de uma demanda criminal até que se julgasse a cível³⁹.

Já nos anos de vigência dos códigos processuais estaduais, alguns avanços puderam ser constatados, notadamente ao se verificar a adoção da ação declaratória, como nos Estados de Minas Gerais e Mato Grosso, bem como no código do Distrito Federal⁴⁰. Neste último,

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...*, p. 21.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil...* p. 21.

³⁶ Ada Pellegrini Grinover traz a lume o seguinte exemplo: “Costumam, os autores da época, dar como exemplos as exceções opostas na ação de petição de herança contra o autor, alegando não ser este parente do *de cuius*”. (*Ação declaratória incidental...* p. 22).

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* p. 22; FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade...* p. 21.

³⁸ Cf. MELLO, João de Deus Cardoso de. *Prejudiciais civis no processo penal*. Dissertação apresentada em concurso à cadeira de direito judiciário penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1938, pp. 22-23.

³⁹ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil...* p. 16.

⁴⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental...*, pp. 18-19; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* p. 22.

e.g., previa-se a utilização da referida técnica processual para obter tutela declaratória sobre relação jurídica ou documento, suspendendo-se o curso do processo prejudicado⁴¹.

A partir de tal momento, o Código de Processo Civil brasileiro de 1939 passou a disciplinar em alguns dispositivos a questão prejudicial, os quais eram dotados de certa atecnia, notadamente ao confundir o conceito e tratamento das questões preliminares com questões prejudiciais.

Entretanto, por o diploma em comento ter relevância em momento posterior do presente estudo, mormente no que tange à evolução da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, não se fará aqui uma análise mais detalhada. Isto também se aplica aos códigos mais recentes, bem como a toda e qualquer legislação extravagante⁴².

4. Síntese da historicidade da prejudicialidade.

O que se demonstrou nos tópicos anteriores foi a tormentosa busca sobre o conceito da prejudicialidade durante a evolução histórica apresentada, a que, desde a gênese, se demonstrou complexa e de difícil univocidade entre as diversas épocas analisadas⁴³.

Em razão de tais fatores, mesmo a doutrina e legislação do século passado sofreram para encontrar e tratar as questões prejudiciais da forma mais correta possível, permeadas por pensamentos equívocos e contraditórios, não havendo ainda material doutrinário suficiente e satisfatório sobre o tema, ainda que este fosse de suma importância, desembocando na ausência de um conceito unívoco e sólido⁴⁴.

O estudo da prejudicialidade, em sede alienígena, começou a clarear com a publicação do livro do italiano Francesco Menestrina⁴⁵, que tratou o tema a fundo, organizando-o e sistematizando-o, sendo seguido por Gaetano Foschini⁴⁶.

⁴¹ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil...*, p. 17.

⁴² Vide item 31, *infra*.

⁴³ Ainda assim, tal evolução é essencial para se entender o tema prejudicialidade. Nesse sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon adverte que “as fontes históricas são importantes para a compreensão e significado do conceito de prejudicialidade, já que sendo a relação prejudicial caracterizada pela dependência lógica da questão subordinada (prejudicada) em relação à solução dada à questão subordinante (prejudicial), é natural que o dado de relevo seja a definição propiciada pelo *accertamento* ou declaração a respeito de tal questão e não um juízo de natureza condenatória”. (*Relação entre demandas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 132.)

⁴⁴ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 20.

⁴⁵ Cf. MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile...*

⁴⁶ Cf. FOSCHINI, Gaetano. *La pregiudizialità nel processo penale*. Milano: La Stampa Moderna, 1942.

No ordenamento jurídico pátrio, inaugurou⁴⁷ o estudo do tema de forma sistemática no processo civil José Carlos Barbosa Moreira, com o clássico “Questões Prejudiciais e Coisa Julgada”, ainda em 1967⁴⁸, acompanhado por vários outros juristas brasileiros de escol⁴⁹.

§ 2º Construção do conceito lógico-jurídico de questão prejudicial.

5. Ponto, questão e causa prejudicial.

Em sentido puramente processual, entende-se por ponto toda e qualquer premissa, argumento, tese ou fundamento suscitado em juízo por uma das partes e não rebatido pela parte adversa, não havendo dúvida quanto a este, inclusive por parte do juiz, tornando-se incontroverso⁵⁰.

De outra banda, uma questão ocorreria quando uma premissa, argumento, tese ou fundamento fosse suscitado por uma parte e efetivamente rebatido pela parte adversa, tornando-se controvertido. Nessa esteira, questão nada mais seria que um ponto controvertido⁵¹.

Aplicando as técnicas processuais indicadas para o estudo da prejudicialidade, torna-se indispensável citar Francesco Menestrina e suas conclusões na sua obra magna. Nesta, aduz o jurista italiano que a prejudicialidade pode se manifestar como ponto, questão ou causa⁵².

⁴⁷ Em decorrência da publicação do Código de Processo Penal em 1941, o qual contém dispositivos sobre a questão prejudicial, conforme se verifica nos artigos 92 a 94, processualistas penais publicaram importantíssimas obras com relação ao tema, ou seja, antes da obra marcante de Barbosa Moreira. Como já advertido, era comum certa confusão e equívocos com relação aos conceitos sobre a prejudicialidade, no entanto, algumas obras trouxeram importantes conquistas e contribuições para o estudo, entre os quais se citem: Hélio Tornaghi (*Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 2); Eduardo Espínola Filho (*Código de processo penal brasileiro anotado*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 2); João de Deus Cardoso de Mello (*Prejudiciais civis no processo penal...*).

⁴⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...*

⁴⁹ Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental...*; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...*; BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidental*. 7ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996; BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro...*; FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988; ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 1997; ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v.1, pp. 398 e ss.; etc.

⁵⁰ Cf. ALVIM, Thereza. *Questões prévias...* p. 28.

⁵¹ Cf. ALVIM, Thereza. *Questões prévias...* p. 27.

⁵² Cf. MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiciale nel processo civile...* pp. 137-214.

Um ponto prejudicial, na visão do autor, seria um antecedente lógico que repercute no conteúdo da decisão do juiz⁵³. Já a questão seria uma dúvida formada no curso do processo sobre determinado ponto prejudicial, devendo ser decidido, *incidenter tantum*, pelo magistrado, o qual não pode decidir a questão prejudicada sem que esta questão esteja resolvida⁵⁴.

Complementando o conceito, Adroaldo Furtado Fabrício sustenta que o ponto prejudicial se torna questão em três hipóteses: a) quando o réu nega a existência de outra relação jurídica da qual depende a solução a repercutir na prejudicada; b) quando o réu suscita outro direito na relação, mesmo sem negar o direito em que se funda o pedido do autor, mas, de qualquer modo, incompatível com esse último; c) quando o réu, mesmo limitado ao campo da relação, estende a controvérsia a sua totalidade, ao passo que o autor a restringira a um de seus elementos integrantes.⁵⁵

Em sequência, causa prejudicial está jungida, a rigor, a uma questão discutida e julgada no plano *principaliter* de um determinado processo, que se torna prejudicial a um outro processo prejudicado. Nesse último, a causa prejudicial será apresentada como verdadeiro ponto prejudicial no processo⁵⁶, integrando o silogismo lógico formado pelo juiz do caso (prejudicado), sendo necessário ainda que haja certa contemporaneidade⁵⁷.

Em tais casos, adverte Barbosa Moreira que a causa prejudicial “pode ter nascido independentemente, mas também pode ter-se originado do próprio processo em que se discute a questão subordinada, acarretando, facultativa ou necessariamente, a suspensão deste”⁵⁸.

6. Questão principal, questão prévia (prioritária), questão preliminar e questão prejudicial.

Nem sempre se teve um estudo sistematizado e bem delineado com relação à prejudicialidade. A doutrina se digladiava para encontrar um conceito unívoco sobre o tema,

⁵³ “Il punto pregiudiziale è dunque il precedente lógico su cui le parti non sollevano una controversia – sia che non possano sollevarla, sia che non vogliano – o su cui la controversia è già stata risolta” (*La pregiudiziale...* pp. 139).

⁵⁴ Cf. MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile...* pp. 139-142; CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1986, p. 3.

⁵⁵ Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental...*, p. 51.

⁵⁶ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* pp. 48-49.

⁵⁷ Cf. MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile...* pp. 151-154; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil...*, p. 102.

⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* pp. 48-49.

não sendo estranho que os termos questões prévias, preliminares e prejudiciais significassem a mesma coisa em alguns casos, ou até mesmo tivessem seus conceitos invertidos⁵⁹.

Assim, tanto as questões preliminares quanto as prejudiciais eram utilizadas para indicar uma antecedência lógica que o magistrado deveria resolver para poder julgar determinada causa, não se sabendo, contudo, quando se tratava de uma ou de outra. A confusão das terminologias era verificada até na norma positivada, seja ela nacional⁶⁰, ou até mesmo estrangeira⁶¹.

Coube a José Carlos Barbosa Moreira a elucidação do tema em terra brasileira, notadamente a partir dos estudos feitos por Francesco Menestrina e Gaetano Foschini⁶². Em primeiro lugar, o autor estabeleceu questões prévias ou prioritárias (terminologia de sua preferência⁶³) como um gênero, em que questões prejudiciais e preliminares seriam as espécies.

A espinha dorsal das determinadas questões é a anterioridade lógica que uma irá repercutir em outra. Dessa forma, o jurista carioca traça como característica distintiva e essencial das espécies apontadas a influência ou condicionamento que a prejudicial exercerá sobre a prejudicada.

Assim, é possível que a existência da questão possa tornar dispensável ou até impedir a resolução de uma decisão; em outro prisma, o surgimento de uma questão pode predeterminar o sentido em que a decisão deve ser resolvida⁶⁴. Neste último caso, tem-se a figura das questões prejudiciais, que se cingem ao conteúdo ou teor da decisão principal, ao passo que, na primeira espécie apontada, trata-se de questões preliminares, que se reportam à existência da sentença prejudicada.

Ainda com relação às prejudiciais, Barbosa Moreira adverte que não importa a natureza das questões vinculadas, isto é, se ocorrem no plano do mérito ou na seara

⁵⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* pp. 28-29.

⁶⁰ O Código de Processo Civil de 1939, como exemplo, não distinguia a questão prejudicial da preliminar, indicando como se possuíssem o mesmo significado em vários dispositivos, conforme se verifica na leitura dos artigos 282, 877 e 878.

⁶¹ Até os dias de hoje, a Ley de Enjuiciamiento Civil Espanhola (LEC), de 2000, não trata de forma distinta as questões prejudiciais e preliminares, conceituando-as como *cuestiones incidentales*, conforme se verifica em seu artigo 387, o qual versa que “Son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso”.

⁶² Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...*; Cf., ainda, MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile...*; FOSCHINI, Gaetano. *La pregiudizialità...*

⁶³ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e questões preliminares. In: Direito processual civil: ensaios e pareceres.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 76.

⁶⁴ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 22.

estritamente processual⁶⁵. Assim, *e.g.*, tanto as questões relativas à competência⁶⁶ (campo processual) quanto a discussão da validade de um contrato⁶⁷ (campo material ou substancial) podem exercer influência no teor de uma determinada causa principal, tornando-se prejudiciais à sua resolução.

O mesmo pensamento pode ser aplicado também às questões preliminares, malgrado sua aplicação seja mais efetiva no campo processual, como ocorre com a alegação de ilegitimidade para agir ou uma incompetência absoluta do juízo, que impede o julgamento pelo magistrado da questão principal⁶⁸.

Em algumas hipóteses, que o autor veio a denominar de preliminares de mérito, seria possível a ocorrência de questões preliminares que se voltassem ao mérito da causa, impedindo o seu julgamento. É o caso da alegação de prescrição, matéria de mérito, que exerce função de dispensabilidade de julgamento, não podendo influir no teor das demais questões⁶⁹.

Ademais, é importante ressaltar que nem a questão prejudicial e nem a questão preliminar devem ser analisadas em si mesmas, estando sempre interligadas com outra questão sistematicamente analisada, razão pela qual os conceitos são considerados fundamentalmente relativos⁷⁰.

Diante de todo esse quadro, insista-se à exaustão, é fulcral que se tenha em mente que a questão prejudicial e a questão preliminar irão exercer influência no julgamento da causa principal. No entanto, a primeira tratará necessariamente sobre um antecedente lógico que irá influir no teor da prejudicada, isto é, condiciona o sentido em que a questão principal

⁶⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* pp. 24 e 25. Clarisse Frechiani Lara Leite, por sua vez, aduz que muitos doutrinadores equivocaram-se na tentativa de distinguir questões preliminares e prejudiciais a partir do critério de afetação da prejudicial sobre o direito material ou processual surgido no caso. (*Prejudicialidade no processo civil...* p. 45.)

⁶⁶ José Carlos Barbosa Moreira traz o seguinte exemplo: “(...) a solução relativa à competência, tipicamente processual, pode ficar condicionada no seu teor à solução de outra questão logicamente antecedente, qual a da validade da cláusula em que as partes hajam escolhido foro especial para as demandas oriundas do contrato” (*Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 24). Como outro exemplo, pode-se citar a hipótese de alegação da validade de naturalização do autor em casos ação popular, pois, uma vez perdida a naturalização do autor por ter sido anulada, a parte não será mais legítima para propor a demanda, condicionando o teor da decisão da questão principal, que deverá ser julgada extinta sem resolução do mérito.

⁶⁷ Como a discussão da validade do contrato em uma demanda condenatória de obrigação contratual.

⁶⁸ Adroaldo Furtado Fabrício, sem que possa conflitar com a tese erigida por Barbosa Moreira, fala em quatro grupos de questões prévias: prejudiciais de mérito, prejudiciais processuais, preliminares de mérito e preliminares processuais. (*Ação declaratória incidental...* pp. 42-43)

⁶⁹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* pp. 26 e 32.

⁷⁰ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 32. Ainda quanto ao assunto, na página seguinte, arremata o processualista carioca: “Pode-se igualmente conceber que entre três questões – *x*, *y* e *z* –, ou até entre um número maior delas, se estabeleçam relações sucessivas de dependência, de tal sorte que, por exemplo, a solução de *x* condicione o teor da solução de *y*, e a de *y* condicione a possibilidade da solução de *z*, caso em *x* será prejudicial de *y* e esta preliminar de *z*”.

deve ser decidida; já a preliminar, também atuando como antecedente lógico, condiciona a existência de uma questão posterior.

Trata-se da visão unitária sobre a prejudicialidade construída por José Carlos Barbosa Moreira, à qual aderiram vários exponenciais juristas brasileiros, como Ada Pellegrini Grinover⁷¹, Adroaldo Furtado Fabrício⁷², Cândido Rangel Dinamarco⁷³, Thereza Alvim⁷⁴, Antônio Scarance Fernandes⁷⁵, Paulo Henrique dos Santos Lucon⁷⁶ etc.

Para os fins deste trabalho, apenas importará o estudo da questão prejudicial, não obstante possam surgir certos pontos de estrangulamento entre essa e as questões preliminares durante o seu desenvolvimento, os quais serão devidamente esclarecidos. De toda sorte, a partir de tal momento, a delimitação do estudo se dará especificamente no campo das questões prejudiciais.

7. Da necessidade de antecedência lógica na questão prejudicial.

O magistrado, ao exercer a jurisdição, deve percorrer um caminho (*iter*) a fim de que possa prestar uma tutela efetiva, adequada e tempestiva, sempre respeitando as garantias constitucionais.

É de se notar, dessa forma, que o juiz forma uma cadeia silogística⁷⁷ para chegar a uma decisão final, municiado de várias premissas formadas ao longo do processo que funcionaram, de forma direta ou indireta, para alcançar o resultado final, de modo que, caso algumas das premissas não fossem consideradas ou inexistissem, a conclusão fatalmente seria outra, razão pela qual essas são antecedentes lógicos da conclusão⁷⁸.

Assim, toda vez que se depara com um processo, o magistrado é obrigado a se debruçar sobre os fatos alegados pelas partes com seus respectivos pedidos, realizando um

⁷¹ *Ação declaratória incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

⁷² *Ação Declaratória Incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 2 Ed., 1995.

⁷³ *Capítulos de sentença*. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 48-49.

⁷⁴ *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁷⁵ *Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

⁷⁶ *Relação entre demandas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

⁷⁷ O referido encadeamento lógico não segue, obviamente, um arcabouço rígido, onde somente uma conclusão será admitida. O jurista italiano Michele Taruffo elucida o tema em comentário: “o juiz, ao formular o raciocínio que se conclui com a decisão, e mesmo quando se justifica esta, emprega, como se costuma dizer, o material e as formas mais díspares e heterogêneas: linguagem técnica e linguagem comum, esquemas e modelos de argumentação, formas dedutivas, juízos de valor, instrumentos de persuasão retórica, conhecimento de variada natureza, regras éticas e de comportamento, interpretações escolhas de diversos gêneros etc”. (*Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Tradução Cândido Rangel Dinamarco, Curitiba: IBEJ, 2001, p. 8)

⁷⁸ Cf. LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil...*, p. 22.

encadeamento lógico-jurídico para se chegar à conclusão final, aplicando o efeito jurídico para as partes a partir da *fattispecie* apresentada⁷⁹.

De mais a mais, nesse referido caminho em busca da tutela jurisdicional, operado pelo processo, a atividade jurisdicional se depara com a existência de questões de fato ou de direito, dentre as quais se poderá ou não englobar o mérito da causa apresentada.

A existência de questões surgidas durante o processo até à sentença de mérito a ser proferida pelo juiz podem se apresentar, independentemente da quantidade, em caráter principal, isto é, sua resolução guarda relação diretamente com toda a atividade processual produzida para se chegar à pretensão almejada.

Em contrapartida, há casos em que as questões apresentadas não se destinam diretamente a resolver o bem da vida apresentado para obtenção da tutela jurisdicional, funcionando para identificar a impossibilidade de se chegar à chamada questão principal, ou até mesmo para alinhar o caminho para essa, apresentando-se, portanto, como verdadeiras questões antecedentes à principal⁸⁰.

Pelo que já se avançou no presente estudo, percebeu-se que a questão prejudicial opera como um antecedente lógico da decisão principal, ou seja, é primeiro necessário se julgar a prejudicial despontada no processo para então se poder chegar à decisão de outra, exercendo plena influência. É evidente, portanto, que uma cadeia silogística de julgamento deve ser montada e observada pelo magistrado.

Raciocina-se, dessa forma, que a existência de uma prejudicial na cadeia silogística até agora formada exercerá influência condicionante para a resolução da questão prejudicada, isto é, há antecedência lógica da prejudicial para a solução da prejudicada⁸¹.

É fulcral entender que a existência da antecedência lógica citada não significa, necessariamente, antecedência cronológica. Não se diga que a questão prejudicial não respeite uma cronologia, pois, afinal, é necessário que seja primeiramente decidida a prejudicial surgida para depois ser apreciada a questão principal. No entanto, isso não significa que haja coincidência conceitual entre antecedência lógica e cronológica.

Em um primeiro prisma, no *iter* percorrido pelo magistrado, há, como já ventilado, a existência de premissas que devem ser formadas para se chegar à conclusão final. Malgrado haja questões efetivamente antecedentes à decisão, isso não quer dizer que todas essas são

⁷⁹ Cf. LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil...* p. 24.

⁸⁰ Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental...* pp. 38-39

⁸¹ Cândido Rangel Dinamarco obtempera: “há prejudicialidade lógica entre duas causas, questões ou pontos quando a coerência exige que o pronunciamento sobre um deles seja tomado como precedente para o pronunciamento de outro”. (*Intervenção de terceiro*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 84).

prejudiciais. Assim, por exemplo, não se demonstra antecedente lógico à decisão a controvérsia que concerne ao ônus de adiantamento das despesas do perito a uma parte ou a outra⁸².

Em segundo lugar, tanto a questão prejudicada quanto a prejudicial podem surgir ao mesmo tempo e, inclusive, serem resolvidas conjuntamente por ocasião da sentença⁸³, não havendo que se falar em uma obrigação sequencial na ordem temporal. Mais que isso, é possível que a questão prejudicial surja apenas após a resolução da questão principal.⁸⁴

O que se precisa ter em mente para a diferenciação dos dois institutos é que na antecedente cronológica haverá apenas uma relação de coordenação entre a questão antecedente e a posterior, não havendo efetiva influência na decisão do magistrado; a antecedência lógica, ao revés, estará jungida obrigatoriamente ao efetivo exercício de influência que determinada questão fará na decisão, exsurto o vínculo de subordinação⁸⁵.

A prejudicial, nesse viés, será sempre um antecedente lógico, tendo em vista o efeito subordinante ou condicionante que exercerá na decisão do magistrado, que depende desta para chegar a sua conclusão final.

Delineados tais conceitos, uma última análise se faz imprescindível no presente tópico: a delimitação conceitual se a questão prejudicial só existirá se, na qualidade de antecedente lógico, efetivamente influenciar a prejudicada – demonstrando necessidade – ou se ela se verifica quando surge apenas como mera possibilidade de influenciar a decisão, podendo até mesmo não ser utilizada no caso concreto.

É que o magistrado, no encadeamento lógico realizado no *iter* processual, (a) pode se valer de outras premissas ou fatos para chegar ao mesmo resultado almejado, sem utilizar na espécie uma questão potencialmente subordinante, ou (b) até mesmo analisar uma questão prejudicial formada e esta, ainda que apta, não ter o condão de influenciar o sentido de sua decisão.

A apresentação do problema em busca da verdadeira identidade da prejudicial não é uníssona entre a doutrina, no sentido de sua antecedência lógica dever ser necessária ou não. Na hipótese relatada em que o magistrado não considere a aptidão de uma questão influenciar sua decisão, dificuldades não haverá entre a doutrina. José Carlos Barbosa Moreira já

⁸² Cf. LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil...*, p. 29.

⁸³ Um exemplo claro disso ocorre na reunião de processos em sede de competência por conexão, conforme disposto nos artigos 57 e 58 do Código de Processo Civil brasileiro.

⁸⁴ Cf. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal...* p. 364.

⁸⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e questões preliminares*. In: *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 76.

advertia que poderia existir grau de variação na predeterminação na prejudicial surgida, pois, em certos casos, “a solução dada à prejudicial em certo sentido não basta para que se possa prever com segurança o modo como será resolvida a prejudicada”⁸⁶, o que de modo algum retiraria a necessidade desta, mas tão somente incidiria na sua suficiência.

Assim, se a parte suscitar a invalidade de cláusula de eleição de foro em uma determinada demanda obrigacional condenatória e o juiz a reputar como válida, nada impede que este reconheça sua incompetência por outro fator, como ter se proposto a ação em juízo federal, mas ser o juízo estadual o competente para julgar a causa. Em tal exemplo, a prejudicial de validade de foro de eleição foi efetivamente necessária, isto é, o juiz a teve de enfrentar para decidir, no entanto, não foi suficiente para declarar sua incompetência, a qual se deu por regras de jurisdição comum e especial.

A problemática surge na outra hipótese destacada, isto é, quando o magistrado utiliza outro caminho para se chegar a uma conclusão, ainda que houvesse uma questão prejudicial apta a influir em sua decisão. Em tal caso, a antecedência lógica da referida prejudicial não se demonstrou necessária para a conclusão do juiz, mas somente apta.

Os estudos realizados por Francesco Menestrina⁸⁷ permitem concluir que não se poderá falar em prejudicialidade caso a questão não tenha sido efetivamente levada em consideração na motivação da decisão prolatada, isto é, uma vez sendo a questão desconsiderada na cadeia silogística do magistrado, ainda que apta para chegar à conclusão final, a prejudicialidade não restará configurada.

A consequência disso é que seria praticamente impossível saber quais seriam as prejudiciais existentes, pois muitos caminhos poderiam ser seguidos pelo juiz, devendo ser necessário que a questão tenha sido efetivamente percorrida no caminho seguido pelo julgador, não bastando a sua mera possibilidade. Mais que isso, os efeitos da prejudicialidade, como a contingência ou suspensão de processos, ocorrem mesmo antes da prolação da sentença.

Para tanto, o mestre italiano via como solução o tratamento das questões surgidas ao longo do processo como se fossem todas prejudiciais, desde que caracterizassem um antecedente lógico no pensamento do juiz, a fim de que, no momento da decisão, se descobrisse o que era questão prejudicial ou não. Nessa linha, embora considerasse efetivamente como prejudicial aquela que foi necessariamente capaz de influir na decisão do

⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 25.

⁸⁷ Cf. MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile...* pp. 100-109.

magistrado, não se pode negar que o seu tratamento se satisfaria com mera possibilidade de ser apta para tanto.

Ao revés, uma segunda corrente, que parece ser a majoritária no Brasil, sustenta que questão prejudicial existirá somente quando for antecedente lógica e necessária para a decisão a ser prolatada pelo julgador, sendo certo que, se a antecedência for apenas possível ou contingente, não haverá a figura prejudicial⁸⁸.

Dessa forma, para os adeptos de tal teoria, “o critério mais razoável é o que se funda na distinção entre antecedentes lógicos necessários e antecedentes lógicos contingentes. Se, para a solução da questão *x*, o juiz simplesmente pode, mas não precisa, inserir em seu raciocínio a solução da questão *y*, esta não merecerá a qualificação de prejudicial, aplicável, ao contrário, à questão *z*, cuja solução seja por hipótese indispensável à de *x*”⁸⁹.

Por último, uma via alternativa às duas correntes citadas acima veio com o trabalho de dissertação de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por Clarrisse Frechiani Lara Leite, posteriormente publicado⁹⁰, a que, na tentativa de criar uma teoria da prejudicialidade, sustentou que os ensinamentos de Menestrina e de Barbosa Moreira, precedidos por Foschini, seriam insuficientes para refinar o conceito da questão prejudicial e sua referência à antecedência lógica necessária ou não.

Nessa esteira, segundo a referida autora, a doutrina de Menestrina falha por não conseguir criar critérios para a definição de um fenômeno e utilizar esse mesmo no seu tratamento, arrematando que “não se pode renunciar à aplicação do conceito sobre a realidade do processo”⁹¹. Aliás, Barbosa Moreira também contrapôs o argumentado pelo jurista italiano, aduzindo que esta acarretaria uma instabilidade no campo procedimental na medida em que se considerassem como prejudiciais tantas quantas questões aparecessem no *iter* do raciocínio do juiz até sua decisão, momento no qual se confirmariam como tal, desprezando as que não foram necessárias⁹².

De outra banda, quanto à teoria de que para existir a prejudicial deveria estar presente uma antecedência lógica e necessária, embora possuísse uma base sólida, Clarisse Frechiani Lara Leite sustenta que nem Barbosa Moreira e nem Gaetano Foschini explicaram como

⁸⁸ São adeptos a tal corrente, dentre tantos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 25; TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal...* p. 365-366; FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade...* pp. 38-40.

⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* pp. 53-54.

⁹⁰ Cf. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 30-39.

⁹¹ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil...* p. 34

⁹² Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada....* p. 52.

identificar, no caso concreto, a referida necessariedade, causando vários problemas de ordem prática.

Para demonstrar sua crítica, a autora citada, partindo da premissa de que várias questões podem estar envolvidas na discussão de uma causa, sustenta que o juiz, ao se deparar com duas questões prejudiciais, pode deixar de aplicar uma por ser possivelmente alternativa à outra⁹³. Dessa forma, em uma demanda obrigacional condenatória, se o réu alegar nulidade do contrato e incapacidade da parte (prejudiciais concorrentes), o acolhimento de uma tornará desnecessária a apreciação de outra, havendo a existência de um caminho alternativo⁹⁴.

A consequência disso seria o efeito limitador da proposição de uma possível ação declaratória incidental, porquanto não reconhecida a existência de uma questão prejudicial por ausência de necessariedade na antecedência lógica, bem como algumas incongruências em sede recursal, visto que o segundo grau, a teor do efeito devolutivo inerente à apelação, pode reformar a prejudicial alternativa inicialmente escolhida pelo juiz de primeiro grau, podendo conhecer, contudo, da questão prejudicial que não tinha sido considerada anteriormente.

Logo, conclui a autora que a necessariedade da antecedência lógica não é requisito essencial para se definir a prejudicialidade, visto que “ele acabaria por trazer mais incerteza do que precisão ao raciocínio”⁹⁵, sendo considerada como questão prejudicial todo antecedente lógico da decisão (contraponto à Foschini e Barbosa Moreira) e não analisados no momento de sua decisão, mas sim de quando surgirem no processo (contraponto à Menestrina).

Em que pese às valiosas elucidções trazidas quanto ao tema, a razão parece estar ainda com o aduzido por Barbosa Moreira, isto é, questão prejudicial é todo antecedente lógico e necessário à decisão do juiz, sendo essa a corrente adotada no presente trabalho. O tema voltará à tona por ocasião da análise do instituto com os limites objetivos da coisa julgada, em que se tratarão maiores detalhes, inclusive justificando a adoção da corrente iniciada por José Carlos Barbosa Moreira.

⁹³ A conclusão também é feita por José Carlos Barbosa Moreira (*Questões prejudiciais e coisa julgada...* pp. 52-53).

⁹⁴ Os exemplos trazidos pela processualista podem perder a relevância teórica e prática hoje em dia, tendo em vista as disposições do Código de Processo Civil de 2015, mormente no que tange às mudanças dos limites objetivos da coisa julgada. Por ter maior pertinência temática em momento posterior, as críticas que aqui caberiam serão melhor analisadas no último capítulo do presente trabalho, para onde se remete a leitura (vide capítulo 4).

⁹⁵ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil...* p. 38.

8. Prejudicialidade jurídica.

Ainda em busca de uma delimitação conceitual da questão prejudicial, a doutrina tende a pesquisar um aspecto jurídico inerente à prejudicialidade, no sentido que aqui está se evoluindo, isto é, uma questão anteriormente lógica e que influencia o conteúdo da prejudicada⁹⁶. Para tanto, duas correntes majoritárias foram formadas, a que tenta identificar a prejudicialidade por um critério subsuntivo e outra por um critério autonomista.

Antes de desenvolver cada uma das correntes apontadas e indicar a adotada para o presente trabalho, uma elucidação se faz necessária: as duas correntes concordam que a prejudicialidade jurídica pressupõe uma antecedência lógica, mas o inverso não será verdadeiro. Logo, uma prejudicial jurídica será sempre lógica, mas nem toda lógica será jurídica⁹⁷. A divergência, portanto, fica por conta de saber o que viria a ser o aspecto jurídico inerente à prejudicial.

Dentre os que adotaram o critério autonomista⁹⁸, firmou-se o entendimento de que somente poderia existir prejudicial caso esta pudesse ser objeto de um processo autônomo⁹⁹. Dessa forma, questões que tratem sobre a declaração de fatos jurídicos e de teor exclusivamente processual (v.g., competência, valor da causa *etc*) não poderiam ser consideradas prejudiciais, visto que não poderiam constituir objeto de um processo autônomo, faltando-lhes o aspecto jurídico para sua qualificação como tal.

Assim, para ilustrar a citada corrente, se em uma demanda condenatória por uma obrigação contratual for suscitada a nulidade do contrato por qualquer motivo, é de se reconhecer o aspecto jurídico da prejudicial levantada, uma vez que a nulidade de um contrato pode ser objeto de uma ação autônoma.

É bem verdade que mesmo em tal corrente autonomista alguns doutrinadores, sem perder a essência do que foi aqui exposto, partiam de diferentes premissas. Adroaldo Furtado

⁹⁶ É importante sempre se ter em mente que não há muito tempo o estudo do que seria questão prejudicial era feito de forma equivocada ou confusa, se verificando alguns resquícios até os dias de hoje, inclusive internacionalmente.

⁹⁷ Tal entendimento foi iniciado já por Francesco Menestrina (*La pregiudiziale nel processo civile...* p. 103).

⁹⁸ Cf. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal...* p. 366; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental...* pp. 43-47; FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade...* pp. 41-47; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Sulla sospensione propria ed 'impropria' del processo civile*. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 292

⁹⁹ Ada Pellegrini Grinover, adepta à teoria autonomista, sustenta que haverá a existência de uma questão prejudicial toda a vez em que, dentro de questões relativas a outros estados ou relações jurídicas, mas não referente à relação jurídica controvertida, esta se apresentar em determinado processo como ponto duvidoso na discussão da questão prejudicial, a qual pode ser objeto, por si só, de processo autônomo (*Ação declaratória incidental...* pp. 10-11).

Fabrício¹⁰⁰, como exemplo, adepto à autonomia, até via na prejudicialidade jurídica uma atividade de subsunção do fato à norma, mas considerava como tal a que pudesse constituir objeto de ação autônoma, não necessitando de sua efetiva existência.

A mera possibilidade de constituir objeto de ação autônoma é suficiente para que se evidencie a prejudicialidade jurídica, pois, uma vez exigida sua obrigatoriedade, a sua visão ficaria limitada ao campo das causas prejudiciais, bem como ficaria submetido às circunstâncias de mera política processual, com diferentes tipos procedimentais, a depender dos motivos de cada ordem jurídica analisada.

Ainda nessa esteira, as prejudiciais processuais apontadas até aqui (competência, condições da ação *etc*) nunca poderiam ingressar no aspecto jurídico, mas apenas no lógico, porque não possuem a aptidão para constituir objeto de juízo autônomo, não havendo que se falar, inclusive, em formação de coisa julgada material para tais pontos.

De outra banda, há a corrente que enxergava na prejudicialidade jurídica uma atividade subsuntiva, isto é, deveria se encontrar uma subsunção do fato à norma. O entendimento tomou substrato a partir das ideias de Francesco Menestrina, que verificava a referida atividade subsuntiva pelo magistrado nas hipóteses de juízos jurídicos, englobados os acontecimentos jurídicos e estados de direito, bem como os juízos sobre relações jurídicas, direitos subjetivos e suas pretensões¹⁰¹.

Assim, o autor enxergava que seu critério não era tão expansivo quanto à autonomista, ligando-se mais ao critério lógico da prejudicialidade, além de ser capaz de identificar apenas a atividade silogística desempenhada pelo juiz, independentemente da forma que a prejudicial se apresente no processo¹⁰².

José Carlos Barbosa Moreira¹⁰³ também aderiu à corrente subsuntiva proposta por Menestrina¹⁰⁴, no entanto, em sua busca por uma visão unitária da prejudicialidade, ampliou a possibilidade da caracterização das questões prejudiciais, as quais corresponderiam a toda e qualquer que possa influir no teor da decisão do magistrado e que possua natureza de valoração jurídica de fato.

¹⁰⁰ Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental...* pp. 43-47.

¹⁰¹ Cf. MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile...* pp. 103-109.

¹⁰² Cf. MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile...* pp. 118 e ss.

¹⁰³ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 51. Também aceitou tal posicionamento: ALVIM, Thereza. *Questões prévias...* p. 25; OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 79-81.

¹⁰⁴ Repise-se que, no plano lógico, Menestrina considera potencialmente prejudicial todas as questões anteriormente lógicas ao anel lógico do juiz, se concretizando como tal no momento da decisão, ao passo que o Barbosa Moreira considera como prejudicial apenas aquelas necessárias a influir no teor da decisão do juiz.

É exatamente por pesquisar os limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais que o processualista carioca constrói sua tese a respeito do que seria prejudicialidade jurídica. Em razão disso, questões atinentes à identificação e interpretação da norma e as meras questões fato estariam excluídas do campo jurídico da prejudicial, porque não podem formar coisa julgada.

Cândido Rangel Dinamarco também parece compartilhar deste entendimento, isto é, entende existir prejudicialidade jurídica quando houver juízos de igual natureza entre duas ou mais demandas, a qual ocorre “sempre que uma delas verse sobre a existência, inexistência ou modo-de-ser de uma relação jurídica fundamental, da qual dependa o reconhecimento de existência, inexistência ou modo-de-ser do direito controvertido na outra”¹⁰⁵.

Os dois critérios indicados sofrem críticas cruzadas. Aos que defendem a existência da prejudicialidade jurídica a partir de um critério de subsunção do fato à norma, indicariam que a corrente autonomista estaria estritamente preocupada em ver a prejudicial sob o aspecto das relações de direito material, não se importando com as questões processuais, que efetivamente poderiam influir no teor da decisão a ser tomada pelo magistrado¹⁰⁶.

É o caso, v.g., da discussão de validade da cláusula contratual de eleição de foro para determinação de competência, o que poderia fazer o juiz decidir, tendo em vista a anterioridade lógica, pela incompetência do juízo, caso considere inválida a referida cláusula, culminando na remessa dos autos para outro juízo. A questão processual levantada sobre competência do juízo tem nítido caráter prejudicial, não sendo difícil ainda levantar outras hipóteses com o mesmo resultado.

Aliás, a diferenciação entre questão e causa prejudiciais ficaria demasiadamente eliminada no plano teórico, pois, uma vez sendo a questão objeto de ação autônoma e conseqüentemente causa, não haveria que se falar em questão. Do mesmo modo, se ficar apenas na condição de ser objeto de ação autônoma, não passará da seara da potencialidade, demonstrando-se como mera questão e não repercutindo de forma relevante na prática.¹⁰⁷

Mais que isso, a doutrina falha por não haver univocidade no tratamento de juízos autônomos e ações declaratórias entre os ordenamentos jurídicos, sendo extremamente difícil, a depender do sistema processual analisado, identificar o que seria uma prejudicial

¹⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil...*, v. 2, p. 160.

¹⁰⁶ Cf. LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil...*, p. 80.

¹⁰⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 49.

em seu sentido jurídico, já que varia de país para país o que pode ser objeto de processo ou de juízo autônomo¹⁰⁸.

De outra banda, os críticos ao critério subsuntivo defendem que a sua concepção seria por demais ampliativa, não havendo demonstração prática que apenas devesse ser considerada como prejudicial jurídica quando se constatasse juízos idênticos na antecedente e na final (Barbosa Moreira), muito menos o porquê da aplicação do juízo de subsunção a todo e qualquer prejuízo durante o processo de natureza igual ao do juízo final (Menestrina)¹⁰⁹.

Deve-se observar que a natureza dos juízos envolvidos traz grande relevância para se definir o que realmente irá influenciar na decisão do juiz. Assim, é possível por exemplo que em um juízo haja não somente a atividade subsuntiva, mas ocorra também julgamento sobre acontecimentos, ou uma avaliação da norma jurídica (como a análise da constitucionalidade de determinada lei ou dispositivo), o que pode efetivamente influir na decisão do magistrado¹¹⁰.

Ademais, Barbosa Moreira, seu principal defensor em terra brasileira, embora sustente que possam existir questões prejudiciais processuais (pressupostos processuais, condições da ação), não havendo sentido os argumentos autonomistas nesse sentido, reconhece em momento posterior de sua obra que tais questões não poderiam formar coisa julgada¹¹¹, o que perderia a relevância prática. Hoje em dia perdeu-se ainda mais o sentido de tal discussão, tendo em vista que a doutrina é firme em não reconhecer formação de coisa julgada material para as condições da ação e pressupostos processuais¹¹².

Divergindo das duas correntes acima citadas, existe, malgrado de forma minoritária, a construção erigida por Clarrisse Leite, que, parecendo se basear em parte dos estudos de Stefano Recchioni, adota o critério da vinculação jurídica dos juízos para se refinar o conceito de prejudicialidade¹¹³.

¹⁰⁸ Veja-se o ordenamento jurídico de Portugal, onde se admite a ação declaratória para existência ou inexistência de um fato, conforme disposto no artigo 4º, 2, a, do Código de Processo Civil português. Clarisse Frechiani Lara Leite (*Prejudicialidade no processo civil...*, p. 79) traz o mesmo exemplo; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 48.

¹⁰⁹ Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental...* pp. 44-47; FERNANDES. Antônio Scarance. *Prejudicialidade...* pp. 43-47.

¹¹⁰ Cf. LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil...*, pp. 81-82.

¹¹¹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* pp. 118 e ss.

¹¹² Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 26-36; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2002, v. 3, pp. 305-306; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 83-84.

¹¹³ Cf. LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil...*, pp. 85-92.

Para a autora, não importa a natureza do juízo prejudicial, isto é, se o antecedente é sobre alguma norma, uma situação jurídica ou até mesmo sobre o fato, mas sim a sua real vinculação com o juízo prejudicado, que deve ser sempre jurídica, diferenciando-se, nesse ponto, de forma teórica e prática, das duas outras correntes citadas.

Mais que isso, ao infirmar que a prejudicialidade seria normativa e concreta, aduz que a controvérsia prejudicial poderia surgir no eixo imperativo do mérito do processo, quando seria apta a influir em qualquer processo ou juízo, bem como na seara imperativa processual e puramente lógica, quando influenciaria apenas na decisão a ser proferida no processo em que surgiu.

Em sequência, sustenta que sua teoria se diferenciaria da formulada por Francesco Menestrina, pois, nesse, a prejudicialidade seria identificada posteriormente, no momento da decisão, ao passo que naquela a sua identificação se daria de forma prospectiva, isto é, prejudicial seria juízo que é apto a condicionar outro, desde que observadas a coerência interna no processo e eficácia das decisões.

Neste diapasão, mesmo que o magistrado, no seu silogismo lógico construído para proferir a sentença, utilize-se de outros caminhos para chegar no mesmo resultado, mesmo assim haverá a figura da prejudicial jurídica, porquanto apta para condicionar juridicamente o referido *decisum*.

Por fim, conclui que deve haver a identificação, de caso a caso, se um juízo está condicionado abstratamente à decisão a ser proferida em outro. Com isso, o julgador, ao analisar os fatos, pedidos e normas existentes no caso concreto, formará as cadeias de antecedência lógica, de acordo com os moldes da lei, vinculando-se juridicamente nas relações de prejudicialidade identificadas entre os vários juízos compreendidos no processo.

É bem por isso que a autora conclui que o conceito de prejudicialidade jurídica é “a relação que existe entre um juízo judicial (do âmbito imperativo ou lógico) e uma decisão judicial, em que o primeiro se mostra apto a condicionar o teor da segunda, decorrendo esse condicionamento tanto (a) da vinculação abstratamente prevista no sistema jurídico entre as situações objeto desses juízos como (b) dos efeitos atribuídos pelo sistema processual ao primeiro provimento, que alcançam o prolator da segunda decisão”¹¹⁴.

9. Conceito de questão prejudicial.

¹¹⁴ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil...* pp. 91-92.

Analisados os elementos que compõem o conceito da prejudicialidade, torna-se fulcral, neste ponto, indicar qual o conceito de prejudicialidade adotado neste estudo, pois, como visto, há muitas divergências entre a doutrina, que repercutem diretamente na identificação da questão prejudicial em um processo.

Mais que isso, uma vez não se sabendo o que vem a ser uma prejudicial no processo, será impossível determinar a extensão dos limites objetivos da coisa julgada conforme o mais atual Código de Processo Civil brasileiro. Agarrar-se a um posicionamento, nesse ponto, se faz imperativo para fins da coerência que se pretende empregar neste estudo.

A prejudicialidade, como se viu, surge ainda na época do processo formular romano, por meio dos *praeiudicium*, que significavam um juízo anterior ou prévio do julgamento final. Após séculos de confusão conceitual do instituto, somente no início de 1900 foi que o tema passou a ser sistematizado e pesquisado a fundo, por meio da obra de Francesco Menestrina.

Em solo nacional, a tese de livre docência apresentada por José Carlos Barbosa Moreira à Universidade Federal do Rio de Janeiro, em 1967, foi uma das responsáveis por organizar os conceitos sobre a prejudicialidade, bem como por tentar criar uma visão unitária sobre o tema. Muitos dos conceitos ali obtidos e já explanados ao longo deste capítulo são aplicados para o presente trabalho, que, ao menos em alguma medida, coincide com o objeto aqui pesquisado.

Caminhando ao lado de tal processualista, a “Ação Declaratória Incidental”, de autoria de Ada Pellegrini Grinover, publicada no ano de 1972, também tem relevante impacto na reestruturação dos conceitos sobre o tema, além de conseguir sistematizá-lo em um dos seus campos de incidência, qual seja, a ação declaratória incidental, técnica processual até então pouco conhecida pela legislação brasileira da época¹¹⁵.

Dessa forma, malgrado seu campo de pesquisa seja mormente no instituto das ações declaratórias incidentais, a jurista paulista fornece interessante teoria sobre a prejudicialidade, após forte influência dos estudos realizados por Francesco Carnelutti no que concerne sua teoria da lide.

Para Ada Pellegrini Grinover, há existência de questão prejudicial todas as vezes em que se verificar “questões relativas a outros estados ou relações jurídicas, que não dizem respeito à relação jurídica controvertida, mas que, podendo embora ser por si só objeto de

¹¹⁵ A jurista traz como exemplo o incidente de falsidade como caso de adoção explícita pelo legislador brasileiro do Código de Processo Civil de 1939 da utilização de declaratória incidental. (*Ação declaratória incidental...* pp. 85 e ss.).

um processo independente, apresentam-se naquele determinado processo apenas como ponto duvidoso na discussão da questão principal”¹¹⁶.

Mais que isso, a jurista observa que a questão prejudicial surge no campo de pluralidade de lides, dentro da concepção carneluttiana, devendo esta relação prejudicial ser comum a outra lide atual, razão pela qual sua forma de apreciação é através de uma ação declaratória, denominada incidental, que inclusive tem o condão de ampliar o objeto do pedido¹¹⁷.

É momento, então, de juntar todos os elementos já pormenorizadamente estudados, a fim de se definir o conceito de questão prejudicial. Em primeiro lugar, questões prévias, preliminares e prejudiciais não são expressões sinônimas, como se costumava empregar na doutrina nacional e estrangeira. Questões preliminares e prejudiciais são espécies do gênero questões prévias, as quais significam uma anterioridade lógica no silogismo percorrido pelo magistrado, até o julgamento da questão principal.

A diferença entre preliminares e prejudiciais reside no fato que, na primeira, a anterioridade lógica da questão formada pode impedir ou tornar indispensável a resolução da questão principal, ao passo que, na última, a questão surgida pode predeterminar o sentido que a principal deve ser resolvida.

É exatamente sobre as questões prejudiciais que se volta o presente trabalho, podendo-se extrair daí um dos primeiros elementos conceituais do presente estudo: a questão prejudicial é aquela que irá exercer influência no teor prejudicada, predeterminando o sentido de sua decisão. Outros desdobramentos desta parte – quanto à possibilidade de existirem prejudiciais de mérito e processuais, bem como de estarem sempre interligadas com outras questões –, já analisados em momento oportuno, também são adotados aqui.

As questões prejudiciais, como antecedentes lógicas, devem ser também necessárias no *iter* lógico utilizado pelo juiz quando do julgamento da causa, de modo que, se o magistrado se utilizar de outro caminho para chegar no mesmo resultado, não haverá que se falar em formação de prejudicialidade na potencialmente apta para exercer influência da decisão principal. Não se adota, dessa forma, a teoria que exige a mera aptidão de influência do juízo principal ou primordial na busca de refinar o conceito da prejudicialidade. Delimita-se aqui um segundo elemento a fim de identificar o conceito sobre o tema.

Por fim – e talvez a parte que guarde maior divergência doutrinária – as questões prejudiciais, além de serem antecedentes lógicas e necessárias, precisam ser jurídicas. A

¹¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* pp. 10-11.

¹¹⁷ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* pp. 57-58 e 73-82.

problemática reside em saber o que caracterizaria o aspecto jurídico da prejudicial, dividindo-se os doutrinadores em duas grandes correntes: a autonomista, que consideraria jurídica toda prejudicial que pudesse ser objeto de processo autônomo, e a subsuntiva, que considera prejudicial toda e qualquer atividade exercida pelo magistrado de subsunção do fato à norma, devendo haver identidade entre os juízos.

As críticas levantadas sobre as duas correntes majoritárias na doutrina são pertinentes no plano teórico e, sobretudo, prático. É por esta razão que se torna dificultosa a delimitação da concepção jurídica da prejudicialidade, que é imprescindível para a busca de seu conceito final de modo mais refinado possível.

A visão pelo aspecto subsuntivo, notadamente a construída por José Carlos Barbosa Moreira, parece ser a mais consentânea com o aspecto que aqui se busca, isto é, deve haver uma vinculação jurídica entre os juízos, em que o primeiro juízo condicione o segundo em uma verdadeira atividade de subsunção.

Reconhece-se, no entanto, que o critério da autonomia é relevante, mas não pode ser considerado como essencial para determinar a prejudicialidade jurídica. Nessa esteira, enquadrar uma questão prejudicial como aquela que abstratamente possa constituir ação autônoma é importante para ajudar na sua identificação, mas não é suficiente para reconhecê-la como tal.

Questão prejudicial, como instituto pertencente do direito processual, é, portanto, todo antecedente lógico e necessário que influa no teor da decisão prejudicada, desde que haja vinculação jurídica entre os juízos analisados, envolvendo as questões que comportem a valoração jurídica dos fatos, estando excluídas as puramente jurídicas e as fáticas.

§ 3º Classificação das questões prejudiciais.

A classificação das questões prejudiciais não guarda relação intrínseca com o conceito e os critérios científicos da prejudicialidade em si, mas se torna importante para fins didáticos, inclusive no que tange aos seus efeitos no processo.

Ademais, considerando o longo período em que o tema da prejudicialidade restou em extrema confusão entre a doutrina nacional e estrangeira (e até hoje se encontram resquícios), mister se faz pontuar os critérios existentes com vistas a evitar futuros equívocos conceituais e de aplicação prática, analisando, ao menos em alguma medida, os que se tornam hodiernamente obsoletos e os que traduzem relevância teórica e prática.

Dentre as várias opções classificatórias arroladas pela doutrina, toma-se por base aqui as expostas por José Carlos Barbosa Moreira¹¹⁸ e Antônio Scarance Fernandes¹¹⁹.

10. Em sentido amplo ou sentido estrito.

Trata-se de um critério defasado construído pela doutrina. Prejudicialidade em sentido amplo ou lato seria entendida como todas as questões antecedentes lógicas utilizadas pelo juiz no momento da decisão final, tudo dentro do silogismo percorrido. A exceção de coisa julgada, a de incompetência, a restauração de autos, por exemplo, seriam formas de prejudicialidade lato, ainda que consideradas como procedimento incidental.

Por outro lado, haverá prejudicialidade em sentido estrito quando a controvérsia se apresente em determinado processo como um ponto duvidoso para se decidir a questão principal, que pode ser ainda dotado da característica de autonomia, isto é, ser objeto de um processo independente¹²⁰.

Em realidade, aplicando os conceitos delineados até aqui, segundo este critério, prejudicialidade em sentido amplo e em sentido estrito diferenciam-se por uma abranger toda e qualquer questão prévia (prejudiciais e preliminares) surgidas como antecedentes lógicos da decisão final do magistrado, enquanto que a última trataria da questão prejudicial em si, com vistas à corrente autonomista.

11. Homogênea ou heterogênea.

A classificação entre homogênea e heterogênea está jungida à área do direito analisada. É cediço que, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro, existem justiças especiais (militar, eleitoral e trabalhista) e as comuns, estadual ou federal, as quais podem ser subdivididas em diversos juízos de diferentes áreas de concentração (civil, criminal, ambiental *etc*).

Quando se fala em prejudicial homogênea, quer-se dizer que a controvérsia surge na esfera de conhecimento da mesma seção especializada, ou, obviamente, pertencer ao ramo do direito em que despontou¹²¹. Desse modo, será homogeneamente prejudicial uma questão

¹¹⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* pp. 55-58.

¹¹⁹ Cf. FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade...* pp. 77-89.

¹²⁰ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* pp. 10-11.

¹²¹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 55.

que, em processo civil, surja em direito administrativo ou tributário, porquanto pertencentes à mesma área de concentração (cível).

Por outro lado, heterogeneidade se verificará quando, por exemplo, surgir prejudicialidade civil em um processo penal ou militar¹²². É que não se verifica, nesta hipótese, a uniformidade entre a mesma área de concentração, muito menos ramos pertencentes à mesma seção, especialidade ou jurisdição¹²³.

12. Própria ou imprópria.

A distinção entre prejudicialidade própria ou imprópria liga-se a quem estaria alcançado pelos efeitos da coisa julgada. Pelo primeiro critério, as questões produzidas no processo têm alcance *erga omnes*, aplicando-se a todas as pessoas até em outros processos, como é o caso das questões de estado. De outra banda, na prejudicialidade imprópria, os efeitos da coisa julgada não alcançam outras pessoas e nem outros processos, reportando-se somente à necessidade de sua resolução antes do pronunciamento final.

13. Obrigatória ou facultativa.

Em linhas gerais, uma prejudicial obrigatória impõe a suspensão do processo prejudicado, ao passo que uma facultativa, como o nome já denota, apenas permite a possibilidade de a suspensão ocorrer, a fim de aguardar decisão a ser proferida por outro juiz. Não se trata aqui de se encontrar um conceito da prejudicialidade, em que, uma vez sendo facultativa, não haveria que se falar em prejudicial. Em verdade, o critério coincide com procedimento, ou seja, a obrigatoriedade ou faculdade é referente ao efeito procedimental da prejudicialidade, onde se deverá observar a necessidade de suspensão do processo, em nada se tocando com o condicionamento que a questão irá exercer no teor do juízo principal¹²⁴.

Ainda quanto a este critério, José Carlos Barbosa Moreira critica ferrenhamente a quem denomine prejudicial obrigatória de absoluta e facultativa de relativa, porquanto não se admite gradação no tema prejudicialidade. Não se pode cogitar, dessa forma, que a

¹²² Para se apurar um crime de bigamia (artigo 235 do Código Penal), deve-se saber se o casamento foi válido, por exemplo.

¹²³ Também podem ser denominadas como “interjurisdicionais”. (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* p. 25; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental...* p. 50).

¹²⁴ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 56.

subordinação de uma questão seja medida pelo grau de suspensão da prejudicial, que poderia deixar de existir caso não acarretasse obrigatoriamente a suspensão do processo¹²⁵.

Por fim, imperioso se faz esclarecer que prejudicialidade não se confunde com suspensão do processo; no entanto, aquela pode ser uma das causas desta última, tendo em vista a harmonia e coerência das decisões judiciais, devendo se analisar, caso a caso, quando a necessidade da suspensão do processo pela questão prejudicial surgida se torna impositiva¹²⁶.

14. Total ou parcial.

Não se pode falar em gradação de prejudicialidade, como já se ventilou; ou existe a figura prejudicial ou não. Daí se fala que será total ou parcial apenas o grau de influência que a questão prejudicial pode exercer na prejudicada, condicionando os limites que o magistrado pode ser afetado em sua decisão.

O exemplo mais claro sobre o tema vem com José Carlos Barbosa Moreira, que, ao aduzir hipóteses de compensação de parcela de crédito, se Fulano, na qualidade de réu, alegar crédito y de apenas parcela do montante x pretendido por Cicrano, ora autor, e este, por sua vez, alegar nulidade do ato jurídico quanto tal quesito, a prejudicialidade aí formada apenas se estenderá em tal ponto no grau de influência que pode ser exercido juiz, não podendo influenciar o montante x como um todo¹²⁷.

15. Lógica e técnica.

¹²⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 57.

¹²⁶ Por se verificar melhor em casos de prejudicialidade heterogênea, grande parte dos processualistas penais tratam, em suas obras, sobre as hipóteses de necessidade de suspensão do processo, indicando quatro sistemas para o tema: a) sistema de cognição incidental; b) sistema da prejudicialidade obrigatória; c) sistema da prejudicialidade facultativa; e d) sistema da prejudicialidade obrigatória e facultativa ou eclético. O último sistema apontado, segundo entendimento majoritário, é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Cf. TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 5ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1988, v. 2, pp. 137-148; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, pp. 633-641; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal...*, pp. 237 e ss.; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 11ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 286 e ss.

¹²⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* pp. 57-58.

É um critério de construção alienígena, idealizado pelo processualista italiano Salvatore Satta¹²⁸, servindo como base para alguns estudos da doutrina e jurisprudência de tal localidade. Por ter alguns pontos de estrangulamento com o presente trabalho, é importante realizar alguns comentários sobre a temática¹²⁹.

A distinção desejada em tal critério gravita na relação jurídica em que o vínculo entre as questões é manifestado. Assim, a prejudicialidade técnica ocorre toda vez que surgir uma questão diversa da alegada pelo autor como fato constitutivo de seu direito e influa no resultado da decisão. A prejudicialidade lógica¹³⁰, por sua vez, ocorre quando esta for constituída por uma relação jurídica decorrente da pretensão processual, isto é, do objeto do processo¹³¹.

16. Interna ou externa.

Talvez seja o critério mais importante listado até aqui, já que é nesse em que a figura da prejudicialidade terá, em uma maior gama, seus reflexos no processo. É a partir da identificação da prejudicialidade interna ou externa que se poderá analisar, *e.g.*, a relação entre demandas, com critérios de conexão ou não, bem como se determinar a utilização de uma possível ação declaratória incidental ou o revestimento da autoridade da coisa julgada.

Não se deve confundir ainda prejudicialidade interna e externa, com homogênea e heterogênea. Estas últimas podem se aplicar na externa, ao passo que a interna só pode ocorrer homogeneamente e, mais especificamente, no mesmo processo.

A prejudicialidade interna ocorre quando o juízo prejudicial surge no mesmo processo em que a prejudicada, condicionando necessariamente o teor de sua decisão¹³². É dentro deste campo que se desenvolve este trabalho, razão pela qual não se tratará todas as

¹²⁸ Cf. SATTA, Salvatore. *Accertamento incidentale*. In: Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1964, v.1, pp. 243 e ss.

¹²⁹ Vide item 25, *infra*. Em tal ponto, serão tratados maiores exemplos e hipóteses de aplicação, sendo satisfatório, no presente tópico, apenas sua distinção a níveis classificatórios.

¹³⁰ Não se deve confundir com o estudo da prejudicialidade como antecedente lógico, que nada guarda relação com aspecto classificatório, tal como visto no item 7, *supra*.

¹³¹ Quanto ao objeto do processo, vide item 20, *infra*.

¹³² Costuma-se asseverar que a prejudicialidade interna operava-se também de forma *incidenter tantum*, sendo importante o estudo da ação declaratória incidental. Tal técnica processual foi, ao menos em alguma medida, extirpada no Código de Processo Civil de 2015, o que vem a causar, potencialmente, problemas na identificação e conclusão da prejudicial surgida, bem como sua abrangência pela coisa julgada. Não cabe aqui o enfrentamento da matéria ainda, de modo que tais questionamentos serão analisados em momento oportuno (vide itens 31 e 45).

suas nuances no presente tópico, servindo, para o presente momento, para fins de classificação e de distinção¹³³.

De outra banda, a prejudicialidade externa ocorre quando já há um juízo formado, que efetivamente condiciona processo distinto, onde o magistrado deve decidir observando a prejudicial já existente e apresentada no caso¹³⁴. Dito em outras palavras, há dois processos, sendo um prejudicial e outro o prejudicado, mas as duas pretensões existentes são analisadas como questões principais.

Nesse particular, o Código de Processo Civil possui dispositivos específicos tratando sobre a prejudicialidade externa, mas tão somente relacionadas às técnicas de suspensividade do processo em que essa se verifique, razão pela qual é necessário outro tópico para seu tratamento, como se verá a seguir.

17. Segue: prejudicialidade externa e suspensão do processo em que se manifesta.

O artigo 313, V, do Código de Processo Civil dispõe que haverá a figura da suspensão pela prejudicialidade externa quando a sentença¹³⁵ de mérito “depende do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente” ou “tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo”¹³⁶.

A referida suspensão e relação de prejudicialidade pode ocorrer entre demandas heterogêneas, como uma questão civil e penal, hipótese bem comum, mas também entre casos da mesma área de concentração, como se dá em, por exemplo, em dois processos de cunho cível, sendo temáticas extremamente relevantes para se atingir os objetivos do novo código de processo civil.

Também não há previsão para que a suspensão do processo, nesse particular, ocorra de forma automática, ainda que, em teoria, seja cabível. Logo, é necessário o respectivo provimento judicial do magistrado, a depender da casuística apresentada, para ocorrer a paralisação processual.

¹³³ Vide capítulo 4.

¹³⁴ Em tal caso, é comum a afirmação de que, na prejudicialidade externa, a questão forma-se sempre em um processo de forma *principaliter* (principal), tendo em vista o poder condicionante sempre a processo distinto.

¹³⁵ A sentença deve ser entendida em seu sentido amplo, abarcando também acórdãos.

¹³⁶ Pelo que se verifica no presente dispositivo, as questões preliminares também seriam abarcadas pelas regras da suspensividade, já que podem influir na demanda subordinada (vide item 6, supra). No entanto, apenas se faz análise no presente tópico das questões prejudiciais.

Em realidade, é sempre preferível que as duas demandas sejam reunidas, por força da conexão, conforme disposto no artigo 55 do Código de Processo Civil, de modo que todas essas questões sejam julgadas simultaneamente¹³⁷. Todavia, em casos de prejudicialidade externa heterogênea, bem como, *e.g.*, em casos em que haja incompatibilidade absoluta de competências, ainda que a prejudicialidade seja homogênea, apenas restará a suspensão processual para se chegar a uma tutela jurisdicional adequada, prestigiando, assim, os escopos essenciais do processo.

Daí se diz que “[a] suspensão por prejudicialidade tem dois objetivos claros e relacionados entre si e com o tema central da relação entre demandas: prestigiar a economia processual e evitar julgados contraditórios ou conflitantes envolvendo um mesmo ponto controvertido por meio da coordenação de decisões relativas a situações jurídico substanciais ligadas por nexos de prejudicialidade-dependência”¹³⁸.

Como efeito da suspensão, o magistrado do processo subordinado deve acatar a solução formada no processo subordinante, já que este constitui verdadeira causa prejudicial ao julgamento do primeiro.

A depender do tipo de prejudicialidade, o diploma processual estabelece tratamentos distintos. Quando houver relação entre as jurisdições civil e penal (prejudicialidade externa heterogênea), o artigo 315 estabelece uma faculdade ao magistrado, dispondo que, se o mérito depender da verificação da existência de um fato delituoso, pode este suspender a ação civil até que o juízo criminal decida¹³⁹. Entretanto, mesmo que assim não seja, o processo deve ficar suspenso ao menos por um ano, após iniciada a ação penal, conforme parágrafo segundo do artigo supracitado.

Além disso, o parágrafo primeiro do artigo mencionado diz que “se a ação penal não for proposta no prazo de 3 (três) meses, contado da intimação do ato de suspensão, cessará o efeito desse, incumbindo ao juiz cível examinar incidentalmente a questão prévia”. Como se verá mais a frente, essa questão prejudicial decidida incidentalmente não poderá ser atingida pela autoridade da coisa julgada, já que o juízo, nessa hipótese, não será absolutamente competente¹⁴⁰.

¹³⁷ Cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 2, p. 384.

¹³⁸ LUCON, Paulo Henrique do Santos. *Relação entre demandas...* p. 132.

¹³⁹ O artigo 64, parágrafo único, do Código de Processo Penal também possibilita a faculdade do juiz civil suspender ação, até julgamento definitivo da ação penal.

¹⁴⁰ Vide item 39, *infra*.

A previsão para demandas da mesma área de concentração segue a regra de suspensividade máxima de um ano, *ex vi* artigo 313, § 4º, do Código de Processo Civil. É o que ocorre, por exemplo, em determinada ação de reintegração de posse, que é suspensa em razão de usucapião intentada durante seu curso, em razão da prejudicialidade existente entre elas.

Em tais casos, o artigo 314 do Diploma Processual determina a paralisação do processo subordinado, isto é, a vedação de prática de atos processuais, salvo em caso de tutela de urgência e desde que estes não estejam jungidos à alegação de impedimento e suspeição.

Todavia, deveria o processo tramitar normalmente, com a prática de todos os atos processuais pelas partes, com o devido impulso do juízo, devendo-se suspendê-lo tão somente quando, no momento de se julgar o mérito, o magistrado depender da resolução da questão existente em outro processo¹⁴¹.

É que não faz sentido paralisar todo o andamento processual de um determinado caso, apenas por que existe uma questão prejudicada em outro, desde que os atos praticados não sejam incompatíveis. A produção de provas e a prática de outros atos processuais, até o momento da sentença, em nada prejudicam, ao menos em tese, a possibilidade de ao final haver decisões conflitantes. Por esta razão, seria desejável que a suspensão de que fala o artigo 313, V, do Diploma Processual só ocorresse quando do momento da prolação da sentença da prejudicada, aguardando o resultado da prejudicial¹⁴².

Realmente, deve-se visar a economia processual, assim como a repressão a julgamentos contraditórios, mas não se pode realizar isto em detrimento da garantia constitucional da razoável duração do processo, insculpida no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Nesse ponto, é importante analisar que há também evidente conflito entre garantias constitucionais, notadamente razoável duração do processo e a segurança jurídica. É que a regra de suspensão de um ano se coaduna com a celeridade necessária ao processo, mas tal brevidade também pode gerar decisões conflitantes e, em consequência, ofender a desejável segurança jurídica.

¹⁴¹ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação ente demandas...* p. 134.

¹⁴² Cândido Rangel Dinamarco entende que diante de uma certa incerteza que o código propicia ao não esclarecer se retardaria a prolação da sentença ou suspenderia o processo como um todo “é razoável o entendimento de que o processo prosseguirá até quando chegar o momento da instrução probatória, suspendendo-se nesse momento para evitar atividades e despesas que depois poderão revelar-se inúteis; mas já estarão cumpridas as atividades inerentes à fase postulatória e a ordinatória, com as demandas contrapostas das partes já formuladas e o processo sancado” (*Instituições de direito processual civil...*, v.3, pp. 172-173).

Exatamente por tais motivos que a jurisprudência pátria, quanto a tal tema, é vacilante. Alguns julgados – bem recentes – do Superior Tribunal de Justiça entendem que a suspensão de um ano, tal como prevista no artigo 313, § 4º, do Código de Processo Civil, deve ser mitigada em alguns casos específicos, embora não existam critérios objetivos para sua determinação, dependendo da casuística, mas sempre tomando como farol a preservação da segurança jurídica e a evitação de decisões conflitantes/contraditórias¹⁴³.

A Corte Especial do Tribunal da Cidadania, contudo, é firme ao reconhecer que o prazo máximo de um ano previsto no artigo supracitado é peremptório, não comportando qualquer tipo de elasticidade, independentemente do caso apresentado, tomando como base a letra fria da lei e o princípio da celeridade¹⁴⁴, isto é, em tais casos, “o valor celeridade supera o valor certeza e autoriza o juiz a apreciar a questão prejudicial o quanto suficiente (*incidenter tantum*) para fundamentar a decisão”¹⁴⁵.

É possível encontrar também rugas entre a doutrina quanto ao lapso temporal de suspensividade da prejudicial, com as mesmas argumentações existentes nos tribunais¹⁴⁶. De todo modo, a provocação necessária é se em toda e qualquer ocasião deve prevalecer a celeridade em detrimento da segurança jurídica, considerando ainda que se busca evitar decisões contraditórias.

Lamenta-se que o Código de Processo Civil tenha feito vistas grossas quanto ao prazo de suspensão, sem prever qualquer tipo de elasticidade, apenas transpondo o que já era disciplinado em seu predecessor. Aliás, tal medida vai de encontro aos objetivos traçados no anteprojeto, notadamente o um, o dois e o cinco.

Ainda assim, o ordenamento jurídico possui alguns dispositivos e princípios que permitem a conclusão por uma elasticidade no prazo, a ser aplicado excepcionalmente,

¹⁴³ Vide AgInt no AREsp n. 837.630/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrigui, 3ª Turma, DJe 14/11/2016; REsp 1.250.902/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 04/08/2014; CC n. 128.239/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, 1ª Seção, julgado em 09/04/2014, DJe de 17/06/2014. Alguns acórdãos referem-se ao artigo 265, IV, e § 5º, do CPC-73, ora correspondente do artigo 313, V, e § 4º, do CPC, agora vigente.

¹⁴⁴ Vide EREsp n. 1.409.256/PR, Rel. Ministro OG Fernandes, Corte Especial, DJe 28/05/2015.

¹⁴⁵ REsp n. 791.348/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 23/04/2007 (excerto do voto do relator).

¹⁴⁶ A favor de uma elasticidade no prazo de um ano, Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2015, v.1, pp. 743-744; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil...*, v. 1, p. 467; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil...* item 13.2.17. Em sentido contrário: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* pp. 135-137; BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 340-341; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, v.1, p. 424; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil...*, v. 2, p. 385. Araken de Assis, mesmo concordando com a doutrina selecionada por último, reconhece que o prazo de um ano é, ao menos sob o ponto de visto prático, insuficiente, sendo desejável que, *de lege ferenda*, fosse conferida maior flexibilidade quanto a tal ponto (*Processo civil brasileiro...*, v.2, t.2, item 1.539.5).

conforme o caso concreto. Nesse campo, a primeira premissa que deve se ter em mente é o princípio da segurança jurídica.

Como um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito¹⁴⁷, é a segurança jurídica que conferirá estabilidade e previsibilidade às tutelas jurisdicionais proporcionadas pelo Estado-juiz¹⁴⁸, sendo desejável e almejado que esta seja dada da forma mais adequada possível, o que pode não ocorrer em caso de existência de duas ou mais decisões contraditórias.

Não se quer aqui demonizar a celeridade processual, princípio tão caro à ciência processual contemporânea, mas sim cotejá-lo com outro tão importante quanto nesse particular, e que a referida garantia não se traduza, na prática, em açodamentos desnecessários, notadamente ao não se considerar os critérios a serem observados no bojo de tal princípio¹⁴⁹.

Relembre-se ainda que dentre os vários poderes instrutórios do juiz, os quais vieram melhor disciplinados no texto legal de 2015, está o dever de “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”, conforme disciplinado no artigo 139, VI¹⁵⁰.

Em complemento, o próprio artigo 315, que trata sobre a prejudicialidade externa heterogênea, envolvendo justiça cível e criminal, permite que o magistrado decrete a suspensão, a seu critério, até que se pronuncie a justiça penal. Mesmo que não haja nenhum motivo aparente para diferenciar as duas espécies de prejudicialidade, o legislador aqui conferiu uma maior elasticidade à suspensão nesses casos.

¹⁴⁷ Cf. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 59ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2018, pp. 78-81.

¹⁴⁸ Nesse sentido, os ensinamentos de José Joaquim Canotilho: “As ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) *previsibilidade* ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”. (*Direito Constitucional*. 7ª Ed., Coimbra: Almedina, p. 264).

¹⁴⁹ Nelson Nery Junior pontua que “esses critérios objetivos são: a) a natureza do processo e complexidade da causa; b) o comportamento das partes e de seus procuradores; c) a atividade e o comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes; d) a fixação legal de prazos para a prática de atos processuais que assegure efetivamente o direito ao contraditório e ampla defesa”. (*Princípios do processo na constituição federal*. 12ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 362).

¹⁵⁰ “Exatamente por isso é que se defende a concessão de poderes instrutórios ao juiz: para possibilitar que sua decisão seja conforme o direito; que represente, na medida do possível, a aplicação de norma adequada aos fatos apresentados”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 144).

Obviamente, não se visa também a banalização do prazo máximo de suspensão do processo por prejudicialidade externa ou tornar o artigo 313, § 4º, do Código de Processo civil vazio, mas apenas quer se permitir que seja conferida ao magistrado a possibilidade de estender o referido prazo quando estritamente necessário, garantindo a segurança jurídica e a tutela adequada no caso concreto, ponderando sempre os princípios e, se for o caso, utilizar o critério da proporcionalidade¹⁵¹.

Tal banalização, é verdade, acabaria por, em última medida, conferir poderes exagerados ao juiz, bem como tornaria morta a letra da lei, o que, evidentemente, não deve ser buscado e sequer aceito. Por esta razão é que se deve analisar casuisticamente a problemática, de acordo com a segurança jurídica e os dispositivos atualmente existentes, oportunidade em que critérios objetivos devem ser estabelecidos para sua aplicação.

Os precedentes indicados acima não criam critérios objetivos que permitam a aplicação da elasticidade a todo e qualquer caso, dependendo do caso concreto analisado. O que se percebe é que, nesses julgados, a turma tende a encontrar um vínculo de dependência mais rígida em algumas situações, de modo que a segurança jurídica seria seriamente afetada. Incidiria, na espécie, prejudicialidade total, em que o grau de influência exercida é muito mais forte¹⁵².

Extrapolando os limites do presente trabalho a sistematização e busca por critérios objetivos que justifiquem a elasticidade da suspensão do processo por prejudicialidade externa, mas é possível verificar que, *de lege lata*, sua aplicação é perfeitamente possível, sendo consentânea com os limites legais e constitucionais.

De todo modo, a lei processual, não estabelece qualquer tipo de nulidade no caso de o magistrado não aguardar a causa condicionante, de modo que, se proferir sentença após o prazo máximo de suspensão, não se poderá declarar sua nulidade, ainda que seja contraditória à sentença proferida no processo condicionante. É por esta razão que os que defendem a impossibilidade de dilação do prazo em tela sustentam que este apenas existe por motivos de utilidade de conveniência¹⁵³.

¹⁵¹ Pertinentes, nesse ponto, as elucidações de Ada Pellegrini Grinover: “se houver colisão entre princípios constitucionais, deverá se aplicar o princípio da proporcionalidade”, salientando ainda que “somente a colisão entre princípios da margem à aplicação do princípio da proporcionalidade” (*Da norma: princípios e regras – princípios constitucionais e endoprocessuais*. In: Ensaio sobre a processualidade. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 99).

¹⁵² Vide item 14, *supra*.

¹⁵³ Cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil...*, v. 2, p. 385.

CAPÍTULO 2: COISA JULGADA.

§ 4º Premissas necessárias sobre a coisa julgada.

18. Conceito e natureza jurídica.

A coisa julgada é tema extremamente extenso e tormentoso, não guardando sintonia entre os doutrinadores¹⁵⁴. Dessa forma, é necessário, com base no que se pretende tratar no presente trabalho, delimitar alguns pontos essenciais da coisa julgada, ao menos em alguma medida, a fim de contextualizar o tema e de estabelecer algumas premissas para sua aplicação nas questões prejudiciais.

O instituto deve ser tratado, em realidade, como uma opção político-legislativa¹⁵⁵, inserida no Diploma Processual de cada país por motivos de conveniência, assegurando, assim, estabilidade nas decisões judiciais¹⁵⁶, analisando as vantagens e desvantagens que a escolha proporcionará ao ordenamento jurídico.

É de se entender, dessa forma, que a coisa julgada será determinada pelo que a lei diz, não se concebendo que seja fenômeno que exista na natureza, por si só. Logo, desde já, firma-se o entendimento que os limites objetivos da coisa julgada são estabelecidos tão somente pelo disposto em norma positivada de cada ordenamento jurídico isoladamente considerado.

Divide-se a coisa julgada em formal e material. A primeira tem caráter nitidamente endoprocessual, porquanto obsta que o decidido pelo juiz seja rediscutido dentro da relação jurídica processual formada em cuja decisão se operou (preclusão máxima¹⁵⁷). De outra

¹⁵⁴ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum ordinário e sumário*. 7ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2014, v. 2, p. 367.

¹⁵⁵ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 201; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil...* v. 1, pp. 650-651; LOCATELLI, Francesca. *L'accertamento incidentale ex lege: profili*. Milano: Giuffrè. 2008, pp. 77-78; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid: La ley, 2000, p. 136.

Existem autores que inserem o fenômeno como um dos elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito; por exemplo, Nelson Nery Jr., sustentando que “Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio Estado Democrático de Direito, fundamento da república brasileira” (*Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*. In: Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 703-727). Ainda nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada...* pp. 21-23; e LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Os limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 252, 2016, p. 1.

¹⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa julgada e sua declaração*. In: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 83.

¹⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil...* v. 3, p. 298. É importante que não se confunda os conceitos de preclusão e coisa julgada formal, razão pela qual alguns juristas preferem não utilizar o termo preclusão máxima. José Manoel Arruda Alvim diferencia os institutos aduzindo que “sem

banda, a segunda irá se referir ao aspecto extraprocessual do processo, pois irá operar no impedimento da rediscussão da matéria fora do processo. A coisa julgada material é a que importa para a presente monografia, sendo, a partir do presente momento, a única referida quando se indicar o termo “coisa julgada”.

Torna-se, nesse ponto, imprescindível a conceituação do assunto. Desde os tempos de Direito Romano, entendia-se que o instituto aqui estudado estava intrinsecamente interligado com a descoberta da verdade¹⁵⁸. A esse respeito, várias teorias foram criadas, dentre elas, ficção da verdade (Savigny), presunção da verdade e da certeza judicial (Alfredo Rocco e Pothier), todas essas em busca do conceito da coisa julgada como fenômeno fora da sentença¹⁵⁹. Após, partindo da premissa que o instituto deveria ser analisado dentro do processo, surgem as teorias materialística e processualística, as quais ainda falharam por concebê-lo como um efeito declaratório judicial¹⁶⁰.

Dessa forma, o avanço do tema para o seu contemporâneo conceito passa, inevitavelmente, pelas conclusões trazidas por Enrico Tullio Liebman¹⁶¹, responsável por elucidar os pensamentos no que tange à coisa julgada, efeitos da sentença e sua imperatividade, conceitos esses que eram imbuídos de muita confusão pela doutrina¹⁶².

Para o processualista italiano, a imperatividade da decisão judicial em nada se liga à sua imutabilidade para fins de formação da coisa julgada, porque, por sua natureza estatal, pode ser executável e vincula as partes da relação jurídica processual mesmo que não opere a *res iudicata*. Por outro lado, a ideia por trás dos efeitos da sentença liga-se à pretensão do

embargo de a coisa julgada formal originar-se da preclusão, que se substancia na não interposição do recurso, ambas não se confundem. A preclusão diz respeito ao não uso do recurso, ao passo que a coisa julgada formal encerra e fecha o processo, pondo-lhe um ponto final” (*Manual de direito processual civil*. 13ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 486).

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª ed., 2011, v. 2, p. 635; PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. 4ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 53.

¹⁵⁹ Cf. MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença*. In: Teses, estudos e pareceres de processo civil: jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2, pp. 100-105.

¹⁶⁰ Cf. MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *A autoridade da coisa julgada...* v. 2, p. 105-111.

¹⁶¹ *Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada*. 2ª, Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 48-57.

¹⁶² Humberto Theodoro Junior aponta que o jurista italiano Francesco Carnellutti chegou a traçar diferenciações entre imperatividade e imutabilidade da sentença, referentes à eficácia da coisa julgada, conceitos esses desconstruídos posteriormente por Liebman. A imutabilidade estaria ligada ao processo, impedindo que juiz pudesse julgar outra vez o mesmo caso e as partes pedirem novo julgamento sobre o caso; já a imperatividade, incidente às partes, revela que a sentença pronunciada detém eficácia de comando, fazendo “lei” entre as elas. (*Notas sobre sentença, coisa julgada e interpretação*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2010, pp. 289-303).

autor, restringindo-se aos seus diversos efeitos¹⁶³ (declaratório, condenatório e constitutivo, além do executivo e mandamental, como preferem alguns¹⁶⁴).

Enrico Tullio Liebman sustentou ainda que a *res iudicata* era uma qualidade dos efeitos da sentença, isto é, um modo de ser e de se manifestar quaisquer que sejam esses últimos, de acordo com as categorias de sentenças existentes, tornando-as imutáveis e indiscutíveis. Nessa esteira, entedia o jurista italiano que a própria sentença era imperativa e já produzia seus efeitos por si só, servindo a coisa julgada para conferir segurança e estabilidade a esses¹⁶⁵, por razões de conveniência social¹⁶⁶.

Embora os ensinamentos do mestre italiano tenham feito sucesso por grande parte da doutrina brasileira¹⁶⁷, alguns juristas de escol criticaram a teoria levantada por ele, dentre os quais, como mais entusiastas no assunto, José Carlos Barbosa Moreira e Ovídio Baptista da Silva, que travaram um famoso e importante debate técnico na definição da coisa julgada, em diferentes escritos¹⁶⁸.

O jurista carioca aduziria que a coisa julgada não seria uma qualidade dos efeitos da sentença, tornando-a imutável, mas sim de seu conteúdo, definindo-a como uma situação jurídica¹⁶⁹. Já Ovídio Baptista da Silva afirmava que essa se encontrava sobre a eficácia declaratória de cada sentença¹⁷⁰, tornando imutáveis e indiscutíveis os efeitos condenatório, constitutivo, executivo e mandamental. Em uma linha alternativa, mas bem próxima a Barbosa Moreira, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustenta que a coisa julgada pode ser

¹⁶³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença...* pp. 50-51.

¹⁶⁴ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites Objetivos e Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 88-95.

¹⁶⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença...* p. 54

¹⁶⁶ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *A autoridade da coisa julgada...* p. 115.

¹⁶⁷ Entre tantos doutrinadores brasileiros, citem-se, e.g., DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil...* v. 3, pp. 303-305; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil...*, v. 1, §101, nn. 796 e 797, pp. 1.137 e ss.; TUCCI, Rogério Lauria. *Sentença e coisa julgada civil*. Belém: Cejup, 1984, p. 41.

¹⁶⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada*. In: Doutrinas essenciais de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p. 679. *Ainda: Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. In: Temas de Direito Processual: 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1994. Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, vol. 15. p. 45. *Ainda: Conteúdo da sentença e coisa julgada*. Doutrinas essenciais de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, 2011, pp. 287-306.

¹⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Eficácia da sentença...*, n. 8. No mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. 1, pp. 467-472; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 30.

¹⁷⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

entendida como qualidade do conteúdo da sentença, cuja eficácia é sua parte integrante, sendo apta, assim, a produzir os efeitos no mundo¹⁷¹.

Torna-se importante para a definição dos limites objetivos da coisa julgada adotar alguma posição quanto ao seu conceito, ainda que sem a pretensão de iniciar críticas a fundo sobre cada uma das teorias, porquanto impertinentes no presente estudo. Firma-se, dessa forma, entendimento do que são os efeitos da sentença (condenatória, declaratória, constitutiva, executiva e mandamental), abrangidos pelo instituto da *res iudicata*, acompanhando-se o proposto por Enrico T. Liebman.

Analisando ainda o conceito na norma positivada, o Código de Processo Civil de 1973, parecendo se utilizar dos conceitos propostos por Francesco Carnellutti¹⁷², em seu artigo 467 aduz que “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. No entanto, tal definição demonstra-se insuficiente para entender o fenômeno completamente, porque utiliza o termo eficácia como se fosse autoridade da sentença, necessitando das distinções conceituais já aqui delineados, mormente com os escritos por Enrico T. Liebman.

É pertinente, por derradeiro, trazer o conceito introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015, que, na tentativa de eliminar a imprecisão conceitual trazida em seu predecessor, estabelece em seu artigo 502 que “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Mesmo com toda a divergência doutrinária quanto ao conceito, tal fenômeno não se verifica com tanta intensidade ao identificar sua função, que parece estar em melhor consonância e harmonia, podendo-se destacar a preservação da segurança jurídica, a definitividade nas decisões jurisdicionais e a estabilidade das situações jurídicas¹⁷³.

Ainda para o que importa como estabelecimento de premissas para o presente trabalho, a coisa julgada também possui dois efeitos bem definidos, constantes em seu aspecto extraprocessual, a saber, o negativo e o positivo¹⁷⁴. O primeiro irá obstar a repositura da demanda com objeto idêntico da anterior, preservando a autoridade do

¹⁷¹ Cf. 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: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 758-778.

¹⁷² Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol 230, abr/2014, pp. 75-89.

¹⁷³ Cf. NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada* (tradução: Antônio do Passo Cabral). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 133-144.

¹⁷⁴ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* pp. 64-75; NERY JR, Nelson. *Coisa julgada...* pp. 710-711.

julgamento, ao passo que o último estará relacionado à vinculação dos magistrados de processos vindouros a não poder desconhecer o que foi decidido no primeiro processo, tomando a situação jurídica ali definida e utilizando-a como premissa toda vez que se deparar com uma questão prejudicial.

A temática possui outros assuntos para especial análise, como limites territoriais e temporais, coisa julgada inconstitucional ou relativização da coisa julgada, natureza processual e material da coisa julgada, os quais não serão estudados no presente trabalho, por serem impertinentes ao tema principal, servindo apenas para ilustração do arcabouço contido no instituto.

Ademais, o próprio tema limites objetivos também possui problemáticas extremamente importantes e interessantes, ao se debruçar quanto a sua extensão às causas de pedir e ao pedido não contidos na demanda, os quais, pela mesma justificativa supra, não serão analisados em sua totalidade, não obstante sejam importantes para delimitação do tema, evitando possíveis confusões. Por fim, os limites subjetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada serão tratados a seguir, mas tão somente em cotejo com o que se pretende no presente trabalho.

19. Limites da coisa julgada.

Se é verdade que a coisa julgada produz efeitos para fora do processo, possuindo uma função ativa e uma negativa, é natural raciocinar que limites devem ser criados e impostos, sempre lembrando que estes devem se dar dentro das opções político-legislativas ditadas por cada país.

Há o limite subjetivo e o objetivo; esse primeiro refere-se a quem estaria abarcado pela autoridade que torna imutável a sentença, respondendo o Código de Processo Civil que “faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”, conforme disposto em seu artigo 506. Refere-se, em outras palavras, a rigor, a quem figurou no processo e a quem se dirigiu¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil...* v. 3, pp. 316-317.

Em tal ponto, o Código de Processo Civil parecer inovar com relação ao seu antecessor¹⁷⁶, ao retirar a expressão “não beneficiando” terceiros¹⁷⁷, denotando que, agora, a possibilidade de beneficiar tal sujeito processual é permitida no ordenamento jurídico.

A ideia tradicional era a de que a formação da coisa julgada apenas atingia os que compuseram a relação jurídica processual como partes, não estando abarcados os terceiros não integrantes, que não participaram efetivamente do contraditório¹⁷⁸. A esses últimos, inclusive, era possibilitado o manejo de ação autônoma para enfrentar a sentença proferida no outro processo com diferentes partes.

A correção do Código de Processo Civil de 2015, isto é, estender os limites subjetivos da coisa julgada aos terceiros beneficiados é medida que não macula o devido processo legal, notadamente a ampla defesa e o contraditório, sendo certo afirmar que, sem descuidar da regra geral de que a *res judicata* somente enlaça as partes em determinado processo, é possível sua ampliação a terceiros beneficiados, exceto se o vencido possuir alguma defesa pessoal contra este último¹⁷⁹.

Os limites objetivos tocam exatamente no que estaria abarcado pela coisa julgada, isto é, se esta é a autoridade que torna os efeitos da sentença imutável, não cabendo mais recurso, necessário se faz esclarecer se seria o relatório, a motivação ou o dispositivo (ou todos) dessa sentença que deveria estar abrangido pela *res iudicata*¹⁸⁰.

O Código de Processo Civil brasileiro fornece a resposta para tal questão, restringindo, a rigor, a abrangência da coisa julgada à parte dispositiva da sentença, estabelecendo ainda no seu artigo 504 que não farão coisa julgada “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (inciso I), bem como “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença” (inciso II).

No entanto, o próprio novel *Codex* traz uma exceção à regra criada, estendendo tais limites objetivos à “resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no

¹⁷⁶ CPC-1973, Art. 472: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

¹⁷⁷ Quanto ao conceito de terceiros, adota-se o negativo, isto é, terceiro todo aquele que não é parte na relação jurídica processual. Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil...* p. 154.

¹⁷⁸ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade...* pp. 79 e ss. Ainda assim o tema gerava importantes debates quando contrastado com as hipóteses de litisconsórcio facultativo unitário e terceiro juridicamente interessado. A esse respeito, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 126, 2005, pp. 9-21; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil...*, v.2, pp. 337-342.

¹⁷⁹ Cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil...*, v. 2, p. 337.

¹⁸⁰ Cf. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª Ed., Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1958, p. 414.

processo”, consoante intelecção disposta em seu artigo 503, § 1º. Quer isso dizer que a coisa julgada, conquanto preenchidos os requisitos ali citados, também abrangerá a motivação da sentença.

Mas, para se ter exata compreensão dos limites objetivos da coisa julgada, é preciso antes tecer alguns comentários quanto ao objeto do processo e objeto da sentença¹⁸¹, a fim de se ter uma melhor compreensão sobre o tema, pois é a partir da identificação destes dois últimos que os referidos limites serão definidos¹⁸².

20. Definindo o objeto do processo.

É comum entre a doutrina a utilização das locuções objeto do processo, objeto litigioso, objeto da sentença e objeto de conhecimento do juiz. Muitas das vezes, algumas destas terminologias são utilizadas para resultar em um mesmo conceito, razão pela qual, a fim de evitar confusões e delimitar o que se pretende aqui, deve-se explicitar o que se entende por cada uma delas.

No entanto, independentemente da terminologia que se adotar, é essencial tomar como ponto de partida a pretensão. Esta poderia ser analisada por meio de um prisma material (substancial) ou um estritamente processual, havendo longo e intenso debate na doutrina alemã sobre o tema, sendo despidendo tratá-lo a fundo para o que se pretende na presente monografia¹⁸³. De todo modo, importa esclarecer que a pretensão aqui considerada é analisada tomando como base o feixe processual.

É partir da pretensão processual que se chega ao objeto do processo, tema tão caro à doutrina alemã, servindo como hipótese de trabalho não só para disciplinar a coisa julgada, mas também a demanda, cumulação de demandas, prejudicialidade, competência, litispendência, entre outros¹⁸⁴.

¹⁸¹ Deve-se a Cândido Rangel Dinamarco a pesquisa aprofundada e inserção dos conceitos no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo após as influências alemãs quanto ao estudo da *streitgegenstand* – objeto do processo ou litigioso (Cf. *Instituições de direito processual civil...* v. 2, pp. 185-199; e *O conceito de mérito no processo civil*. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, v. 1, 2010, pp. 299-348.

¹⁸² Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os limites objetivos...* pp. 158-159; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos da demanda à luz do contraditório*. In: Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25.

¹⁸³ Para estudo mais aprofundado do tema, Cf. SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Tradução de Tomas Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968; DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito...* pp. 299-348; CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *O objeto litigioso no processo civil...* pp. 59-76.

¹⁸⁴ Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* p. 49. Schwab adverte que: “El objeto litigioso es pues problema central del proceso y fundamento de una serie de los más importantes fenómenos

A rigor, a pretensão processual vem firmada na demanda inicial do autor, isto é, aquilo que determinado jurisdicionado vem a solicitar do juiz para resposta. É a pretensão processual o verdadeiro elemento substancial do mérito¹⁸⁵, razão pela qual os dois verbetes coincidem em conceitos.

Se isso é verdade, o objeto do processo é encontrado no pedido, já que é aí que o autor externa a sua pretensão processual. No entanto, a causa de pedir exerce plena importância, servindo como parâmetro identificador do próprio objeto do processo¹⁸⁶.

Alguma parte da doutrina nacional prefere a locução objeto litigioso, em razão de maior fidelidade à tradução de *streitgegenstand*¹⁸⁷. Para os que assim consideram, o objeto do processo seria tudo aquilo que deve ser analisado pelo juiz, compondo não apenas o mérito, mas os pressupostos processuais e condições da ação, ao passo que o objeto litigioso do processo seria mais específico, abarcando tão somente o mérito¹⁸⁸.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁸⁹, por sua vez, encampa o entendimento que o objeto do processo é objeto de uma relação jurídica processual, isto é, sobre o qual recairão os efeitos ato jurisdicional imperativo, razão pela qual a locução objeto do processo seria mais adequada. Todas as outras questões que compõem o anel lógico para o julgamento da demanda do magistrado devem ser consideradas como o objeto de conhecimento do juiz¹⁹⁰.

De todo modo, tanto aos que preferem a terminologia objeto litigioso quanto aos que elegem objeto do processo, a essência em que se quer chegar é a mesma: o *meritum causae*. É a finalidade perquirida aqui, empregando-se, a partir de então, a locução objeto do processo, em consonância com o entendimento encabeçado por Dinamarco.

Feitas tais considerações iniciais, objeto do processo pode ser conceituado como a pretensão processual do autor apresentada ao juiz, ou seja, o mérito, efetivamente apreciado quando do pronunciamento judicial¹⁹¹. A sua delimitação será determinada pela demanda¹⁹²⁻

procesales. Esto solo es suficiente para demostrar la importancia de las consecuencias prácticas que derivan de este tema". (*El objeto litigioso en el proceso civil...* p. 6).

¹⁸⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito...* pp. 322-323.

¹⁸⁶ Cf. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada...* p. 52;

¹⁸⁷ Cf. ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil...*, v.1, pp. 430 e ss.

¹⁸⁸ Cf. SANCHES, Sydney. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, jan.-mar. 1979, itens IV e V.

¹⁸⁹ Cf. *O conceito de mérito...* pp. 336-337.

¹⁹⁰ Objeto de conhecimento do juiz, nesse particular, coincidiria com o conceito de objeto do processo, tal como delineado por Arruda Alvim e Sydney Sanches (vide notas 187 e 188).

¹⁹¹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada*. In: O processo: estudos e pareceres. 2ª Ed., São Paulo: DPJ, 2009, pp. 158-161; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil...*, v. 2, pp. 185-196.

¹⁹² A demanda será identificada através da teoria dos três *eadem*, isto é, partes, causa de pedir e pedido. Quanto à teoria, cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Identificazione delle azione. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*. In: Saggi di diritto processuale civile. Milão: Giuffrè, 1993. v.1, p. 159.

¹⁹³ proposta pelo autor perante o Estado-juiz, de acordo com o que estiver expresso no *petitum*, sempre à luz do que estiver disposto na *causa petendi*¹⁹⁴, indicando o bem da vida almejado, bem como o modo pelo qual quer ver a atuação do Estado-juiz.

Além disso, é possível que o objeto do processo seja ampliado ou modificado no decorrer do processo, o que se dá pelo autor ou réu da relação jurídica processual, ou até mesmo por um terceiro interveniente, trazendo aqui uma mitigação ao princípio da estabilização da demanda¹⁹⁵.

Também há o objeto da sentença. Este irá se delimitar pelo que foi definido ainda no objeto do processo (pretensão processual)¹⁹⁶, por meio da crise de direito material apresentada e ávida por uma tutela jurisdicional adequada e efetiva pelo Estado-juiz, formada no julgamento da causa. É exatamente aí que estará o campo de atuação dos limites objetivos da coisa julgada, que será circunscrito pelo conteúdo da sentença, isto é, ao pedido, sempre delimitado pela causa de pedir¹⁹⁷.

Daí se fala que “os limites objetivos da coisa julgada são estabelecidos a partir do objeto do processo, isto é, da pretensão deduzida pelo autor – abrangente do pedido e à luz da causa de pedir – e apreciada pela sentença”¹⁹⁸.

21. Limites objetivos da coisa julgada e sua ampliação.

¹⁹³ Várias teorias foram criadas para se delimitar o objeto do processo (ou litigioso). Quanto ao tema, cf. MOUZALAS, Rinaldo. *Delimitação do objeto litigioso do processo: análise das principais teorias difundidas no Brasil*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 228, 2014, pp. 123-147.

¹⁹⁴ O estudo da causa de pedir encampa embate doutrinário entre os que adotam a teoria da individualização e da substanciação, o que repercutirá nos limites objetivos da coisa julgada, como se verá posteriormente (vide item 21, *infra*).

¹⁹⁵ Como exemplos, citem-se as hipóteses de oferecimento de reconvenção pelo réu, quando da apresentação de contestação, além da denúncia da lide (pelo autor ou réu) e intervenção litisconsorcial voluntária. Cândido Rangel Dinamarco sustenta que a simples defesa do réu em nada altera o objeto do processo, sendo acompanhado por larga doutrina (*Instituições de direito processual civil...* v. 2, p.195). Em sentido contrário, cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça, o qual pontua que será, a rigor, demanda toda a resposta de mérito do réu. (*O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 249-258).

¹⁹⁶ Não se deve confundir ainda objeto do processo e objeto da sentença com objeto do conhecimento do juiz, que “é o conjunto de todo o material lógico que o espírito deste capta e elabora de modo a saber se julgará o mérito e como o julgará” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil...* v. 2, p. 191).

¹⁹⁷ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva...* p. 19. Francesco P. Luiso faz a seguinte observação: “Tendenzialmente, ciò che è oggetto della domanda diventa anche oggetto della sentenza, per cui noi possiamo parlare dell’oggetto della domanda, dell’oggetto del processo e dell’oggetto della decisione come di tre aspetti de um unico fenomeno. Tendenzialmente le ter nozioni coincidono: ciò che la domanda individua diviene oggetto del processo; ciò che è oggetto del processo diviene oggetto della decisione e quindi del giudicato”. (*Diritto processuale civile I*. 12ª Ed., Milano: Giuffrè, 1997, p.)

¹⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os limites objetivos...* p. 161.

A correlação objeto do processo – objeto da sentença – limites objetivos da coisa julgada faz com que a doutrina (ou até mesmo a lei) cruze a linha estabelecida, dando azo à interpretação, a fim de que os limites objetivos sejam ampliados e, conseqüentemente, haja ruptura na ligação entre os três institutos indicados, que pode se dar entre o objeto do processo e objeto da sentença ou entre este último e os limites objetivos da coisa julgada.

Mas, é especificamente nesta última ruptura do encadeamento lógico analisado¹⁹⁹ que a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada será possível, já que é no campo do objeto da sentença que estes serão determinados, restando ao objeto do processo tão somente preceder o conteúdo formado na decisão²⁰⁰.

Como resultado de todo este esforço argumentativo, é a partir do alargamento do objeto do processo ou da sentença – mas sempre com foco neste último –, a doutrina²⁰¹ conseguiu encontrar a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada em três hipóteses: (i) aos motivos da sentença, (ii) às causas de pedir não propostas e (iii) às situações de vida não integradas no pedido²⁰².

Quanto ao primeiro caso, é cediço que os artigos 468 e 469 do Código de Processo Civil de 1973 determinavam que a coisa julgada estava circunscrita ao dispositivo da sentença, não se enquadrando aqui as questões dispostas nos motivos, em observância ao princípio da demanda. A doutrina, contudo, vinha interpretando o artigo para estender a coisa julgada a questões constantes nos motivos da sentença, baseados nos institutos provenientes de outros países, sobretudo os Estados Unidos da América.

Como irá se ver, os defensores de tal teoria afirmam que a extensão da coisa julgada aos fundamentos da sentença é medida que respeita a celeridade processual e a segurança jurídica, sendo plenamente possível sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que é consentâneo com o devido processo legal.

¹⁹⁹ A ruptura entre o objeto do processo e objeto da sentença ocorre, como exemplo, em casos de decisões *citra, ultra* ou *extra petita*, não guardando pertinência direta ou grandes repercussões para o que se analisa neste estudo. A respeito do tema, a doutrina divide-se quanto à formação ou não da coisa julgada; a favor, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil...* v. 3, pp. 297-299, e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva...* p. 18; contra, cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada...*, pp. 78-85.

²⁰⁰ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. *La cosa juzgada...* pp. 142-143.

²⁰¹ Como se verá mais frente, se é verdade que a coisa julgada se trata de opção político-legislativa, a própria norma positivada irá conferir a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, seja em legislação estrangeira ou nacional (vide capítulo 3).

²⁰² Cf. BONATO, Giovanni. *Algumas considerações sobre coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva*. In: Revista de processo comparado, v. 1.2, 2015, p. 121-143; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva...* pp. 17-29.

De todo modo, o Código de Processo de Civil, Lei n. 13.105/2015, em observância às críticas doutrinárias levantadas, veio a prever algumas exceções à regra da coisa julgada se limitar ao dispositivo da sentença, prevendo a ruptura entre a concatenação lógica construída na tríade indicada supra, conforme pode se observar no parágrafo 1º, do artigo 503 do referido Diploma. É o objeto da pesquisa do presente trabalho, razão pela qual se destina capítulo específico para sua análise²⁰³.

Em continuidade, cabe agora tecer algumas considerações sobre a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada às causas de pedir não propostas²⁰⁴. Como ventilado no início, o objeto do processo pode ser encontrado, a rigor, pela demanda proposta pelo autor (pedido), delimitando-se pela teoria dos três *eadem*, que consiste nas partes, na *causa petendi* e no pedido, servindo, portanto, para distinguir as ações, tal como disposto no artigo 377, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

As partes, dimensão subjetiva da ação, irão guardar relação com os limites subjetivos da coisa julgada, razão pela qual não se aprofundará seu estudo. A causa de pedir e o pedido se enquadram na dimensão objetiva da ação, encontrando-se a problemática naquele elemento da demanda, porquanto é o que guarda maior embate doutrinário na definição do que distinguirá uma ação de outra.

Nessa esteira, não há um dispositivo no Código de Processo Civil brasileiro que ligue a causa de pedir aos limites objetivos da coisa julgada²⁰⁵, tal como o fez ao restringir essa última ao dispositivo da sentença e ao estabelecer algumas exceções, no caso do novel *Digesto Processual*²⁰⁶.

²⁰³ Vide capítulo 4, *infra*.

²⁰⁴ Giovanni Bonato aloca a questão dentro da eficácia preclusiva da coisa julgada, ao aplicar o princípio do deduzido e do dedutível, diversamente da seara dos limites objetivos, baseando sua argumentação a partir de estudos italianos (*Algumas considerações...* pp. 134-139). Em realidade, a despeito de qual instituto deve ser utilizado, a conclusão de ambos é a mesma: o sistema brasileiro não admite a extensão da coisa julgada a causas de pedir não propostas.

²⁰⁵ Em contrapartida, em ordenamentos jurídicos estrangeiros, há expressa disposição no sentido contrário. Cite-se o exemplo do artigo 400 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* Espanhola de 2000, a qual 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.” O mesmo artigo 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”.

²⁰⁶ Antes da promulgação do Código, a Lei n. 12.529/11 (CADE) previa em seu artigo 98, § 4º, que “Na ação que tenha por objeto decisão do Cade, o autor deverá deduzir todas as questões de fato e de direito, sob pena de preclusão consumativa, reputando-se deduzidas todas as alegações que poderia deduzir em favor do acolhimento do pedido, não podendo o mesmo pedido ser deduzido sob diferentes causas de pedir em ações distintas, salvo em relação a fatos supervenientes”. Tratava-se, claramente, de uma hipótese de extensão dos limites objetivos a causas de pedir não propostas. No entanto, o Código de Processo Civil de 2015 revogou tal dispositivo, conforme se verifica em seu artigo 1.072, VI.

É por essa razão que se entende não haver coisa julgada sempre que a causa de pedir for alterada²⁰⁷, podendo-se afirmar que havendo duas causas de pedir diversas, duas ações são possíveis de ser manejadas distintamente, ainda que estas tenham as mesmas partes e o mesmo pedido. A divergência surge no exato momento quando se raciocina o que estaria abarcado na causa de pedir.

Dessa forma, criaram-se duas teorias quanto à *causa petendi*, que servem também para delimitar a extensão dos limites objetivos, a saber, da individualização (ou individualização) e da substanciação, tendo a doutrina nacional se inclinado majoritariamente para a adoção desta última ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro²⁰⁸.

Antes de traçar a diferenciação entre as duas teorias indicadas, importa colacionar o disposto no Código de Processo Civil quanto à causa de pedir, que, em seu artigo 319, inciso III, aduz que a petição inicial deverá indicar “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”.

É exatamente por causa do disposto no artigo supracitado que a doutrina majoritária brasileira finca seu posicionamento pela teoria da substanciação a ser aplicada no direito positivo. Segundo essa teoria, a *causa petendi* é delimitada pelos fatos alegados, nos quais se busca a tutela jurisdicional, conforme disciplinado pela lei, sendo desinteressante, dessa forma, a qualificação jurídica.

Os adeptos de tal teoria sustentam que esta se coaduna melhor com ordenamento jurídico brasileiro, que possui um sistema de preclusões rígidas²⁰⁹. A teoria da substanciação não admite a posterior alteração dos fatos, visto que a delimitação da causa de pedir se tornaria impossível, estabilizando-a no momento da petição inicial. A regra da eventualidade exsurge ao se considerar a teoria arguida, visto que a parte deverá alegar os fatos que acredite ser pertinentes para a demanda em tal determinado momento.

A teoria da individualização²¹⁰, utilizada em países como Alemanha e Itália, irá sustentar que a causa de pedir é definida pela qualificação jurídica levantada pelo autor da demanda,

²⁰⁷ Embora não haja a possibilidade dessa aplicação, certa parte da doutrina brasileira, partindo da análise do disposto no artigo 400 da LEC-2000, da Espanha, reconheceu que este dispositivo contribuía para a redução da litigiosidade. Nesse sentido: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Redimensionamento da coisa julgada*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, n. 58, 2009.

²⁰⁸ Cf., entre tantos, NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 964; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 23ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 17; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil...* v. 2, pp. 130-133; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, pp. 169-172.

²⁰⁹ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processo civil*. São Paulo: Marcial Pons, v. 1, 2014, p. 278.

²¹⁰ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto procesuale civile*. Napoli: Jovene, 1965.

não tendo importância para a identificação desta os fatos alegados, que apenas serviriam para a prova do direito²¹¹.

É pertinente ressaltar ainda que a teoria da individuação, diferentemente de sua antagonista, privilegia o sistema de preclusões flexíveis, não havendo a aplicação do princípio da eventualidade com tanta intensidade. Em razão disso, a modificação dos fatos constantes na petição inicial é perfeitamente aceitável em momento posterior, concluindo-se que todos os fatos passíveis de alegação estarão contidos na sentença, ainda que não tenham sido alegados, uma vez que a causa de pedir foi delimitada pela qualificação jurídica apresentada.

Por fim, não se pode olvidar que existem autores²¹² que defendem uma terceira corrente, um ponto de equilíbrio entre a teoria da substanciação e individuação, aduzindo que tanto as alegações de fato quanto a fundamentação jurídica são importantes para a definição da *causa petendi*, que ocorrerão de maneira mais ou menos acentuada, a depender do caso concreto apresentado. Sustentam, ainda, que o disposto no artigo 282, III, do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (atual artigo 319, inciso III) é insuficiente para caracterizar o sistema brasileiro como adepto à teoria da substanciação, devendo-se analisar todo o *Codex* para verificar o determinado ponto de equilíbrio.

Traçada a diferenciação da teoria da substanciação e individuação, indicando suas nuances, é fulcral entender que adoção por uma das duas repercutirá diretamente no tema limites objetivos da coisa julgada²¹³. Viu-se que, a depender da doutrina utilizada, a

²¹¹ Na Itália, tal teoria sofreu certa relativização, após alguns autores separarem as demandas em autodeterminadas e heterodeterminadas, embora a essência da teoria da individuação não se esvaia por completo. As demandas autodeterminadas existirão todas as vezes em que for possível a simples indicação da qualificação jurídica demonstrada pelo autor da ação para se encontrar a pretensão, isto é, o bem da vida, sendo irrelevantes os fatos. No entanto, há casos em que apenas a indicação do fundamento jurídico não seja suficiente para encontrar o conteúdo do direito perquirido (bem da vida), sendo fulcral a menção aos fatos originários, já que o bem pode ser passível de pessoas e direitos distintos, hipótese em que se estará diante de uma demanda heterodeterminada. Não obstante haja uma aparente semelhança nas demandas heterodeterminadas com a teoria da substanciação, não se pode fazer confusão, pois, ainda nessas citadas demandas, busca-se a qualificação jurídica adequável ao caso, o que a confirma ainda no campo da teoria da individuação. Nesse sentido: Cf. BONATO, Giovanni. *Alguma considerações...* pp.138-139; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* pp. 64-66

²¹² TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 158 e ss.; MESQUITA, José Inácio Botelho de. *A causa petendi nas ações reivindicatórias*. In: Teses, estudos e pareceres de processo civil: direito de ação – partes e terceiros – processo e política. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2005, pp. 138-155.

²¹³ Bruno Vasconcellos Carrilho Lopes professa: “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 possa vir a amparar o pedido.” (*Limites objetivos e eficácia preclusiva...*, p. 55)

identificação da causa de pedir será modificada; logo, os limites objetivos serão ampliados ou restringidos, a depender da situação e do ordenamento jurídico analisado.

Considerando que a coisa julgada não atingirá causa de pedir diversa em determinada ação, para a teoria da substanciação, o autor poderá propor quantas ações forem necessárias, desde que disponha de causas de pedir diversas, alegando fatos diferentes, ainda que a qualificação jurídica seja a mesma.

Em contrapartida, a escolha pela teoria da individuação acarretará na aplicação inversa do pensamento construído acima. Uma vez considerando a fundamentação jurídica em detrimento das alegações de fato para a identificação da *causa petendi*, a sentença abrangerá todos os fatos que poderiam ter sido alegados naquela ocasião, não podendo o autor propor outra demanda com fato diverso, visto que estará acobertado pela coisa julgada. *In casu*, será necessário alterar a fundamentação jurídica, a fim de que se possa propor outra demanda, sem que seja impedida pelo instituto supracitado²¹⁴.

Por fim, há a análise sobre a possibilidade de se ampliar a coisa julgada a situações de vida não constantes no pedido da demanda²¹⁵. Em primeiro lugar, importa destacar que é no pedido que o autor irá requerer o bem da vida perquirido, esperando, para tanto, um provimento jurisdicional efetivo e adequado. É por esta razão que se divide tal elemento da ação em mediato e imediato²¹⁶.

Nesse diapasão, entende-se que uma vez alterada uma dessas duas qualidades indicadas acima, modificado estará o pedido e, conseqüentemente, os limites objetivos da coisa julgada. O raciocínio é o mesmo utilizado na causa de pedir, isto é, uma vez sendo diferente um elemento da demanda, a *res iudicata* não pode atuar; logo, se o pedido não fora analisado em uma sentença, poderá ser intentada ação com pedido não apreciado.

A problemática surge ao se deparar com os chamados direitos alternativos. Se se aplicar a teoria dos três *eadem*, nada se modifica com relação aos limites objetivos da coisa julgada, nos moldes explicados nos dois últimos parágrafos. Todavia, alguma parte da

²¹⁴ Em seus últimos escritos, Ada Pellegrini Grinover defendeu que a discussão sobre individuação e substanciação restaria obsoleta, devendo-se acompanhar o que outros ordenamentos jurídicos vem estudando e aplicando sobre concentração e desconcentração do processo. Nesse sentido, a primeira citada “visa à celeridade, à simplicidade e à economia processual, valorizando os princípios da boa-fé e da lealdade processual, além de buscar por todos os meios evitar demandas repetitivas”, de modo que “impede a reiteração de processos pela diversidade da causa petendi e pelo fracionamento do direito”, ao passo que a desconcentração “é mais ciosa em relação ao contraditório e ao princípio da demanda”. (*Efeito preclusivo da coisa julgada. Individuação e substanciação. Concentração e desconcentração*. In: Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 176)

²¹⁵ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Efeito preclusivo da coisa julgada...* pp. 174-175; BONATO, Giovanni. *Algumas considerações...* pp. 139-141.

²¹⁶ Cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil...*, v. 1, pp. 165-169.

doutrina²¹⁷ sustenta a aplicação da chamada teoria da identidade da relação jurídica, em que se verificaria uma hipótese de ampliação dos limites objetivos, pois, nessa hipótese de direitos alternativos, a sentença que decida a causa com relação a um direito impedirá a propositura da ação que requeira o outro direito.

Giovanni Bonato²¹⁸ sustenta que, em ordenamentos jurídicos estrangeiros, verifica-se casos em que a coisa julgada é estendida a situações jurídicas não pedidas, como se verificou no direito francês após o caso *Cesareo* de 2006, julgado pela Corte de Cassação²¹⁹. Lembra ainda o jurista italiano o princípio da concentração de demandas, utilizado na França, bem como a regra da proibição de fracionamento de um direito, de construção jurisprudencial italiana. Nesse último exemplo, em 2007, verificou-se que os tribunais da Itália descambaram para este entendimento, isto é, não é possível pleitear direitos de forma fracionada, salvaguardando, assim, os princípios da boa-fé e da economia processual.

22. Eficácia preclusiva da coisa julgada.

É importante ainda tecer alguns comentários quanto a relação dos limites objetivos da coisa julgada e sua eficácia preclusiva, a fim de evitar confusões entre os conceitos. O artigo 508 do Código de Processo Civil brasileiro dispõe que “Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”.

Quer isso dizer que a eficácia preclusiva da coisa julgada impede a importunação ao Judiciário com demandas em que já fora definida uma situação jurídica em sentença já transitada em julgado, sendo, nesse ponto, incompatíveis na medida de sua incompatibilidade. Não se imiscui, dessa forma, na parte da extensão do que foi imunizado pela coisa julgada²²⁰. Isso se refere aos limites objetivos.

Não significa, obviamente, que a eficácia preclusiva da coisa julgada impede a repropositura de uma demanda idêntica com sentença transitada em julgado. Isto o efeito negativo da *res iudicata* já cumpre. Em realidade, a esta se liga o que a parte poderia ou não

²¹⁷ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...* pp. 249-250.

²¹⁸ Cf. BONATO, Giovanni. *Algumas considerações...* p. 139-141.

²¹⁹ Na doutrina espanhola, a previsão do artigo 400 da LEC-2000 se demonstrou perigosíssima com o passar do tempo, uma vez que a jurisprudência do país ibérico interpretou extensivamente o dispositivo para ampliar a coisa julgada aos pedidos que poderiam ser invocados na situação de vida objeto do processo. Nesse sentido: TAPIA FERNANDEZ, Isabel. *La cosa juzgada – estudio de jurisprudencia civil*. Madrid: Dykinson, 2010.

²²⁰ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva...* pp. 105-114; TAPIA FERNANDEZ, Isabel. *La cosa juzgada...* pp. 163-170.

ter deduzido em sua argumentação, em uma demanda que efetivamente tenha sido prolatada e transitado em julgado²²¹.

Como exemplo, basta imaginar hipótese em que autor obtém tutela jurisdicional favorável em determinada demanda para condenação por inadimplemento do contrato. O réu, vencido em tal situação hipotética, mesmo que requeira a nulidade do contrato sob análise por qualquer motivo em uma nova demanda, não poderá obter o ressarcimento da condenação anteriormente arbitrada, formando uma situação jurídica em sentença transitado em julgado e, conseqüentemente, operando a eficácia preclusiva da coisa julgada.

Aliás, vale ressaltar que alguns doutrinadores brasileiros interpretam tal dispositivo dando uma visão ampliativa quanto à causa de pedir. Sustentam os defensores de tal corrente que o disposto no artigo 508 do Diploma Processual Civil²²² abrange todos os fatos que poderiam ser deduzidos de determinada demanda, acobertando-se pela coisa julgada os que não foram efetivamente invocados na causa de pedir²²³.

Outros doutrinadores entendem que tal dispositivo deve ser interpretado limitando a coisa julgada a causas de pedir com fatos de mesma natureza, enquadrando-se em uma visão intermediária sobre o fenômeno. Logo, o autor não poderia repropor a ação alegando fato de mesma natureza identificado na primeira demanda. Explica-se: uma ação de despejo, cuja causa de pedir seja delimitada pelos danos ocorridos na porta, e julgada improcedente, não pode ser reproposta com fulcro nos danos na parede, por exemplo²²⁴.

Tais correntes doutrinárias acabam utilizando o conceito extraído do artigo 474 do Código de Processo Civil de 1973 (sempre lembrando ser o atual artigo 508) e parecem o confundir, alocando na seara dos limites objetivos da coisa julgada. Reputar julgada alegação de fato que poderia ser deduzida em determinada demanda é ampliar a coisa julgada para além da causa de pedir efetivamente proposta, o que não guarda relação alguma com a eficácia preclusiva da coisa julgada.

²²¹ Ada Pellegrini Grinover sustenta que o instituto analisado se liga “ao fenômeno da preclusão, que, além de representar fenômeno extintivo de direitos ou faculdades processuais para as partes, significa – objetivamente falando – um impedimento ao retrocesso, em regra válida inclusive para o órgão julgador”. (*Os limites objetivos...* p. 166)

²²² No Código de Processo Civil de 1973, o artigo correspondente ao Diploma atualmente vigente era o 474, que não sofreu alteração.

²²³ Vide quanto tema Araken de Assis, que, ao exemplificar uma ação de separação, pondera: “Ainda uma vez, sem embargo da enfadonha repetição, se insiste que a eficácia preclusiva da coisa julgada, face ao disposto no art. 474, abrangerá, em princípio, todos os fatos jurídicos dedutíveis na ação de separação (adultério, embriaguez e qualquer outro apto a incidir na regra) tenham, ou não, sido deduzidos na demanda”. (*Cumulação de ações*. 4ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 147).

²²⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença de coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

A doutrina majoritária²²⁵ caminha nesse sentido, sustentando que a eficácia preclusiva da coisa julgada apenas atinge as questões que poderiam ser deduzidas em uma causa de pedir isolada, de modo que, alterando-se esta última, nova demanda poderia ser proposta, não havendo que se falar em impedimento pela *res iudicata*.

²²⁵ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 85-87; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de direito processual civil...*, v. 2, pp. 648-652; e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva...* pp. 96 e ss.

CAPÍTULO 3: QUESTÕES PREJUDICIAIS E COISA JULGADA NO DIREITO COMPARADO

§ 5º Importância do direito comparado.

A novidade trazida pelo código processual de 2015 é resultante de forte influência estrangeira. Embora cada sistema alienígena tenha suas peculiaridades, é interessante notar que algumas regras e experiências em alguns países serviram como base e inspiração para a inserção dos parágrafos 1º e 2º no artigo 503 do Código de Processo Civil.

Desse modo, imprescindível a análise de como a matéria é tratada nos Estados Unidos da América e também na Inglaterra, em que há a figura da *issue preclusion*. Nesses países, a técnica é de aplicação secular, razão pela qual pôde-se construir vários critérios para sua correta (ou desejável) utilização, constituindo verdadeira base para estudo, sobretudo em solo nacional.

Mas não só os países de *common law* tem experiência na temática, sendo pertinente a indicação de alguns locais, como, *e.g.*, Itália, Espanha e Portugal, os quais, da mesma forma que o Brasil, partem do mesmo tronco familiar (*civil law*).

Dentro desse contexto, é de extrema valia analisar se tais sistemas possuem, dentro de suas codificações, dispositivos semelhantes com a novidade introduzida no atual *codex*, e, assim sendo, tratar como tais localidades vem interpretando e vivenciando tal técnica processual, a fim de que seja tentada uma aproximação entre eles e a nossa codificação.

§ 6º Experiência estrangeira: *commom law*.

23. Estados Unidos da América.

O modelo existente nos Estados Unidos da América sobre a coisa julgada é distinto do aplicado e ensinado aqui em terra brasileira, não sendo absurdo dizer que também dos países de tradição romano-germânica (*civil law*). No entanto, os mecanismos utilizados em tal país para a formação da coisa julgada, sobretudo quanto às questões prejudiciais, exerceram grande influência nesses últimos, através do instituto *issue preclusion* ou *collateral estoppel*.

Antes de analisar o referido instituto, alguns esclarecimentos devem ser feitos sobre o modelo americano com relação à coisa julgada, a fim de melhor compreender o *issue*

preclusion, desde os seus conceitos até as hipóteses e requisitos para sua ocorrência no caso concreto.

A terminologia *res judicata* era utilizada compreendendo todos os fenômenos que poderiam advir da coisa julgada, desde a autoridade que conferia imutabilidade à sentença até seu efeito preclusivo; tal termo latino também era utilizado como sinônimo de *claim preclusion*, enquanto se denominava *collateral estoppel* o que modernamente veio a se convencionar *issue preclusion*²²⁶.

Após edição do *Restatement of the Law Second: Judgments*²²⁷ (§§ 18 e 27), o termo *res judicata* passou a abarcar como espécies a *claim preclusion* e a *issue preclusion*. O primeiro, refere-se ao que no Brasil semelhantemente se chama de coisa julgada material; o segundo, à possibilidade de a coisa julgada atingir questões prejudiciais. Delineadas tais distinções, é momento de se verificar como a figura do *issue preclusion* se insere no ordenamento jurídico de tal país.

É cediço que os Estados Unidos são país pertencente ao tronco anglo-saxônico do Direito. Como característica de tal família (*commom law*), o ordenamento jurídico estadunidense é marcado pela flexibilização procedimental, em que as partes podem, v.g., alterar causa de pedir até antes da sentença, bem como devem alegar tudo o que for dedutível de determinado fato em uma única demanda²²⁸. Em razão disso, é natural que o tratamento de coisa julgada e preclusões seja encarado com maior rigor.

No direito norte-americano, o autor possui o chamado *a day in court*, em que a sentença proferida pelo juiz abrangerá tudo o que o autor poderia ter alegado, ainda que não o tenha feito efetivamente, desde que respeitados certos requisitos. Logo, deve o autor alegar todas as causas de pedir quanto forem necessárias e concentrá-las em apenas uma ação, ocorrendo, no caso, a chamada litigância única²²⁹.

²²⁶ Cf. PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: brasil e estados unidos*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 30.

²²⁷ É de autoria do *American Law Institute* a edição dos vários *restatement of the law* existentes, em que se sistematiza e organiza as normas existentes no direito americano. Obviamente, por partir de iniciativa privada, não possui qualquer força legal, mas é indispensável para o estudo da coisa julgada no país norte-americano.

²²⁸ DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven and London: Yale University Press, 1986; GLANNON, Joseph W. *Civil Procedure*. 7ª Ed., Nova Iorque: Wolters Kluwer Law, pp. 541-542; VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*. Padova: Cedam, 2007, pp. 159-169.

²²⁹ Vide Caso *Rush v. City of Maple Heights* (1958):

“We, therefore, conclude and hold that, where a person suffers both personal injuries and property damage as a result of the same wrongful act, only a single cause of action arises, the different injuries occasioned thereby being separate items of damage from such act. It follows that paragraph four of the syllabus in the *Vasu* case must be overruled.”

Tal medida adotada pelos Estados Unidos, na visão de seus juristas, é fundamental para evitar a multiplicidade de ações, despesas extremamente onerosas, procrastinações pelos autores e litígios vexatórios para os réus²³⁰. Vê-se aqui que os limites objetivos da coisa julgada são bem amplos, não podendo o autor promover quantas ações forem necessárias, ainda que a causa de pedir seja alterada (hipótese de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada a causas de pedir não propostas).

É dentro de tal contexto que surge a figura do *issue preclusion*. Visando obstruir a rediscussão de determinada questão prejudicial já surgida em um processo (*prior judgment/case*), a *issue preclusion* torna imutáveis e indiscutíveis tais questões que forem levantadas posteriormente, em outro processo. Mas, para isso, certos requisitos devem ser respeitados.

Remonta ao ano de 1876, no paradigmático caso *Cromwell vs. Country of Sac* (*leading case*), o surgimento do instituto *collateral estoppel* (*issue preclusion*), em que certas exigências na sua aplicação foram criadas para se atender o *due process of law*. Desde lá, a jurisprudência e doutrina norte-americanas vem aperfeiçoando tais conceitos para que, hodiernamente, tenha-se os seguintes requisitos.²³¹

- a) A questão surgida no novo processo deve ser a mesma analisada no primeiro. É a chamada identidade de questões (*identity of issue*), que deve ser observada segundo regras casuísticas, observando-se vários critérios, sob pena de incorrer em equívoca utilização do *issue preclusion*²³². Assim, pondera-se no cotejo entre a questão surgida em processos distintos, se esta pode ser provada pelos mesmos meios de prova (testemunhal e documental), a relação entre tempo e espaço existente, os argumentos jurídicos utilizados pelas partes e a possibilidade de utilização das mesmas normas jurídicas na decisão a ser proferida;

²³⁰ É o que se extrai do caso *Mobile Ohio v. Matthews* (1906, Corte de Tennessee): “The negligent action of the plaintiff in error constituted but one tort. The injuries to the person and property of the defendant in error were the several results and effects of one wrongful act. A single tort can be the basis of but one action. It is not improper to declare in different counts for damages to the person and property when both result from the same tort, and it is the better practice to do so where there is any difference in the measure of damages, and all the damages sustained must be sued for in one suit. This is necessary to prevent multiplicity of suits, burdensome expense, and delays to plaintiffs, and vexatious litigation against defendants.” Cf., ainda, ZIFF, Robert. *For One Litigant’s Sole Relief: Unforeseeable Preclusion and the Second Restatement*: In: *Cornell Law Review*, vol. 77, 1992, pp. 911-917.

²³¹ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* p. 37; SHAPIRO, David L. *Civil procedure: preclusion in civil actions*. Nova Iorque: Foundation Press, 2001, pp. 48-60; VOLPINO, Diego. *L’oggetto del giudicato...*, pp. 287-369; PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada...* pp. 159-169.

²³² Alguns autores norte-americanos apontam que a referida identidade de ações é um dos problemas mais difíceis para aplicação da *issue preclusion*, causando vários problemas de ordem prática. Nesse sentido: FLANAGAN, James F. *Collateral estoppel: inefficiency and foolish consistency*. *Arizona State Law Journal*, 1982, p. 56. Aliás, o autor também critica os outros requisitos para aplicação da *issue preclusion*.

- b) A questão deve ser efetivamente controvertida²³³. Exige-se que a questão levantada em processo ulterior em que se alegue a *issue preclusion* tenha efetivamente sido discutida entre as partes, isto é, foi submetida ao exercício do contraditório. Se isso é verdade, as questões que foram decididas nos casos de revelia e de confissão, como exemplo, não poderão ser objeto de *issue preclusion*;
- c) A questão deve ter sido efetivamente decidida. Quando se alega a *issue preclusion* em determinado processo, a parte que detém tal encargo deve demonstrar que a questão fora de fato decidida pelo juiz no caso anterior. Dessa forma, não basta que a questão tenha sido controvertida pelas partes ou meramente dedutível, é necessário que tenha sido objeto da sentença proferida pelo magistrado;
- d) A questão deve ser necessária (essencial) ao provimento judicial do caso anterior (*necessary step*). Quando se alega a *issue preclusion* de determinada questão surgida no processo ulterior, além de demonstrar que fora efetivamente controvertida e decidida, deve-se atestar que também fora essencial para o resultado final de decisão. A razão para tal exigência se dá pelos seguintes motivos, tudo em louvor ao *due process of law*: tanto as partes quanto a corte prendem especialmente sua atenção àquilo que é essencial para o deslinde da causa, bem como dificilmente uma questão “secundária”, desimportante para a solução final do caso, é objeto de recurso²³⁴;
- e) A questão deve ser previsível (*foreseeable*²³⁵). Como uma última exigência para se aplicar a *issue preclusion* em um processo posterior, é necessário que a importância da questão pudesse ser previsível na causa anterior pela parte

²³³ Vide *Burgess vs. First Union National Bank* (2002).

²³⁴ Embora não seja imprescindível o manejo do recurso para formar a possibilidade de *issue preclusion* posteriormente, a sua utilização ou não é considerada no momento da alegação do fenômeno com a sua consequente aplicação no processo ulterior. Em uma linha talvez mais radical, há quem defenda a possibilidade de ocorrência da *issue preclusion* em decisões interlocutórias nos casos em que haja transação: “Interlocutory judgments generally can be appealed only after the case proceeds to final judgment. The losing party, however, may settle the case before final adjudication, thereby making the judgment “unappealable,” so that the party will not be bound by an adverse judgment in future lawsuits. If the party who won the interlocutory judgment has no expectation of ever being involved in another lawsuit involving the same issue, it is more than willing to settle and lose the benefit of issue preclusion”, advertindo que “Undoubtedly, the failure to apply issue preclusion to interlocutory judgments in cases that later settle may cause relitigation of issues”. (NESIN, Seth. *The benefits of applying issue preclusion to interlocutory judgments in cases that settle*. In: New York University Law Review, vol. 76, 2001, pp. 874-905).

²³⁵ Robert Ziff sustenta que: “Because the benefits of res judicata depend on the expectation of preclusion shaping litigants' behavior, res judicata only makes sense if it is foreseeable. For example, res judicata cannot possibly succeed in forcing litigants to bring suits in efficient “packages” if the litigants do not know what claims those packages are supposed to contain.” (*For one litigant...* p. 922)

prejudicada, isto é, havia a possibilidade de ser levantada em um processo futuro. O requisito, de certa forma, está jungido ao requisito de que a questão deve ser sempre controvertida entre as partes.

É importante destacar ainda que a *issue preclusion* opera tanto para questões de fato (*question of fact*), quanto para questões de direito (*questions of law*)²³⁶. Todavia, a possibilidade da aplicação do instituto a essas últimas deve sofrer certa limitação quando estiverem em jogo as questões puras de direito (*pure issues of law*), isto é, aquelas aplicadas a fatos históricos diversos e não dependentes, ocasião em que pode ser empregado o *stare decisis*²³⁷.

O instituto do *stare decisis*, em apertada síntese, é a doutrina do precedente judicial americano, em que se exige respeito e atenção às decisões proferidas previamente por uma determinada corte, bem como às hierarquicamente superiores, conferindo coesão e previsibilidade no sistema jurídico. Logo, mesmo não sendo possível alegar a *issue preclusion* em determinado processo por envolver uma questão pura de direito, nada impede que esse mesmo processo encontre óbice na doutrina do *stare decisis*.

Atento a todo esse contexto evidenciado, a *issue preclusion* resume-se basicamente no seguinte conceito: "When an issue of fact or law is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, the determination is conclusive in a subsequent action between the parties, whether on the same or a different claim"²³⁸.

24. Inglaterra.

A Inglaterra segue, a rigor, a mesma linha ianque, utilizando-se da *issue preclusion* para abarcar os fundamentos necessários à sentença. Aliás, desde o caso *Henderson vs Henderson*, de 1843²³⁹, se tem a exigência de que as partes devem propiciar à corte a

²³⁶ David L. Shapiro alerta que, antigamente, a *issue preclusion* apenas atacava as *questions of fact*. (*Civil procedure...* p. 53).

²³⁷ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* pp. 36-37.

²³⁸ *Restatement of the law second: judgments*. Washington: The American Law Institute, 1982, vol I, § 27. É importante notar ainda que a mesma obra, em seu § 28, traz algumas exceções à aplicação da *issue preclusion*.

²³⁹ *Henderson vs. Henderson*: "(...) the Court requires the parties to that litigation to bring forward their whole case, and will not (except under special circumstances) permit the same parties to open the same subject of litigation in respect of matter which might have been brought forward as part of the subject in contest, but which was not brought forward, only because they have, from negligence, inadvertence, or even accident, omitted part of their case. The plea of *res judicata* applies, except in special cases, not only to points upon which the Court was actually required by the parties to form an opinion and pronounce a judgment, but to every point which properly belonged to the subject of litigation, and which the parties, exercising reasonable diligence, might have brought forward at the time".

totalidade de seu caso (*the whole case*), apresentando, assim todos os seus pedidos e alegando os fatos que considerem relevantes, sob pena de não serem mais conhecidos em um processo ulterior.

A exigência regulada pelo caso Henderson permanece até os dias de hoje, quando da confirmação dada em 2007 pelo caso *WWF vs. World Wrestling Federation*²⁴⁰, em que a Corte Inglesa entendeu ser atual a *Henderson Rule*, pois a parte não poderia ser constrangida duas vezes perante a corte pela mesma matéria, acrescentando ainda que é importante para conferir economia e eficiência processual, assegurando o interesse público e também o das partes.

Quanto aos requisitos, a doutrina indica que a jurisprudência inglesa não permite a utilização do princípio *Henderson* quando se estiver diante de alteração legal com efeito retroativo, bem como quando surgirem provas que modifiquem a causa por completo, isso se constatado efetivamente que a parte não pode realizar tal produção probatória.²⁴¹

§ 7º Experiência estrangeira: *civil law*.

25. Itália.

O Código de Processo Civil da Itália de 1940, sob forte influência de Giuseppe Chiovenda²⁴², parece limitar os limites objetivos da coisa julgada tão-somente à parte dispositiva da sentença proferida, sendo necessário o manejo de uma ação declaratória incidental, ou de determinação legal, para impor a uma questão prejudicial a autoridade de coisa julgada²⁴³.

É o teor do artigo 34 do Diploma Processual em comentário: “(Accertamenti incidentali) Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti e’ necessario

²⁴⁰ *WWF vs. World Wrestling Federation* EWCA Civ 286: "(...) The course which the Fund has adopted is inconsistent with the underlying interest that there should be finality in litigation and that a party should not be vexed twice in the same matter: it is inconsistent with the need for economy and efficiency in the conduct of litigation, in the interests of the parties and of the public as a whole. The Federation was entitled to proceed on the basis that, a claim to an award of Wrotham Park damages not having been sought in 2001, such a claim was not being pursued in these proceedings"

²⁴¹ Cf. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 199-200.

²⁴² Cf. BONATO, Giovanni. *Algumas considerações...* p. 128; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil...*, v. 1, pp. 493-495.

²⁴³ Ada Pellegrini Grinover obtempera que a utilização de ação declaratória incidental para resolução de questões prejudiciais já era possível mesmo antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil italiano de 1940, ocasião em que, apenas por imposição legal, o sistema queria ver resolvidas tais questões por conveniência processual ou por motivações políticas. (*Ação declaratória incidental...* p. 60).

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”.

O artigo sob testilha encontra-se no Livro I, Capítulo I, Seção IV, que trata sob a “MODIFICAZIONI DELLA COMPETENZA PER RAGIONE DI CONNESSIONE”, razão pela qual parte da doutrina italiana adverte que o dispositivo que trata sobre *accertamento incidentale* (declaração incidental) não é, em verdade, referente aos limites objetivos da coisa julgada, mas sim à competência para apreciar a ocorrência da questão prejudicial surgida no processo.

Assim, pela letra pura da lei, caso surgida a questão prejudicial em determinado processo, por imposição legal (*e.g.*, compensação de créditos – artigo 35 do CPC italiano²⁴⁴, e situações jurídicas referentes ao *status* das pessoas) ou por requerimento das partes, em razão da matéria ou valor, este será transformado em causa prejudicial e deve ser submetido ao juiz superior competente para decidir a prejudicial e a questão prejudicada, cuja declaração se revestirá ao final de autoridade de coisa julgada²⁴⁵.

Por estar em vigor desde 1940, é natural que farto material tenha sido produzido durante todos esses anos, o que possibilitou à doutrina e à jurisprudência o redimensionamento do artigo sob análise. Assim, a partir da intelecção do artigo 34 do *Codice di Procedura Civile* italiano, a doutrina, basicamente, dividiu-se em quatro correntes para analisar o fenômeno da formação de coisa julgada às questões prejudiciais²⁴⁶:

- a) Os que limitam a *res judicata* tão somente ao dispositivo da sentença, excetuando as hipóteses de ação declaratória incidental e por imposição legal (interpretação pura do artigo em comentário)²⁴⁷;

²⁴⁴ Art. 35. “(Eccezione di compensazione) Quando e’ opposto in compensazione un credito che e’ contestato ed eccede la competenza per valore del giudice adito, questi, se la domanda e’ fondata su titolo non controverso o facilmente accertabile, puo’ 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”.

²⁴⁵ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* p. 62; BONATO, Giovanni. *Algumas considerações...* pp. 128-129.

²⁴⁶ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* pp. 39-40 e 42-50; BONATO, Giovanni. *Algumas considerações...* pp. 128-132.

²⁴⁷ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Giudicato*. In: Enciclopedia giuridica treccani, vol. 15, pp. 1-17; CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionali di domande*. Padova: Cedam, 1985, v. 1, pp. 485 e ss.; ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile*. Padova: Cedam, parte I, 1994, pp. 461-473; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil...*, v.1, pp. 465 e ss.

- b) Os que ampliam a ocorrência coisa julgada às questões prejudiciais indistintamente, desde que respeitados certos requisitos²⁴⁸;
- c) Os que preveem a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais em sentido lógico²⁴⁹, excluindo as em sentido técnico (extensão à relação jurídica fundamental)²⁵⁰;
- d) Por fim, os que aceitam a ampliação da coisa julgada às questões prejudiciais que devem ser discutidas sempre como objeto principal do processo²⁵¹.

Quanto à primeira corrente, dispensa-se maiores comentários, porquanto já explicada a sua sistemática nos parágrafos anteriores. Já os autores que entendem pela possibilidade da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais, sustentam que, sem qualquer violação ao teor do artigo 34 do Código de Processo Civil italiano e ao devido processo legal, é possível que o próprio juiz em que surgiu a prejudicial a analisasse e decidisse, com conseqüente formação de coisa julgada.

Baseada nos conceitos trazidos pela *issue preclusion* norte-americana, tal corrente entende que se o juiz tiver originariamente competência para decidir a prejudicial, as partes forem efetivamente legítimas para discuti-la e se tiver sido enfrentada na sentença de forma patente, nada obstará a extensão da coisa julgada à motivação da sentença, quebrando a regra geral de restringi-la apenas a sua parte dispositiva.

Giovanni Pugliese defende, inclusive, que sequer é necessário que exista uma disposição legal ou demanda explícita da parte nesse sentido, de modo que, uma vez preenchidos os três requisitos indicados acima, a coisa julgada poderia abranger as questões prejudiciais surgidas indistintamente²⁵².

Ainda dentro do que se propõe na segunda corrente citada, o devido processo legal não seria maculado, pois, para se revestir da autoridade de coisa julgada, a prejudicial

²⁴⁸ Cf. VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato...* pp. 416-421; PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato civile (diritto vigente)*. In: Enciclopedia del diritto, v. XVIII, 1968, pp. 866-869; TARUFFO, Michele. *Collateral estoppel e giudicato sulle questione...* pp. 282-292.

²⁴⁹ Repise-se que a distinção da doutrina italiana entre questões prejudiciais em sentido técnico e lógica não se liga, necessariamente, ao entendimento de prejudicialidade como antecedente lógico, objeto de estudo no primeiro capítulo (vide item 6, supra).

²⁵⁰ Cf. MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milão: Giuffrè, 1987, pp. 87 e ss; MENCHINI, Sergio. *Accertamenti incidentali*. In: Enciclopedia Giuridica Treccani, 2007, pp. 1-13; PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4ª Ed., Napoli: Jovene, 2002, p. 69; BONATO, Giovanni. *Algumas considerações...* pp. 130-132; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. 4, pp. 158-161.

²⁵¹ Cf. LOCATELLI, Francesca. *L'accertamento incidentali...* pp. 86 e ss.; MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile: I – nozioni introduttive e disposizioni generali*. Torino: Giappichelli, 2000, v. 1, pp. 161-162.

²⁵² Cf. PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato civile...*, p. 868.

necessariamente deve passar pelo contraditório efetivo, em que o ponto surgido seja controvertido e se torne questão, respeitando-se ainda as garantias processuais previstas.

No entanto, alguns autores criticam os que adotam a segunda corrente citada dado à letra seca do artigo 34 do Código de Processo Civil italiano, dentre eles, Giovanni Bonato, aduzindo que “parece-nos que no ordenamento italiano, de *iure condito*, não é possível adotar esse referido posicionamento que admite a ampliação da coisa julgada às questões prejudiciais, sem qualquer distinção a respeito da natureza dessas questões”²⁵³.

O referido autor sustenta a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais, caso estas sejam em sentido lógico, excluindo do campo de abrangência as em sentido técnico, o que faz desembocar na terceira corrente citada, que tem como seu principal defensor e sistematizador o jurista Sergio Menchini²⁵⁴. É, em realidade, uma corrente intermediária entre a primeira e a segunda.

Mas, para se entender com precisão o que tal corrente defende, é imprescindível tecer algumas considerações sobre ao que a doutrina italiana se refere ao diferenciar as questões prejudiciais em sentido lógico e técnico, sendo indispensável, nesse ponto, passar pelos ensinamentos de Salvatore Satta²⁵⁵.

Satta diferenciou a questão prejudicial lógica da técnica, vaticinando que se estaria diante desta última toda vez que surgir uma questão diversa da alegada pelo autor como fatos constitutivo de seu direito e que influa no resultado da decisão; ao revés, seria caso de prejudicialidade lógica quando esta fosse constituída por uma relação jurídica decorrente da pretensão processual, isto é, do objeto do processo.

Desse modo, como exemplo, quando se tem uma ação de alimentos e surge uma prejudicial com relação à investigação de paternidade, ou quando no curso de uma ação anulatória contratual surja a questão sobre a capacidade das partes, se fala em prejudicialidade em sentido técnico. Haverá, de outra banda, em sentido lógico, quando, *e.g.*, em um contrato sinalagmático se discutir sua validade e a existência de uma prestação vencida.

Baseado nas diferenciações sobre prejudicialidade traçadas por Salvatore Satta, Sergio Menchini constrói e sistematiza uma teoria em que seja possível a formação da coisa julgada às questões prejudiciais em sentido lógico, pois haveria, em tais casos, uma relação

²⁵³ BONATO, Giovanni. *Algumas considerações...* p. 130.

²⁵⁴ Cf. *I limiti oggettivi...* pp. 87-115.

²⁵⁵ Cf. SATTA, Salvatore. *Accertamento incidentale...* pp. 243 e ss.

jurídica fundamental criada entre as questões cotejadas, cujo sistema, inclusive, proporcionaria que essas duas pretensões fossem tratadas de forma unitária.

Nessa esteira, enquanto uma prejudicial em sentido técnico surgida no processo é capaz de gerar um processo autônomo, em que o direito alegado é distinto e independente do objeto do processo da questão prejudicada, as em sentido lógico tratam sempre de uma mesma situação jurídica e, ainda que discutida em processo autônomo, restringir-se-ia somente a um caráter instrumental, não havendo utilidade jurídica às partes.

Mais que isso, se é verdade que a prejudicialidade em sentido lógico existe porque as questões estão dentro da pretensão processual da parte – razão pela qual é chamada de relação jurídica fundamental – não haveria sentido em se exigir o manejo de uma ação declaratória incidental para ver tal prejudicial revestida da autoridade de coisa julgada²⁵⁶.

Em realidade, tal solução se demonstraria preferível a fim de evitar incompatibilidade lógica e, sobretudo, jurídica no ordenamento processual, observando-se, ainda assim, a higidez da norma processual prevista no artigo 34 do *Codice di Procedura Civile* italiano.

Como exemplo da teoria aqui exposta, se em uma ação de cobrança por uma prestação vencida de determinado contrato por prestação de serviços for suscitada a invalidade de tal contrato por qualquer motivo, tal controvérsia poderá ser abrangida pela coisa julgada, desde que tenha havido prévio e efetivo contraditório²⁵⁷ sobre ela entre as partes e o magistrado a tenha decidido.

A construção feita por Menchini não foi isenta de críticas perante a doutrina italiana. Entre as discordâncias existentes, parcela dos juristas (mormente os adeptos à primeira corrente) defendeu que a extensão da coisa julgada à relação jurídica fundamental macularia garantias processuais, como o acesso à justiça, além de aduzir que a justificativa de incompatibilidade lógica entre o sistema não se sustentava, pois a ação declaratória é uma

²⁵⁶ Francesco Carnelutti, partindo da construção de uma teoria da lide, já entendia que não haveria necessidade da utilização da ação declaratória incidental para discutir uma questão existente na mesma lide a fim de formar a coisa julgada material, devendo haver uma questão comum a outra lide atual, até porque o campo da técnica processual indicada é a da pluralidade de lides (cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* pp. 73 e ss.).

²⁵⁷ Inicialmente, Sergio Menchini não exigia a existência do contraditório sobre a relação jurídica fundamental, o que veio a ser modificado nos escritos mais recentes. Vide, nesse sentido, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* p. 47.

Giovanni Bonato reforça a necessidade de haver o contraditório prévio e efetivo sobre a questão prejudicial que pretende ser acobertada pela coisa julgada, em atendimento ao que dispõe o artigo 101, parte 2, do Código de Processo Civil italiano, que assim dispõe: “(Principio del contraddittorio) Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale e’ proposta non e’ stata regolarmente citata e non e’ comparsa”. (*Algumas considerações...* p. 132).

técnica disponível às partes justamente para isso, que pode ser utilizada segundo seus critérios de conveniência²⁵⁸.

Aldo Attardi, por exemplo, insiste em dizer que o artigo 34 do Código de Processo Civil italiano também abarca a prejudicialidade lógica, opondo-se à construção erigida por Satta e lapidada por Menchini, de modo que a prejudicialidade, na sua visão, restaria caracterizada pela autonomia de uma questão, devendo-se utilizar a ação declaratória incidental para incidir a coisa julgada sobre a prejudicial incidente.²⁵⁹

Além disso, a tese de Menchini foi veementemente criticada pela doutrina²⁶⁰ no que concerne à desnecessidade de controvérsia prévia entre as partes na relação jurídica fundamental (inclusive dos que aderiram à sua concepção²⁶¹), o que foi acatado pelo idealizador da teoria posteriormente²⁶².

Por fim, há uma quarta corrente que entende ser possível a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais que somente podem ser discutidas como objeto principal do processo. Para a referida doutrina, dentro ainda de uma linha interpretativa do que propõe o artigo 34 do Código de Processo Civil da Itália, as questões sobre os *status* das pessoas, por decorrerem do interesse público e por serem absolutas e incidíveis, devem sempre ser revestidas da autoridade de *res judicata*, mesmo na hipótese em que surjam no curso do processo como prejudiciais.

No Direito aplicado, os tribunais italianos não seguem uma linha clara em qual corrente doutrinária deve ser adotada, mas, ainda que não pacificado o tema, parece adotar que a motivação da sentença deve ser abrangida pela coisa julgada, expandindo-se os seus limites objetivos²⁶³.

26. Espanha.

²⁵⁸ Cf. ATTARDI, Aldo. *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata...* pp. 489-492.

²⁵⁹ Cf. ATTARDI, Aldo. *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata...* pp. 483-484.

²⁶⁰ Cf. CONSOLO, Claudio. *Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, pp. 233 e ss.

²⁶¹ LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile...*, v. 1, pp. 158-161.

²⁶² Vide nota 256, supra.

²⁶³ BONATO, Giovanni. *Algumas considerações...* p. 131.

Em seus últimos escritos, Ada Pellegrini Grinover faz uma aposta para o sistema brasileiro: “C’è da dire ancora che il nuovo codice brasiliano – così come quello ancora in vigore – non distingue la pregiudiziale meramente tecnica da quella logica. Ma così come sono state dottrina e giurisprudenza a farlo in Italia, speriamo che la stessa cosa accada in Brasile” (*Miti e realtà sul giudicato: una riflessione italo-brasiliana*. In: *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 194).

Em terra espanhola, diferentemente do que ocorre na possibilidade de extensão dos limites objetivos a causas de pedir não propostas, a motivação da sentença, a rigor, não estaria acobertada pela *res judicata*, conforme inteligência no artigo 222.2 (*cosa juzgada material*) da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 2000, a saber, “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”, enquadrada na seção II, Capítulo VIII, do Título V.

O artigo 408, parte 1 e 2, da LEC-2000 espanhola²⁶⁴, por sua vez, traz duas exceções à regra geral, isto é, aos casos em que se alegue crédito em compensação, bem como em casos onde se suscite nulidade do contrato e a invalidade do negócio como questão prejudicial, com a consequência de que “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”, conforme disposto na parte 3 do referido artigo.

Já se disse que é comum a doutrina espanhola acompanhar o que está sendo utilizado ou defendido em terra italiana²⁶⁵. Em razão disso, parcela da doutrina da Espanha vem dando outra interpretação à sua legislação, pontuando que não existe, no seu ordenamento jurídico, norma que trate expressamente sobre a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais, entendendo, dessa forma, por sua possibilidade, desde que preenchidas as exigências criadas pelos juristas italianos²⁶⁶.

No entanto, mesmo com alguns entendendo pela possibilidade de tal ampliação, é fulcral notar que esse ainda não é o entendimento majoritário entre os autores espanhóis e

²⁶⁴ “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 Secretario judicial contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvención, y así lo dispondrá el Secretario judicial mediante decreto”.

²⁶⁵ Cf. NIEVA-FENOLL, Jordi. *Cosa juzgada...* p. 65

²⁶⁶ TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *La cosa juzgada...* pp. 68-70; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto del proceso...* p. 213. Maria Teresa de Padura Ballesteros, por sua vez, constrói seu entendimento com base nas exceções materiais, opostas pelo demandado, em que poderiam se situar as questões prejudiciais civis com possibilidade de formação de coisa julgada, desde que respeitados alguns requisitos. Na sua visão, aliás, certos problemas derivam da abordagem da coisa julgada às questões prejudiciais em sentido lógico e técnico, oriundo de doutrina italiana (Satta) e acompanhado por parte da espanhola, de modo que o tema deve ser analisado a partir da *causa petendi*, exceções materiais e questões prejudiciais em sentido estrito (Cf. *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 113 e ss.).

muito menos dos seus tribunais, cuja jurisprudência parece repousar na concepção de que tão somente o dispositivo da sentença estaria coberto pelo instituto da *res iudicata*²⁶⁷.

27. Portugal e França.

O ordenamento jurídico francês não prevê expressamente a possibilidade de extensão dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais. Assim por evidente influência norte-americana, o direito francês, compreendido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, admite o alcance da coisa julgada à motivação da sentença, isto é, quando as decisões sobre as questões prejudiciais indiquem *le soutien nécessaire* do seu dispositivo²⁶⁸.

Já o ordenamento jurídico processual português passou por recentes mudanças, editando um novo Código de Processo Civil, publicado ainda em 2013, o qual revogou expressamente o antigo Código, publicado pelo Decreto-Lei n. 44.129/1961.

O texto do novo Diploma, contudo, não traz grandes novidades quanto ao tema de extensão dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais. O artigo 621 do Código de Processo Civil português trata sobre o alcance do caso julgado, mas somente afirma que não é possível a ruptura entre o objeto da sentença e os limites objetivos para causas de pedir não propostas, pois a decisão final do juiz “constitui caso julgado nos precisos limites e termos em que julga”.

Assim, é oportunizada à doutrina, tal como ocorre em âmbito francês, a possibilidade de interpretação para alcançar os fundamentos necessários da sentença com a efetiva formação de coisa julgada. Aqui, também haverá acirrado debate sobre sua viabilidade ou não entre os juristas²⁶⁹.

De outra banda, a jurisprudência deste país parece navegar em águas tranquilas quanto ao tema, admitindo pacificamente o alcance da coisa julgada à fundamentação necessária da decisão final²⁷⁰.

Para os defensores da corrente que aceita a ampliação, como era de se esperar, há imposição de certos requisitos, tais como a efetiva decisão pelo juiz sobre a questão

²⁶⁷ Isabel Tapia Fernández adverte que nem sempre o tribunal espanhol permanece firme em sua posição, havendo precedentes em que é possível verificar a extensão da coisa julgada para além do dispositivo da sentença. (*La cosa juzgada...* p. 71)

²⁶⁸ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* pp. 38-39.

²⁶⁹ Contra, cf. VARELA, João de Matos Antunes. *Manual de processo civil*. 2ª Ed., Coimbra editora, 1985, pp. 714-719. A favor, cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª Ed., Lisboa: Lex, 1997, pp. 580-583.

²⁷⁰ Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil...* p. 581.

prejudicial surgida, bem como o respeito às garantias processuais, tanto na relação principal quanto na prejudicial.

28. Alemanha.

A Alemanha não parece ter compartilhado as tendências existentes nos países precitados, indicando no § 322, 1ª *Comma*, da *Zivilprozessordnung* (ZPO) ²⁷¹, que não se pode ampliar os limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais²⁷².

Alguma parte dos juristas (Albrecht Zeuner) ainda tentou dar alguma interpretação prevendo o alcance à motivação da sentença em casos de relação de interdependência entre duas prestações, mas a doutrina e a jurisprudência são firmes em não aceitar a tese, limitando a coisa julgada apenas ao dispositivo da sentença²⁷³.

De todo modo, o país alemão é o exemplo de um ordenamento jurídico propensa a resistir à forte tendência internacional de estender os limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais, indicando que, mesmo no berço da ciência processual, a temática ainda não é unânime em aceitação.

29. União Europeia.

Outro sistema interessante, embora não se trate de um país, mas de seu conjunto, encontra-se no Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, que dispõe em seu artigo 267 a possibilidade do Tribunal de Justiça da União Europeia decidir sobre a interpretação de tratados, bem como sobre regras de validade e interpretação dos atos praticados por instituições, organismos ou órgãos da entidade, todas as vezes em que surgir tal prejudicial perante os Estados-membros, ocasião em que estes podem remeter a questão para o tribunal da União Europeia²⁷⁴.

²⁷¹ § 322 “Materielle Rechtskraft: (1) Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist”.

²⁷² A doutrina é firme nesse sentido: cf. LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco: il procedimento di cognizione* (traduzione di Edoardo F. Ricci). Napoli: Morano, 1962, pp. 247-251

²⁷³ BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 110; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* pp. 40-41.

²⁷⁴ “Artigo 267. O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão

§ 8º Influência estrangeira.

30. Inspirações e críticas.

É patente que os países passam por uma troca de informações durante os tempos e se influenciam nas diversas áreas do direito, independentemente da família a que pertençam, *i.e.*, *common law* ou *civil law*²⁷⁵. Na área processual não poderia ser diferente, em que vários institutos que hoje se utilizam, inclusive com o advento do Código de Processo Civil de 2015, são marcados por fortes inspirações em diplomas estrangeiros.

À evidência disso, constata-se primordialmente que a possibilidade de ampliar os limites objetivos da coisa julgada para abarcar a fundamentação necessária da sentença, rompendo com a ideia inicial e estática de restringi-la tão somente ao dispositivo, ganha força e é melhor sistematizada nos Estados Unidos da América, por meio da *collateral estoppel*, modernamente denominada como *issue preclusion*.

Como se pode perceber, os países que preveem, seja por lei ou por interpretação doutrinária ou jurisprudencial, a possibilidade da ruptura entre o objeto da sentença e limites objetivos da *res judicata* para atingir o comando contido na motivação de tal decisão, necessariamente buscam inspiração, ao menos em alguma medida, no que por séculos a doutrina norte-americana construiu.

João de Castro Mendes²⁷⁶, ainda em 1968, atento a tal fenômeno e ciente que a *res judicata* concerne à política legislativa de cada país, identificou três sistemas em que as questões prejudiciais poderiam ser abrangidas pela coisa julgada: a) os amplexivos puros, em que opera a coisa julgada a toda e qualquer questão prejudicial surgida; b) os restritivos puros, preservando o estático posicionamento que somente o dispositivo da sentença é capaz de formar coisa julgada; e c) os intermédios, em que se aceita revestir da autoridade de coisa julgada as questões prejudiciais em algumas hipóteses.

Verificou-se que os países que estendem a coisa julgada à fundamentação da sentença, cada um à sua maneira, estabelecem requisitos para sua ocorrência, bem como até

ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível". (versão em português)

²⁷⁵ É o que já tinha constatado, tempos atrás, Cândido Rangel Dinamarco (*Processo civil comparado*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 90, 1998, pp. 46-56) e, mais recentemente, José Carlos Barbosa Moreira (*Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo*. In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, 2011, pp. 1.079-1.090). Em literatura estrangeira, observando o mesmo fenômeno, cf. DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice...*

²⁷⁶ *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Atica, 1968, pp. 122-124.

trazem exceções para sua aplicação (como no caso da Inglaterra), ainda que, em alguns ordenamentos (Itália, *e.g.*), seja o tema tormentoso e não pacificado.

O que se quer dizer é que os ordenamentos jurídicos, em geral, preferem um sistema intermédio, pois sempre estabelecem requisitos para conferir à questão prejudicial a possibilidade de ingressar no campo de abrangência da coisa julgada. No entanto, é importante que cada sistema seja analisado e pensado isoladamente, evitando importações de conceitos de outros países, não obstante exerçam clara influência, sob pena de incorrer em certas incongruências.

Como exemplo, embora os Estados Unidos da América possuam um sistema que coíba a repositura de demandas idênticas mais de uma vez perante o judiciário pelas mesmas partes, ou seja, tenha o que nos países de tradição romano-germânica se costuma denominar coisa julgada, nem sempre a importação completa dos conceitos ali existentes (*claim preclusion* e *issue preclusion*) podem ser traduzidos da melhor forma para esses últimos, bem como não tenham compatibilidade ou aplicabilidade em seus ordenamentos.

Embora a utilização de tal técnica processual seja tradicionalmente sistematizada e melhor utilizada em países de *commom law*²⁷⁷, é fundamental não importar sua doutrina às cegas²⁷⁸, sem atentar ao ordenamento jurídico em que se está inserindo, ponderando seus efeitos práticos e principiológicos.

Assim, mesmo se tendo ciência de que é impossível eliminar todas as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais que podem existir, é preferível que haja norma expressa para disciplinar tal técnica processual, isto é, que preveja a possibilidade de extensão dos limites objetivos da coisa julgada à fundamentação da sentença, com estabelecimento de requisitos para sua ocorrência, se for o caso.

Tenta-se evitar, dessa forma, intermináveis rugas entre renomados juristas com várias interpretações, bem como entre os tribunais, como ocorre no caso italiano, em que se constatou quatro correntes doutrinárias majoritárias que interpretam de diferentes maneiras o artigo 34 do Código de Processo Civil da Itália, reverberando no direito aplicado.

²⁷⁷ Ainda assim, como já se ventilou, parcela da doutrina norte-americana é contrária à aplicação da *issue preclusion* por inúmeros motivos. Cf. FLANAGAN, James F. *Offensive collateral estoppel...*

²⁷⁸ A *issue preclusion* prevê inclusive expansão dos seus limites subjetivos (*offensive issue preclusion*), desde que respeitados certos requisitos, em que terceiros podem se beneficiar alegando a técnica processual em processo ulterior. Mesmo que seja criticada pela doutrina norte-americana, não se pode negar que o instituto é uma realidade processual, aplicado pelos tribunais pátrios. Para um estudo pormenorizado sobre o tema, Cf. PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada...* pp. 169-176; FLANAGAN, James F. *Offensive collateral estoppel...*; GIDI, Antônio. TESHEINER, José Maria Rosa. PRATES, Marília Zanella. *Limites objetivos da coisa julgada no projeto de código de processo civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 194, n. 6.

Nesse ponto, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro parece ter andado bem, estabelecendo certos requisitos no novel Código de Processo Civil para ampliar os limites objetivos da coisa julgada à motivação da sentença em algumas hipóteses, o que se passará a analisar a seguir, mas não sem antes realizar uma evolução histórica sobre o tema.

CAPÍTULO 4: QUESTÕES PREJUDICIAIS E COISA JULGADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

§ 9º Evolução do tema.

31. Coisa julgada e questões prejudiciais no Brasil: do Código de Processo Civil de 1939 ao de 2015.

O Código de Processo Civil brasileiro de 1939, numa nítida transposição do projeto processual italiano de 1926 (Carnelutti)²⁷⁹, dispunha em seu artigo 287 que “a sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas”. Logo em seguida, no parágrafo único, o mesmo dispositivo vinha a definir o que seria, para o sistema, questões decididas, esclarecendo que “considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão”.

A norma processual gerou intenso embate doutrinário, criando duas grandes vertentes: a ampliativa e a restritiva²⁸⁰. Grande parte da doutrina entendia que a motivação da sentença estaria acobertada pelo instituto da coisa julgada, da qual se destaca Francisco Pontes de Miranda (corrente ampliativa), sustentando, contudo, que só seria admissível tal possibilidade quando a prejudicial fosse questão necessária e consequente ao dispositivo expresso da sentença, não podendo haver julgamento implícito consequencial²⁸¹.

De outra banda, Enrico Tullio Liebman ostentava opinião diversa. Para o jurista estrangeiro, como o dispositivo brasileiro se tratava de uma cópia do projeto italiano de 1926, seu sentido deveria ser interpretado à luz do que propunham os idealizadores do Código da Itália, que não denotava a extensão da coisa julgada aos fundamentos da sentença.

Nessa esteira, dentro de uma linha claramente restritiva, o comentarista entendia que a coisa julgada deveria tão somente atacar a parte dispositiva da sentença, já que os limites

²⁷⁹ Para fins de cotejo, dispunha o artigo 290 do então Projeto: “La sentenza che decide totalmente o parzialmente una lite ha forza di legge nei limiti della lite e della questione decisa. Si considera decisa, anche se non sia risolta espressamente, ogni questione la cui risoluzione costituisca una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza”.

²⁸⁰ Para um excelente estudo sobre o tema, sintetizando todas as linhas doutrinárias da época e construindo a sua própria, cf. ALVIM, Thereza. *Questões prévias...* pp. 35-85.

²⁸¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, Tomo IV, 1959, pp. 98-100. Ainda que a seu modo, também era favorável à extensão da coisa julgada aos motivos da sentença, informando que se tratava de posição dominante entre a doutrina: BATISTA, Zótico. *Coisa Julgada*. In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, 2011, pp. 655 e ss.

da decisão do juiz deveriam ser de acordo com o pedido das partes, preservando-se, assim, o resultado prático e concreto do processo, embora reconhecesse que a motivação tem função essencial para determinar com exatidão o alcance do dispositivo. Liebman entendia ainda que as questões prejudiciais deveriam ser enfrentadas e decididas, desde que realizadas incidentalmente²⁸².

Continuando em uma visão restritiva do alcance do parágrafo único do artigo 287, José Frederico Marques atentou que não se poderia adotar a teoria ampliativa porque o artigo 4º do Código de Processo Civil de 1939²⁸³ se reduziria a um nada. Logo, apesar de reconhecer que os fundamentos da decisão não fizessem coisa julgada, seriam necessários para o seu devido esclarecimento²⁸⁴.

José Carlos Barbosa Moreira²⁸⁵, por sua vez, parecendo se basear nos estudos de José Frederico Marques, criticou as duas primeiras doutrinas citadas acima, mas ainda assim se filiava à corrente restritiva. Na visão deste jurista, deve-se sempre realizar uma leitura conjunta entre o parágrafo primeiro do artigo 287 e o artigo 4º, mormente a primeira parte, ambos do Código de Processo Civil de 1939, suprimindo, assim, a omissão constante no Diploma brasileiro quando da importação do artigo 290 do Projeto italiano de 1926.

Partindo do princípio que o *res iudicium deducta* estava limitado pelo objeto do pedido das partes, e utilizando-se dos termos de “julgamento implícito”²⁸⁶, o jurista carioca defende que o parágrafo único do artigo 287 não ampliava o alcance da coisa julgada a todas as questões prejudiciais, mas que reafirmava “o princípio segundo o qual permanece ela imune a ataques posteriores, quer com base em razões efetivamente deduzidas no processo, quer em outras que, podendo tê-lo sido, de fato não o foram”²⁸⁷, de acordo com os preceitos estabelecidos pelo artigo 4º do Código de Processo Civil em comento.

Ainda segundo tal jurista, dentro da sistemática da lei sob análise, as questões prejudiciais, desde que conhecidas *incidenter tantum*, ficariam abertas para uma reapreciação judicial em um novo processo, se assim fosse o caso. Só formariam coisa

²⁸² Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947, pp. 165-168. Concordando com o entendimento de Liebman, cf. NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 494; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* pp. 36-38.

²⁸³ CPC-39, Art. 4º. “O juiz não poderá pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, nem considerar exceções não propostas para as quais seja por lei reclamada a iniciativa da parte”.

²⁸⁴ Cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, pp. 48 e ss.

²⁸⁵ Cf. *Questões prejudiciais...* pp. 110-114.

²⁸⁶ Sérgio Gilberto Porto atenta que a técnica do julgamento implícito, originado na França, veio posteriormente a ser convencionalizada como eficácia preclusiva da coisa julgada por parte da doutrina. (*Coisa julgada civil...* pp. 90-91)

²⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais...* p. 114

julgada se houvesse dualidade de ações em *simultaneus processus*, ocasião em que a prejudicial seria apreciada em caráter *principaliter*.

Construção interessante foi a erigida por Thereza Alvim²⁸⁸, que contraria as lições expendidas por José Frederico Marques e Barbosa Moreira já mencionadas. Na sua ótica, a jurista entende que a concepção restritiva da coisa julgada iria de encontro ao texto expresso em lei, isto é, o disposto no parágrafo único do artigo 287, não caracterizando ainda qualquer violação ao artigo 4º do Diploma em comento.

Em apertada síntese, Thereza Alvim via no artigo 4º do Código de Processo Civil de 1939 a aplicação do princípio dispositivo, mas limitado ao que dispunha o parágrafo único do artigo 287 do referido *Codex*. Baseada nessa premissa, seria possível o alcance da coisa julgada a todas as questões decididas, inclusive fora do campo da lide, porquanto o autor, ao propor sua pretensão, fixa e pressupõe um ponto prejudicial de modo implícito, na medida em que for necessário para seu acolhimento no momento da decisão do juiz.

Quanto à jurisprudência formada na época, os tribunais pareciam ser titubeantes na linha interpretativa a ser seguida, mas, ainda assim, a maioria dos acórdãos proferidos se inclinavam à possibilidade de ampliar o alcance da coisa julgada à motivação da sentença, conforme, para fins de ilustração, se podia constatar nos julgados dos tribunais de São Paulo, Amazonas, Pernambuco, Distrito Federal, bem como no Tribunal Superior do Trabalho e no Supremo Tribunal Federal²⁸⁹.

Sem pretensões de discorrer sobre como os inúmeros comentaristas da época interpretavam a leitura do artigo 287, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1939, caminhou-se o suficiente para perceber que a problemática do referido dispositivo gravitava basicamente em torno de um questionamento: a que se referia a lei quando se falava em questões que constituem premissas necessárias da decisão?

Diante de tal questionamento, a doutrina e a jurisprudência se dividiram na linha interpretativa, enxergando ou não a possibilidade de formação de coisa julgada nos fundamentos da sentença. Os que entendiam por sua possibilidade (corrente majoritária), em uma linha ampliativa, agarravam-se nos conceitos trazidos por Friederich Von Savigny, que fazia uma diferenciação de motivação objetiva da subjetiva na sentença²⁹⁰.

²⁸⁸ *Questões prévias...* pp. 67-85

²⁸⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental...* p. 60.

²⁹⁰ Para um estudo mais acurado sobre a teoria engendrada por Savigny, cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental...* pp. 53 e ss.; ALVIM, Thereza. *Questões prévias...* pp. 43 e ss.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais...* pp. 79 e ss.

Ao revés, os que defendiam uma corrente restritiva, em linhas gerais, entendiam que o disposto no parágrafo único do artigo 287 do Código de Processo Civil de 1939 não dava margem para ampliar o alcance da coisa julgada aos motivos da sentença, sob pena de violar o princípio dispositivo, sobretudo após ser cotejado com o artigo 4º do referido Diploma.

Qualquer celeuma criada em torno da expansão dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais deixou de existir na publicação do Código de Processo Civil de 1973, que seguiu expressamente a visão restritiva. Aliás, era de se esperar que assim fosse, porque o relator de seu anteprojeto, Alfredo Buzaid²⁹¹, foi pupilo de Enrico Tullio Liebman, que tinha claro posicionamento em considerar apenas a parte dispositiva da sentença capaz de ser revestida pela autoridade de coisa julgada.

Inicialmente, uma leitura apressada do texto legal, poderia levar à conclusão de que teria o Código da década de 70 repetido o artigo 287 do seu predecessor, ao dispor que “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”, conforme se extrai do artigo 468, verificando certa semelhança entre os dispositivos em cotejo nessa primeira parte.

No entanto, logo em seguida, o artigo 469 do referido *Codex* dispunha expressamente em seu inciso I que não faziam coisa julgada “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”. Mais que isso, o inciso III estabelecia que se enquadrava nessa mesma regra “a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”²⁹².

A propósito, José Carlos Barbosa Moreira, quanto a tal dispositivo, alega a desnecessidade do texto em incluir a verdade dos fatos e as questões prejudiciais nos incisos subsequentes ao primeiro. É que, quando se diz que os motivos não fazem coisa julgada, obrigatoriamente estão incluídas as questões prejudiciais, porquanto são apreciadas quando da fundamentação da sentença (o mesmo raciocínio é utilizado para a verdade dos fatos). A visão restritiva, pelo o que se observa, é extremamente minuciosa na sistemática do Código Buzaid²⁹³.

O Código de Processo Civil de 1973, apesar de estabelecer dispositivos estáticos e fechados quanto à impossibilidade de as questões prejudiciais serem capazes de formar coisa

²⁹¹ O Código de 1973 é conhecido, inclusive, como Código Buzaid.

²⁹² O inciso II do artigo 469 do Código de Processo Civil, também determinava que não fazia coisa julgada “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”.

²⁹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil*. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 92.

julgada, era coerente, ao menos no plano teórico, com o sistema processual brasileiro pensado como um todo, o que não podia se dizer de seu predecessor.

Assim, ao crescer a expressão “nos limites da lide” no artigo 468, o Código determina que deve o julgador decidir nos termos em que essa foi proposta²⁹⁴. Vale ressaltar que, embora os resquícios do antigo código com suas problematizações e a previsão da expressão “das questões decididas” tenham subsistido, a doutrina em peso se assegurou em rechaçar qualquer teoria que tentasse permanecer com uma visão ampliativa do passado, ante à disposição expressa dos artigos 469 e 470 do Diploma de 1973²⁹⁵. Aliás, a literalidade da lei foi tão incisiva que não se verifica sequer julgados nos tribunais pátrios, após vigência do Código de Processo Civil de 1973, ampliando os limites objetivos da coisa julgada para os motivos da sentença²⁹⁶.

A expressão “nos limites da lide”, é novamente importação de outro Projeto de Código de Processo Civil italiano (Carnelutti), conforme disposto em seu artigo 300²⁹⁷. No entanto, a doutrina brasileira é firme em reconhecer tal termo em seu sentido sociológico e não em seu aspecto jurídico²⁹⁸, já que não é apresentado necessariamente um litígio perante o Estado-juiz, mas sim um pedido para concessão de uma tutela jurisdicional (uma tutela condenatória por um dano moral experimentado, por exemplo), além de nem sempre haver situações cujo processo se desenvolva através de uma lide exclusivamente entre as partes, pois o interesse do Estado pode vir à tona, como se verifica nos casos de invalidade de casamento por qualquer vício.

Dito isso, é momento então de relembrar as premissas sobre objeto do processo já delineadas no capítulo terceiro deste trabalho. Se a lide, nos termos em que o Código de

²⁹⁴ CPC-73: Art. 128. “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

²⁹⁵ Dentre vários que assim se posicionaram, cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental...* pp. 62-64; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...* pp. 244-245; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão...* pp. 81-85; MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 72-73; CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2004, n. 199, pp. 308-310.

²⁹⁶ Cf. NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto; BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 587-589.

²⁹⁷ Artigo 300 do Projeto Carnelutti: “La sentenza che decide totalmente o parzialmente una lite, ha forza di legge nei limiti della lite e della questione decisa. Si considera decisa, anche se non sia risoluta espressamente, ogni questione, la cui risoluzione costituisca una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza”. A segunda parte do artigo, como se pode perceber, não foi introduzida no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, o que foi decisão acertada, evitando os problemas do passado.

²⁹⁸ Quanto ao tema, desde a criação da teoria por Carnelutti até às suas modernas interpretações, Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* pp. 41-46; CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*. Parte 1 e 2. In: Rivista di diritto processuale civile. Pádua, 1928, pp. 03-22 e 89-98; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro...* p. 196.

1973 a inseriu, deve ser entendida em seu sentido sociológico, esta não pode ser confundida com o próprio mérito do processo, que irá se traduzir, a rigor, no pedido do autor, objeto do processo, entendimento este segundo as exponenciais lições de Cândido Rangel Dinamarco, aqui adotadas²⁹⁹.

Daí se fala que o magistrado, ao proferir sua sentença, deve-se basear no que efetivamente foi pedido pelas partes, cujo dispositivo da sentença conterà tão somente tais requerimentos. Assim, como se falou, para os conceitos que se adotou quanto ao objeto do processo, este será identificado pelo pedido do autor, salvo as hipóteses de sua ampliação, como ocorre, por exemplo, no oferecimento de reconvenção³⁰⁰ pelo réu, demonstrando que o sistema também quis dar proteção a este último³⁰¹.

É exatamente aí que irão se inserir os limites objetivos da coisa julgada³⁰², e o Código de Processo Civil, como se verificou, certificou-se que os motivos, a verdade dos fatos estabelecidos como fundamento da sentença e as questões prejudiciais decididas de forma *incidenter tantum* não estariam abrangidos pela *res judicata*, encontrando seus limites tão somente no dispositivo da sentença.

Em regra, ao ser deduzida pelo autor a pretensão processual perante o Estado-juiz, o magistrado, respeitando o princípio dispositivo, deverá prolatar sentença dentro dos limites estipulados pelo objeto do processo, qualquer que seja o tipo, isto é, condenatória, executiva, declaratória, mandamental ou constitutiva. E aqui não importa se a decisão concedeu ou não o pedido da parte, mas sim que sua pretensão processual foi objeto da sentença e essa, de acordo com o constante em sua parte dispositiva, foi revestida pela autoridade da coisa julgada.

Todas as questões resolvidas em caráter incidente em determinado processo apenas seriam premissas necessárias e antecedentes (motivos) para o juiz chegar a sua decisão final, sempre de acordo com o que autor definiu em seu pedido no momento de constituir o objeto do processo; esses motivos, malgrado importantes para delimitação do conteúdo e alcance

²⁹⁹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito...* pp. 344-348.

³⁰⁰ CPC-73: Art. 315. “O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”.

³⁰¹ Lembre-se que para alguma parcela da doutrina, o simples oferecimento da defesa do réu já seria suficiente para ampliação do objeto do processo, caracterizando uma posição muito mais forte e importante para a parte que ostentava a condição de réu. Nesse sentido, cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa...* pp. 249-258.

³⁰² Liebman já dizia que os limites objetivos da coisa julgada deviam ser limitados pelo objeto do processo: “(...) para identificar o objeto (sentido técnico) do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário considerar que a sentença representa a resposta do juiz aos pedidos das partes e que por isso (prescindindo da hipótese excepcional de decisão *extra petita*) tem ela os mesmos limites desses pedidos, que ministram, assim, o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada”. (*Eficácia e autoridade da sentença...* p. 57)

da sentença³⁰³, não poderiam fazer coisa julgada, porque não integrantes ao dispositivo da sentença e o ordenamento jurídico foi claro ao restringir seus limites objetivos a este último.

Por tudo quanto fora exposto, o estudo encontra-se maduro o suficiente para entender que, a rigor, o Código Buzaid continha a seguinte sistemática: Se a parte A, autor, requeresse X ao Estado-juiz, este ficaria limitado a apreciar X em sua sentença. Se a mesma parte A quisesse ver decidido um pedido diverso (Y, W e Z, por exemplo), deveria expressamente fazer pedido específico quanto a tais questões, a fim de receber uma tutela definitiva e imutável sobre estas, sendo procedentes ou não.

O sistema, portanto, não dava azo para estender os limites objetivos da coisa julgada além do dispositivo da sentença; como consequência, as partes sabiam exatamente as consequências de seus pedidos apreciados pela sentença, tendo a segurança do que realmente poderia ou não ser objeto de análise posterior.

Isso poderia trazer, é verdade, resultados não muito lógicos, mas que seriam perfeitamente práticos. Como dito pela doutrina, “o confinamento da autoridade da coisa julgada à parte dispositiva da sentença é inerente à própria natureza do instituto e à sua finalidade de evitar conflitos práticos de julgados, não meros conflitos teóricos”³⁰⁴. Nesse ponto, contradições lógicas, que porventura exsurjam dentro da sistemática do antigo código, são aceitáveis.

Como ilustração do que foi explicado, pense-se no caso em que autor A pretenda o pagamento de uma suposta prestação vencida em face do réu B. Contestada a inicial, o réu tenha alegado a nulidade do contrato por qualquer vício. No momento de prolatar a sentença, embora seja obrigatório analisar a questão levantada pelo réu sobre o contrato ser nulo ou não, tal comando não integrará o dispositivo da sentença e, por consequência, não formará coisa julgada. Logo, seria plenamente possível que em uma nova demanda fosse discutido se o mesmo contrato é nulo ou não.

Não se pode dizer, contudo, que o processo, na visão da sistemática do Código de Processo Civil de 1973, era concebido de forma extremamente formalista, engessando a

³⁰³ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* p. 31; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença...* p. 58; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental...* p. 64.

³⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil...* v. 3, pp. 318-319. No mesmo sentido, Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença...* p. 57; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil...*, v.2, p. 497-498.

posição das partes em suas pretensões e em nada se utilizando de um sistema instrumentalista ou teleológico, típico das sociedades contemporâneas³⁰⁵.

Haviam técnicas processuais que possibilitavam às partes a ampliação do objeto do processo, conferindo a efetividade e economia processual necessária, como se podia observar nas hipóteses de declarações incidentes. O ordenamento jurídico, portanto, assegurava às partes a resolução de questões prejudiciais com efetiva formação de coisa julgada, evitando possíveis contradições lógicas; mas para isso ocorrer, repise-se, necessitava-se de efetiva provocação da jurisdição, com expressa decisão pelo magistrado a respeito.

É dizer que o mecanismo apto a eliminar as incertezas e possíveis contradições oriundas do fechado – mas coerente – sistema processual civil brasileiro à época do Código publicado em 1973 é a ação declaratória incidental, por meio da qual “operar-se-á a ampliação do objeto do pedido; e a questão prejudicial, que poderia constituir objeto de processo autônomo, terá sido declarada dentro de ação que verse sobre outro estado ou relação jurídica, de forma que a ela também se estenda a autoridade da coisa julgada”³⁰⁶.

Para entender o exato campo de atuação da ação declaratória incidental permitida no Código Buzaid, deve-se fazer uma leitura conjunta dos seus artigos 470, 325 e 5º. O primeiro dispositivo citado prevê a hipótese de formação de coisa julgada às questões prejudiciais, desde que haja exposto pedido da parte, nos termos do artigo 5º e 325, que o juiz seja competente em razão da matéria e que a prejudicialidade apresentada seja pressuposto necessário para o deslinde da causa.

O artigo 5º do Diploma em comento, por sua vez, estabelecia que “se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença”.

A técnica processual fechava quando se consultava o previsto no artigo 325 do Código de Processo Civil de 1973³⁰⁷, hipótese de “declaração incidente”, tal como disposto na Seção II, do Capítulo IV, do Título VIII. Nesse específico caso, o legislador previa que, após a contestação oferecida pelo réu, o autor poderia ampliar o objeto do processo sempre

³⁰⁵ Sobre formalismo e instrumentalismo do processo, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2013; ALVARO DE OLIVEIRA. Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* p. 58.

³⁰⁷ “Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º) ”.

que surgisse questão que, da declaração da existência ou inexistência do direito, dependia o julgamento da causa principal.

Nesse diapasão, utilizava-se o autor de uma técnica incidental e autônoma à demanda principal, em que deveria ser proferida decisão incidente (artigo 5º - CPC/73), resultando em um novo capítulo de sentença³⁰⁸ com efetiva formação de coisa julgada, desde que respeitados os outros requisitos dispostos no artigo 460 do Diploma de 1973.

O exemplo clássico da doutrina era a ação de alimentos em que, por manejo de ação declaratória incidental, se alegava a necessidade de investigação de paternidade. O resultado proveniente da questão prejudicial levantada incidentalmente (ser pai ou não da criança), condicionaria o teor em que a demanda principal deveria ser decidida (dever de prestar alimentos).

Mas, utilizando-se do exemplo citado mais atrás, isto é, no caso de alegação de nulidade contratual em uma demanda visando ressarcimento de parcela, em nada se alteraria o pensamento até aqui construído: uma vez proposta ação declaratória incidental visando a declaração da existência ou não de nulidade, tal questão irá condicionar o sentido em que a demanda principal deve ser decidida. Mais que isso, uma vez decidido que o contrato é nulo ou não, tal questão não poderá ser rediscutida posteriormente, porquanto revestida da autoridade da coisa julgada.

Essa era, em suma, a sistemática criada pelo Código de Processo Civil 1973, que, ao mesmo tempo em que se demonstrava extremamente restritivo quanto aos limites objetivos da coisa julgada em nítido respeito ao princípio dispositivo, era coerente dentro do que se propunha e possibilitava às partes segurança, sem descuidar da efetividade e celeridade processual com a adoção de certas técnicas. Assim permaneceu por décadas, até que ares de mudança começaram a surgir entre a doutrina brasileira, notadamente após influência estrangeira.

Talvez um dos comentaristas que melhor tenha tratado e sistematizado o tema sobre a possibilidade de a coisa julgada abarcar os motivos da sentença no Brasil à época seja Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, ao apresentar sua tese de doutorado intitulada “Limites Objetivos e Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada” perante a Universidade do Largo de São Francisco, ainda em 2010, posteriormente publicada³⁰⁹.

³⁰⁸ Sobre o tema, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

³⁰⁹ Cf. *Limites objetivos...* pp. 66-81.

Em apertada síntese, alega o autor que o sistema brasileiro criado pelo Código de Processo Civil de 1973, ao restringir os limites objetivos da coisa julgada tão somente ao dispositivo da sentença, se demonstrava incompatível com a natureza pública do processo, porquanto caracterizado por uma postura excessivamente liberal e individualista, não observando assim o princípio da economia processual, notadamente após a inserção do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal. Aduz ainda que o ordenamento jurídico gerava várias hipóteses de insegurança jurídica, listando exemplos que o perigo de se limitar a coisa julgada ao dispositivo da sentença poderia causar.

Mais que isso, se é verdade que a grande justificativa da corrente restritiva adotada pelo código pretérito é o zelo ao princípio da demanda, essa não resistiria a uma análise mais acurada. Ao conceber o sistema como um todo, a extensão da coisa julgada à motivação da sentença se tornaria perfeitamente conciliável com tal princípio, pois a parte, ao definir as causas de pedir e pedido de sua demanda, ainda agirá dentro de sua liberdade individual, e o juiz permanecerá circunscrito aos limites impostos por esta última. Assim, sem alterar a essência da atividade jurisdicional, ao se possibilitar o alcance aos fundamentos da sentença, respeitados certos requisitos, aproveitar-se-ia melhor o conteúdo da decisão.

Arremata o comentarista que “(o)s 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 trazer for a que melhor atenda ao *due process of law*”³¹⁰.

Bruno Lopes não foi voz solitária nesse entendimento e sequer o primeiro a levantar tal problemática. José Roberto dos Santos Bedaque já tinha entendido, por exemplo, que deveria ficar imunizada pela coisa julgada a decisão que aprecia *incidenter tantum* uma questão de natureza substancial, exposta como exceção de pré-executividade, alegando que o juiz, em tais hipóteses, realiza cognição suficiente para decidi-la, indicando a existência ou não de crédito³¹¹.

O tema também não escapou da análise crítica e precisa de Antônio do Passo Cabral, que, sob o pretexto de também rotular o sistema nacional como excessivamente privatista e estático, entende ser necessário se afastar dos conceitos impostos sobre a coisa julgada pelo

³¹⁰ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* p. 79.

³¹¹ 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: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 372-373.

sistema europeu, a fim de se adequar ao dinamismo que as sociedades contemporâneas requerem³¹².

É dentro desse contexto que o Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015 foi lançado, cujo trabalhos de sua comissão pautaram-se por, precipuamente, cinco objetivos: “1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”³¹³.

Da análise dos objetivos constantes na exposição de motivos do referido anteprojeto do Código de Processo Civil brasileiro, depreende-se que a extensão dos limites objetivos da coisa julgada é tema que toca no estabelecimento de uma sintonia fina com a Constituição Federal (primeiro objetivo) e de dar todo rendimento possível ao processo em si considerado (quarto objetivo).

Se é verdade que não se pode mais conceber um processo civil sem antes atentar aos dispositivos constitucionais, razão pela qual se fala em um modelo constitucionalista do processo³¹⁴, a possibilidade de se alcançar os motivos da sentença como capazes de serem revestidos pela autoridade da coisa julgada é medida que respeita o disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna, conferindo maior efetividade processual.

E é consequência disso a aptidão de dar maior rendimento a cada um dos processos individualmente considerados, a teor do objetivo quarto da exposição de motivos aqui indicada. Dessa forma, o Código de Processo Civil de 2015 andou bem ao estabelecer em seu artigo 503, parágrafo 1º, a possibilidade das questões prejudiciais formarem coisa julgada³¹⁵.

Mas, antes de dissecar a providencial novidade introduzida, mister se faz ter noções gerais sobre o tema da coisa julgada tal como tratado no novel Diploma, para depois

³¹² Cf. CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas...* pp. 150-162.

³¹³ Conforme exposição de motivos.

³¹⁴ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *O modelo constitucional de direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. In: *Processo Civil – novas tendências: homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, pp. 157-166.

³¹⁵ Alguma parte da doutrina, entretanto, não viu com bons olhos a mudança pelo legislador: Cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil...*, v. 2, pp. 330 e ss.

ingressar no tema das questões prejudiciais e a possibilidade de sua imutabilidade por ocorrência da coisa julgada.

O *caput* do artigo 503 do vigente Código de Processo Civil dispõe que “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”. Retira-se, dessa forma, os termos “lide” e “limites da lide” do seu antecessor, dando lugar, respectivamente, ao “mérito”, terminologia essa mais consentânea com os conceitos de objeto do processo, e “questão principal decidida de forma expressa”, expurgando qualquer tipo de dúvida que poderia existir sobre qual questão estaria se falando e o seu conseqüente alcance.

Logo em seguida, e aí está a grande novidade, o Diploma prevê que “o disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo”, desde que “dessa resolução depender o julgamento do mérito” (inciso I), “a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia” (inciso II) e “o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal” (inciso III).

O parágrafo 2º do artigo 503 já traz uma limitação às hipóteses de aplicação do parágrafo anterior, todas as vezes que “o processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”.

Dessa forma, percebe-se que o código de 2015 rompe com o chamado sistema estático e privatista, trazendo fulcrais mudanças, segundo influências experimentadas por ordenamentos jurídicos estrangeiros. Estabelece-se a possibilidade de a coisa julgada abarcar a motivação da sentença, desde que respeitados certos requisitos, verificando-se, como já ventilado, a ocorrência de um sistema intermédio.

§ 10 Sistemática proposta pelo Código de Processo Civil de 2015.

32. Requisitos para a incidência da coisa julgada na questão prejudicial.

O Código de Processo Civil de 2015 prevê a possibilidade de se conferir autoridade de coisa julgada às questões prejudiciais. Para tanto, tal como na maioria dos sistemas citados no capítulo 3, requisitos devem ser preenchidos e de forma cumulativa³¹⁶, isto é, não

³¹⁶ O enunciado 313 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis é nesse sentido: “São cumulativos os pressupostos previstos nos § 1º e seus incisos, observado o § 2º do art. 503”.

sendo constatado, na espécie, ao menos um dos pressupostos contidos no referido diploma processual, não será possível se concretizar a técnica aqui citada.

Dessa forma, seis requisitos, que serão devidamente aprofundados a seguir, são necessários para que seja possível a formação da coisa julgada às questões prejudiciais, quais sejam: a) questão prejudicial ao mérito; b) decisão expressa sobre questão incidente; c) necessidade de dependência da prejudicial para julgamento de mérito; d) existência de contraditório prévio e efetivo; e) competência do juízo em razão da matéria e da pessoa; e f) necessidade de cognição exauriente sobre a prejudicial.

Todos esses pressupostos podem ser extraídos da leitura em conjunto dos artigos 503 e 504 do Código de Processo Civil, de modo que, dada a importância e a intensa remissão aos mesmos ao decorrer dos tópicos seguintes, torna-se essencial transcrevê-los abaixo:

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

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

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

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

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

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

Art. 504. Não fazem coisa julgada:

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

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

Para se ter exata compreensão da novidade trazida pelo código processual de 2015, os conceitos de prejudicialidade externa, interna e de questão prejudicial devem estar bem definidos, tal como dispostos no primeiro capítulo, para onde se remete a leitura.

A hipótese do artigo 503, § 1º, do Diploma em comento toca notadamente na prejudicialidade interna, relativas às questões enfrentadas incidentemente, malgrado haja certos pontos de estrangulamento com a prejudicial surgida em processo subsequente, distinções essas que serão oportunamente esclarecidas mais a frente.

33. Questão prejudicial ao mérito.

O primeiro requisito para fazer valer a autoridade de coisa julgada a uma questão prejudicial é que ela seja relativa ao mérito. Diante de tal assertiva, encontrada em uma

leitura conjunta do parágrafo § 1º com o inciso I do artigo 503 do Código de Processo Civil, depreende-se que deve haver uma questão e que esta se apresente como prejudicial relativamente ao mérito.

Questão sim, porque o ponto prejudicial despontado na demanda deve ser controvertido entre as partes, tornando-se efetiva questão prejudicial, conforme conceitos já delineados sobre causa, ponto e questão prejudicial no item 5, supra. Se somente existir um ponto prejudicial na demanda, que não foi atacado e discutido pela parte adversa, impossível a ocorrência de coisa julgada³¹⁷.

A legislação também exige a figura da prejudicialidade, em que uma questão se apresente como antecedente lógico que influa sobremaneira no deslinde do mérito, ou seja, o magistrado, no anel lógico formado, não poderá prosseguir para seu provimento judicial sem antes resolver a questão-meio apresentada. Daí o porquê de o Código de Processo Civil exigir que a sua resolução dependa de julgamento do mérito. Nada impede, é verdade, que tal questão possa se apresentar em uma demanda autônoma, mas nesse caso não será necessária a utilização da técnica processual sob análise.

Também se depreende do dispositivo legal que está excluída a outra espécie do gênero questões prévias, a saber, as questões preliminares. Assim andou bem o legislador, já que estas últimas não tem o condão de influenciar o teor da decisão, mas tão somente o seu ser, razão pela qual as hipóteses legais citadas sequer poderiam se aplicar.³¹⁸

Pela intelecção extraída dos artigos 502 e 503 do Código de Processo Civil, a possibilidade de formação de coisa julgada em questões prejudiciais encamparia até mesmo decisões interlocutórias, decisões monocráticas de relator e acórdão, além da própria sentença³¹⁹. É que em ambos os dispositivos a lei empregou a terminologia “decisão” de

³¹⁷ M.Y. Minami e Ravi Peixoto sustentam a não necessidade e pouco utilidade da distinção tradicional entre ponto e questão, de modo que, por questão, deve-se entender como temas que necessitam ser decididos pelo juiz, seja ele controvertido ou não, ao passo que o ponto pode ser perfeitamente ignorado (*Da questão prejudicial incidental constitucional no STF e o novo regime da coisa julgada*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 263, jan./2017, item 4.1). Embora não seja o posicionamento aqui adotado, tal entendimento reverbera no modo de configuração dos pressupostos do artigo 503, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil.

³¹⁸ Alguma parte da doutrina entende o Código de Processo Civil teria sido impreciso com a expressão “questões prejudiciais”, pois, quis dizer, na verdade, “questões prévias”. Nesse sentido: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, v. 2, 2016, pp. 432 e ss.

³¹⁹ Nesse sentido: NERY JR., Nelson; NERY; Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado...* p. 1.320; CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao código de processo civil*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier et al. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 1.425-1.426.; DIDIER JR., Fredie. *Comentários ao novo código de processo civil*. Coord. Antônio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 760.

mérito, deixando muito clara a opção pela utilização do gênero das quais sentença, decisão interlocutória e acórdão são espécies.

Aliás, o novel diploma processual quis dar especial ênfase na possibilidade de haver resolução de mérito, mesmo que seja sobre determinada parcela do processo, razão pela qual é possível haver mérito em caso de decisões interlocutórias³²⁰. Assim se verifica nos artigos 354, parágrafo único (julgamento conforme o estado do processo), 356 (julgamento antecipado parcial do mérito) e 1.015, inciso II (hipótese de cabimento de agravo de instrumento contra decisões de mérito), todos do Código de Processo Civil, os quais, mesmo não pondo fim à demanda, são constituídas de conteúdo meritório³²¹, desafiando, inclusive, o recurso de agravo de instrumento³²², ao invés da apelação.

Imagine-se, por exemplo, que a parte autora ingresse com uma demanda cumulando pedidos de pensão alimentícia (A), regulamentação de guarda com direito de visitas (B) e partilha de bens (C). Ao oferecer contestação, dentre outras defesas, o réu alega não reconhecer a paternidade do menor (D), um dos autores da demanda, representado pela genitora. Ao se manifestar sobre a contestação, a parte autora alega que o réu é efetivamente o pai do menor em comento, juntando documentos irrefutáveis nesse sentido.

Em tal situação hipotética, o argumento D se torna ponto controvertido, autorizando a utilização do termo técnico questão. Também se demonstrará prejudicial tanto à assertiva A quanto à B, tendo em vista que influenciará o teor da decisão a ser tomada pelo magistrado. É dizer, uma vez não reconhecida a paternidade do réu, não haveria que se falar em dever de pagamento de prestação alimentícia, tampouco regulamentação de guarda e direito de visitas.

Entretanto, caso reconhecida a paternidade, o julgador estará autorizado a apreciar os itens A e B, conforme o decidido incidentalmente em D. Pode ocorrer, então, que os itens A e B se mostrem incontroversos e estejam em condições de julgamento, isto é, não haja mais necessidade de produção de provas, oportunidade em que o juiz pode julgar antecipadamente o mérito³²³ quanto a eles, o que não significa existir possibilidade ainda

³²⁰ Alguma parte da doutrina entende que não é possível formação de coisa julgada, qualquer que seja o regime, em hipótese de decisão parcial de mérito (Cf. TORRES, Artur. *Sentença, coisa julgada e recursos cíveis codificados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017, pp. 61-65)

³²¹ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao novo código de processo civil*. Coord. Antônio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 343; FARIA, Marcela Kohlbach de. *A coisa julgada (e a sua relativização) no novo código de processo civil (lei n. 13.105/2015)*. In: Reflexões sobre o novo código de processo civil. Coord. Carlos Roberto Jatahy, Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Luiz Roberto Ayoub. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016, pp. 296-299.

³²² Se, obviamente, a questão prejudicial for decidida juntamente com a principal (prejudicada) por ocasião da sentença, como é possível, caberá, a depender do caso concreto, recurso de apelação (vide item 49, infra).

³²³ Cássio Scarpinella Bueno vaticina que a presente técnica processual rompe “*de lege lata*, com o que alguns chamam de ‘princípio da unicidade do julgamento’ ou ‘da sentença’”. É técnica importante para, sempre

para decidir sobre o item C. Mesmo não havendo sentença, o provimento judicial que põe fim à fase cognitiva do processo, verificou-se a formação de coisa julgada de questão prejudicial decidida por ocasião de decisão interlocutória³²⁴.

34. Segue: questão de fato e questão de direito. Relações jurídicas.

A referida questão pode se apresentar no processo como de fato ou de direito; nessa primeira “discutem-se os eventos naturais ou as ações humanas de que originaram os direitos e as obrigações cuja atuação se pretende alcançar no processo”, ao passo que, na última, “trava-se discussão apenas sobre a lei ou a norma jurídica cuja aplicação se reclama para compor o conflito”³²⁵.

Sabe-se que, em sistemas de *common law*, a *issue preclusion* do direito norte-americano, *e.g.*, tem o condão de encampar não só as questões de direito – com exceção das chamadas questões puras de direito –, mas também a parte fática do que foi debatido entre as partes e efetivamente decidido (vide item 23, *supra*).

O Código de Processo Civil brasileiro, contudo, não foi tão ousado. É extirpada a possibilidade de os fatos estarem abarcados pela coisa julgada³²⁶, não havendo mudança quanto ao seu antecessor, conforme estabelecido no artigo 504, inciso II³²⁷. Assim, não faz coisa julgada, por exemplo, a premissa utilizada pelo julgador de que o réu avançou sinal vermelho embriagado, necessária para fundamentar a condenação deste último na reparação de danos morais e materiais ao autor.

viabilizando o inafastável diálogo entre os planos material e processual, otimizar o procedimento, flexibilizando-o na perspectiva de efetivação da tutela jurisdicional na medida em que ela já possa ser prestada, ainda que em parte”. In: *Comentários ao novo código de processo civil*. Coord. Antônio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 557.

³²⁴ Sem prejuízo do exemplo aqui citado, imagine-se uma ação de despejo cumulada com outros pedidos. A esse respeito, o Enunciado 513 do Fórum Permanente de Processualista Civis: “Postulado o despejo em cumulação com outro(s) pedido(s), e estando presentes os requisitos exigidos pelo art. 356, o juiz deve julgar parcialmente o mérito de forma antecipada, para determinar a desocupação do imóvel locado”.

³²⁵ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1, n. 809, p. 1.172;

³²⁶ Adiante-se que o Código traz a exceção somente quando se tratar de falsidade documental, ocasião em que será necessário manejar uma ação declaratória incidental para tanto. O tema é tratado, com maior riqueza de detalhes, nos itens 45 e 47, *infra*.

³²⁷ A justificativa para tanto pode ser sintetizada a seguir: “A verdade dos fatos escapa dessa eficácia de imutabilidade em função de que ditada por amplo subjetivismo do juiz na análise do material cognitivo. O que se revela verdade para um juízo pode não o ser para outro, não havendo qualquer instrumento jurídico processual capaz de revestir essa verdade com a força da coisa julgada”. FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*... p. 658.

Alguma parte da doutrina pátria³²⁸, todavia, entende que o legislador poderia ter sido mais preciso e efetivo com a finalidade que o novo diploma quer empregar ao processo, isto é, evitar novas discussões e decisões conflitantes, culminando em segurança jurídica e paz social. Dentro dessa sistemática, a possibilidade de imunizar as questões fáticas surgidas em determinado caso seria possível e, sobretudo, desejável.

Isto porque a ocorrência do *error in iudicando* poderia se dar mesmo no convencimento dos fatos. Assim, considere-se uma demanda de obrigação de fazer decorrente de um instrumento particular avençado, em que o réu alegue nulidade do contrato por vício de coação – questão prejudicial ao mérito do caso – e houvesse reconhecimento de vício, com efetiva formação de coisa julgada, a teor do artigo 503, § 1º, do Código de Processo Civil.

A questão imunizada aqui é a “nulidade do contrato por vício de coação”, impossibilitando a nova propositura de uma ação objetivando o adimplemento do contrato por qualquer outro motivo. A situação fática extraída de questão, isto é, a coação sofrida pelo réu na primeira demanda, não estaria abarcada pela autoridade da coisa julgada, por expressa vedação legal.

Se este mesmo réu, agora em posição de autor, manejasse ação de danos morais em face do agente pela coação sofrida no momento da finalização do contrato, teria de perpassar por toda fase probatória e de instrução processual, retomando à busca de que efetivamente houve coação – argumento este reconhecido na decisão do primeiro processo – com a possibilidade de haver decisão de improcedência, dentre outros motivos, pela inoccorrência de coação³²⁹.

Em que pese a possibilidade de haver uma decisão contraditória – hipótese que, é verdade, o novo modelo processual civil pretende evitar –, nada impede que a sentença proferida no primeiro processo seja apresentada no segundo como fonte de prova, indicando que a coação (matéria fática) tenha realmente ocorrido³³⁰.

É certo também que aqui a primeira sentença não poderá ser apresentada como uma causa prejudicial, influenciando o teor da decisão do julgador do segundo processo, mas

³²⁸ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Os limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil...* Item 4.8

³²⁹ O exemplo, com devidas adaptações aqui realizadas, é dado pelo autor da nota de rodapé acima.

³³⁰ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 908-909.

nada obsta sua utilização como prova indireta do fato ocorrido³³¹, evitando, ao máximo, a ocorrência de decisão conflitante e garantindo a segurança jurídica tão desejada pelo novel Código de Processo Civil, tendo em vista que a esta última “basta a indiscutibilidade da atribuição do efeito jurídico ao vitorioso. Assim, os fatos que originaram o litígio podem (e devem) ser avaliados diferentemente em outro processo e por outro órgão judiciário”³³².

Em outro prisma, poderia ser possível até que a referida ação de dano moral fosse contemporânea à de obrigação de fazer, em que se tivesse ventilado a hipótese de nulidade contratual por vício de coação (apresentada como questão prejudicial). Nessa hipótese, técnicas processuais existem que possibilitam a segurança jurídica necessária, evitando decisões conflitantes, como a conexão de processos, dispostas nos artigos 55 e 56, ou pela própria suspensão de processo por prejudicialidade³³³, disposta no artigo 313, V, todos do Código de Processo Civil³³⁴.

Dessa forma, não é que a opção do legislador tenha sido equivocada ao não prever a possibilidade de imunizar as questões fáticas, mas, ao menos em uma análise dos primeiros passos do diploma processual de 2015, parece demonstrar que é coerente dentro de sua proposição, malgrado serem valiosas as reflexões da doutrina aqui citada.

A doutrina mais antiga já identificava que as questões de fato e as de direito não integravam a coisa julgada, uma vez que essa só atingiria o objetivo litigioso do processo³³⁵. Afinal, o artigo 469, inciso I, do Código Buzaid, estabelecia que os motivos (aqui incluídas as questões de fato) não poderiam fazer coisa julgada, ainda que necessários para determinar o dispositivo da sentença³³⁶, texto esse que foi repetido no Código de 2015, conforme artigo

³³¹ Piero Calamandrei já (*La sentenza civile como mezzo di prova*. Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, v. 5, 1965, pp. 573 e 577).

³³² ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2015, p. 1445. Lênio Luiz Streck e Leonardo Ziesemer Schmitz pontuam que a correlação entre coisa julgada e a verdade dos fatos e decisões injustas sempre permearam as preocupações dos antigos doutrinadores. No entanto, tais discussões não têm razão de ser, pois “não é que não haja sentenças injustas - e as há, sem dúvida -, mas a preocupação do instituto da coisa julgada é de ordem diversa. A decisão vale, isto é, tem força de lei, por sua própria autoridade, e não pelos bons motivos que a justificam”. (*Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 718-719).

³³³ Aqui se teria hipótese de prejudicialidade externa. Videm item 16.

³³⁴ Quanto ao tema, Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* pp. 80-88 e 123. Vide, ainda, item 17, supra.

³³⁵ Cf. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9ª Ed., Campinas: Millenium, 2003, v. 2, p. 524.

³³⁶ Vide item 31, supra. Era essa a razão, inclusive, para edição da Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal: “Decisão que declara inexistência da cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

504, inciso II, não havendo aplicação, dessa forma, da teoria dos motivos determinantes³³⁷. A disposição do artigo 503, § 1º, do código de 2015, como se viu, rompe com tal ideia.

A doutrina atual tende a considerar que, em se tratando de questões prejudiciais, “a coisa julgada se limita à existência, inexistência ou modo de ser de situação jurídica, e à autenticidade ou falsidade de documento, ou seja, às hipóteses em que é cabível a tutela meramente declaratória”³³⁸. Deve ser considerada, dentro dessa ótica, a relação jurídica formada³³⁹, mas também, ao menos em alguma medida, as questões de direito, que podem perfeitamente integrar a autoridade da *res judicata*.

Basta imaginar, por exemplo, o caso citado acima, isto é, o reconhecimento da validade de um contrato necessário para prosseguimento da decisão de obrigação de fazer resultante do avençado entre as partes. O *decisum* sobre ser o contrato válido ou não é notadamente questão de direito.

Questão interessante é a que dispõe sobre decisão que declara inconstitucionalidade. Alguns comentaristas³⁴⁰ defendem a possibilidade de ocorrência da coisa julgada na declaração de inconstitucionalidade, desde que sejam preenchidos os requisitos do artigo 503, § 1º, do Código de Processo Civil, observando, notadamente, a questão da competência.

Imagine-se que seja editada lei estadual prevendo exclusão de determinado servidor por algum motivo. Após amplo debate entre as partes, já em sede de apelação, em que é requerido o retorno do servidor por inoccorrência das hipóteses previstas na lei, é arguida também inconstitucionalidade de tal diploma em razão de clara ofensa à Constituição Estadual respectiva.

Em realidade, a observância da constitucionalidade, em tal caso hipotético, toca na existência de uma questão preliminar, não exatamente uma questão prejudicial³⁴¹. É que,

³³⁷ NERY JR., Nelson; NERY; Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado...* p. 1.230. Alguns parte dos constitucionalistas entende que no controle concentrado de constitucionalidade os motivos determinantes se tornariam indiscutíveis e imutáveis, razão pela qual se utiliza a tese da transcendência dos motivos determinantes. Embora seja uma discussão ainda válida na doutrina, o Supremo Tribunal Federal não admite mais sua utilização, não sendo mais possível existir a autoridade de coisa julgada em tais casos (Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª Ed., Salvador: Juspodvim, 2016, item 25.6).

³³⁸ É o teor do enunciado 437 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis, expressando bem o entendimento, pelo menos em sua maioria, em meio à doutrina.

³³⁹ Cf. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil...* v. 1, n. 809, p. 1.172; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 12ª Ed., Salvador: Juspodvim, 2017, v. 2, p. 605; REDONDO, Bruno Garcia. *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo cpc*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 248, out. 2015, pp. 43-67.

³⁴⁰ Vide, e.g., NERY JR., Nelson; NERY; Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado...* p. 1.232.

³⁴¹ Vide item 6, supra.

uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da lei, o magistrado estará impedido de analisar a questão posterior. Se, por outro lado, reconhecer sua constitucionalidade, tal premissa não terá o condão de influir no teor da decisão principal, diferentemente, *mutatis mutandis*, de uma ação de alimentos, em que se alegue incidentalmente a ausência de paternidade do genitor, mas que é reconhecida pelo magistrado.

Nessa esteira, uma vez não verificada a questão prejudicial, segundo os conceitos já delineados no capítulo 2 do presente trabalho, não há que se falar em ocorrência de coisa julgada. A própria discussão sobre a possibilidade ou não de formação de coisa julgada se torna despicienda, porquanto é hipótese de questão preliminar, que não foi contemplada pelo Código de Processo Civil.

Em uma última análise do presente tópico, deve-se entender que não estarão compreendidas aqui as questões que se apresentem como *ratio decidendi*, isto é, a tese jurídica extraída no caso concreto, ainda que estejam compreendidas na motivação da sentença. Assim, *e.g.*, não fará coisa julgada o reconhecimento *in re ipsa* de dano moral por descumprimento de determinado contrato.

35. Decisão expressa sobre a questão incidente.

A novidade com o advento do Código de Processo Civil de 2015 também reclama que a questão prejudicial seja analisada incidentalmente no processo e que haja decisão expressa pelo magistrado quando do julgamento do mérito, seja ele parcial ou final.

Segundo autorizada doutrina³⁴², quando se utiliza a linguagem *incidente*, deve se ter em mente que, em direito processual, podem existir quatro figuras relacionadas, a saber, questão incidente, incidente processual, demanda incidente e processo incidente, as quais precisam das devidas diferenciações, a fim de se saber sobre qual instituto utilizar no caso concreto.

O incidente processual surge em determinado processo para resolver questão interna, não podendo integrar relação jurídica processual própria, mas é necessário em razão da complexidade e por ser integrante do juízo de admissibilidade do processo, que prestigia a adoção de procedimento específico para sua análise. É o caso, *e.g.*, de algumas intervenções de terceiros, tal como a assistência simples (artigo 119 a 123 do Código de Processo Civil),

³⁴² Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* pp. 100-106.

bem como das exceções de suspeição e impedimento, encontradas nos artigos 144 a 146³⁴³ da referida lei processual³⁴⁴.

Já a demanda incidente é caracterizada pela existência superveniente de uma demanda em outra já existente, ampliando o objeto do processo, capaz de, por si só, ser objeto de ação autônoma, mas vinculada ao juízo da primeira, tendo em vista a prevenção operada. O exemplo mais típico é a reconvenção, mas pode se citar, de igual modo, a liquidação de sentença, a oposição e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, depreendendo-se que a hipótese de demanda incidente pode ocorrer não só na fase de conhecimento, mas também na de execução.

A propósito, a extinta ação declaratória incidental, ao menos como era prevista no Código de Processo Civil de 1973, era hipótese clara de demanda incidente, cuja destinação era notadamente a resolução de uma questão prejudicial despontada nos autos, com a finalidade de formação da coisa julgada. Como já se pôde perceber até aqui, o Código de 2015 prevê outro tratamento para as questões prejudiciais surgidas em determinado processo.

Processo incidente haverá quando uma demanda incidente tiver o condão de gerar uma nova relação jurídica processual, exigindo, portanto, um novo ato citatório, bem como sendo capaz produzir efeitos no primeiro processo, ao qual está vinculado. É o caso dos embargos de terceiro e embargos à execução. Nesse último exemplo, se se utilizar uma tese qualquer, que seja extintiva, modificativa ou impeditiva da obrigação objeto do processo executório, pode-se obter sentença que produza efeitos neste último processo, malgrado se refira a uma relação jurídica processual própria.

As três espécies indicadas acima não guardam relação direta com o tema do presente trabalho, mas a sua distinção é essencial para evitar confusões e saber exatamente sobre qual instituto está se tratando em determinado caso concreto. Resta analisar agora o que viriam a ser as questões incidentes, figura essa de extrema relevância para o presente estudo.

A questão incidente – como toda questão – é um ponto controvertido entre as partes, de natureza processual ou de mérito, mas que surge no decorrer do processo, isto é, não

³⁴³ O artigo 146, aliás, é bem específico quanto à mecânica do incidente processual aqui discutido.

³⁴⁴ Alguns incidentes processuais eram até melhor verificados no antigo Código de Processo Civil, de 1973. Isto porque técnicas processuais como impugnação ao valor da causa e exceção de incompetência, por exemplo, eram realizadas por meio de incidentes processuais, as quais, acertadamente, foram incorporadas para alegação no momento da contestação do réu no Novo Código de Processo Civil. O jurista aqui citado adverte, contudo, que em determinados casos a impugnação ao valor da causa pode se tornar incidente processual (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* p. 102).

integra seu objeto litigioso e é agregada ao *iter* lógico do julgador quando da prolação de sua decisão.

Assim, na ação de despejo, em que o réu alegue em sede de contestação a nulidade do contrato de aluguel, uma nova questão surgirá *incidenter tantum* no processo, que não integra o objeto litigioso e, ao mesmo tempo, apresenta-se como prejudicial, uma vez que condiciona o teor da decisão a ser proferida. Daí o porquê de o novo diploma processual trazer a expressão “questão prejudicial incidente”.

Também é necessário esclarecer que a questão prejudicial pode se apresentar, em determinada demanda, como principal. É possível, dessa forma, que o objeto do processo encampe uma questão prejudicial *principaliter* a outro pedido do autor, que deve ser analisado no mérito e considerado no anel lógico formado pelo julgador quando for proferir a decisão.

Basta imaginar uma ação de repetição de indébito cumulada com reconhecimento de imunidade/isenção tributária por algum motivo. A imunidade/isenção tributária é questão prejudicial à efetiva repetição de indébito, mas foi apresentada de forma *principaliter* pelo autor da demanda.

A técnica prevista no artigo 503, § 1º, do Código de Processo Civil não contempla tal hipótese, mas, repise-se, somente aquela questão prejudicial que surja incidentemente. Aliás, sequer seria necessário que ali estivesse inserida, uma vez que se está diante de pedido do autor integrado ao objeto do processo, formando naturalmente coisa julgada por força do *caput* do artigo 503 do referido diploma. Nada mais seria, portanto, do que a hipótese geral de aplicação da autoridade de *res judicata*.

Em síntese, para que haja, de maneira excepcional, a formação de coisa julgada da forma como quer o código, é necessário que haja a devida junção entre a prejudicialidade de uma questão com a sua ocorrência *incidenter tantum* no processo.

A decisão em tal hipótese deve ser incidental³⁴⁵. É que a decisão final apenas pode ser objeto das questões principais levantadas pelas partes, de modo que as prejudiciais devem ser analisadas incidente e expressamente, desde que, como se viu, apresentadas como prejudicial ao mérito³⁴⁶.

³⁴⁵ Nesse sentido: REDONDO, Bruno Garcia. *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo cpc...* item 7.2; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 826.

³⁴⁶ Alguma parte da doutrina sustenta que o código não foi tão preciso na redação do parágrafo primeiro do artigo 503, entendendo que a decisão deve ser final. Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro*. In: *Novo CPC: doutrina selecionada*. Coord. Fredie Didier Jr., Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 702.

É necessário ainda que a decisão seja expressa. A determinação, em uma primeira análise, pode até ser redundante, na medida em que não se pode conferir autoridade de *res judicata* a algo que não fora objeto de análise e decidido pelo magistrado. De todo modo, o dispositivo confere maior segurança entre as partes, eliminando a possibilidade de imunização de questões incidentais implícitas, bem como evita a possibilidade de formação de coisa julgada a manifestações inconclusivas³⁴⁷.

Há também quem sustente que a expressão teve o escopo de evitar interpretações semelhantes ao verbete sumular n. 453 do Superior Tribunal de Justiça, que impossibilitava ao causídico, em ação autônoma ou em execução, a cobrança de honorários omitidos em determinada sentença³⁴⁸. Quanto a tal ponto, aliás, o Código de 2015 rechaça sua possibilidade, conforme artigo 85, § 18³⁴⁹.

Assim, de nada adiantará que a questão prejudicial surgida se enquadre em todos os outros requisitos ao decorrer do artigo 503, § 1º, do Código de Processo Civil, se o magistrado não a declarar expressamente em sua decisão de mérito. Afinal, o artigo 492, parágrafo único, do Código de Processo Civil exige que a decisão do magistrado seja certa, devendo tal dispositivo se aplicar não só às questões principais da demanda, mas também às prejudiciais que surgirem incidentalmente no processo.

Ponto sensível, no entanto, ocorre ao se estabelecer se a resolução expressa de tal questão prejudicial incidente deve vir alocada na parte dispositiva da sentença, em sua fundamentação, ou até mesmo facultativamente em uma ou em outra.

Sabe-se, inicialmente, que a parte dispositiva da sentença não está obrigatoriamente em sua parte final, podendo se encontrar no seu corpo³⁵⁰, embora tal método não seja aconselhável, por razões de difícil identificação entre motivação e dispositivo.

A motivação da sentença, ainda no Código de 1973, não fazia coisa julgada e é exatamente aí, como já se teve oportunidade de discorrer, que as questões prejudiciais incidentais se encontravam. Com a nova sistemática, dúvidas surgem com relação aonde alocar a resolução das questões prejudiciais discutidas e capazes de formar a coisa julgada.

³⁴⁷ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado...* p. 827; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Os limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil...* item 4.3.

³⁴⁸ Súmula n. 453, STJ: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”.

³⁴⁹ Cf. DIDIER JR., Fredie. *Comentários ao novo código de processo civil...* p. 760; CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao código de processo civil...* p. 1.433.

³⁵⁰ Nesse sentido: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil...*, v. 2, p. 294; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado...* p. 829. A jurisprudência pátria também perfilha tal entendimento, conforme seguintes precedentes: STJ, Resp 900.561/SP, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, D.J. 24/06/08.

Afinal, as questões prejudiciais incidentais, que sempre foram analisadas na fundamentação da sentença, passariam a integrar o seu dispositivo ou permaneceriam na parte topográfica a que sempre pertenceram?

Quanto a tal problemática, a doutrina produzida a respeito ainda é incipiente, pois, nada obstante haver uma explosão de comentaristas sobre o Código de 2015 nos primeiros anos desde sua publicação e vigência, poucos se debruçaram a fundo sobre tal questão. Ainda assim, é possível encontrar ao menos duas posições doutrinárias predominantes: a) a que entende ser essencial que sejam resolvidas exclusivamente na parte dispositiva da sentença, ainda que não necessariamente na parte final³⁵¹; b) a que considera ser possível que a resolução venha na parte da motivação da sentença³⁵².

A primeira hipótese foi, inclusive, objeto do Enunciado 10 “Da Sentença e Coisa Julgada” do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO, que assim propôs: “Na hipótese do art. 514, § 1º do Projeto [art. 503, § 1º, CPC/2015], deve o julgador enunciar expressamente no dispositivo quais questões prejudiciais serão acobertadas pela coisa julgada material, até por conta do disposto no inciso I do art. 515 [art. 504, I, CPC/2015]”.

Para os que assim entendem, as questões prejudiciais aqui tratadas devem integrar o dispositivo da sentença, porque fundamentação nunca pode transitar em julgado, na forma do artigo 504 do Código de Processo Civil. Assim, utilizando a mesma lógica que se faz, *e.g.*, com juros legais e com as correções monetárias, hipóteses de julgamento implícito, as questões prejudiciais incidentais passariam a integrar o próprio objeto do processo, autorizando, assim, sua agregação à parte dispositiva do *decisum*.

É argumentado ainda que, ao se reconhecer que as questões prejudiciais integram a parte dispositiva da sentença, futuras discussões sobre formação ou não da coisa julgada material seriam evitadas, na medida em que as partes saberiam exatamente os limites objetivos da *res judicata*, facilitando, se for o caso, o manejo de recursos³⁵³.

³⁵¹ Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 316; DELLORE, Luiz. *Da coisa julgada no novo código de processo civil (l. 13.105/15): conceito e limites objetivos*. In: Novo CPC: doutrina selecionada. Coord. Fredie Didier Jr., Salvador: juspodivm, 2016, v. 2, p. 835.

³⁵² Encampam tal corrente: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, v. 2, 2016, p. 433; CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao código de processo civil...* p. 1.436; REDONDO, Bruno Garcia. *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo cpc...* item 7.6.3; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. item 25.6.

Elpídio Donizetti, embora não discorra a fundo sobre o tema, parece entender que a resolução da questão prejudicial incidente deve vir na parte da fundamentação da sentença, mas também em seu dispositivo, o que poderia desembocar em uma terceira corrente doutrinária. (*Novo código de processo civil comentado*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 2017, pp. 408-409).

³⁵³ Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro...* p. 316.

Já a segunda corrente, que parece ser a predominante até o presente momento, entende que a decisão expressa sobre a questão prejudicial incidental pode vir na parte da fundamentação da sentença, sem a necessidade de se posicionar na parte dispositiva. Isso porque o artigo 489, em seu inciso III, dispõe que somente as questões principais se encontram na parte dispositiva da sentença, nada dispondo quanto a questão prejudicial. Mais que isso, seria natural que as questões prejudiciais viessem na motivação, tendo em vista se tratarem de um antecedente lógico e necessário ao julgamento do pedido³⁵⁴.

Aliás, quanto a tal entendimento, o Fórum Permanente dos Processualista Civis formulou o Enunciado n. 438, que assim resultou: “É desnecessário que a resolução expressa da questão prejudicial incidental esteja no dispositivo da decisão para ter aptidão de fazer coisa julgada”³⁵⁵.

É possível encontrar também posicionamentos sob outro prisma entre a doutrina, prevendo a necessidade de se estabelecer duas categorias diferentes para o regime da coisa julgada. Para tais autores, com a previsão do artigo 503, § 1º, do Código de Processo Civil, passou a existir a chamada coisa julgada comum e a coisa julgada especial (ou excepcional)³⁵⁶.

Para os que assim entendem, a comum seria a velha conhecida entre a doutrina e a jurisprudência, abarcando tão somente o dispositivo da sentença, em uma perfeita correlação do objeto litigioso à questão principal, sempre lembrando que tal objeto poderia ser ampliado com as técnicas processuais já conhecidas (reconvenção, intervenção de terceiros, entre outros); por outro lado, quando se estiver diante de questões prejudiciais incidentes, com todos os requisitos preenchidos para autorizar a *res judicata*, haveria uma coisa julgada especial, figura de natureza nova com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

³⁵⁴ REDONDO, Bruno Garcia. *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo cpc...* item 7.6.3

³⁵⁵ A redação do texto pode dar a entender que se refere ao dispositivo em si da decisão, no entanto, Sérgio Mattos defende que, em realidade, o enunciado n. 438 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis, que é acompanhado por doutrina de escol, quando diz “dispositivo”, quer dizer “dispositivo topográfico”, indicando apenas ser ideal que a resolução da questão prejudicial esteja topograficamente em tal parte da sentença (Cf. MATTOS, Sérgio. *Resolução de questão prejudicial e coisa julgada: primeiras linhas sobre o art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC/2015*. In: *Processo em jornadas*. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon et. al. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 945). Se assim for, empecilhos não há para o que se defendeu nesta corrente, mas tanto o enunciado quanto alguma parte da doutrina não indicam claramente que se deve considerar o dispositivo topográfico.

³⁵⁶ DIDIER JR., Fredie. *Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo código de processo civil brasileiro*. In: *Civil Procedure Review*, n. 6, n. 1, 2015, pp. 82-87; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Os limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil...* item 5.1; MACHADO, Marcelo Pacheco. *Novo cpc: que coisa julgada é essa?* Disponível em: <www.academia.edu.br> Acesso em 18-02-2017.

A referida proposta, em que pese trazer reflexões consistentes, não é capaz de situar, contudo, em qual parte alocar tais questões prejudiciais, limitando-se a dispor que um novo regime deveria ser reconhecido – e talvez nem tenha sido a intenção dos comentaristas em determinar se deve ser adequado no dispositivo ou nos motivos.

De toda sorte, a discussão aqui é extremamente relevante, sobretudo no plano teórico. É que, ao menos em uma análise inicial, a inclusão da questão prejudicial incidente – que sempre pertenceu aos motivos – na parte dispositiva da sentença poderia ocasionar a ruptura dos princípios dispositivo e da congruência, tal como dispostos na remansosa doutrina já produzida. Sim, porque tal questão nunca poderia integrar o objeto do processo, razão pela qual não poderia obter o *status* de questão principal. De outra banda, a permanência de questões prejudiciais incidentes cobertas pela *res judicata* na parte da fundamentação, poderia, inclusive, mudar o conceito de coisa julgada que se construiu durante anos (e ainda assim não é assunto pacífico entre a doutrina)³⁵⁷.

Não se quer aqui (re)construir toda a teoria processual civil para identificar a natureza jurídica da questão prejudicial incidente atingida pela coisa julgada. Isso, mesmo que necessário, seria até assunto para trabalho específico. No entanto, deve-se, ao menos em alguma medida, identificar, conforme os conceitos até aqui produzidos e com base no Código de Processo Civil, tal instituto em alguma parte dos elementos da sentença.

Como é cediço, a sentença possui três elementos bem definidos: relatório, fundamentos (ou motivos) e dispositivo, como bem delineado no artigo 489, incisos I a III, do Código de Processo Civil. O relatório não importará para a presente análise, uma vez que sua função é tão somente identificar o caso concreto.

A parte dispositiva da sentença destina-se a resolver as questões principais (inciso III, do artigo 489 do CPC), isto é, repousa no pronunciamento sobre o objeto do processo³⁵⁸, ficando a cargo da motivação a resolução de questões de fato e de direito que servem de substrato para o magistrado chegar a sua conclusão final.

É natural raciocinar, dessa forma, que somente o dispositivo tem o condão de formar coisa julgada, razão pela qual a primeira citada corrente seria a mais acertada. No entanto, verifica-se que a mesma não resiste a uma análise mais acurada e teleológica do diploma processual civil. É verdade que o artigo 504 do Código de Processo Civil é específico ao não

³⁵⁷ Nesse sentido: LUGCA, Rodrigo Ramina de. *Os limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil...* item 5.1

³⁵⁸ Vide itens 20 e 21.

possibilitar que a coisa julgada acoberte os fundamentos da decisão, mas a própria lei traz a exceção nos parágrafos do artigo 503, como já exaustivamente citado até agora.

O código traz a exceção à regra de que a coisa julgada só pode se referir ao dispositivo, podendo encampar a fundamentação, sem que isso traga violação ao *due process of law* e, especialmente, ao princípio da demanda³⁵⁹. Nessa esteira, nada obsta que a coisa julgada nas questões prejudiciais incidentes buscada aqui esteja expressa e topograficamente indicadas na parte da fundamentação da sentença.

Aliás, a questão prejudicial incidente aqui discutida não poderia integrar o objeto do processo pelas razões expostas anteriormente e, como consequência, não pode estar contida no dispositivo da sentença. A solução que resta é considerar a formação da coisa julgada apenas na parte dos motivos, por expressa previsão legal, lembrando que o fato de a apreciação expressa estar no final da sentença não significa necessariamente que esteja em sua parte dispositiva. Afinal, como se ventilou, o dispositivo pode se encontrar no corpo da sentença, ainda que o julgador a tenha inserido no tópico destinado à “fundamentação”.

Assim, considerando que a questão prejudicial incidental está inserida na motivação da sentença, nada obsta que esta seja incluída na sua parte topográfica final (sem que isso signifique estar incluída no dispositivo), o que é, inclusive, preferível, identificando às partes, com a devida clareza, o que foi definitivamente decidido. A razão, portanto, está com a segunda corrente doutrinária citada.

Por fim, sabe-se que a decisão deve ser expressa e se encontrar na fundamentação da sentença. No entanto, resta ainda saber se as partes devem solicitar ao magistrado, expressamente, a possibilidade de a questão prejudicial ser imunizada pela coisa julgada.

O tema também já foi objeto de discussão do Fórum Permanente dos Processualistas Civis, havendo a conclusão de que “independentemente de provocação, a análise de questão prejudicial incidental, desde que preencha os pressupostos dos parágrafos do art. 503, está sujeita à coisa julgada”, conforme estabelece o seu Enunciado n. 165. A doutrina, aqui, parece caminhar em águas tranquilas³⁶⁰.

³⁵⁹ Dentro dessa linha de raciocínio, é razoável e consistente se falar na existência de uma chamada coisa julgada excepcional, criada pelo Código de Processo Civil, conforme sustentado por parte da doutrina já indicada.

³⁶⁰ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado...* pp. 472-473; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil...* v. 2, p. 335; DIDIER JR., Fredie. *Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo código de processo civil brasileiro...* pp. 86-87; DONIZETTI, Elpidio. *Novo código de processo civil comentado...* p. 409; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro...* p. 316; NERY JR., Nelson; NERY; Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado...* pp. 1.323-1.324.; CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao código de processo civil...* p. 1.436; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil...*, item 25.6. Rodolfo Kronenberg Hartmann, ao contrário da esmagadora doutrina quanto a tal ponto, parece entender que deve haver pedido

É que um dos grandes avanços da presente técnica processual é justamente elidir a necessidade da ação declaratória incidental, conferindo maior segurança jurídica e aproveitamento nos processos, de modo que, se subsistisse a exigência de pedido expresse, o artigo 503, § 1º, do Código de Processo Civil se tornaria vazio. Isso, é importante deixar claro, não impede que a parte formule pedido expresse, o que, em algumas ocasiões, pode até ser preferível que assim o faça.

Mas, mesmo considerando que a questão prejudicial acobertada pela coisa julgada não precise ser objeto de expresse pedido das partes, isso significa dizer que o juiz não tem o dever de indicar às partes a possibilidade de formação de coisa julgada à questão prejudicial incidente despontada no processo, identificando-a para tanto? A resposta tende a ser negativa.

O novo modelo processual civil brasileiro deseja prestigiar um dever de cooperação processual a ser respeitado, a rigor, pelo juiz, autor e réu. Baseado nisso, não é apenas desejável, mas imperativo que o juiz identifique às partes as questões prejudiciais incidentais existentes, indicando a possibilidade de formação da coisa julgada³⁶¹.

O artigo 6º do Código de Processo Civil estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Isso não quer dizer necessariamente que todas as partes devem caminhar unidas e juntas para se ajudar – afinal, autor e réu são parciais –³⁶², mas sim na possibilidade de as partes influírem na construção das decisões, sempre agindo de boa-fé, com a devida e ativa participação do juiz.

O dever de cooperação processual, portanto, implica em esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio³⁶³, tudo isso a ser observado especialmente pelo julgador da causa, com a finalidade máxima de efetivar a participação equilibrada das partes e do juiz³⁶⁴. Daí o

expresse das partes para que seja possível a formação de coisa julgada, sob pena de a questão prejudicial tão somente constar na fundamentação do ato decisório, sem ampliar os limites objetivos da coisa julgada (*Curso completo do novo processo civil*. 4ª Ed., São Paulo: Impetus, 2017, p. 409).

³⁶¹ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 617; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André. *Coisa julgada e questões prejudiciais*. In: *Processo em jornadas*. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon et. al. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 938. Parece ser este o entendimento também de Marcelo Abelha (*Manual de processo civil*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 696).

³⁶² NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado...* p. 218.

³⁶³ Requisitos esses de construção doutrinária: Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado...* pp. 162-166; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil...*, v. 1, pp. 127 e ss. Este último, aliás, fala em dever de consulta.

³⁶⁴ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prôt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. In: *Revista do Processo*, vol. 194, abril/2011, pp. 55-68.

porquê de tal modelo estar umbilicalmente ligado ao princípio do contraditório³⁶⁵, razão pela qual é necessário que o juiz, diligentemente, diga às partes a existência de uma questão prejudicial incidente no processo capaz de ser coberta pela autoridade da coisa julgada.

Empregando maior musculatura para o aqui alegado, o artigo 10 do referido diploma processual veda as chamadas “decisões surpresa”, estabelecendo que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Portanto, o alerta prévio do juízo de que existe uma questão prejudicial *incidenter tantum* que pode ser acobertada pela coisa julgada é medida que não só prestigia o devido processo legal, mas também cumpre com o que estabelece o Código de Processo Civil em seus artigos 6º, 10 e 503, §1º, II³⁶⁶.

36. Necessidade de dependência da prejudicial para julgamento do mérito.

A questão prejudicial incidente deve estar relacionada necessariamente ao mérito da demanda, como quer o inciso I do § 1º do artigo 503 do Código de Processo Civil. Os conceitos utilizados nos itens 7 e 8 ganharão especial relevo para a análise do presente tópico, sobretudo o que se definiu sobre a necessidade da prejudicial, não importando, agora, a mera antecedência lógica.

Assim como a doutrina, ao longo dos anos, tem se esforçado para refinar ao máximo o conceito de prejudicialidade, o legislador também quis conferir a tal instituto alguns requisitos para limitar a formação de *res judicata* na prejudicial despontada *incidenter tantum* no caso concreto, ficando claro que não é todo e qualquer antecedente lógico capaz de influir no teor da decisão do magistrado que pode ser acobertado pelo instituto da coisa julgada.

A antecedência, como já visto, passa pelo *iter* lógico percorrido pelo juiz quando do julgamento, reforçando os conceitos de prejudicialidade firmados. É certo afirmar, para

³⁶⁵ Cf. BERIZONCE, Roberto Omar. *Ideologías y proceso*. In: *Processo em jornadas*. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon et. al. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 873-874; DIDIER JR., Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 127, set/2015, pp. 75-79. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, aliás, foi um dos precursores com relação a tal faceta do contraditório (Cf. *O juiz e o princípio do contraditório*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 71, 1993, pp. 31-38). Vide, ainda, item 37, *infra*.

³⁶⁶ Em sentido contrário: REDONDO, Bruno Garcia. *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo cpc...* item 7.6.2.

fins de aplicação da nova técnica do código de 2015, que a questão prejudicial incidente deve, além de ser antecedente necessária, ser dependente ao mérito, isto é, da questão principal existente. Afinal, repise-se que se a necessidade não for constatada, não se estará diante de uma genuína prejudicial.

O ponto toca, aliás, no que Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes já havia alertado quanto à possibilidade de coisa julgada nas questões prejudiciais que figurem como “fundamentos necessários” da decisão, estando excluídas de tal panorama (a) as que se submetem ao regime da cognição sumária e definitiva; (b) a sentença cujos os motivos contiverem fundamentos alternativos; (c) os fundamentos das decisões homologatórias; e (d) as questões que são decididas de forma desfavorável ao vencedor³⁶⁷.

Todas as questões apresentadas acima são extremamente relevantes e guardam, realmente, relação com a dependência da questão prejudicial para julgamento do mérito, devendo ser devidamente enfrentadas.

A primeira hipótese citada, isto é, questão prejudicial submetida ao regime de cognição sumária, é tratada de forma expressa no § 2º do artigo 503 do Código de Processo Civil, havendo enfretamento da matéria em tópico exclusivo (item 40), para onde se remete a leitura. No entanto, deve-se ter em mente, ao menos por enquanto, que as questões prejudiciais que são essenciais ao julgamento do mérito são sempre decididas em cognição exauriente.

Em outro prisma, também estariam fora de ser cobertas pela autoridade da *res judicata* as questões prejudiciais decididas nos motivos compostos por fundamentos alternativos, por não conseguir se precisar a suficiência de cognição exauriente quanto a tal questão, uma vez que não se poderá determinar qual foi o fundamento determinante para resolução da questão principal³⁶⁸.

Antes de prosseguir com tal raciocínio, não é custoso repisar que nada impede a existência de uma ou mais questões prejudiciais cujo julgamento do mérito seja dependente, havendo a necessária relação de coordenação entre a questão antecedente e a posterior. Confusão não deve existir, portanto, ao menos pelos critérios e premissas adotados no presente trabalho, sobre a existência de prejudicialidade quando uma questão for tão somente apta, isto é, contingente para resolução da questão prejudicial.

³⁶⁷ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada...* p. 81.

³⁶⁸ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada...* pp. 70-71.

Nessa perspectiva, considere-se a questão principal A, em que as questões prévias B e C, potencialmente prejudiciais, sejam apresentadas no *iter* lógico do juiz. Tanto B quanto C estão aptas para influenciar o resultado de A, mas o magistrado utiliza tão somente a questão B para chegar em sua conclusão final. A questão C sequer merece a denominação de prejudicial, ainda que apta de influenciar a questão A, razão pela qual não se pode cogitar formação de coisa julgada quanto a ela.

O que se está sob análise aqui, dessa forma, é quando tanto B quanto C foram consideradas no caminho lógico do juiz, tratando-se de verdadeiras prejudiciais. Vale dizer, nesse caso, que o magistrado utilizou fundamentos alternativos para decidir a questão principal, tendo em vista que resolveu duas questões prejudiciais na parte da motivação da sentença; a essas – e ainda dentro da sistemática apresentada no tópico – a coisa julgada não poderia alcançar, uma vez que não se poderia determinar a profundidade da cognição existente.

Como outra hipótese de impossibilidade de formação de coisa julgada a questões prejudiciais levantada por Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, estão aquelas que são analisadas em sede de sentença homologatória, porquanto, em tais casos, não será possível a apreciação dessas questões na parte da fundamentação da sentença, mesmo que debatidas entre as partes³⁶⁹.

Por fim, deve-se analisar as questões prejudiciais que foram decididas desfavoravelmente ao vencedor de determinado caso. Talvez essa seja, dentre as analisadas, a hipótese com maior discussão entre a doutrina pátria que se dispôs a enfrentar a matéria, ainda que alguns não tenham discorrido a fundo.

A lógica construída aqui é que sua apreciação não foi determinante para que o juiz concluísse pela improcedência ou procedência do pedido principal, vale dizer, o resultado final do processo, não estabelecendo relação de dependência com o julgamento do mérito³⁷⁰.

Um exemplo pode esclarecer melhor tal raciocínio: Em uma ação de alimentos, o réu alega inexistir relação de parentesco, bem como não haver condições de pagar alimentos, atrelada à desnecessidade de prestar pensão, tendo em vista a condição do alimentando. Sabe-se que a paternidade é um dos exemplos clássicos da prejudicialidade, mas, neste

³⁶⁹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada...* pp. 70.

³⁷⁰ Nesse sentido: Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil...* pp. 201-202. Embora sem aprofundar o tema Marinoni-Arenhart-Mitidiero parecem concordar com a posição (*Novo código de processo civil comentado...* pp. 616-617). Antônio do Passo Cabral, mesmo não criticando tal posicionamento, entende ser possível a formação da coisa julgada às questões prejudiciais, ainda que forem decididas desfavoravelmente ao vencedor. (*Breves comentários ao código de processo civil...* pp. 1.436-1.437)

exemplo específico, o magistrado, embora a tenha reconhecido, julgou pela improcedência do pedido do autor, já que era desnecessário o dever de pensão alimentícia.

Nesse viés, mesmo que tenham sido preenchidos todos os outros requisitos do artigo 503, § 1º, do Código de Processo Civil, a questão de relação de paternidade aqui reconhecida não poderia estar sujeita a autoridade da coisa julgada, uma vez que faltaria a ela a vinculação de dependência ao mérito da causa. Sim, porque “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”³⁷¹.

É importante ressaltar que, em tal panorama, a questão incidente aqui despontada pode ser considerada prejudicial, tendo em vista que serviu de antecedente lógico e necessário, havendo o devido condicionamento entre os dois juízos analisados, mas apenas não foi capaz de se inserir nos limites objetivos da coisa julgada.

O raciocínio não está isento de críticas, sobretudo no plano prático. Eduardo Talamini, por exemplo, sustenta que a aplicação do aqui apresentado iria de encontro à economia processual e à sua simplificação, o que foi objeto do Código de 2015. Isto porque as partes não saberiam se a questão prejudicial existente poderia ser acobertada pela coisa julgada até o julgamento pelo magistrado, ocasionando plena incerteza. Teriam, assim, que utilizar da extinta ação declaratória incidental para fazer valer a autoridade da coisa julgada em determinada questão prejudicial, sob pena de o juiz decidi-la desfavoravelmente ao vencedor e não haver sua inserção nos limites objetivos da coisa julgada, o que poderia ocasionar intensa confusão³⁷².

Complementando o que sustenta Eduardo Talamini, Sérgio Mattos entende que tal raciocínio leva à hipótese de coisa julgada *secundum eventum litis*, isto é, só a questão prejudicial decidida favoravelmente ao vencedor que poderá fazer coisa julgada, nunca quando desfavorável. Tal modalidade reclama expressa previsão legal para sua ocorrência, o que parece não ser o teor do artigo 503, § 1º, I, do Código de Processo Civil³⁷³.

³⁷¹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* p. 69. Esse, aliás, é o raciocínio utilizado em terra norte-americana, com o instituto do *issue preclusion*: Cf. CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata – a handbook on its theory: doctrine and practice*. Durham: Carolina Academic Press, 2001, pp. 127-128; KANE, Mary Kay. *Civil procedure in a nutshell*. 7ª Ed., St. Paul, MN: West Publishing Co., 2013, pp. 247-248; VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana...* pp. 350-352.

³⁷² Cf. TALAMINI, Eduardo. Questões prejudiciais e coisa julgada. In: < <http://www.migalhas.com.br//dePeso/16,MI235860,101048-Questoes+prejudiciais+e+coisa+julgada> > . Acesso em 27/02/2017.

³⁷³ Cf. MATTOS, Sérgio. *Resolução de questão prejudicial e coisa julgada...* p. 946. Ricardo Alexandre da Silva também chegou a raciocínio semelhante: “a apreciação das questões decididas desfavoravelmente ao vencedor corresponde à mesma atividade jurisdicional que leva ao julgamento favorável, sendo que nada

Por sua vez, Flávio Luiz Yarshell, analisando o dispositivo à luz do cabimento de ação rescisória³⁷⁴, enfrentou a questão com mais cautela, fornecendo valiosas contribuições. Partindo da premissa de que o próprio conceito de mérito deveria ser revisto diante do artigo aqui em comento, isto é, este (mérito) integraria não só o pedido, mas as questões prejudiciais a ele relacionadas – razão pela qual o objeto do processo seria ampliado –, entende que o inciso I do § 1º, do artigo 503 do Diploma Processual apenas reproduziu o conceito de prejudicialidade, não desejando atribuir uma restrição interpretativa, como se quer ao limitar as questões decididas favoravelmente ao vencedor.

Mais que isso, caso não se permita a possibilidade de formação de coisa julgada às questões prejudiciais incidentes decididas de forma desfavorável ao vencedor, inevitavelmente estaria se negando o aspecto dúplice de toda ação declaratória, sendo correto concluir que, dentro de tal ótica, a lei estaria conferindo, injustamente, uma tutela mais ampla a somente uma das partes. Por fim, arremata o professor titular da Faculdade de Direito de São Paulo, que tal raciocínio desconsideraria “os vínculos lógicos que podem existir entre fundamentos da sentença que sejam contrários a uma parte e favoráveis à outra”³⁷⁵.

Como pode se perceber, há duas posições antagônicas, entendendo, obviamente, pela possibilidade de formação de coisa julgada às questões prejudiciais decididas de forma desfavorável ao vencedor ou não³⁷⁶.

A razão parece estar, contudo, com a doutrina que defende a impossibilidade de formar coisa julgada para as questões decididas desfavoráveis ao vencedor. Aos que

justifica o tratamento diferenciado, sob pena de se consagrar inadvertido regime de coisa julgada *secundum eventum litis*” (*Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais*. Tese de doutorado apresentada à Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016, p. 155).

³⁷⁴ Cf. *Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória no cpc 2015*. In: O Novo Código de Processo Civil: Questões Controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 159-163.

³⁷⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória...* p. 160.

³⁷⁶ São a favor: YARSHELL, Flávio Luiz. *Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória...* pp. 159-163; MATTOS, Sérgio. *Resolução de questão prejudicial e coisa julgada...* p. ; DELLORE, Luiz. *Da coisa julgada no novo código de processo civil (l. 13.105/15)...* p. 836; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil...* item 25.6. Ricardo Alexandre da Silva, entende também que as questões prejudiciais decididas desfavoravelmente ao vencedor podem ser cobertas pela coisa julgada, exceto “nas hipóteses em que a decisão da questão prejudicial, embora concernente ao direito material, subordinar questão atinente aos pressupostos processuais ou às condições da ação” (*Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais...* p. 156).

Entendendo pela impossibilidade de formação de coisa julgada: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada...* pp. 70-71; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 2, pp. 683; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil...*, v. 2, p. 608; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Os limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil...* item 4.4.2; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. *Limites objetivos da coisa julgada no cpc/2015*. In: Novo CPC: doutrina selecionada. Coord. Fredie Didier Jr., Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 773.

defendem sua possibilidade, citam o exemplo de uma demanda de responsabilidade civil, baseada na relação de consumo, esta contestada pelo réu, mas, quando do julgamento, o magistrado reconhece que o caso se trata de relação civil, negando a prejudicial de inexistência de relação consumerista, julgando, ainda assim, procedente ao pedido do autor³⁷⁷.

Nessa esteira, seria um erro não reconhecer a coisa julgada na questão prejudicial de relação de consumo por não ter sido favorável ao vencedor, tendo em vista o vínculo lógico existente nos fundamentos da sentença. No entanto, tal hipótese desconsidera que a sentença utilizou fundamentos alternativos, razão pela qual a questão não pode ser acobertada pela coisa julgada, já que a cognição suficiente pode não ter sido observada.

Repise-se que o que se está em jogo aqui é exatamente a necessidade das questões prejudiciais se encontrarem nos fundamentos necessários, estando excluídas as quatro hipóteses indicadas no início do presente tópico. Daí porque não se pode considerar o exemplo acima citado, pois encontra óbice ao se analisar o que seriam os fundamentos necessários, não formando, assim, coisa julgada. Aliás, no exemplo da demanda de responsabilidade civil, fica muito claro que a cognição exauriente sobre a matéria de relação civil pode não ter sido atingida no processo.

É precisamente por as questões prejudiciais precisarem estar contidas nos fundamentos necessários da sentença (ou de uma decisão interlocutória de mérito) que se reconhece a necessidade de dependência do julgamento do mérito, com a consequente possibilidade de formação de coisa julgada.

É verdade também que tal raciocínio pode levar à não observância da economia e da simplificação processual, temas tão caros ao processo hodierno. Entretanto, a premissa de que isso só ocorreria no caso de desconsiderar a formação da coisa julgada às questões prejudiciais decididas desfavoravelmente ao vencedor parece ser equivocada.

Sim, porque a própria prejudicial pode ser identificada apenas no momento da sentença³⁷⁸, ou até mesmo é possível que várias questões se apresentem potencialmente como prejudiciais, mas apenas uma se torne antecedente necessário e lógico, efetivamente debatida entre as partes e julgada por órgão competente. Logo, mesmo em outros casos, é possível que a economia e a simplificação processual não sejam respeitadas, mas isso não

³⁷⁷ O exemplo é dado, com as devidas adaptações, por Flávio Luiz Yarshell (*Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória...* p. 160).

³⁷⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada...* p. 52.

quer dizer que a técnica do artigo 503, § 1º, do Código de Processo Civil se torne vazia e contrária aos objetivos do legislador.

Em contrapartida, se considerada essa premissa, estaria autorizada a utilização de recursos em segunda instância para reverter a questão prejudicial decidida em desfavor do vencedor em primeira instância, ocasionando maior demora e complexidade processual, o que resulta em uma inevitável lógica do “cobertor curto”.

Aliás, não parece ter sido a ideia do novel diploma processual extirpar todas as possibilidades de engessamento processual, mas promover, na medida do possível, economia e simplificação processual³⁷⁹, e isso nada incompatibiliza com a impossibilidade da formação de coisa julgada das questões decididas de forma desfavorável ao vencedor, bem como não impede, sempre que for desejável e possível, o manejo de ação declaratória incidental, como se verá mais adiante³⁸⁰.

37. Existência de contraditório prévio e efetivo.

Passa-se a analisar o requisito que talvez seja o mais relevante para o estudo do tema, já que o “contraditório, além de ser uma pedra de toque do processo contemporâneo, é também o ponto nodal de qualquer sistema de estabilidades”³⁸¹, funcionando como verdadeira força motriz do processo³⁸². Afinal, o próprio conceito de processo, segundo doutrina contemporânea, nada mais é do que procedimento em contraditório³⁸³.

O modelo constitucionalista processual, aliás, impõe que em qualquer caso a garantia do contraditório seja observada, independentemente do grau de jurisdição em que se encontra (artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988), sem o que não se poderá falar em respeito à ordem jurídica justa³⁸⁴.

O Código de Processo Civil de 2015 complementa tal dispositivo constitucional, estabelecendo que nem mesmo nas matérias cognoscíveis de ofício pode o magistrado

³⁷⁹ Vide item 31.

³⁸⁰ Vide item 45.

³⁸¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao código de processo civil...* p. 1.434.

³⁸² Cf. CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, v. 1, 1965, p. 678.

³⁸³ Cf. FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 8ª Ed., Milano: CEDAM, 1996, pp. 83-84; Cf., ainda, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* pp. 14-18.

³⁸⁴ A chamada ordem jurídica justa resulta na conjugação entre dois princípios constitucionais, isto é, o acesso à justiça e o devido processo legal, estando o contraditório inserido neste último. Cf. CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo...* pp. 84-85.

decidir sem antes proporcionar às partes oportunidade de se manifestar sobre a matéria, conforme inteligência de seu artigo 10³⁸⁵, extraindo daqui o chamado dever de cooperação³⁸⁶.

Contraditório é, portanto, participação. Não só entre as partes³⁸⁷, mas também do juiz, que ao fim e ao cabo é o destinatário final de tal garantia processual³⁸⁸, devendo, por esta mesma razão, zelar pela sua ocorrência da forma mais escorreita possível durante todo o momento do processo³⁸⁹. É exatamente tal participação que irá conferir às partes a possibilidade de influir legitimamente no resultado do julgamento³⁹⁰, bem como proporcionar ao julgador que preste a tutela jurisdicional mais justa e adequada possível³⁹¹.

A participação no processo poderá ocorrer por variadas formas. Assim, em uma primeira análise, o contraditório será informação, geralmente operacionalizada pela citação do réu ou intimação, modalidades de comunicação dos atos processuais, não se podendo conceber um processo – e conseqüentemente a existência do contraditório – sem que esta informação necessariamente exista.

Se aceita a premissa de que, pelo contraditório, exerce-se informação dos atos processuais praticados pelos sujeitos do processo em determinada relação jurídica processual formada, é natural raciocinar que a possibilidade de reação vem como consequência lógica. Todavia, deve-se se ter em mente que essa reação é apenas contingente, diferentemente da informação, que deve ser sempre obrigatória.

³⁸⁵ Artigo este que doutrinariamente é conhecido como “vedação às decisões surpresa”. Cf., e.g., LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela do contraditório no novo código de processo civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas*. In: Revista Eletrônica de direito processual – REDP. Ano 10, Vol. 17, jan.-jun./2016, pp. 171-174. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index> > Acesso em 25-03-2017.

O dispositivo brasileiro tem inspiração francesa, conforme se verifica no artigo 16 do Código de Processo Civil francês: “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.”

³⁸⁶ Vide item 35, supra, *in fine*.

³⁸⁷ Ada Pellegrini Grinover fala, há muito, que o contraditório deveria, inclusive, estar ligado impreterivelmente à qualidade de parte (*Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 94).

³⁸⁸ BUENO, Cássio Scarpinella Amicus curiae *no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55

³⁸⁹ A técnica aqui é relevante para o estudo da extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, pois, malgrado as matérias cognoscíveis *ex officio* sejam, na sua maioria, de cunho processual, há casos em que tal técnica será referente ao próprio direito material, como ocorre nas práticas abusivas nas relações de consumo, matéria esta que deve ser apreciada de ofício pelo julgador, a teor do artigo 51 da Lei n. 8.078/90 (cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil...* 2014, v.1, p. 115).

³⁹⁰ CF. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...* pp. 156-157.

³⁹¹ Daí porque se diz que “El debate procesal representa un valor de interacción humana en el cual la persona afectada experimenta la satisfacción de participar en la decisión que vitalmente le concierne y alimenta la expectativa de recibir una explicación de las razones sobre la decisión que habrá de afectarla” (OTEIZA, Eduardo. *El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en américa latina*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 173, 2009, n.1).

Daí se fala que o contraditório é informação necessária – reação possível³⁹². Isto porque em todo e qualquer ponto processual relevante que uma parte levantar, seja ela autora ou ré, ou até mesmo suscitado pelo julgador, deve este ser informado a outra parte (ou as duas, caso seja levantada pelo juiz), momento em que se configura a oportunidade desta se manifestar, isto é, reagir. Nada impede que tal reação não se concretize caso a parte a que se destinou a informação não se manifeste, mas isso não significa qualquer mácula ao contraditório, que restará perfeitamente observado.

Vale ressaltar que não se pode conceber um processo em que uma das partes funcione como a protagonista, atuando basicamente de forma unilateral em todos os atos, sem observar a necessidade de informar a parte adversa, permitindo que esta, por sua vez, tenha a oportunidade de reagir, responder e se defender, de modo que seja prestigiada e observada a participação de todos. Afinal, o contraditório é um dos corolários do *due process of law*, em que a garantia da ampla defesa também está inserida³⁹³.

Daí se raciocina que se está diante de um contraditório prévio toda a vez que o elemento informação estiver presente. Logo, nota-se que todo contraditório eficaz tem de ser prévio, requisito este indispensável para que se configure a chamada ordem jurídica justa.

É verdade que em alguns casos, disciplinados de *lege lata*, haverá a possibilidade de não se respeitar o contraditório prévio, sem que isso cause qualquer violação ao devido processo legal. É o caso, *e.g.*, do julgamento de improcedência liminar do pedido, previsto no artigo 332 do Código de Processo Civil, em que o magistrado, sem citar o réu sobre a demanda proposta pelo autor, rejeita o pedido deste por encontrar óbice nos requisitos disciplinados³⁹⁴. O contraditório será, ainda assim, possível de ocorrer no caso do autor

³⁹² Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 4; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela do contraditório no novo código de processo civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas...* p. 166; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil...*, v. 1, pp.103-108. Marcelo José Bonício, por sua vez, alerta que, em se tratando de direitos indisponíveis, deve a reação ser obrigatória (*Princípios do processo no novo código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 78-80).

³⁹³ Para um estudo sobre a evolução do contraditório, cf. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 127-141.

³⁹⁴ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

interpor o recurso de apelação, momento em que o réu será chamado para responder à demanda. Aqui, fala-se em contraditório diferido³⁹⁵, e essa modalidade, não obstante sua definição e diferenciação das outras formas de contraditório, não importará para o presente trabalho.

Também há a possibilidade do chamado contraditório efetivo. Nessa hipótese, a reação, que gravita na seara da contingência, efetivamente ocorre, havendo pleno e intenso debate entre as partes sobre a questão despontada no processo. É o contraditório na forma mais aperfeiçoada que pode existir.

Delineadas tais premissas sobre o contraditório, é momento de fazer a análise sobre a sua relação com a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais *incidenter tantum*. Como se viu, para que haja a possibilidade da utilização de tal técnica, requisitos devem ser preenchidos, dentre os quais, a existência de um contraditório prévio e efetivo, como quer o artigo 503, § 1º, II, do Código de Processo Civil³⁹⁶.

O que se deduz do que se evoluiu no presente tópico é que somente será possível a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais que foram previamente indicadas por uma parte à outra e ao juiz, ou deste último às partes, bem como tenha havido amplo debate entre as partes sobre a questão.

Abstraindo tal conceito, imagine-se novamente uma ação ordinária de cobrança, em que o réu alegue a nulidade de contrato em sede de contestação, constituindo uma questão prejudicial. Caso o autor não debata intensamente sobre o ponto levantado pelo réu, não se poderá aceitar o revestimento da coisa julgada sobre tal prejudicial, uma vez que não houve contraditório efetivo.

Há quem defenda que um comportamento passivo ou omissivo do réu seria suficiente para reconhecer a formação de um contraditório efetivo, autorizando o revestimento da coisa julgada à questão prejudicial respectiva³⁹⁷. Em tal perspectiva, o que é levado em conta é a

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

³⁹⁵ Cf., com maior profundidade sobre o tema, BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo código de processo civil...* pp. 97-101.

³⁹⁶ Ao analisar sob a ótica da segurança jurídica, corretamente pontua Paulo Henrique dos Santos Lucon que o respeito ao “contraditório prévio e efetivo assegura previsibilidade à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada e essa extensão confere maior estabilidade às situações jurídicas, evitando que várias questões relativas ao mesmo litígio cheguem ao Poder Judiciário por diversas vias, o que pode sempre resultar em decisões conflitantes ou contraditórias, violando, assim, a segurança jurídica”. (*Segurança jurídica no código de processo civil de 2015*. In: *Processo em jornadas*. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon et. al. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 776).

³⁹⁷ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2016, pp. 801-802; MATTOS, Sérgio. *Resolução de questão prejudicial e coisa julgada...* pp. 948-949; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Os limites objetivos da coisa julgada no novo*

oportunidade de participação efetiva de uma parte quanto a determinado ponto ou questão, e não a participação em si, privilegiando-se o princípio da disponibilidade do contraditório.

Isso implica dizer que, por negligência ou por voluntariedade, a parte que não debater uma questão prejudicial, ainda que tenha diversas oportunidades ao longo do processo de fazê-lo e com o devido alerta do magistrado, não se verificando, assim, a intensidade do debate, enfrentará a inevitável formação de *res judicata*, porquanto teve a possibilidade da participação e, por esta razão, teria sido observado o contraditório.

Importará, nesse particular, o conceito que se utiliza para contraditório efetivo. Vale dizer, se o contraditório efetivo resta configurado quando há pleno e intenso debate entre as partes sobre determinada questão ou se ocorre com a simples possibilidade da participação da parte com relação a tal questão.

Não é custoso pontuar que as partes, enquanto sujeitos processuais, são portadoras de ônus, poderes, deveres e faculdades processuais, traduzidas em situações jurídicas ativas e passivas, que somente são possíveis em razão da própria garantia processual insculpida no artigo 5º, LV, da Carta Magna, aqui analisada³⁹⁸.

A não observância de tais situações jurídicas, é verdade, pode trazer consequências fulcrais ao processo. A rigor, a oportunidade de uma parte responder a outra constitui inegável faculdade processual, não obstante possa se transformar em ônus em alguns casos, como é o caso da revelia³⁹⁹.

Assim, se aceita a premissa de que se está diante de um ato processual que gravita na seara das situações jurídicas ativas, a parte que não responde ou ataca a alegação de sua contraparte ou até mesmo do juiz, o faz por sua livre e espontânea vontade, arcando com as consequências que de tal conduta advier, o que, no campo das faculdades processuais, não tem o condão de conferir a extrema efetividade do contraditório.

Além disso, tal raciocínio leva à conclusão de que o conceito de um contraditório efetivo restaria diminuído por uma simples estratégia processual ou negligência da parte, formando-se todas as vezes em que se tornar conveniente para aquele que melhor aproveitar a faculdade analisada, o que parece ir de encontro com a garantia sob análise.

código de processo civil... item 4.5; VASONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André. *Coisa julgada e questões prejudiciais...* pp. 938-939.

³⁹⁸ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil...*, v. 2, pp. 28-29.

³⁹⁹ Vide artigos 344 e ss. do Código de Processo Civil

De igual modo, é importante revisitar os conceitos já delineados sobre ponto prejudicial⁴⁰⁰, que pode recair sobre matéria fática ou jurídica⁴⁰¹. Nessa ótica, se não há controvérsia, sequer questão seria formada e, assim, impossível a formação de coisa julgada sobre tal prejudicial surgida no processo, na forma disciplinada pela atual legislação processual.

Dessa forma, impende considerar que não poderá haver coisa julgada sobre questão prejudicial que não passar pelo crivo de um contraditório prévio e efetivo, este último entendido como intenso e real debate sobre a questão levantada, não bastando a mera oportunidade para fazê-lo, isto é, ser este meramente potencial⁴⁰².

Aliás, o legislador quis deixar bem clara a excepcionalidade da formação de coisa julgada às questões prejudiciais, indicando expressamente a necessidade de contraditório efetivo, não se podendo utilizar o mesmo raciocínio e regras utilizados nas questões principais comuns quanto à constituição de *res judicata*. Tanto é verdade que reforça na parte final do parágrafo 1º, inciso II, artigo 503, do Código de Processo Civil, novamente, a impossibilidade de sua ocorrência nos casos de revelia, que será tratada em tópico apartado logo em seguida⁴⁰³.

Em um exemplo mais provocativo, considere-se uma demanda de cobrança proposta pelo autor A em face dos réus B e C, os quais, segundo consta na causa de pedir do autor, formariam uma sociedade não personificada, razão pela qual pede condenação de forma solidária entre estes, na forma do artigo 990 do Código Civil.

Ao apresentar contestação, o réu B alega a inexistência do débito cobrado em juízo, ao passo que o réu C aduz não existir a dita sociedade não personificada, já que toda a negociação fora realizada pelo réu B e que este deveria ser responsável exclusivo pela dívida,

⁴⁰⁰ Vide item 5.

⁴⁰¹ Sobre ponto e questão, Cf., ainda, CARNELLUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. 2ª Ed., Buenos Aires: EJEJA, v. 1, 1973, pp. 36-37; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e questões preliminares...* pp. 73-93.

⁴⁰² Nesse sentido, os seguintes comentaristas: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Coisa julgada*. In: Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro (Coord. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 394-396; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela do contraditório no novo código de processo civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas...*, p. 177; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil...*, v. 2, pp. 608-610; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado...* p. 1.323; OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. *Curso de direito processual civil...*, v. 2, p. 435; DONIZETTI, Elpidio. *Novo código de processo civil comentado...* p. 409; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro...*, pp. 701-702; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil...*, v. 2, pp. 335-336.

⁴⁰³ Vide item 38.

razão pela qual sustenta a inexistência de dívida. Além disso, o réu C requereu produção de prova documental e testemunhal para demonstrar a ausência de sociedade não personificada; o réu B ficou-se inerte, mesmo sendo oportunizado o momento para discussão sobre o ponto e para produção de provas.

Não há dúvidas de que há prejudicialidade na questão sobre a existência ou não de sociedade personificada. Ao julgar o caso, o magistrado entende que restou configurada, realmente, uma sociedade não personificada, bem como pela existência do débito arguido pelo autor A, cuja execução fora suportada única e exclusivamente pelo réu C.

Em eventual ação regressiva do réu C em face do réu B da primeira demanda, deveria ser considerada a formação de coisa julgada em razão de questão prejudicial no primeiro processo com relação à existência de sociedade não personificada, notadamente se B nunca chegou a debater intensamente sobre a questão, sequer produzindo provas a respeito? Em outras palavras, poderia se utilizar o efeito positivo da coisa julgada em hipotética ação regressiva?

Forçoso será concluir pela inexistência da coisa julgada na questão prejudicial analisada no primeiro processo, não podendo o réu C, agora na qualidade de autor em ação regressiva em face do réu B, apresentar tal como causa prejudicial perante o magistrado do segundo processo. Isto porque se está diante de um litisconsórcio unitário, em que o contraditório prévio e efetivo deve ser observado para todas as partes, devendo se levar em conta o que dispõe o artigo 117 do Código de Processo Civil⁴⁰⁴.

É dizer que há a formação de coisa julgada na questão prejudicial na relação considerada entre A e C, mas não entre B e C, pois, nesse último quadro, o ato praticado por C no primeiro processo (debate e produção de prova sobre questão prejudicial) prejudica B, não podendo ser aproveitado⁴⁰⁵.

Por fim, a existência do contraditório supre a necessidade de que as partes peçam, expressamente, que o magistrado aprecie determinada questão prejudicial com a finalidade

⁴⁰⁴ Art. 117. Os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar.

⁴⁰⁵ Quanto à hipótese de litisconsórcio unitário e necessário, o FPPC emplacou importante e correto enunciado, entendendo que “a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial incidental, cuja resolução como principal exigiria a formação de litisconsórcio necessário unitário, pressupõe contraditório efetivo por todos os legitimados, observada a parte final do art. 506.”, conforme se observa em seu verbete n. 638. O ponto toca no que parte da doutrina já havia alertado, no sentido de que quando a questão prejudicial reclamar litisconsórcio unitário e necessário, que não foi observado – e sequer era exigível – na questão principal, não poderá haver coisa julgada, caso esta prejudique os litisconsortes ausentes (Cf. TALAMINI, Eduardo. *Comentários aos artigos 502 a 508*. In: Código de processo civil anotado (Coord. José Rogério Cruz e Tucci et. al.). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 718).

da formação da coisa julgada sobre ela, conforme já se ventilou no item 35, supra, reforçando a premissa de que basta o debate efetivo sobre prejudicial despontada de forma incidente.

38. Segue: ocorrência de revelia.

A revelia, para fins de direito processual civil, é um fato jurídico ocorrido quando o réu deixa de oferecer contestação à demanda proposta pelo autor, conforme se depreende do artigo 344 do Código de Processo Civil. Tal fato conduz a vários efeitos para as partes no processo, tais como: a) presunção⁴⁰⁶ de que os fatos narrados pelo autor na inicial são verdadeiros (art. 344, *in fine*, CPC); b) a mudança na contagem de prazos contra o réu revel, dispensando futuras intimações pessoais (art. 346, *caput*, CPC); c) a viabilização do julgamento antecipado do pedido (art. 355, II, CPC); d) a possibilidade de o denunciante deixar de prosseguir com sua defesa, eventualmente oferecida, caso o denunciado for revel (art. 128, II, CPC)⁴⁰⁷.

O artigo 503, § 1º, inciso II, do Código de Processo Civil traz outro efeito ao réu que é considerado revel em determinada causa, dispondo que não poderá ser formada coisa julgada em questão prejudicial incidente surgida quando se verificar a ocorrência de revelia⁴⁰⁸. A regra vem acompanhada da impossibilidade da aplicação da técnica prevista na ausência de contraditório prévio e efetivo quanto à questão prejudicial.

A ideia do dispositivo em tela é a de que, uma vez ocorrida a revelia no caso concreto, a eventual questão prejudicial despontada não poderia ser objeto do desejável contraditório prévio e efetivo, razão pela qual é vedada a formação da autoridade da *res judicata* sobre esta⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ Heitor Sica, acompanhado de Cândido Rangel Dinamarco, fala em confissão ficta ou tácita por parte do réu, (*O direito de defesa no processo civil brasileiro...* p. 139).

⁴⁰⁷ Leonardo Greco sustenta um efeito substancial e procedimental da revelia, sendo o primeiro a presunção de veracidade dos fatos, ao passo que a última se concentra na desnecessidade de intimação para atos posteriores à citação, bastando a intimação ao curador nomeado. (*Instituições de processo civil...*, v. 2, pp. 80-81).

⁴⁰⁸ Em se tratando de juizados especiais – e caso se entenda pela aplicação da técnica prevista no artigo 503, § 1º, do CPC, em tal sede –, deve-se observar o momento em que se figura a revelia. Não é pela ausência da contestação em si, mas sim pelo não comparecimento na audiência designada, a teor do artigo 20 da Lei n. 9.099/95.

⁴⁰⁹ A questão foi enfrentada também no direito norte-americano. Robert Casad e Kevin Clermont entendem pela necessidade de formação da coisa julgada em casos de revelia, por duas situações específicas: “As to fairness, the defendant may had excellent reasons of cost and convenience to hold back in circumstances of the action.”, complementando que “As to efficiency, allowing the defendant later to litigate the point avoids the danger of discouraging compromise as well as the incentive to overlitigate the first action and, because the point was never litigated or determined in the first action, entails no waste of relitigation of actually inconsistent decisions” (*Res judicata...* pp. 124-125). Vide ainda: GLANNON, Joseph W. *Civil procedure...* pp. 577-578.

No entanto, pode ocorrer que, ao longo do processo, tanto o autor quanto o réu debatam um ponto específico sobre a causa antes da prolação da sentença; afinal, mesmo em casos de revelia, admite-se a intervenção do réu em qualquer fase do processo, recebendo-o no estado em que se encontrar, tal como dispõe o parágrafo único do artigo 346 do Código de Processo Civil.

Dentro dessa sistemática, é facultado ao réu, desde que se faça representar nos autos a tempo, a possibilidade de discutir uma questão – que pode ser prejudicial – e também produzir provas sobre o ponto controvertido, tal como estabelece o artigo 349 da lei processual civil.

A dúvida é relevante na medida em que, considerando o rigor legal do artigo 503, § 1º, II, mesmos nos casos em que o réu revel tenha discutido a tempo, sob o manto do contraditório prévio e efetivo, e produzido prova suficiente para determinada questão prejudicial, não se poderá falar em formação de *res judicata*. Entende-se aqui que, em cotejo com os artigos 346 e 349 do Código de Processo Civil, a melhor interpretação é possibilitar formação da coisa julgada em tais casos, embora a hipótese seja de difícil ocorrência na prática.

Situação interessante ocorre também com as chamadas objeções, inerentes ao direito de defesa. Dentro do conjunto de faculdades processuais oferecidas ao réu para que este exerça seu direito de defesa, há as chamadas objeções, que são as matérias cognoscíveis de ofício e que, por esta razão, podem reconhecidas a qualquer tempo⁴¹⁰. É o caso das matérias de prescrição, decadência, incompetência absoluta *etc.*

Em tal ótica, mesmo sendo o réu revel, o juiz pode reconhecer (ou a parte provocar) a existência de alguma questão prejudicial de ofício. Em tal caso, desde que respeitado o que dispõe o artigo 10 do Diploma Processual Civil, e em havendo contraditório prévio e efetivo, é razoável raciocinar pela possibilidade de tal prejudicial alcançar a coisa julgada.

O problema parece ficar mais simples quando, mesmo na ausência de contestação do réu em determinada demanda, se estiver diante de uma das hipóteses do artigo 345 do Código de Processo Civil⁴¹¹, uma vez que nesses casos legalmente se estabelece que não há revelia,

⁴¹⁰ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 8ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2014, v.1, item 3.2; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil...* v. 2, p. 335.

⁴¹¹ As hipóteses são: a) havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; b) quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis; c) a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; d) quando as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

razão pela qual pode haver coisa julgada sobre questão prejudicial, desde que preenchidos os outros requisitos legais.

De todo modo, a opção do legislador parece ser excessivamente protetiva⁴¹² e contrária a toda finalidade da nova técnica processual, isto é, conferir maior celeridade e aproveitar o máximo possível do processo, tornando-o mais efetivo. O código quer uma posição mais conservadora quanto a formação de coisa julgada em questões prejudiciais nos casos de revelia, mas não se desconsidera aqui a possibilidade uma interpretação ampliada, notadamente as apontadas nos parágrafos antecedentes, em conformidade com os outros dispositivos no diploma processual de 2015.⁴¹³

39. Competência do juízo em razão da matéria e da pessoa.

O último inciso (III) do parágrafo 1º do artigo 503 do Código de Processo Civil traz a exigência de competência *ratione personae* e *ratione materiae* do juízo para apreciar a questão prejudicial, com o fim de revesti-la da autoridade de coisa julgada. Isso não quer dizer, todavia, que o magistrado estará impossibilitado de analisar qualquer questão prejudicial em caso de incompetência, mas sim que esta não poderá se tornar imutável pela *res judicata*.

O campo de análise aqui gravita em torno da competência absoluta, isto é, o juiz a que foi apresentada a causa principal deve ser igualmente competente para apreciar a questão prejudicial incidental despontada, sem o que não poderá se falar em coisa julgada para esta última.

⁴¹² CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao código de processo civil...* p. 1.434.

⁴¹³ Alguns comentaristas entendem pela possibilidade de, mesmo em revelia, a prejudicial ser abarcada pela autoridade da *res judicata*; entre eles, embora diverjam quanto ao requisito do contraditório aqui adotado, Cf. FONSECA, João Francisco N. da. *Comentários ao código de processo civil...*, v. 9, p. 135; CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao novo código de processo civil...* p. 1.434; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Os limites objetivos no novo código de processo civil...* item 4.5; REDONDO, Bruno Garcia. *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo cpc...* item 7.3. Daniel Neves parece concordar com esta corrente, mas adverte que “o surgimento de questão prejudicial diante de revelia do réu é fenômeno raro porque a controvérsia do ponto se dá em regra na contestação apresentada pelo réu, sendo apenas excepcional a controvérsia surgir de outra espécie de resposta ou por outro sujeito processual” (*Manual de direito processual civil...* item 25.6). Em sentido contrário, entendendo que não pode haver coisa julgada sobre questão prejudicial no caso de réu revel em hipótese alguma, Cf. MATTOS, Sérgio. *Resolução de questão prejudicial e coisa julgada...* pp. 945-946; SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no código de processo civil de 2015...* pp. 308-309; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Limites objetivos da coisa julgada...* pp. 703-704; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil...* v. 2, p. 610.

A competência absoluta caracteriza-se por se destinar a uma maior proteção ao interesse público, em que os interesses das partes não se tornam tão relevantes⁴¹⁴. São, portanto, normas cogentes. A Constituição Federal estabelece critérios⁴¹⁵ objetivos para delimitar competência absoluta em razão da matéria e da pessoa, conforme se verifica, exemplificativamente, em seus artigos 102, 105, 108, I, 109, 114.

O Título III, Capítulo I, do Código de Processo Civil de 2015 estabelece regras procedimentais para atração de competência nas demandas apresentadas ao estado-juiz, estabelecendo regras gerais, hipóteses de modificação e prorrogação, declaração de incompetência e conflito de competência, consoante dispõem os seus artigos 44 a 66, os quais tratam, em sua maioria, de regras de competência territorial e, por conseguinte, relativa⁴¹⁶. É possível ainda encontrar demais regras absolutas de competência na legislação esparsa, tal como se verifica, *e.g.*, nas Leis n. 8.069/90, 8.078/90, 10.741/03.

Mais que isso, os critérios de competência são igualmente estabelecidos nas Leis/Constituições Estaduais e Regimentos Internos dos Estados, como qual foro e juízo são criados para determinada matéria ou pessoa, podendo condensar, por exemplo, matéria cível e de família em uma única vara ou as separar em dois juízos distintos.

O artigo 503, § 1º, III, do Diploma Processual de 2015 exige que sejam observados os critérios objetivos de competência, relativos, como já ventilado, à matéria e à pessoa. Quanto àquele, toca, com vênua da redundância, na matéria em si constante na petição inicial, ou seja, deve-se analisar o objeto do processo; já quanto ao critério em razão da pessoa, deve-se analisar as regras que informam o litisconsórcio e a intervenção de terceiros, bem como a nacionalidade, tipo de pessoa, condição pessoal ou profissional⁴¹⁷.

Todos esses conceitos e regras devem estar bem definidos e ser efetivamente considerados para analisar o instituto aqui sob estudo. Logo, no reiterado exemplo de ação de alimentos proposta em uma das varas de família de determinada comarca, a prejudicial de existência de vínculo de paternidade entre o alimentando e o réu, ora suposto pai, é

⁴¹⁴ Cf. CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo...* pp. 240-243.

⁴¹⁵ Para a clássica distinção dos critérios de competência, vide: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2ª Ed., Campinas: Bookseller, 2000, v.2, pp. 183 e ss. No entanto, a sistematização pelo jurista italiano poderia trazer algumas confusões, tal como ocorria no código passado, razão pela qual o vigente diploma renunciou a qualquer forma de sistematização. (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, pp. 623-626).

⁴¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil...* pp. 111-113. Vide, ainda, nota antecedente.

⁴¹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil...*, pp. 183-185.

passível de ser revestida pela autoridade da coisa julgada porque o magistrado é igualmente competente (vara de família) para apreciá-la.

Não se poderá falar em coisa julgada, contudo, para uma questão sobre união estável reconhecida e decidida incidentalmente em uma demanda previdenciária, corrente na Justiça Federal, em busca de pensão por morte em razão do *de cujus*. É que, originalmente, a competência para apreciar a união estável é da Justiça comum estadual, notadamente em uma das varas de família, se o regimento interno ou leis estaduais da respectiva comarca assim o dispuserem.

Importante ponto é o concernente à competência em razão do local e do valor. Diferentemente do que existia no Código de Processo Civil de 1973, o novel diploma processual não mais se apegou ao sistema chiovendiano, ou melhor, a sistema algum, cabendo à doutrina realizar toda a sistematização de tal matéria. Todavia, os manes de tal jurista parecem estar ainda vivos e ativos na codificação atual.

Isto porque o inciso III, § 1º, do artigo 503 estabelece que somente haverá coisa julgada quando “o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”, excluindo a possibilidade de que um juízo absolutamente incompetente, em razão do território ou do valor, interfira na formação da coisa julgada para tal questão prejudicial, em uma nítida ideia de que a competência determinada pelo local e pelo valor só poderia se tratar de competência relativa.

No entanto, há casos no Código de Processo Civil e na legislação esparsa em que o critério em razão do local e do valor da causa será determinante para maior proteção do interesse público, razão pela qual se estará diante de competência absoluta.

É assim que se vê, *e.g.*, na Lei n. 9.099/95, em que será absolutamente incompetente o juizado especial cível uma demanda superior a 40 salários mínimos⁴¹⁸ (critério em razão do valor da causa), ou quando se propõe ação de alimentos em local diverso do domicílio do alimentando, conforme artigo 53, II, do CPC (critério em razão do local), não sendo difícil encontrar outras hipóteses.

De todo modo, partindo de um conceito equivocado (talvez até mesmo superado) ou não, o Código de Processo Civil de 2015 é categórico ao afirmar que, para revestir uma questão prejudicial incidental com a autoridade de coisa julgada, deve o juízo apenas ser competente em razão da matéria e da pessoa, não importando os outros critérios, embora já haja quem defenda uma interpretação extensiva ou aplicação de analogia para os critérios

⁴¹⁸ Vide artigo 3º, I, e § 1º, II, da Lei dos Juizados Especiais.

em razão do local e do valor da causa, desde que, na espécie, tratem de hipóteses de competência absoluta⁴¹⁹.

Os critérios de competência devem ainda ser analisados sobre o prisma vertical, além do horizontal. Já se ventilou que, a depender da organização judiciária de cada Estado, o juiz de uma comarca pode ser igualmente competente para analisar uma demanda cível e uma de família, ou até mesmo uma criminal e uma tributária.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado no plano vertical, isto é, uma câmara de um tribunal de justiça pode ter a medida de jurisdição suficiente para julgar uma demanda cível e uma de família, por exemplo. Nesses casos, contudo, não se poderá falar em possibilidade de coisa julgada para a questão prejudicial, já que o juiz originário era absolutamente incompetente⁴²⁰.

Portanto, ainda que o tribunal tenha competência recursal mais ampla e efetivamente reforme a decisão de primeiro grau, não poderá haver coisa julgada para uma questão prejudicial incidente apreciada por um juiz que seja, originariamente, incompetente de forma absoluta.

40. Necessidade de cognição exauriente sobre a prejudicial.

O artigo 503, § 2º, do Código de Processo Civil dispõe que as hipóteses do parágrafo primeiro do referido artigo, amplamente discorridas nos tópicos anteriores, não se aplicam “se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”⁴²¹.

Da leitura do dispositivo em tela, extrai-se, *a contrario sensu*, que deve haver, primeiramente, cognição exauriente sobre a prejudicial; além disso, trata também de um

⁴¹⁹ Alexandre Freitas Câmara parece entender por uma interpretação extensiva do dispositivo aqui sob análise, indicando que também deveriam se considerar as hipóteses de competência absoluta por critério territorial, como nos casos direitos reais imobiliários. (*Limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro...* p. 703). Alexandre Senra é mais enfático quanto à imposição de se considerar também os dois critérios não constantes no artigo, defendendo que se deve “aplicar a analogia (LINDB, art. 4º), para o fim de se entender o requisito como condicionante da existência dessa coisa julgada e ter a decisão da questão prejudicial incidental sido proferida por juízo com competência absoluta para resolvê-la como questão principal”. (*A coisa julgada no código de processo civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 316).

⁴²⁰ Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro...* pp. 313-314; REDONDO, Bruno Garcia. *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo cpc...* item 7.4.

⁴²¹ O dispositivo processual civil traz certa atecnia quanto utiliza o termo “processo”, sendo mais correto entendê-lo como “procedimento”, já que o se está em jogo não a existência de um processo com limitações probatórias ou com defeito na cognição, mas sim o seu procedimento.

requisito negativo⁴²² sem o que a coisa julgada não poderá abarcar tal prejudicialidade, isto é, não pode ocorrer quando se verificar limitações probatórias ou defeito na cognição que impeçam o aprofundamento de sua análise.

No entanto, para entender a exata finalidade do disposto no artigo 503, § 2º, do Código de Processo Civil, é necessário: a) diferenciar o plano de cognição em suas modalidades horizontal e vertical, explicando as espécies respectivas existentes, isto é, cognição plena ou exauriente e cognição sumária ou parcial; b) interpretar o teor da frase “impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”, bem como a que esta se refere.

Com relação aos planos de cognição, necessário será observar os estudos sistematizados por Kazuo Watanabe em sua clássica obra “Cognição no Processo Civil”. Em apertada síntese, o jurista estabelece quatro técnicas possíveis para a cognição no processo civil⁴²³, isto é, a exauriente e a sumária, consideradas em sua profundidade (plano vertical), e a plena e a limitada (ou parcial), segundo a extensão/amplitude existente⁴²⁴.

A hipótese de cognição considerando sua amplitude, no plano horizontal, será sempre referente aos chamados elementos objetivos do processo, consubstanciados no trinômio questões processuais, condições da ação e mérito, em que a cognição poderá ser plena ou limitada. Assim, haverá cognição plena nos processos correntes sob o rito ordinário, ao passo que será hipótese de cognição parcial, *e.g.*, nos embargos de terceiro, uma vez que o embargante estará limitado a alegar apenas alguma das hipóteses previstas nos três incisos do artigo 680 do Código de Processo Civil.

Tocará na profundidade, de outra banda, quando se estiver diante dos juízos aplicados para cada modalidade de cognição, isto é, fala-se em exauriente quando é exercido um juízo de certeza sobre determinada causa, ao passo que será sumária ou incompleta quando um provimento judicial se basear em mero juízo de probabilidade.

Quanto à hipótese prevista do artigo 503, § 2º, o corte desejado pelo Código de Processo Civil se refere notadamente à cognição analisada no plano vertical e,

⁴²² Cf. OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. *Curso de direito processual civil...*, v. 2, p. 435; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro...* p 315.

⁴²³ Cognição, nas palavras do doutrinador, seria “prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo” (WATANABE, Kazuo, *Cognição no processo civil*. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67).

⁴²⁴ Para um estudo aprofundado sobre o tema, Cf. WATANABE, Kazuo, *Cognição no processo civil...*, pp. 118-151.

especificamente, à realizada de modo exauriente, não obstante haja pontos de contato entre as outras formas de cognição, bem como tenha exceções trazidas pelo próprio diploma em tela.

Assim, para se aplicar a novidade trazida pelo Código de 2015 quanto às questões prejudiciais incidentais, deve-se sempre analisar se estas foram objeto de cognição exauriente pelo magistrado. E não importa se houver devido cruzamento com quaisquer das modalidades no plano horizontal da cognição, isto é, se foi plena ou limitada, desde que não tenha sido apreciada de forma incompleta (sumária).

Se isso é verdade, a primeira conclusão que se extrai é que será inviável a aplicação do dispositivo para casos de tutela provisória, já que são permeados por cognição eminentemente sumária (artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil)⁴²⁵. Também será inviável que ocorra em processos de execução.

Quanto ao plano horizontal da cognição, problemas não haverá em hipótese de cognição plena, desde que combinada com a exauriente. Dúvidas podem surgir ao se cotejar a cognição parcial em cruzamento com a exauriente, como sucede, *e.g.*, em ações de consignação de pagamento (arts. 539 e ss. do CPC), de desapropriação (art. 34 do Decreto-Lei 3.365/41) e de inventário/partilha (art. 612 do CPC), já que, nesses casos, também poderia ocasionar a impossibilidade de aplicação da novidade trazida pelo diploma processual, pois, a rigor, causa limitação na cognição do juízo⁴²⁶. No entanto, tal raciocínio não resiste a uma melhor análise.

Tal ponto toca precisamente na segunda advertência indicada no início do presente tópico e que deve ser devidamente enfrentado, isto é, qual é a interpretação desejada para a frase “impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial” e se se refere tão somente a hipóteses de limitação à cognição ou também às restrições probatórias.

A parte final do dispositivo sob exame dispõe expressamente que tais requisitos negativos devem ser suficientes apenas para impedir o aprofundamento da análise da questão prejudicial, dessumindo do texto legal que é possível formar coisa julgada em prejudicial nos processos que comportem limites na cognição.

⁴²⁵ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao código de processo civil: parte especial* (coord. Cássio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2, p. 492.

⁴²⁶ As hipóteses de cruzamento entre cognição exauriente e parcial ocorrem, geralmente, nos procedimentos especiais. Nesses casos, embora a amplitude da cognição seja limitada, não há limite quanto ao aprofundamento cognitivo a ser realizado pelo magistrado da causa. Mais que isso, deve-se entender que a técnica prevista no artigo 503, §2º, do CPC não se refere somente aos procedimentos especiais indicados no bojo do código, mas também aqueles considerados em legislação extravagante.

Esse mesmo raciocínio se aplica na hipótese de restrições probatórias, como ocorre com a Lei 12.016/09. Nessa, é exigida a produção de prova pré-constituída para impetração e apreciação de mandado de segurança pelo magistrado, mas tal fato não ocasionará óbice à formação de coisa julgada em uma questão prejudicial caso a contencioso não impeça o aprofundamento de sua análise. O mesmo se verifica nos processos correntes nos juizados especiais cíveis⁴²⁷.

Como exemplo, considere-se, mais uma vez, uma ação de cobrança por descumprimento contratual, em trâmite em alguma das varas de Juizado Especial Cível de determinada comarca. Em sede de contestação, o réu alega a invalidade contratual por vício de coação, tendo em vista que o autor o teria ameaçado com uma arma branca para assinatura do instrumento particular, na forma do artigo 151 do Código Civil, juntando documentos comprobatórios de tal alegação, com amplo debate entre as partes sobre determinada questão.

No momento da instrução processual, ciente de que o rol de testemunhas é reduzido em comparação ao procedimento ordinário e a lei não admite maior complexidade, o réu requer a oitiva de testemunha que nada trará sobre o fato da coação em si, apenas tendo a relatar sobre o histórico de excelente pagador deste, razão pela qual o juiz indefere sua oitiva.

Ato contínuo, o juiz profere sentença para declarar exigível a dívida, condenando o réu ao seu pagamento, bem como entende pela validade do contrato, não enxergando qualquer vício, sobretudo de coação.

Não parece razoável que a prejudicial de nulidade contratual seja intangível de formação de coisa julgada pelo fato de o rito previsto na Lei n. 9.099/95 prever restrições probatórias, notadamente se estas puderam ser produzidas e as partes tiverem exercido prévio e efetivo contraditório quanto à questão.

Mais que isso, também não se pode admitir o raciocínio de que o réu não pôde produzir prova testemunhal, ainda que requerida, caracterizando restrição probatória, razão pela qual não se poderia aplicar a técnica prevista no artigo 503, §§ 1º e 2º, do novel diploma processual. Isto porque a prova testemunhal sob testilha não era relacionada diretamente à prejudicial, não impedindo o aprofundamento de sua análise, já que se destinava única e exclusivamente a relatar o histórico de bom pagador de contas que o réu possui no meio da sociedade em que convive.

⁴²⁷ É interessante notar que nos dois casos expostos acima, está-se diante de processos que, em tese, podem ser analisados mediante cognição plena e exauriente, não obstante sejam passíveis de restrições probatórias. Nesse sentido: WATANABE, Kazuo, *Cognição no processo civil...*, pp. 122.

Não se olvida que nosso ordenamento jurídico prestigia um direito fundamental à prova⁴²⁸ às partes que compõem a relação jurídica processual, sendo positivado na Constituição Federal, garantia esta ratificada no Código de Processo Civil no Capítulo XII, Título I, do Livro I. Aliás, encabeçando tal capítulo, está o artigo 369, indicando expressamente que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Daí se diz que a parte, no bojo do direito à prova, tem o direito “de buscar a prova e a ela ter acesso; de requerê-la; de tê-la admitida; de participar na respectiva produção; e, finalmente, de obter a correspondente valoração”⁴²⁹.

No entanto, isso não quer dizer que as partes possuem um direito irrestrito e absoluto à prova, devendo haver, conforme o caso concreto, o efetivo filtro para revelar as provas que efetivamente importem e sejam necessárias ao processo. Afinal, a prova é “produzida essencialmente para que as partes possam dela extrair elementos a nortear sua conduta, fora e dentro de juízo”, não se destinando “para informar, direta e imediatamente, a convicção do juiz, com vistas ao julgamento estatal”⁴³⁰. Se isso é verdade, as provas impertinentes ao caso podem e devem ser refutadas pelo magistrado.

É exatamente por essa razão que o Código de Processo Civil, logo no artigo 370, determina que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, deve determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, bem como refutar, por decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias, conforme inteligência extraída do parágrafo único do artigo em tela.

Também não importarão para produção de prova os fatos notórios, os que foram confessados pela parte contrária, os incontroversos e os em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, conforme expresso no artigo 374 do Código de Processo Civil.

É interessante notar, aliás, que tais restrições não implicam necessariamente uma diminuição ao direito à prova em si, já que as partes não o possuem nas hipóteses relatadas acima. Entretanto, mesmo que as provas não se enquadrem em tais restrições legais e

⁴²⁸ Cf., quanto ao tema, YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 207-212.

⁴²⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência*... p. 210.

⁴³⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência*... pp. 332-333.

efetivamente sejam produzidas, ainda assim, devem ter pertinência com a questão prejudicial surgida para visar a formação de coisa julgada.

No exemplo trazido mais acima sobre a ação de cobrança por descumprimento contratual, é interessante notar que é dever do juiz indeferir a oitiva de testemunhas que não interessem ao julgamento da causa⁴³¹, conforme estabelecido no artigo 370 do Código de Processo Civil, sendo tal dispositivo relevante na medida em que não se poderá dizer que uma testemunha eminentemente irrelevante ao processo tem a possibilidade de influir na análise aprofundada da questão prejudicial.

Além das hipóteses legais de restrições probatórias ou cognitivas, há também aquelas ocorridas *ope judicis*, como sucede no caso dos negócios jurídicos processuais atípicos, tal como disposto no artigo 190 do Diploma Processual⁴³². Assim, é possível que as partes convençionem alguma limitação de direito à prova⁴³³, como a possibilidade de se produzir apenas a prova documental, excluindo a testemunhal.

Em tais casos, novamente se reforça a ideia de que tal limitação deve ser suficiente para impedir a profundidade máxima de cognição do magistrado em relação a determinada questão prejudicial incidental surgida durante o processo.

De todo modo, a lógica que se pretende cimentar é a de que, malgrado haja restrições probatórias ou limitação de cognição em determinado processo, tal fato deve ter o condão suficiente para impedir, por si só, o aprofundamento da análise da questão prejudicial incidental despontada, sem o que não se poderá em impossibilidade de seu revestimento pela autoridade da *res judicata*⁴³⁴.

⁴³¹ Cf. TARUFFO, Michele. *Il diritto alla prova nel processo civile*. In: Rivista di diritto processuale. Pádua: CEDAM, 1984, p. 78.

⁴³² Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convençionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

⁴³³ Cf. CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao código de processo civil...* p. 1.436, embora entenda que, nessa hipótese, inviável será falar em possibilidade de formação de coisa julgada para as questões prejudiciais, exceto quando ampliarem a cognição ou a prova. O Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis, alíás, aprovou dois enunciados permitindo convenções processuais sobre matéria probatória, conforme se verifica nos enunciados 21 e 569.

⁴³⁴ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro...* item 5; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil...* item 25.6; SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no código de processo civil de 2015...* pp. 316-323; MATTOS, Sérgio. *Resolução de questão prejudicial e coisa julgada...* pp. 950-951; REDONDO, Bruno Garcia. *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo cpc...* item 7.5; SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 558.

Em sentido contrário, entendendo que basta haver limitação na cognição e restrição probatória amplamente consideradas: BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado...* p. 472; DIDIER JR.,

É que a frase “que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial” está subordinada tanto à hipótese de restrições probatórias quanto à de limitação de cognição, não sendo razoável que se crie óbice para formação de coisa julgada em uma questão prejudicial que tenha a sua análise aprofundada, ainda que sob a égide de uma cognição parcial ou de um procedimento com restrições probatórias⁴³⁵.

Aliás, sustentar entendimento contrário seria fulminar o clássico e comezinho exemplo da prejudicial de relação de paternidade incidente surgida na demanda de alimentos, uma vez que a Lei n. 5.478/68 (Lei de Alimentos) possui algumas restrições probatórias. Obviamente, se a produção probatória e a cognição ali exercida foi plena o suficiente, malgrado a legislação restrinja, *e.g.*, a produção de prova testemunhal⁴³⁶, não há que se falar em impossibilidade da ocorrência da autoridade da coisa julgada formada em tal prejudicial.

Diante de tudo o que foi exposto até agora, percebe-se a perfeita correlação quanto à necessidade das questões prejudiciais serem essenciais ao julgamento do pedido para a

Frede; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil...*, v. 2, p. 538; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro...* p. 611; OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. *Curso de direito processual civil...*, v. 2, p. 436. Este último, aliás, entende que restrição na prova e na cognição ocasionam limitação ao exercício do contraditório e ampla defesa. Por sua vez, Paulo Henrique dos Santos Lucon entende que a restrição a provas acaba por violar “o acesso à justiça, já que este compreende a possibilidade de serem produzidas todas as provas necessárias à confirmação de uma alegação”, de modo que esta “não poderia voltar a ser apreciada pelo Poder Judiciário, porque ela se tornou imutável incidentalmente em um processo em que figurava como questão prejudicial”. (*Relação entre demandas...* p. 128).

Araken de Assis, embora concorde com a linha adotada pelos doutrinadores da nota de rodapé antecedente, reconhece que a fórmula do parágrafo 2º do artigo 503 do Código de Processo Civil é insatisfatória (*Processo civil brasileiro...*, v. 3, p. 1.449).

⁴³⁵ O Fórum Permanente de Processualistas Civis tentou emplacar dois enunciados quanto a tal tema, os quais foram rejeitados, contudo. Em tais enunciados, advindos do Grupo “sentença, coisa julgada e ação rescisória”, haviam as seguintes propostas: “A coisa julgada será produzida sobre questão prejudicial incidental, mesmo em procedimento com limitações probatórias, se não houver necessidade de dilação probatória dos fatos relacionados à questão prejudicial incidental” (Plenária em Vitória); e “As restrições probatórias do mandado de segurança não impedem, por si sós, a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental” (Plenária em Curitiba). Os enunciados, pelo o que já se discorreu no presente tópico, estão em mais perfeita harmonia com o que dispõe o artigo 503, § 2º, do CPC.

Luiz Guilherme Marinoni traz importante esclarecimento quanto ao tema: “é preciso esclarecer que a restrição da prova pode resultar em duas técnicas de cognição: sumária e exauriente *secundum eventum probationis*. A técnica da cognição sumária é típica às hipóteses em que se dá ao juiz poder para decidir mediante juízo de probabilidade, que dispensa as provas cujo tempo de produção é incompatível com a urgência que caracteriza a necessidade de tutela do direito. Ao contrário, a cognição exauriente não permite a postecipação da produção da prova. Porém, a técnica da cognição exauriente *secundum eventum probationis* é a que diz respeito às hipóteses em que, ao mesmo tempo em que se restringe a prova, não se permite ao juiz decidir o mérito quando a prova não é suficiente para elucidar o mérito. É a técnica de cognição aplicada aos casos em que a matéria de mérito não depende, para ser elucidada, de prova distinta da documental. Nesses casos, embora a prova seja restringida a determinada espécie – documental –, o juiz não se vê obrigado a decidir com base em probabilidade; o juiz tem a prova adequada para poder declarar a existência ou a inexistência do direito afirmado”. (*Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro...* item 5).

⁴³⁶ O artigo 8º da Lei 5.478/68 limita a três testemunhas para autor e réu somente, diferentemente da regra geral prevista no artigo 357, § 6º, do Código de Processo Civil. Além disso, a referida Lei estabelece outras restrições também, conforme artigo 9º, § 2º.

formação da coisa julgada (vide item 36, supra), porque elas sempre serão apreciadas tomando por esteio uma cognição exauriente, isto é, em um juízo de certeza⁴³⁷.

Trocando por outras palavras, se não houver produção probatória e discussão suficientes quanto a determinada questão prejudicial, essa nunca poderá integrar os fundamentos necessários da decisão, porque, em tal caso, será impossível que se tenha observância ao contraditório prévio e efetivo, bem como não terá capacidade suficiente para influir na decisão da questão principal.

§ 11 Mecanismos para surgimento e identificação da coisa julgada sobre a questão prejudicial.

Verificou-se nos tópicos antecedentes os requisitos para que uma questão prejudicial *incidenter tantum* possa ser atingida pela autoridade da coisa julgada. É momento, então, de tentar sistematizar os mecanismos existentes no ordenamento jurídico processual brasileiro para se verificar a ocorrência de prejudicial em tela, bem como realizar a sua devida identificação.

41. Petição inicial e contestação.

A prejudicial pode surgir já no momento da petição inicial. No entanto, em tal caso, como já se ventilou (vide item 35, supra) desnecessária será a utilização da técnica prevista no artigo 503, § 1º, do Código de Processo Civil, uma vez que, em tal hipótese, a prejudicial será decidida como questão principal e, em sendo assim, é passível de integrar o objeto do processo e conseqüentemente os limites objetivos da coisa julgada, como tradicionalmente se aplica.

Repise-se que a novidade da lei processual fala na questão prejudicial *incidenter tantum* e talvez o melhor momento para se verificar o seu surgimento seja por ocasião da contestação; nela o réu alega todas as matérias de defesa possíveis, oportunidade em que uma pode ser prejudicial à questão principal levantada pelo autor em sua demanda. É o caso, por exemplo, da nulidade contratual por vício arguida pelo réu, em determinada ação de cobrança proposta pelo autor.

⁴³⁷ Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada...* pp. 68-74; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André. *Coisa julgada e questões prejudiciais...* p. 937.

42. Réplica e reconvenção.

A réplica é a técnica processual adequada para conferir à prejudicial apontada pelo réu em sede de contestação o requisito de efetivo debate, proporcionando o contraditório que a lei quer. Mais que isso, pode servir para gerar uma prejudicial, dessa vez alegada pelo próprio autor, de forma incidente.

Já a reconvenção é técnica utilizada para ampliar o objeto do processo de determinada demanda, razão pela qual, uma vez utilizada, o pedido ali será considerado como questão principal e estará abarcado pelos limites objetivos da coisa julgada⁴³⁸.

A possibilidade de formação da coisa julgada em questões prejudiciais pode evitar a utilização da reconvenção em determinados casos, notadamente quando se tratar de uma tutela jurisdicional declaratória perquirida pelo réu⁴³⁹. Sim, porque pode o réu alegar a nulidade contratual em sede de contestação e esta ser abarcada pela coisa julgada, na forma do artigo 503, § 1º, do Código de Processo Civil. Em tais hipóteses, poderia até se imaginar que uma eventual reconvenção careceria de interesse de agir, visto que já abarcada pela contestação⁴⁴⁰.

No entanto, o réu corre extremo risco nas arguições destas tutelas declaratórias prejudiciais apenas em contestação, já que a forma para revestimento da coisa julgada é muito mais rígida, dependendo dos requisitos expressos do artigo 503, §§ 1º e 2º, do Diploma Processual, que ainda possuem certas divergências entre a doutrina.

Além disso, o réu pode ser surpreendido com uma extinção do processo sem resolução do mérito, fazendo com que a tutela declaratória prejudicial arguida somente em sede de contestação fique impedida de obter qualquer provimento judicial, diferentemente do que ocorreria se fosse proposta uma reconvenção⁴⁴¹.

O Diploma Processual, aliás, facilita a utilização da reconvenção. É que, na tendência de aproveitar o melhor resultado útil do processo, a parte pode reconvir no próprio bojo da contestação, como quer o *caput* do artigo 343 do Diploma Processual Civil, seguindo a

⁴³⁸ Cf. BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 5-6 e 22-26.

⁴³⁹ Antônio do Passo Cabral faz a ressalva que a reconvenção, na prática, pode se revelar como verdadeira ação declaratória utilizada pelo réu de forma incidente, hipótese a qual o Código de Processo Civil de 2015 preservou (*Breves comentários ao novo código de processo civil...* p. 1.437)

⁴⁴⁰ Cf., nesse sentido, SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais...* pp. 171-172.

⁴⁴¹ BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Resposta do réu: uma análise à luz da tutela provisória e dos limites objetivos da coisa julgada*. In: *Processo em Jornadas* (Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon et al). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 667.

mecânica que já era aplicada em sede de Juizados Especiais – artigo 31, *caput*, da Lei 9.099/95.

Em tal situação, o réu pode apresentar a sua prejudicial em matéria reconvenida, ampliando o objeto do processo e a tornando como principal, de modo que estaria integrada nos limites objetivos da coisa julgada e evitaria os requisitos específicos do artigo 503, §§ 1º e § 2º do mencionado código.

Subiste, de todo modo, o interesse da reconvenção para tutelas condenatórias e constitutivas⁴⁴², já que a simples defesa do réu não tem o condão de ampliar o objeto do processo, razão pela qual a técnica do artigo 343 do Código de Processo Civil será estritamente necessária e desejável ao réu.

43. Momento desejável de apresentação da questão prejudicial. Fase postulatória.

Na extinta ação declaratória incidental, como já se viu, era possível encontrar dispositivo específico no Diploma Processual de 1973, inclusive quanto ao prazo para seu ajuizamento, a saber, 10 (dez) dias contados da intimação do despacho para o autor se manifestar sobre a contestação. Visava que determinada questão não fosse discutida a qualquer tempo no processo, respeitando ainda a estabilização da demanda na fase postulatória⁴⁴³.

Adroaldo Furtado Fabrício, um dos veementes defensores de tal dispositivo, alertava que o ajuizamento da ação declaratória incidental após produção da prova possibilitaria ao réu “condições muito melhores de aquilatar da sua conveniência em obter ou não uma declaração com força de julgado – o que poderia representar enorme vantagem, em detrimento do autor, obrigado a definir-se sobre a alternativa antes mesmo de abrir-se a fase probatória”⁴⁴⁴.

Era imperativo, na visão do autor, que se respeitasse a disposição expressa do código, combinando com o artigo 264, parágrafo único, do revogado diploma, confinando a possibilidade do manejo da técnica processual na fase postulatória. No entanto, doutrina e jurisprudência vinham mitigando a previsão legal, a fim de admitir o ajuizamento da ação declaratória a qualquer tempo⁴⁴⁵.

⁴⁴² BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Resposta do réu...* p. 667.

⁴⁴³ Fase postulatória é aquela entendida desde a petição inicial do autor até a possível réplica do réu.

⁴⁴⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental...* p. 130.

⁴⁴⁵ Cf. NERY JR., Nelson; NERY; Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado...* p. 1.325.

De todo modo, não cabe aqui se estender na discussão da ação declaratória em si, mas saber se, a despeito de não haver mais norma expressa para tal técnica com prazo específico para ajuizamento, a questão prejudicial, para fins da aplicação do previsto nos parágrafos do artigo 503 do código processual, pode surgir ou ser arguida a qualquer momento do processo ou até determinada fase do procedimento.

Pelo que se tratou até o presente momento, verifica-se que a questão prejudicial pode surgir já na petição inicial, ocasião em que pode ser considerada questão principal, mas também na contestação, réplica e até reconvenção, de modo que o seu surgimento se dá *incidenter tantum* nesses casos.

Isto quer dizer que as questões prejudiciais incidentais devem ser apresentadas até a fase postulatória, que se encerra no momento da fase de saneamento e organização do processo⁴⁴⁶. Sim, porque todas as questões devem ser limitadas pelas partes na fase postulatória, em observância às regras da eventualidade e da estabilização da demanda⁴⁴⁷, evitando o abuso do direito processual⁴⁴⁸.

Não pode, portanto, em meio à instrução processual ou restando somente a sentença a se proferida nos autos, a parte inovar alegando a existência de uma questão prejudicial, alheia ao que foi produzido na fase postulatória, e delimitada na fase de saneamento e organização do processo.

Abstraindo a problemática, em uma determinada ação de despejo, vendo o réu um quadro desfavorável no desfecho do caso, alega, após a fase probatória, que o contrato de locação seria nulo. Não parece correto que, à luz do disposto no artigo 329 do Código de Processo Civil, possa ser coberta pela autoridade de coisa julgada tal questão, ainda que possam ser preenchidos todos os requisitos do artigo 503.

Obviamente, a lei processual permite que novas questões sejam discutidas, isto é, quando surgirem fatos novos ainda no curso da instrução (*ex vi* art. 493 do Código de Processo Civil)⁴⁴⁹. Nesses casos, a resolução da questão prejudicial *incidenter tantum* com

⁴⁴⁶ Quanto às fases procedimentais, Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil...* pp. 131-137; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil...*, v. 2, pp. 64-65.

⁴⁴⁷ Sobre o tema: “O Código de Processo Civil instituiu, entre nós, um sistema rígido de preclusões, consagrando – coerentemente com a teoria da substanciação da causa de pedir, já exposta – a regra da eventualidade (*Eventualmaxime*), pela qual o autor e réu devem concentrar todas as suas alegações, ainda que incompatíveis, na fase postulatória do processo” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* p. 73). Cf., ainda, TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil...* pp. 158-161.

⁴⁴⁸ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual...* pp. 133-136.

⁴⁴⁹ Sobre o assunto, Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual...* pp. 137-142.

o revestimento da autoridade de *res judicata* nos moldes do artigo 503 será plenamente possível.

Isso nada conflita com a hipótese de ser intentada ação declaratória incidental quando a questão prejudicial incidental for já fixada na fase postulatória. É que, como se verá no item 45 (infra), persiste o interesse da ação declaratória incidental em alguns casos, independentemente do prazo de ajuizamento. O que certamente não pode ser admitido é o manejo da ação declaratória incidental para uma questão prejudicial nova, desconhecida pela parte adversa e não fixada na fase postulatória.

44. Fase de saneamento e organização processual.

O artigo 357 do Código de Processo Civil aperfeiçoou muito o antigo artigo 331 do revogado diploma⁴⁵⁰. É a fase de saneamento e organização do processo, em que serão resolvidas e identificadas todas as questões pendentes, bem como serão organizadas as questões que as partes devem discutir e o que se pretende produzir, a fim de se proceder à fase instrutória.

Assim, objetiva-se em tal momento “integralizar o contraditório iniciado na fase postulatória”, tratando-se de verdadeira “fase organizatória e de preparação para o recebimento de uma sentença de mérito”⁴⁵¹.

A previsão estipulada pelo legislador é excelente para que as partes delimitem, conjuntamente com o magistrado, as questões prejudiciais existentes e sobre as quais pode recair a autoridade da coisa julgada, estando as partes cientes dos requisitos que devem ser preenchidos na forma do artigo 503 do Diploma Processual⁴⁵².

Em realidade, é até preferível que isso seja feito, podendo ser designada audiência para tanto (artigo, 357, § 3º), tendo em vista que se coaduna perfeitamente com o exercício do contraditório, da boa-fé e da cooperação processual (vide item 37), *ex vi* artigo 7º combinado com o artigo 10 do Código de Processo Civil.

45. Ação declaratória incidental. Subsistência e interesse.

⁴⁵⁰ Nesse sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*.... p. 386.

⁴⁵¹ ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*... p. 232.

⁴⁵² A medida, inclusive, pode facilitar na identificação de identidade de questões em processo posterior em que a mesma questão surja e seja necessária à discussão de ocorrência da coisa julgada, com vistas ao seu efeito ativo.

Não se tratará no presente tópico novamente sobre o conceito, origem e requisitos para o manejo de uma ação declaratória incidental. Isto fora feito, dentro dos limites do presente trabalho, nos tópicos 31 e 43, supra. O que se pretende, portanto, é saber se a ação declaratória incidental subsiste no ordenamento jurídico e, notadamente, se é ainda profícua.

No entanto, é válido repisar que a ação declaratória incidental era a técnica processual adequada, na vigência do Código de 1973, para a parte ver uma prejudicial despontada incidentalmente no processo revestida pela autoridade da coisa julgada, funcionando como hipótese de ampliação do objeto do processo⁴⁵³.

Uma leitura rápida e superficial ao que dispõe o artigo 503, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil leva à conclusão de que estaria a ação declaratória incidental extinta do ordenamento jurídico processual ou, ao menos, não teria grande utilidade.

Há fundadas razões, todavia, para se aceitar a subsistência a ação declaratória incidental sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, isto é, a sua utilização, a depender do caso concreto, pode ser de grande utilidade.

Em primeiro lugar, a ação declaratória incidental permanece positivada no diploma processual de 2015, conforme se depreende da leitura do artigo 19, II, combinado com o artigo 433 da referida lei, não se podendo afirmar que tal técnica processual resta cabalmente extirpada de nosso ordenamento. É a hipótese de arguição de falsidade ou autenticidade documental, que possui técnica processual específica e será tratada mais à frente com maior riqueza de detalhes (vide item 47, infra).

Malgrado a arguição de falsidade documental seja técnica distinta da que aqui se busca, serve como um farol ou uma porta de entrada em busca da subsistência da ação declaratória incidental e sua utilidade. Os artigos 19 e 20 do diploma processual de 2015⁴⁵⁴ tratam sobre as ações declaratórias, embora sequer fosse necessária sua positivação, tendo em vista à garantia de direito de ação prevista no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna de 1988, privilegiando o acesso à justiça e a tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Tradicionalmente, a doutrina indica que a utilização das ações declaratórias tem como objeto a existência ou a inexistência de uma relação jurídica, sendo incabível, a rigor,

⁴⁵³ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* pp. 57-58.

⁴⁵⁴ Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica;

II - da autenticidade ou da falsidade de documento.

Art. 20. É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

aquela que se destina à declaração de mero fato ou à questão pura de direito⁴⁵⁵. A exceção, obviamente, é encontrada na arguição de falsidade documental, legalmente admitida.

O novo diploma processual traz uma novidade quanto à utilização da ação declaratória, isto é, esta serve também para declarar o modo de ser de determinada relação jurídica, contemplando o que a doutrina de vanguarda, sobretudo a partir de 1973, já vinha aceitando⁴⁵⁶.

Quando se dá o exemplo de questão prejudicial, geralmente se imagina hipótese de relação jurídica que gravita na seara de sua existência ou inexistência. É a nulidade do contrato arguida em ação de cobrança ou até mesmo a negativa de paternidade diante de uma ação de alimentos. Mas é possível também que seja referente a um modo de ser da relação jurídica⁴⁵⁷, como em uma ação de cobrança, em que se pode discutir a cláusula contratual sobre correção monetária, isto é, se se dará mensalmente, trimestralmente ou se deve observar um índice específico⁴⁵⁸.

Diante da nova sistemática proposta pelo Código de Processo Civil de 2015 e analisando sob a ótica do interesse processual (artigo 17, CPC), a ação declaratória incidental encontraria óbice nos seus artigos 503, §§ 1º e 2º, culminando com o indeferimento da inicial, *ex vi* artigo 330, III, do referido diploma, pois as questões ali consideradas são abarcadas já pelo novíssimo sistema. No entanto, tal hipótese não resiste a uma análise mais acurada.

Persiste o interesse na ação declaratória incidental quando a parte verificar que, no caso concreto, seu adverso estratégica e propositalmente deixa de responder e debater a questão prejudicial *incidenter tantum* arguida, evitando, assim, o requisito de contraditório efetivo exigido por lei. Como o manejo de tal técnica processual tem o condão de ampliar o objeto do processo e não é exigido o contraditório efetivo nesta, a parte adversa seria obrigada a responder a prejudicial incidente, sob pena de sair vencido.

⁴⁵⁵ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental...* p. 49; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental...* pp. 33-35; LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 56-61.

⁴⁵⁶ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional meramente declaratória*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76, 1994, itens 3 e 4.

⁴⁵⁷ Antônio do Passo Cabral entende que “modo de ser uma relação jurídica pode não ser o itinerário lógico e necessário para a decisão sobre o mérito (questão prejudicial), e então esta parcela do debate, mesmo que observados os demais pressupostos do art. 503, jamais poderia adquirir autoridade de coisa julgada” (*Breves comentários ao novo código de processo civil...* p. 1.438). Entende, portanto, que nesses casos seria cabível a ação declaratória incidental, mas se uma questão não foi lógica e necessária para o magistrado, nunca poderá ser-lhe atribuída o *status* de prejudicial.

⁴⁵⁸ A súmula n. 181 do Superior Tribunal de Justiça permitia ação declaratória para esse fim, inclusive.

Raciocínio semelhante pode ser utilizado para as hipóteses de procedimento com restrições probatórias ou com limitação de cognição, para aqueles que entendem ser, em tais casos, impossível a formação de coisa julgada nas questões prejudiciais conforme disciplinado no artigo 503, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, malgrado não seja esse o entendimento defendido no presente trabalho (vide item 40, supra).

Hipótese mais intrincada e desafiadora na prática é a que trata sobre as questões que não dependem necessariamente do julgamento do mérito. Como se viu, questão prejudicial é aquela que necessariamente deve ser considerada pelo magistrado e influa no teor do julgamento da questão principal. Em determinado caso concreto, várias potenciais prejudiciais podem se apresentar diante do juiz, permitindo-lhe vários *iter* lógicos.

Se isso é verdade, uma prejudicial X pode ser desconsiderada pelo magistrado quando do julgamento, porquanto outra Y lhe bastou. A parte pode ter interesse em que a potencial prejudicial X seja julgada pelo magistrado naquele processo, desejando, dessa forma, o recaimento da autoridade da coisa julgada sobre ela, fazendo com que o ingresso da ação declaratória incidental para esta seja imperativa.

Assim, mesmo diante de uma gama de questões surgidas no processo, pode ser que a nem todas elas seja atribuída a definição de prejudicial pelas premissas aqui adotadas, considerando o esforço para se refinar o que vem a ser uma questão prejudicial⁴⁵⁹. Dentro de tal contexto, pode ser que a parte queira ver determinada questão coberta pela autoridade da coisa julgada, desafiando o manejo de ação declaratória incidental para tanto.

Portanto, a ação declaratória incidental subsiste no ordenamento jurídico pátrio⁴⁶⁰, não só nos casos de arguição de falsidade ou autenticidade documental – hipótese expressamente contemplada –, mas também em casos que a parte verificar a utilidade, no caso concreto, para acobertar a questão prejudicial incidente, se verificar o risco de esta não ter preenchido os rígidos requisitos do artigo §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, observado o interesse processual⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Quanto ao tema, vide item 8, supra.

⁴⁶⁰ O enunciado 111 do FPPC é nesse sentido: “Persiste o interesse no ajuizamento de ação declaratória quanto à questão prejudicial incidental”.

⁴⁶¹ Ao menos em alguma medida, concorda-se com Antônio do Passo Cabral no que tange à subsistência da ação declaratória incidental nos seguintes casos: “1) nas hipóteses do art. 19, I (parte final) e 19, II do novo CPC; 2) também nos casos de questões prejudiciais, desde que observado o interesse de agir; este interesse deve ser avaliado na possibilidade de incidência do art. 503 (a extensão automática da coisa julgada às questões prejudiciais) mas também em outros escopos que demonstrem a utilidade para o litigante do uso da ação declaratória incidental” (*Breves comentários ao novo código de processo civil...* pp. 1.439-1.440). Parece ser esse também o posicionamento de Alexandre Freitas Câmara (*Limites objetivos da coisa julgada...* p. 702). Entendendo subsistir a ação declaratória incidental apenas na hipótese de arguição de falsidade e autenticidade documental: FONSECA, João Francisco Neves da. *Comentários ao código de processo civil...* p. 141;

A utilidade de tal técnica se torna muito evidente após a fase instrutória, em que pode se verificar a não ocorrência de um contraditório efetivo, por exemplo, talvez pela própria estratégia de defesa de uma das partes. Assim, a ação declaratória incidental forçaria a discussão de determinada questão prejudicial mesmo em tal momento, tornando-se pedido principal, tendo em vista que não há prazo para seu ajuizamento, pois não existe mais a previsão legal de 10 (dez) dias contados da intimação da contestação, como era praticado no extinto Diploma de 1973⁴⁶².

§ 12 Questões relevantes relacionadas à técnica prevista no artigo 503, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil.

46. “Justiça da decisão” na assistência e questões prejudiciais e coisa julgada.

O artigo 123 do Código de Processo Civil estabelece que “transitada em julgado a sentença no processo em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão”. É o que a doutrina nomeou de “eficácia da intervenção”⁴⁶³.

É uma das formas de estabilidades processuais existentes dentro do sistema processual brasileiro – que não deve ser confundida com a coisa julgada –, segundo a qual o assistente que tenha participado do processo não poderá mais rediscutir os fundamentos de fato e de direito em demanda ulterior⁴⁶⁴.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil...*, v. 2, p. 800; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Os limites objetivos da coisa julgada...* item 5.2. José Miguel Garcia Medina, por outro lado, parece entender ser possível o ajuizamento da ação declaratória incidental em qualquer hipótese (*Novo código de processo civil comentado...* p. 829).

Rodolfo Kronenberg Hartmann, por sua vez, entende que, para ser aplicável a técnica do artigo 503, §§ 1º e 2º, do CPC, deve haver petição específica e expressa da parte interessada, sem o que não se poderá falar em coisa julgada para questão prejudicial. Em essência, nada mais seria que uma ação declaratória incidental, malgrado o diploma tenha extirpado tal terminologia, concluindo que a nova lei não teria modificado a essência do instituto, mas apenas se utilizado de jogos de palavras, inovando em nomenclaturas. (*Curso completo do novo processo civil...* pp. 409-410).

Ricardo Alexandre da Silva ostenta posicionamento diverso. Entendendo que a possibilidade de utilização de ação declaratória incidental para questões prejudiciais, além de não encontrar guarida legal, afetaria a segurança jurídica e a economia processual, haveria falta de interesse processual, já que “se não houver prejudicialidade lógica, será inviável suprir essa ausência por meio da declaratória incidental. O fato de o autor narrar a inexistência da prejudicialidade torna ainda mais nítido seu desinteresse na medida”. (*Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais...* pp. 166-168).

⁴⁶² Vide item 31, *supra*.

⁴⁶³ O mesmo artigo traz algumas exceções, isto é, quando a parte alegar e provar que (i) pelo estado em que recebeu o processo ou pelas declarações e pelos atos do assistido, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença, ou que (ii) desconhecia a existência de alegações ou de provas das quais o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

⁴⁶⁴ Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil...* p. 592; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil...* p. 233.

A lei trata aqui de outra hipótese de estabilidade do que foi decidido na motivação da sentença, aplicável a um terceiro interveniente. No entanto, não há que se falar, nesse particular, em coisa julgada e tampouco em aplicação da técnica prevista no artigo 503, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil⁴⁶⁵, mesmo que, em determinado caso concreto, surja uma questão prejudicial. Em tal caso, os fundamentos da decisão irão se sujeitar ao terceiro, que deverá obedecer a “justiça da decisão”.

47. Incidente de arguição de falsidade documental.

Diante de toda a novidade evidenciada pela técnica aqui vista até então, o Código de Processo Civil de 2015 abarca uma hipótese em que o antigo sistema (ação declaratória incidental) foi preservado: o incidente de arguição de falsidade.

Nesta, a parte interessada pode propor ação declaratória incidental para que seja revestida da autoridade de coisa julgada, por exemplo, a criação de documento não verdadeiro ou a alteração de um verdadeiro (*ex vi* artigo 427, parágrafo único, incisos I e II, do Código de Processo Civil).

Aqui, a técnica prevista no artigo 503, §§ 1º e 2º, do Diploma Processual não se aplica; a uma, porque tal dispositivo é apenas aplicado em relações jurídicas⁴⁶⁶, ao passo que a técnica presente visa fatos em si; a duas, porque o artigo 433 da indigitada lei estabelece que só se formará coisa julgada sobre referida questão caso seja apresentada como principal.

Ser apresentada como principal significar dizer que deve a parte interessada manejar ação declaratória incidental, a fim de que a questão componha o objeto do processo e sobre ela recaia a autoridade de coisa julgada. Nada impede, é verdade, que a parte alegue a falsidade em sede de contestação ou réplica, ocasião em que será considerada incidental, mas, nesse particular, não poderá haver coisa julgada⁴⁶⁷.

A ideia do código é que, da mesma forma que este não permite de forma *principaliter* o ajuizamento de uma demanda para prestação de tutela jurisdicional em relação a um fato puro com a consequente ocorrência coisa julgada – salvo as hipóteses de arguição de falsidade documental – também não o permitirá quando se apresente como questão

⁴⁶⁵ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil: parte geral* (coord. Cássio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, pp. 539-540; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil...* item 25.6

⁴⁶⁶ Vide item 34, *supra*.

⁴⁶⁷ Vide artigo 430 do Código de Processo Civil.

prejudicial *incidenter tantum*, necessitando de técnica processual específica para tanto, a saber, ação declaratória incidental.

48. Negócios jurídicos processuais e coisa julgada, inclusive sobre questão prejudicial.

Talvez um dos temas mais em voga e discutidos hodiernamente seja a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais celebrados entre as partes. Não poderia ser diferente, tendo em vista a novidade trazida pelo Código de 2015 em seu artigo 190, prevendo negócios jurídicos processuais atípicos, embora o tema não seja, necessariamente, novidade no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁶⁸.

Em razão disso, é relevante realizar o enfrentamento do assunto em relação às hipóteses de formação da coisa julgada, inclusive sobre as questões prejudiciais decididas *incidenter tantum*, para saber, ao fim, se há alguma possibilidade de efetuar uma convenção processual nesse sentido, notadamente após parte da doutrina já sinalizar e defender positivamente⁴⁶⁹.

Pelo que se depreende do dispositivo em tela, as partes podem convencionar sobre qualquer direito que admita autocomposição⁴⁷⁰, versando sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Talvez seja neste último requisito (deveres) em que se faça interpretação suficiente para admitir qualquer forma de convenção sobre a coisa julgada, já que os três primeiros estariam mais ligados às situações jurídicas privadas das partes⁴⁷¹.

É ponto sensível a indicação dos deveres processuais, pois, em uma primeira análise, estar-se-ia diante de uma situação jurídica que envolve não somente a esfera privada das partes, mas também a estatal, o que, ao menos em alguma medida, poderia dar azo à

⁴⁶⁸ Mesmo na vigência do revogado Código de 1973, havia previsão de negócios processuais em assuntos fechados e específicos, como nas regras de distribuição do ônus da prova, cláusula de eleição de foro (competência) etc.

⁴⁶⁹ Cf. CABRAL, Antônio do Passo *Breves comentários ao novo código de processo civil...* p. 1.440; REDONDO, Bruno Garcia. *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo cpc...* item 7.6.12; DIDIER, Fredie Didier Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil...*, v. 2, pp. 591-593. Quanto a esta última fonte citada, para se manter mais fiel, fala-se não em convenção processual sobre a coisa julgada em si, mas em torno dela, que pode girar, em tese (ainda que a citada doutrina não concorde com todas), sobre: (i) negócio jurídico para rever, rescindir ou invalidar decisão transitada em julgado; (ii) negócio jurídico sobre os efeitos da decisão; (iii) negócio jurídico sobre exceção de coisa julgada; (iv) negócio jurídico sobre o direito à rescisão; (v) negócio jurídico para afastar coisa julgada.

⁴⁷⁰ Ou seja, aquele que admita submissão, renúncia ou transação.

⁴⁷¹ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil...* pp. 397-398 e 402-403.

interpretação de que a atividade jurisdicional em si poderia ser objeto de convenção processual em toda e qualquer hipótese.

Tal hipótese deve ser entendida não apenas como uma situação jurídica que toca exclusivamente na esfera jurídica das partes, mas sim como uma que está indissociavelmente interligada com o interesse público, sendo correto concluir que, em tais casos, apenas será possível convenção processual para criar e majorar deveres, mas nunca para implicar em sua extinção ou redução⁴⁷².

Prosseguindo na construção das premissas que se deseja, dentre os vários critérios que a doutrina pátria já produziu no intuito de sistematizar os requisitos/pressupostos necessários para a ocorrência dos negócios jurídicos processuais – embora as diferentes terminologias existentes desemboquem muitas das vezes em um mesmo fim –, adota-se aqui que as convenções processuais podem ser vistas e estudadas por meio de um critério subjetivo e outro objetivo⁴⁷³.

O primeiro está relacionado à capacidade das partes para celebrarem a convenção processual, ao passo que os requisitos objetivos tocam na forma, tempo, lugar e objeto que os negócios jurídicos processuais podem ser formados. É precisamente no objeto, isto é, o que pode ser convencionado, que deve ser analisado o fenômeno em cotejo com a coisa julgada, notadamente a que recai sobre a questão prejudicial.

Dessa forma, mesmo não reconhecendo em toda e qualquer hipótese, alguns comentaristas sustentam que seria possível a convenção entre as partes para abrir mão da coisa julgada formada sobre a questão prejudicial em que esta não se configuraria de forma automática, por força de lei, bem como nas hipóteses de convenção processual após o trânsito em julgado da sentença, com intuito de evitar rediscussão entre as partes⁴⁷⁴.

Além disso, partem da premissa de que o regime imposto pelo artigo 503, §§ 1º e 2º, do Diploma Processual de 2015, traz uma gama de prerrogativas processuais para que a autoridade da coisa julgada recaia sobre determinada prejudicial, significando, em última

⁴⁷² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil...* p. 402.

⁴⁷³ Cf., quanto ao tema, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao código de processo civil: parte geral* (Coord. Cássio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2017, v.1, pp. 750-751.

⁴⁷⁴ Alguns, mais arrojados, defendem até para qualquer regime da coisa julgada. Nesse sentido, vide a provocação de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “se ambas as partes decidem colocar novamente a questão para o debate judicial, abdicando das situações jurídicas que lhe foram atribuídas pela coisa julgada anterior, e sendo a causa uma daquelas que admite autocomposição, não há razão para, mesmo assim, o Estado-juiz recusar-se a julgar a causa. As partes conhecem a decisão anterior, não negam sua existência, mas preferem apostar em nova decisão. Negar essa possibilidade parece-nos caso de recusa da prestação jurisdicional”. (*Curso de direito processual civil...*, v. 2, p. 592)

medida, que estaria na esfera de disposição das partes. Se isso é verdade, nada obstaría que as partes fizessem acordo para que a questão prejudicial não abarcasse a coisa julgada⁴⁷⁵.

Malgrado se argumente no presente trabalho que a coisa julgada decorre de opção legislativa de cada Estado⁴⁷⁶, esta também tem previsão e proteção constitucional (*ex vi* artigo 5º, XXXVI, Constituição Federal), devendo tal fenômeno ser analisado, primeira e principalmente, à luz de tal norma.

Nesse particular, é evidente que o poder constituinte originário quis privilegiar a segurança jurídica nos litígios apresentados ao estado-juiz, conferindo um fenômeno de estabilidade a estes, que é justamente a *res judicata*.

Mais que isso, a coisa julgada, tal como prevista na lei processual, é norma de ordem cogente, em que o interesse público se sobrepõe aos interesses das partes, o que, por si só, já é suficiente para analisar a possibilidade de negócios jurídicos processuais sobre tal fenômeno com a devida cautela⁴⁷⁷.

O Código de Processo Civil é ainda claro ao estabelecer que a coisa julgada, qualquer que seja seu regime, é matéria de ordem pública⁴⁷⁸ e, por causa disso, traz consequências para a efetiva prestação jurisdicional, transcendendo o interesse particular das partes em litígio.

Aliás, se se permite que não se forme, por convenção das partes, coisa julgada sobre questão prejudicial, por não decorrer ela de forma automática na forma lei, o caminho inverso também seria verdadeiro, no sentido de desconstituir a coisa julgada formada posteriormente, o que, evidentemente, contrariaria a norma constitucional e os escopos inerentes à ciência processual.

A coisa julgada “destina-se a solucionar soluções de incerteza. Graças à coisa julgada faz-se escolha de uma entre várias afirmações possíveis, que podem ser formuladas por meio da via jurídica”⁴⁷⁹.

Tal conceito, mesmo com a previsão legal de uma cláusula geral de negociabilidade processual, não perde sua força, sendo inviável que as partes, em um ato eminentemente

⁴⁷⁵ Cf. CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao novo código de processo civil...* p. 1.440; DIDIER JR., Fredie. *Comentários ao novo código de processo civil...* pp. 757-758.

⁴⁷⁶ Vide item 18, *supra*.

⁴⁷⁷ Complementando, o alerta de Flávio Luiz Yarshell é perfeito: “é preciso considerar que o processo continua a ser instrumento a serviço do Estado, isto é, para atingir objetivos que, embora também sejam das partes, são públicos: atuação do direito objetivo, pacificação social (pela eliminação da controvérsia) e afirmação do poder estatal” (*Convenção das partes em matéria processual...* p. 64).

⁴⁷⁸ Vide, *e.g.*, artigo 337, § 5º.

⁴⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual civil...* p. 83.

privado, atinjam o imutabilizado pelo estado-juiz, já que se imiscuiriam na própria jurisdição estatal, aqui entendida sob todas as suas formas de manifestação – poder, função e atividade.

Daí se diz que não se pode conceber o processo estatal, à luz do artigo 190 do Código de Processo Civil, como uma espécie de “arbitragem pública” em que as partes podem convencionar tudo a seu bel prazer sem qualquer efetividade à tutela jurisdicional⁴⁸⁰, ainda que vá de encontro às normas cogentes. Afinal, o processo, mais que um instrumento técnico, é um ético⁴⁸¹.

Diante de tais premissas, tendo-se em mente ainda os tabus que a temática dos negócios jurídicos processuais atípicos pode ocasionar na doutrina, sobretudo a mais conservadora, não parece que o ordenamento processual permita convenções sobre a coisa julgada, ainda que aquela disposta no artigo 503, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil⁴⁸².

49. Questões prejudiciais incidentais expressamente decididas e interesse recursal.

Um dos requisitos para que a autoridade da coisa julgada recaia sobre a questão prejudicial incidental é a decisão expressa pelo magistrado no momento da sentença, tal como disposto no artigo 503, § 1º, do Código de Processo Civil⁴⁸³.

A primeira problemática que se vem à mente é o fato de o magistrado, no caso concreto, não tratar em sua sentença da resolução da questão prejudicial, ainda que todos os outros requisitos do artigo 503 do Código de 2015 estiverem presentes. Em tais casos, o interesse em recorrer é latente, desafiando embargos de declaração, na forma do artigo 1.022, II, do Código de Processo Civil, para sanar a omissão ocorrida. O mesmo se verifica se o indigitado provimento judicial for obscuro ou contraditório em tal questão, conferindo, ao fim, o efeito integrativo desejado.

Outra situação relevante é na concorrência de várias questões incidentais surgidas na cadeia silogística a ser formada pelo magistrado, que podem ser potencialmente prejudiciais. Mais uma vez, as questões que não foram aptas e necessárias para formar e influir no teor

⁴⁸⁰ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 269, jul./2017, item 3.1.

⁴⁸¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil...*, v.1, pp. 128-130.

⁴⁸² Cf., nesse sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual...* p. 72; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil...* p. 397 e ss.; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil...*, item 9.1.7.3

⁴⁸³ Vide ainda item 35, supra.

da decisão do julgador nunca podem ser consideradas como prejudiciais, razão pela qual o próprio interesse recursal restaria prejudicado.

Não se trata, nesse caso, de atacar uma questão prejudicial, mas sim outra questão prévia e incidental, o que dificilmente desafiará algum de tipo de recurso, porquanto não fora necessária para a convicção do juiz e, mesmo que resolvida, certamente a será na parte da fundamentação da sentença, não preenchendo o referido pressuposto intrínseco.

Consequência indesejada e plenamente previsível na vida forense será a utilização de recurso para discutir, inicialmente, se a questão incidental despontada no processo é efetivamente prejudicial e, mais que isso, se os requisitos legais estiveram presentes no caso concreto. Não se trata de submeter o conteúdo da matéria à instância *ad quem*, mas sim saber se tal questão preenche os requisitos para ser considerada prejudicial e com formação de *res judicata*, como se funcionasse um próprio juízo de admissibilidade.

Malgrado tal fato possa culminar, realmente, em vários recursos e constituir em morosidade e complexidade no processo, o que iria de encontro com os objetivos iniciais traçados na exposição de motivos do novo Diploma, ainda se está em jogo o princípio do duplo grau de jurisdição, autorizando que a parte vencida leve sua pretensão para sede superior, necessitando demonstrar, todavia, seu interesse recursal e razões da reforma.

Enfrentadas tais situações iniciais, três hipóteses podem ocorrer quando se faz o cotejo entre questão prejudicial, questão principal e interesse recursal a nível de apelação⁴⁸⁴: (a) a parte recorrente foi vencida tanto na questão prejudicial levantada quanto na questão incidental; (b) a parte recorrente foi vencedora na questão incidental, mas vencida na questão principal; e (c) a parte recorrente foi vencida na questão incidental, porém vencedora na questão principal. Obviamente, se a parte foi vencedora tanto na questão incidental quanto na principal, faltará a ela interesse recursal, já que, a rigor, inexistirá matéria a ser devolvida e reformada.

Quanto à primeira hipótese indicada, haverá o interesse recursal para a parte recorrente atacar as duas questões em que saiu vencida, sempre considerando que a incidental existente é efetivamente prejudicial. É que, embora se trate de questão incidental, o interesse recursal persiste, tendo em vista que a esta questão poderá recair a autoridade de coisa julgada, sendo de extrema utilidade ao recorrente a sua rediscussão na instância *ad quem*.

⁴⁸⁴ Ou agravo de instrumento, considerando as exceções existentes no sistema processual pátrio, como o caso de julgamento antecipado e parcial do mérito, *ex vi* artigo 356, § 5º, combinado com o artigo 1.015, II, ambos do Código de Processo Civil.

Se o recorrente, por outro lado, apenas recorrer da questão principal, alegando outro fundamento, o decidido em primeiro grau na questão prejudicial será acobertado pela coisa julgada formal, sendo vedado ao tribunal reexaminá-la. É a hipótese de impugnação parcial de um dos capítulos da sentença (recurso parcial), perfeitamente admitida em nosso sistema⁴⁸⁵.

Na segunda hipótese, não haverá obviamente interesse recursal para devolver a matéria sobre a questão incidental que foi decidida favoravelmente ao recorrente, restando a este buscar a reforma para a questão principal. O que é interesse notar nesse caso é que, ao recorrer, o recorrente já possui a imutabilidade da coisa julgada sobre a questão incidental⁴⁸⁶, podendo ser esta apenas confirmada caso obtenha êxito em sede recursal, isto é, se a questão principal for reformada.

Basta imaginar determinada ação de cobrança, em que surja uma questão incidental e potencialmente prejudicial sobre nulidade do contrato por coação. Embora na sentença o magistrado reconheça a não existência da coação, julga improcedente a demanda tendo em vista a ocorrência de prescrição. O autor, beneficiado pelo o que foi decidido incidentemente, recorre para reformar a sentença no sentido de reconhecer a inexistência de prescrição, com a consequente procedência da cobrança.

É que, nesse particular, a questão prejudicial decidida em primeiro grau foi antecedente necessário para resolução da prejudicial, apenas não foi suficiente o bastante para ensejar a vitória do autor no processo⁴⁸⁷.

Hipótese mais espinhosa é quando a questão prejudicial foi decidida desfavoravelmente ao vencedor. A lógica aqui se inverte: a questão apresentada como incidental durante toda fase de conhecimento e assim julgada pelo magistrado de piso, torna-se principal na fase recursal.

Como se viu em tópico específico⁴⁸⁸, em tais casos, não se pode imutabilizar a questão prejudicial incidental, tendo em vista que, em última análise, esta não será necessária para a convicção do juiz no provimento judicial final. É o caso, não custa rememorar, do juiz que acata a exceção do réu no que tange à inexistência de dívida em uma suposta ação de cobrança, mas reconhece como válida determinada cláusula contratual, ainda que este a tenha alegado.

⁴⁸⁵ Quanto ao tema, Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença...* pp. 107-117; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis...* pp... 149 e 350-360.

⁴⁸⁶ Considerando, é claro, que todos os requisitos do artigo 503 do Código de Processo Civil foram preenchidos.

⁴⁸⁷ Vide item 7, *supra*.

⁴⁸⁸ Vide item 36, *supra*.

Se não se pode conferir a ela o revestimento da autoridade da coisa julgada, muito menos se poderá falar em interesse recursal, já que não há relação de prejudicialidade formada, inviabilizando o manejo de qualquer tipo de recurso⁴⁸⁹. Aceitar o inverso, é abrir possibilidade para se recorrer de outras questões prévias, indo de encontro com o aspecto excepcional e fechado erigido pelo artigo 503 do Código de Processo Civil⁴⁹⁰.

A coibição de proliferação de inúmeros recursos aos tribunais até é uma consequência natural e desejável de tal posicionamento, mas não é, nem de longe, a porta de entrada para adotá-lo, já que o que se está em jogo é a impossibilidade de haver interesse recursal por uma questão incidental que sequer pode ser considerada prejudicial.

50. Coisa julgada, questão prejudicial e ação rescisória.

Segundo o artigo 966 do Código de Processo Civil, “[a] decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida”. O cabimento da ação rescisória deve observar os requisitos constantes nos incisos do referido artigo, desde que rescinda decisão de mérito. Tal dispositivo pode dar a entender que não é possível rescindir questão prejudicial expressamente decidida em sentença, já que tal técnica não abarca o objeto litigioso e, portanto, não pode ser considerada mérito⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ A solução aqui prestigia a prática forense. Bruno Lopes observa que “(n)os trabalhos para a elaboração da ZPO alemã suscitou-se a possibilidade de ser criada hipótese de declaração incidente *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, 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 no surgimento de relevante quantidade de recursos interpostos contra a sentença de primeiro grau pelo vencedor, dada à insatisfação quanto ao decidido na motivação”. (*Limites objetivos...* p. 70).

⁴⁹⁰ Entendendo pela impossibilidade de haver interesse recursal em questões incidentais decididas desfavoravelmente ao vencedor: DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil...* pp. 201-202; FONSECA, João Francisco N. da. *Comentários ao código de processo civil...* p. 133; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. *Limites objetivos da coisa julgada no cpc/2015...* p. 773. Em sentido contrário: CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao novo código de processo civil...* pp. 1.436-1.437; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis...* pp. 148-149; REDONDO, Bruno Garcia. *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo cpc...* item 7.6.6; DELLORE, Luiz. *Da coisa julgada no novo código de processo civil (l. 13.105/15)...* p. 836.

⁴⁹¹ Flávio Luiz Yarshell parte do pressuposto de que o conceito de mérito deve ser redimensionado diante da nova sistemática do Código de 2015, de modo que “no tocante à imutabilidade da coisa julgada, mérito não será mais apenas o pedido, mas também as questões (prejudiciais) relacionadas ao pedido”, pois “goste-se ou não, o que lei acabou por fazer foi ampliar o objeto do processo, ao menos no tocante à formação da coisa julgada” (*Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória...* p. 160). É de se entender que, nessa perspectiva, haveria interesse processual para ajuizar ação rescisória, enquadrando no próprio *caput* do artigo 966 do Código de Processo Civil.

O parágrafo 2º do artigo citado, no entanto, traz uma ressalva, estabelecendo que podem ser rescindidas as decisões⁴⁹² que, embora não sejam de mérito, obstem (i) nova propositura da demanda, ou (ii) admissibilidade do recurso correspondente.

O dispositivo encerra grande lamentação da doutrina pátria⁴⁹³ quando da entrada em vigor do Código Buzaid, que estabelecia a rescisão apenas da decisão de mérito (definitiva), afastando seu cabimento em decisões de cunho processual, como o Código de Processo Civil de 1939 permitia⁴⁹⁴. Mesmo que tal assunto fosse vacilante em sede jurisprudencial, o entendimento dominante parecia ser pela impossibilidade de se rescindir decisões terminativas⁴⁹⁵.

São nesses casos em que se poderá ajuizar ação rescisória – notadamente o disposto no inciso I, § 2º, do artigo 966 – para desconstituir uma decisão incidental sobre uma questão prejudicial, revestida pela autoridade da coisa julgada, em razão do disposto no artigo 503, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, desde que demonstrado o devido interesse processual.

É que, ainda que não se possa falar em mérito⁴⁹⁶, porque não constante no objeto do processo, a questão prejudicial, pela excepcionalidade trazida pelo código, impede com que determinada parte ajuíze demanda posterior. Abstraindo a problemática, se fora reconhecido o dever de prestar alimentos ao alimentando, após resolução de que o genitor era o pai da criança, não pode aquele ingressar posteriormente com uma ação declaratória para discutir a mesma relação de paternidade. É o efeito negativo da coisa julgada atuando no caso em comento⁴⁹⁷.

⁴⁹² Oportuna a preocupação do legislador em se referir a decisão, mesmo no *caput*, ao invés de sentença, tal como era disposto no Diploma Processual de 1973, o que possibilitava interpretações restritivas. De todo modo, mesmo na vigência da referida lei, doutrina e jurisprudência vinham ampliando o que deveria se entender pela terminologia sentença, possibilitando sua aplicação em outros tipos de provimento judiciais. Cf., nesse sentido, STJ, AgRg na AR 4799/AL, Rel. Min. Herman Benjamin, S1, DJe 08/11/2016; NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.

⁴⁹³ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado da ação rescisória: da sentença e de outras decisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 248-250; YARSHEL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 163-164.

⁴⁹⁴ Era a redação do artigo 800, parágrafo único, do Código: “Os atos judiciais que não dependerem de sentença, ou em que esta for simplesmente homologatória, poderão ser rescindidos como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”.

⁴⁹⁵ Cf. STJ, REsp n. 1.186.638/RJ, Rel. Min. Castro Meira, T2, DJe 13/05/2010. As últimas decisões proferidas quanto ao tema, contudo, eram exatamente o contrário ao que se vinha adotando pacificamente, o que apontava para uma mudança no entendimento da corte; Cf. STJ, AgRg no AResp n. 359.300/PR, Min. Rel. Eliana Calmon, T2, DJe 19/03/2014.

⁴⁹⁶ Sempre se tendo em mente que “[o] pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação”, *ex vi* artigo 486, *caput*, do Código de Processo Civil.

⁴⁹⁷ Vide item 18, *supra*.

Nesse mesmo exemplo, figure-se que a prova valorada para se chegar em tal conclusão (relação de paternidade) tenha sido obtida por meios ilícitos ou se, em verdade, era falsa. Caberia, em tese, ação rescisória para desconstituir a decisão incidente proferida em relação à prejudicial existente nos autos, na forma do artigo 966, VI, do Código de Processo Civil.

Se isso é verdade, é inegável reconhecer que uma questão prejudicial decidida *incidenter tantum* produz efeitos fora do processo e, assim sendo, torna plenamente possível o ajuizamento de ação rescisória.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis também concluiu pela possibilidade da adoção de tal técnica, isto é, “cabe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada formada sobre a resolução expressa da questão prejudicial incidental”, tal como disposto em seu enunciado n. 338, sendo o posicionamento basicamente dominante na doutrina⁴⁹⁸.

Para tanto, cabe ao autor, no momento da petição inicial, demonstrar que a questão prejudicial decidida *incidenter tantum* preencheu, no *iudicium rescindens*, os pressupostos constantes no artigo 503, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, havendo a coisa julgada, para que então seja objeto de análise pelo juízo rescisório, pois, caso contrário, não haverá o que ser rescindido⁴⁹⁹.

No entanto e novamente, deve-se considerar que as questões incidentais decididas desfavoravelmente ao vencedor no juízo rescindente não podem ser objeto de ação rescisória, porque ausente o interesse processual na espécie. A lógica aqui é a mesma utilizada no interesse recursal⁵⁰⁰, isto é, tal questão não pode sequer ser considerada prejudicial e, portanto, não estará apta a ser imutabilizada. Restam as hipóteses em que o autor fora vencido na principal e na prejudicial do juízo rescindente.

⁴⁹⁸ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. 50ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2017, pp. 845-846; CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao novo código de processo civil...* p. 1.437; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016, v. 3, p. 435; ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no cpc/2015...* p. 320.

⁴⁹⁹ Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil...*, v. 3, p. 435. Antônio do Passo Cabral, analisando o tema sob o ponto de vista prático, entende que será mais fácil e menos oneroso repropor a demanda, pois “ajuizando ação rescisória, o autor teria que realizar o depósito prévio do art. 968, II, além de ter o ônus de alegar e demonstrar que os pressupostos do art. 503 e parágrafos estão presentes. Repropondo a demanda, o autor não terá que efetuar o depósito e fará com que o ônus de alegar e demonstrar que os pressupostos do art. 503 e parágrafos estão presentes sejam do réu, que terá que, em defesa apresentar a *exceptio rei iudicatae*, de modo que a “utilidade prática da rescisória, no caso das prejudiciais, ficaria restrita a poucas situações em que se demonstrasse mais vantajosa, como por exemplo, em casos de novas provas ou de incompetência absoluta do juízo” (*Breves comentários ao novo código de processo civil...* p. 1.437).

⁵⁰⁰ Videm item 49, supra.

Assunto para especial atenção é o prazo e o momento do ajuizamento da ação rescisória⁵⁰¹. E não se trata aqui da data do trânsito em julgado e da existência de decisões parciais de mérito, temáticas estas que já rendem certas discussões entre a doutrina⁵⁰², embora possa existir certo ponto de estrangulamento entre esta e a que se pretende buscar aqui, mas que distinta aos objetivos do presente trabalho.

A preocupação aqui posta é no tocante ao momento em que é reconhecida a autoridade de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidente. Isto porque tal fato possivelmente pode ser reconhecido em um segundo processo (posterior), já que não é comum que um magistrado diga, em sua sentença, que determinada relação jurídica fez coisa julgada.

Entretanto, ao tempo que o autor propõe a segunda demanda e é decidido que houve coisa julgada no primeiro processo para determinada questão prejudicial, pode ser que o lapso temporal estabelecido no artigo 975 do Código de Processo Civil tenha se escoado, impossibilitando que o autor ingresse com ação rescisória, ainda que se enquadre em algumas das hipóteses autorizadoras da rescisão da decisão.

Mesmo que não seja fácil de antever tal resultado, é preferível que a parte interessada, em tais casos, proponha a ação rescisória contada do trânsito em julgado da última decisão do primeiro processo, demonstrando, como se ventilou supra, a existência de coisa julgada sobre a questão prejudicial incidente, com a observância de seus respectivos pressupostos.

51. Questão prejudicial e coisa julgada na arbitragem.

A sentença arbitral possui regras de estabilidade, estando sujeita à coisa julgada, tal como a sentença estatal. Aceita tal premissa, é razoável entender que, assim como a última citada, a sentença arbitral possui limites objetivos, subjetivos e temporais, podendo se afirmar que “i limiti oggettivi, soggettivi e cronologici dell’efficacia del lodo vanno ricostruiti secondo le regole ed i principi che valgono per la sentenza statale”⁵⁰³.

⁵⁰¹ Flávio Luiz Yarshell anteviu tais acontecimentos de igual forma. Cf. *Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória...* pp. 162-163.

⁵⁰² Para aprofundamento do debate, Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil...* itens 62.8.1 e 62.2.2; ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada sobre as decisões parciais de mérito e ação rescisória*. In: *Processo em Jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 514- 519; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil...*, v. 3, pp. 457 e ss.; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado...* pp. 1.429 e ss.

⁵⁰³ BONATO, Giovanni. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio didiritto italiano e comparato*. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 289.

Se isso é verdade, tem-se que, ao menos quanto aos limites objetivos, a sentença arbitral terá como alcance apenas a parte dispositiva da sentença, tal como aplicada desde o Código de Processo Civil de 1973, já revogado.

Aliás, não é custoso pontuar que a sentença arbitral possui seus requisitos obrigatórios, isto é, o relatório, fundamentos, dispositivo e data e lugar em que foi proferida, sem os quais poderá se arguir a nulidade⁵⁰⁴. A sentença arbitral também não fica sujeita a recurso ou a homologação pela jurisdição estatal, além de possuir os mesmos efeitos das sentenças proferidas por esta última⁵⁰⁵.

No entanto, dada à novidade de uma coisa julgada que pode abarcar os fundamentos da sentença, isto é, em hipóteses de questões prejudiciais, é fulcral revisitar o tema, a fim de saber se a técnica prevista no artigo 503 §§ 1º e 2º, do Diploma processual de 2015, aplica-se na arbitragem.

Dito de outra forma, a provocação necessária aqui é se, na sentença arbitral, podem fazer coisa julgada as questões prejudiciais analisadas incidentalmente pelo árbitro, não abarcadas na convenção de arbitragem originariamente firmada entre as partes.

Na Itália, por exemplo, alguma parte da doutrina entende que as questões prejudiciais, desde que constituam, na espécie, verdadeira prejudicialidade lógica⁵⁰⁶, estariam cobertas pela autoridade da coisa julgada, de modo que, para quem a defende, “l’ accertamento contenuto nel lodo coprirebbe non solo il singolo effetto giuridico, ma anche tutto il rapporto fondamentale di cui tale effetto fa parte, in base alla tecnica del c.d. antecedente logico necessario”⁵⁰⁷.

Em realidade, o país citado possui previsão específica em seu Código de Processo Civil⁵⁰⁸ quanto à existência de prejudicialidade surgida no processo arbitral, conforme se verifica em seu artigo 819⁵⁰⁹. Até 2006, o dispositivo tratava a prejudicialidade surgida no

⁵⁰⁴ Vide artigos 26 e 32, III, da Lei 9.307/96.

⁵⁰⁵ Vide artigos 18 e 31 da Lei n. 9.307/97.

⁵⁰⁶ Vide itens 15 e 25, supra.

⁵⁰⁷ BONATO, Giovanni. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale...*, p. 291. Este jurista, contudo, não se filia a tal corrente, apenas indicando o posicionamento de quem a defende.

⁵⁰⁸ Diferentemente do ordenamento jurídico brasileiro, a Itália dedica uma parte do código para tratar a arbitragem, conforme se verifica no Título VIII, do Livro IV, do Codice di Procedura Civile.

⁵⁰⁹ “Art. 819. Gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge.

Su domanda di parte, le questioni pregiudiziali sono decise con efficacia di giudicato se vertono su materie che possono essere oggetto di convenzione di arbitrato. Se tali questioni non sono comprese nella convenzione di arbitrato, la decisione con efficacia di giudicato è subordinata alla richiesta di tutte le parti”.

processo arbitral com regras de suspensão do processo⁵¹⁰, o que foi alvo de bastante crítica da doutrina italiana, pois a lei acabava por desprezar o componente lógico da decisão, bem como por reforçar o núcleo substancial de condicionalidade, o que, em última análise, colidia com a autonomia das partes na arbitragem⁵¹¹.

Após reforma do artigo 819 do Codice di Procedura Civile pelo D.Lgs n. 40/2006, o legislador italiano regulou tratamento interessante para a temática. Em apertada síntese, o dispositivo permite que o árbitro decida todas as questões prejudiciais existentes, de forma incidente, sobre as quais não poderão recair a autoridade de *res judicata*, ainda que não tenham necessariamente relação com o objeto da convenção arbitral, a menos que a lei diga o contrário.

No entanto, o referido artigo permite que, a pedido das partes, pode a coisa julgada recair sobre as questões prejudiciais, desde que a matéria ali analisada possa ser objeto de convenção de arbitragem. Além disso, mesmo que as questões prejudiciais não estejam contidas na convenção de arbitragem, é possível a formação da coisa julgada em tais questões também a pedido das partes⁵¹².

Assim, “tale normativa ha in sè il pregio di dare certezza di ampii spazzi alla facoltà degli arbitri di regolare lo svolgimento del giudizio ma anche di porre ad essa limiti certi e riconoscibili”⁵¹³.

A Lei de Arbitragem brasileira (Lei n. 9.307/96) não disciplina qualquer caso de questão prejudicial despontada no processo arbitral, razão pela qual seu tratamento dependerá da casuística. É verdade que o artigo 25 da referida lei, tal como o antigo artigo 819 do Código de Processo Civil italiano, previa hipótese de suspensão do processo para resolução na jurisdição estatal caso surgisse controvérsia acerca de direitos indisponíveis⁵¹⁴, mas tal artigo fora revogado pela Lei n. 13.129/15.

⁵¹⁰ Cf. ORICCHIO, Antonio. *L'arbitrato: commento alle norme del c.p.c.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, pp. 70-73; RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Questioni pregiudiziali, incidentali, di legittimità costituzionale e di diritto comunitario*. In: Arbitrato, ADR conciliazione. Torino: Zanichelli, 2013, pp. 694-695.

⁵¹¹ Cf. DANOVI, Filippo. *La pregiudizialità nel giudizio arbitrale*. In: Arbitrato, ADR conciliazione. Torino: Zanichelli, 2013, p. 675.

⁵¹² “sempre che la questione non debba essere decisa com efficacia di giudicato per legge, le parti concordemente possono inserire la questione nell’oggetto della convezione d’arbitrato, rendendo pertanto possibile la decisione com efficacia di giudicato”. (RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Il diritto dell’arbitrato*. 5ª Ed., Milano: CEDAM, 2006, p. 664.)

⁵¹³ LA CHINA, Sergio. *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*. 3ª Ed., Milano: Giuffrè, 2007, p. 144.

⁵¹⁴ Nesse caso específico, aliás, o sistema italiano admite a suspensão do processo necessária, conforme artigo 819-bis, 1º co, n. 2, do CPC.

Entretanto, se é verdade que a arbitragem, ao menos no campo brasileiro, deve seguir os princípios e garantias constitucionais, além dos institutos fundamentais do processo, é razoável aceitar que há uma imposição à observância ao princípio da correlação entre a sentença e demanda no bojo do processo arbitral.

Aceita tal premissa, é possível e desejável se falar em objeto do processo⁵¹⁵ (arbitral). Nessa perspectiva, é possível delimitar o que o árbitro pode julgar com autoridade de coisa julgada e o que não pode, já que será nula a sentença proferida fora dos limites impostos pela convenção de arbitragem (*ex vi* artigo 32, IV, Lei n. 9.307/96).

A delimitação do objeto do processo arbitral não segue a sistemática do objeto do processo formado na jurisdição estatal. Nem mesmo a formação do processo estatal e arbitral seguem o mesmo caminho, razão pela qual a delimitação do objeto pode ser de forma distinta; de todo modo, em ambos os casos o objeto recairá sobre a matéria em que se pede um julgamento⁵¹⁶.

Assim, em se tratando de cláusula compromissória, dificilmente as partes terão, no momento de sua formação, a delimitação da matéria que desejam julgamento pelo tribunal arbitral, dependendo para tanto da sua instituição⁵¹⁷. Já nos casos de compromisso arbitral, a formação do objeto do processo é melhor delimitada, pois como a crise de direito material está latente e existente, as partes conseguem delimitar conjuntamente a matéria que querem ver apreciada pelo juízo arbitral.

Nas duas hipóteses de convenção de arbitragem, cada uma a sua medida e no momento de fixação da matéria, após a devida indicação e consequente aceitação de árbitros⁵¹⁸, há de se observar que o tribunal arbitral será instituído⁵¹⁹ e, com isso, delimitado o objeto do processo com a estabilização da demanda.

Uma vez estabilizada a demanda, o árbitro apenas poderá julgar o que for pedido pelas partes, em louvor ao princípio da correlação. Se há fixação de objeto do processo arbitral, os limites objetivos da sentença arbitral estarão aí, conforme disposto na sua parte dispositiva, e, com isso, o alcance da autoridade da coisa julgada.

Entretanto, tal como nas demandas de jurisdição estatal, o árbitro, dentro do anel lógico de seu julgamento, depara-se com questões prévias que deve resolver, exercendo

⁵¹⁵ Quanto ao tema objeto do processo, vide item 20, *supra*.

⁵¹⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional*. In: Nova era do processo civil. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 46-49.

⁵¹⁷ Ou na hipótese no artigo 7º, § 7º, da Lei 9.307/96.

⁵¹⁸ Vide artigo 19 da Lei n. 9.307/96.

⁵¹⁹ Cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei n. 9.307/96*. 3ª Ed., São Paulo: Atlas, 2009, p.194.

necessário silogismo para julgar o *meritum causae*, pedido pelas partes. Dentre tais questões, encontram-se as prejudiciais, como amplamente visto no decorrer deste trabalho.

Retomando, portanto, à provocação contida no início do presente tópico, verifica-se que, a uma primeira vista, as questões decididas incidentalmente no curso do processo arbitral não terão força de coisa julgada, já que não compõem o objeto do processo arbitral.

Obviamente, o que importa aqui são as questões prejudiciais decididas *incidenter tantum*, tendo em vista que as prejudiciais apresentadas como principais, no momento da convenção de arbitragem e sua instituição (e.g. validade da cláusula compromissória) já abarcarão o objeto do processo arbitral e, por isto, fazem coisa julgada.

Imagine-se, por exemplo, que em meio à produção probatória do procedimento arbitral seja levantada por uma das partes a nulidade de uma cláusula contratual, que só poderia ter sido descoberta naquele exato momento. Embora se enquadre na matéria arbitrável, tal questão não foi delimitada no momento da instituição da arbitragem, não estando abarcada no objeto do processo arbitral.

Ainda que resolvida na parte da fundamentação da sentença, é possível se entender pela possibilidade de extensão da coisa julgada a esta questão prejudicial. Se o próprio Código de Processo Civil, regulando jurisdição estatal, permite agora tal possibilidade, não há motivo para se entender diversamente na jurisdição arbitral, em que a autonomia de vontade das partes impera.

Logo, desde que haja expresso pedido das partes e sejam respeitados os princípios e garantias processuais, como a observância do contraditório, a competência do juízo para julgar e os outros requisitos já ventilados, é razoável estender a coisa julgada às questões prejudiciais decididas *incidenter tantum* na arbitragem.

De lege lata, portanto, parece que são aplicáveis as regras do artigo 503, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, mas desde que as questões prejudiciais estejam previstas já na convenção de arbitragem, ou – mesmo já em procedimento arbitral – as partes concordem que a questão prejudicial surgida seja resolvida com a autoridade de coisa julgada⁵²⁰, pois, nesse particular, a autonomia da vontade das partes, que rege todo a arbitragem, será imperativa.

⁵²⁰ Filippo Danovi sustenta que “nella specifica ipotesi di domande su rapporti pregiudiziali, che qui segnatamente interessa, il fenomeno può essere qualificato come accertamento incidentale concordato e presuppone ai fini della sua ammissibilità, che la manifestazione di volontà sulla (nuova) domanda di accertamento incidentale provenga espressamente dalle parti compromittenti”. (*La pregiudizialità nel giudizio arbitrale...* p. 682)

52. Direito intertemporal.

A mudança proporcionada pelo código de 2015 poderia causar confusões, além de discussões doutrinárias e jurisprudenciais antagônicas quanto ao momento de aplicação da técnica prevista nos parágrafos do artigo 503 do Código de Processo Civil.

Exatamente por isso é que a lei prevê regras de direito intertemporal, notadamente em seu artigo 1.054, estabelecendo que “O disposto no art. 503, § 1º, somente se aplica aos processos iniciados após a vigência deste Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.

É uma exceção, portanto, à regra do isolamento dos atos processuais⁵²¹, segundo a qual a lei processual nova começa a ser aplicada a partir do momento da sua entrada em vigor, não importando se o processo iniciou antes de sua vigência, mas respeitando os atos processuais praticados e situações jurídicas consolidadas, conforme se verifica nos artigos 14 e 1.046, *caput*, ambos do Código de Processo Civil. É consentâneo, assim, com o artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna de 1988.

A preocupação do legislador é útil na medida em que não surpreende as partes em um processo em curso com novas regras sobre os limites objetivos da coisa julgada, evitando que certas questões se tornem imutáveis, cujas as partes sequer poderiam prever quando do início do processo, por não constar no pedido⁵²², o que, em última análise, configuraria verdadeira retroatividade normativa⁵²³.

Assim, a técnica de extensão da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais só pode ser aplicada a partir da data de entrada em vigor da Lei n. 13.105/15 (CPC), que se deu em 18 de março de 2016⁵²⁴, aplicando as regras do diploma de 1973 para os processos

⁵²¹ Sobre os sistemas existentes, Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil...*, v. 1, pp. 177-191; YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil...*, v. 1, pp. 58-63.

⁵²² Nesse sentido, Cf. CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao novo código de processo civil...* p. 1.440.

⁵²³ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Os limites objetivos da coisa julgada...* item 6.

⁵²⁴ Houve grande discussão entre a doutrina sobre qual a data em que teria entrado em vigor o Código de Processo Civil de 2015. A maioria entendeu como a data correta de entrada em vigor do novo código o dia 18/03/2016 (Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil...*, v. 3, p. 1.194; FUX, Luiz. *Teoria geral do processo civil...* p. 293), havendo, todavia, quem sustente a entrada em vigor do código no dia 16/03/2016 (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado...* p. 1.145) e 17/03/2016 (Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado...* pp. 1.002-1.003). De qualquer modo, o Plenário do Superior Tribunal de Justiça aprovou o Enunciado Administrativo n. 1, de 02/03/2016, dispondo que “Observado o disposto na Lei n. 810/1949 c/c Lei Complementar 95/1998, a vigência do novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, iniciou-se em 18 de março de 2016”, sendo seguido Corte Especial, conforme o seguinte precedente: STJ, AgRg no AREsp n. 814.494/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 18/04/2016.

iniciados antes de tal data, culminando na necessidade de ajuizamento de ação declaratória incidental. O início do processo, para os fins da aplicação do artigo 503 e parágrafos do Código de Processo Civil, deve ser considerado da data do protocolo da petição inicial⁵²⁵.

⁵²⁵ Nesse sentido, o enunciado 367 do FPPC: “Para fins de interpretação do art. 1.054, entende-se como início do processo a data do protocolo da petição inicial”.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe alguns institutos novos para que fosse aproveitado o melhor resultado útil ao processo, bem como observasse estritamente as garantias e os princípios constitucionais. Tal diploma, que por sinal é a primeira codificação publicada após a entrada em vigor da Carta Magna, tende a prestigiar a instrumentalidade do processo, de modo que o formalismo exacerbado, que acompanhou e regeu por anos a técnica processual, seja cada vez mais desestimulado.

Assim deve ser considerada a novidade disposta no artigo 503, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil de 2015, que prevê a possibilidade de as questões prejudiciais, surgidas incidentalmente em um processo, serem revestidas pela autoridade da coisa julgada.

No entanto, para se ter exata compreensão das hipóteses de aplicação da técnica, foi necessário fazer uma análise da temática prejudicialidade, notadamente questões prejudiciais. Surgida ainda em Roma, a prejudicialidade teve bastante relevo em tal época, iniciada no sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, sendo responsável por abrir os estudos que hoje se tem sobre o tema, notadamente por a considerar como técnica capaz de influenciar potencialmente um juízo posterior.

Os estudos e a aplicabilidade prática da prejudicialidade no período romano se perderam na Idade Média, tendo em vista o enfraquecimento do poder estatal e sua fragmentação, fazendo com que a prejudicialidade fosse entendida como dano ou prejuízo no processo. Foi apenas no período moderno que o tema voltou ao correto eixo, havendo importantes estudos nas terras francesa, alemã e italiana. Neste último país surgiu a exponencial obra de Francesco Menestrina, imprescindível para a temática, que cuidou de sua sistematização e eliminou as imprecisões e confusões existentes até então.

O direito brasileiro anterior aplicava o que já era utilizado em sede portuguesa, como as Ordenações Filipinas e o Regulamento n. 737/1850, em que a prejudicialidade era tratada, a rigor, como regras de suspensividade. O instituto continuou sendo regulado nos códigos estaduais brasileiros, inclusive com a adoção de ação declaratória. O Código de Processo Civil de 1939 passou a prever expressamente a existência de questões prejudiciais, mas as confundia com as questões preliminares.

Em sede brasileira, coube a José Carlos Barbosa Moreira, acompanhado de Ada Pellegrini Grinover, a sistematização e conceituação da prejudicialidade. A partir dos

estudos iniciados por tais doutrinadores é que se permite formar bases sólidas sobre o conceito de prejudicialidade que aqui se adotou.

A prejudicialidade, portanto, pode se apresentar no caso concreto em forma de ponto, questão ou causa. Ao que importou para o presente trabalho, a questão prejudicial é todo ponto prejudicial controvertido entre as partes, surgido de forma incidente no processo e que deva ser decidido pelo magistrado antes do julgamento da questão principal.

Aí se encontra o primeiro requisito da questão prejudicial: anterioridade lógica, que deve ser ainda necessária. No entanto, foi preciso esclarecer que as questões preliminares, que estão no gênero questões prévias, cuja a prejudicial também é espécie, não são consideradas no presente trabalho. As preliminares, mesmo constituindo anterioridade lógica, apenas tem o condão de influir na existência de uma questão posterior, ao passo que a prejudicial irá influir no teor da dita questão principal.

A questão prejudicial merece um maior refinamento ainda. É a busca da chamada prejudicialidade jurídica, que, conforme posição adotada no presente trabalho, é aquela em que haja vinculação entre os juízos. Dessa forma, questão prejudicial é todo antecedente lógico e necessário, que influa no conteúdo da questão principal, em que haja efetiva vinculação entre os juízos.

Além disso, as questões prejudiciais que importam para o escopo do trabalho são as que ocorrem internamente, isto é, existentes dentro do mesmo processo e dentre a mesma área de concentração analisada. A prejudicialidade externa, embora seja relevante, foi analisada apenas para estabelecer critérios distintivos da última indicada, mas com a indicação de algumas nuances específicas, como a regra de suspensividade.

Fixado o conceito de questão prejudicial e o campo desejado da análise, foi necessário fixar algumas premissas sobre o instituto da coisa julgada em si. Adotou-se, portanto, o conceito erigido Enrico Tullio Liebman, isto é, a *res judicata* nada mais é do que uma qualidade dos efeitos da sentença.

A coisa julgada também possui limites objetivos, em que se discutirá o que estará abrangido por tal instituto. É precisamente em tal ponto que tocou o presente estudo. O entendimento em vigor no Código de Processo Civil de 1973, acompanhado na doutrina em peso, era o de que somente a parte dispositiva da sentença poderia estar abarcada pela autoridade da coisa julgada, excluindo-se os motivos.

O entendimento, a rigor, não mudou substancialmente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, mas as questões prejudiciais receberam tratamento diferente e especial. Surgida uma questão prejudicial incidente na vigência do código

anterior, deveria a parte interessada promover técnica processual específica e adequada, a saber, a ação declaratória incidental, de modo que a prejudicial se tornaria principal em demanda incidente, sem a qual não poderia haver coisa julgada.

A não utilização no caso concreto da ação declaratória incidental poderia resultar em julgamentos contraditórios. Isto porque, ainda que resolvida *incidenter tantum* pelo magistrado em determinado processo, a mesma questão prejudicial despontada neste último processo poderia ser alvo de decisão totalmente distinta em caso ulterior, o que desprestigia a segurança jurídica.

Daí porque foi sendo amadurecido o entendimento em solo nacional sobre a possibilidade de essa mesma questão prejudicial incidente ser abarcada pela coisa julgada, principalmente após a visualização e experiência em terras alienígenas. Nessas localidades, tomaram-se como destaque os Estados Unidos da América e Inglaterra – com a milenar utilização da *issue preclusion* –, em países de *common law*, bem como Itália, Espanha e Portugal, estados oriundos de *civil law*.

Com base em tais países, foi possível entender que, internacionalmente, a questão é tratada de diversas formas, podendo-se encontrar três tipos de sistemas: amplos puros, restritivos puros e intermédios. A prevalência, pelo que pode perceber, é pelo sistema intermédio, o qual o Brasil faz parte.

Quer isso dizer que os ordenamentos jurídicos possibilitam a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais decididas de forma incidente em um mesmo processo, mas desde que sejam respeitados alguns requisitos para tanto.

Assim, excepcionalmente, o Código de Processo Civil permite o revestimento da autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais *incidenter tantum*, que sempre estiveram na fundamentação da sentença e, por tal razão, não enquadradas pelos limites objetivos da *res judicata*. Há uma formação diferente de coisa julgada, portanto, constantes na própria motivação da sentença.

Isto em nada fere o princípio dispositivo. As partes propõem ao juiz as questões principais que pretendem ver decididas, com a delimitação da causa de pedir e do pedido. As questões prejudiciais, nesse particular, desde que respeitados os requisitos impostos por lei, não teriam o condão de afastar o fixado pelas partes e o adstrito ao juiz, dando ao processo um melhor aproveitamento ao aproveitar o máximo de conteúdo da decisão.

Para que isso seja possível, o diploma processual estabelece seis requisitos cumulativos, depreendidos do artigo 503, §§ 1º e 2º: a) questão seja prejudicial ao mérito; b) decisão expressa sobre questão incidente; c) necessidade de dependência da prejudicial para

juízo em razão da matéria e da pessoa; e f) necessidade de cognição exauriente sobre a prejudicial.

Assim, é preciso que haja questão (ponto prejudicial controvertido) e que sua resolução dependa o julgamento do mérito da questão principal. Tudo que assim não for, não se poderá pretender a formação de coisa julgada. Além disso, é possível que tal técnica seja aplicável até em decisões interlocutórias, como se verifica nas hipóteses dos artigos 354, parágrafo único, 356 e 1.015, II, todos do Código de Processo Civil. Estarão excluídas ainda do campo de atuação da presente técnica processual as questões de fato e as puramente de direito.

Deve haver também decisão expressa e de forma incidente pelo magistrado ao final sobre a questão prejudicial despontada no caso. Em tal hipótese, o juiz não é obrigado sequer a indicar a resolução na parte dispositiva da sentença – já que as prejudiciais não estão inseridas aí – mas é preferível que, topograficamente, lá se encontrem, a fim de evitar confusões práticas.

O magistrado deve ainda indicar às partes a existência de uma questão prejudicial com possibilidade de ser atingida pela coisa julgada, em plena observância ao princípio da cooperação (artigo 6º, CPC) e da vedação de decisões surpresa (artigo 10, CPC). O mesmo não se aplica às partes, pois, caso se entenda de forma diversa, perderia totalmente o sentido a novidade prevista no Código de 2015, sendo desnecessária, portanto, a provocação das partes, bastando que estas as discutam efetivamente.

O julgamento do mérito deve também, necessariamente, depender da resolução incidente da questão prejudicial. Nesse sentido, se a questão for apenas contingente, isto é, uma prejudicial em potencial, sequer se poderá falar em prejudicial efetiva. É por esta razão que não se enquadram em tal critério as questões decididas desfavoravelmente ao vencedor, os motivos de decisões homologatórias, os processos baseados em cognição e sumária e, por fim, a sentença cujos motivos contiverem fundamentos alternativos.

Além disso, o contraditório exercerá especial função para utilização da referida técnica. O contraditório desejado aqui é o prévio e efetivo, este último entendido como aquele em que a questão foi efetivamente debatida pelas partes, não bastando a sua mera possibilidade. Por esta mesma razão é que o legislador não possibilitou a adoção da técnica nos casos em que houver revelia, embora até o tenha feito de forma muito restritiva. Ainda assim, é possível encontrar hipóteses de aplicação da técnica em comento mesmo em casos de revelia.

O juízo da questão principal deve ser igual e absolutamente competente para julgar a questão prejudicial, a fim de vê-la revestida da autoridade da coisa julgada. Isso, contudo, não impede seu julgamento, mas apenas a sua imutabilidade. De *lege lata*, a competência absoluta tratada aqui, embora parta de um critério insuficiente, só é referente em razão da matéria e em razão da pessoa.

Por fim, é necessário que a cognição exercida sobre a prejudicial seja exauriente, bem como não se aplique em hipóteses em que houver limitação na cognição e em restrições probatórias. Isso não quer dizer, todavia, que não se formará coisa julgada sobre questão prejudicial em todo e qualquer processo que possua, por si só, restrição probatória ou limitação na cognição.

Nessa esteira, se a prova produzida for suficiente e a cognição foi observada para discussão total da questão prejudicial, não há razão para não estender os limites objetivos da *res judicata* em tal caso, desde que respeitados os outros requisitos.

Essas questões prejudiciais devem, preferencialmente, ser fixadas no momento da fase postulatória, uma vez que poderão ser ali melhor delineadas e discutidas. Além disso, a fase de organização e saneamento processual exercerá importante função para que a técnica seja observada em sua estreita conformidade legal.

A referida novidade prevista no artigo 503 do Código de Processo Civil acaba reverberando em outros institutos, que também mereceram especial análise no presente trabalho. Uma das que levantou discussões entre a doutrina foi a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais com a presente técnica, mas o ordenamento jurídico parece não comportar e aceitar tal hipótese.

Haverá interesse na proposição de ação rescisória para desconstituir coisa julgada formada sobre questão prejudicial, desde que essa não seja decidida desfavoravelmente ao vencedor, tendo em vista a ausência do interesse processual. A mesma lógica se aplica nos recursos manejados, isto é, é possível atacar a questão prejudicial incidente, mas esta não pode ser decidida desfavoravelmente ao vencedor.

Ainda quanto a tal tema, um quadro desfavorável, mas que respeita o duplo grau de jurisdição, é a utilização de recursos para discutir se a questão formada em primeira instância foi, efetivamente, prejudicial ou não e se todos os requisitos necessários para formação da *res judicata* foram atingidos, o que pode gerar proliferação de recursos nos tribunais.

Em uma primeira aproximação dos institutos, parece ser plenamente conciliável a utilização da técnica prevista do artigo 503, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil com a arbitragem, mas desde que as questões prejudiciais estejam previstas já na convenção de

arbitragem, ou, mesmo já em procedimento arbitral, as partes concordem que a questão prejudicial surgida seja resolvida com a autoridade de coisa julgada. Em tais casos, devem ainda ser respeitados os pressupostos existentes, como disposto no código.

A novidade aqui só pode ser aplicada nos processos iniciados a partir da data de entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, devendo ser utilizada a ação declaratória incidental para os casos iniciados ainda em vigência do Código de 1973, caso se deseje ver uma questão prejudicial atingida pela *res judicata*

Não obstante a isso, é possível verificar algumas hipóteses em que, mesmo na vigência do código de 2015, seja desejável e possível a utilização da ação declaratória incidental, que não foi extirpada totalmente no atual ordenamento jurídico.

A mudança prevista no artigo 503, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil é digna de aplausos, sendo de extrema valia para um desejoso processo civil de resultados. Assim, o referido dispositivo, que guarda fina sintonia com a Constituição Federal, atua em três frentes: a) promove a economia processual, já que evita multiplicidade de processos e atos desnecessários, aproveitando ao máximo o resultado de um processo; b) privilegia a celeridade processual, pois resolve as questões de forma incidente e não exige mais a formação de uma demanda incidente, com a prática de outros atos processuais que retardam o andamento processo e seu julgamento; e c) proporciona a segurança jurídica, notadamente porque evita decisões contraditórias e confere maior previsibilidade ao ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de processo civil*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

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: Revista dos Tribunais, 2006;

_____. *Do formalismo no processo civil*. 3ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. *O juiz e o princípio do contraditório*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista do Tribunais, v. 71, 1993, pp. 31-38;

ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no cpc/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 1997;

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada sobre as decisões parciais de mérito e ação rescisória*. In: *Processo em Jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 508-523;

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v.1;

_____. *Manual de direito processual civil*. 13ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1.;

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

_____. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, t. 2, 2015;

_____. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2015;

ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile*. Padova: Cedam, parte I, 1994;

_____. *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1990, pp. 475-539;

BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidental*. 7ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada*. In: *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 6;

_____. *Coisa julgada e sua declaração*. In: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1980;

_____. *Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo*. In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.1, pp. 1.079-1.090;

_____. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. In: Temas de Direito Processual: 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1994;

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 23ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005;

_____. *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil*. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977;

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese de Concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro/RJ, 1967;

_____. *Questões prejudiciais e questões preliminares*. In: Direito processual civil: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971;

BATISTA, Zótico. *Coisa Julgada*. In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, 2011, pp. 655 e ss.;

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: Revista dos Tribunais, 2006;

_____. *Direito e processo*. 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2001;

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010;

_____. *Os elementos da demanda à luz do contraditório*. In: Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 13-52;

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: Juspodivm, 2015;

BERIZONCE, Roberto Omar. *Ideologías y processo*. In: Processo em jornadas. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon et. al. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 855-880;

BIONDI, Biondo. *Intorno alla romanità del processo civile moderno*. In: Scritti Giuridici. Milano: Giuffrè, 1965, v. 2, pp. 368-433;

BONATO, Giovanni. *Algumas considerações sobre coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva*. In: Revista de processo comparado, 2015, v. 1.2, pp. 121-143;

_____. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Napoli: Jovene Editore, 2012;

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 269, jul./2017, pp. 139-149;

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Resposta do réu: uma análise à luz da tutela provisória e dos limites objetivos da coisa julgada*. In: Processo em Jornadas (Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon et al). Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 665-667;

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

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016;

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012;

_____. *Comentários ao código de processo civil: parte geral* (coord. Cássio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, pp. 539-540;

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 8ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1;

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum ordinário e sumário*. 7ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2014, v. 2;

_____. *Novo código de processo civil anotado*. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2017;

_____. *O modelo constitucional de direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. In: Processo Civil – novas tendências: homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, pp. 157-166

BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1986;

CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao código de processo civil*. Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier et al. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 1.421-1.453;

_____. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2014;

CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*. Parte 1 e 2. In: *Rivista di diritto processuale civile*. Pádua, 1928, pp. 03-22 e 89-98;

_____. *Processo e democrazia*. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, v. 1, 1965;

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. 1;

_____. *Limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro*. In: *Novo CPC: doutrina selecionada*. Coord. Fredie Didier Jr., Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, pp. 697-705;

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª Ed., Coimbra: Almedina;

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei n. 9.307/96*. 3ª Ed., São Paulo: Atlas, 2009;

CARNELLUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. 2ª Ed., Buenos Aires: EJE, v. 1, 1973;

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1986;

CASAD, Robert; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata: a handbook on its theory, doctrine, and practice*. Durham: Carolina Academic Press, 2001;

CHIOVENDA, Giuseppe. *Identificazione delle azione. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*. In: *Saggi di diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1993. v.1, p. 159;

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2ª Ed., Campinas: Bookseller, 2000, v. 1;

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2ª Ed., Campinas: Bookseller, 2000, v.2;

_____. *Principii di diritto procesuale civile*. Napoli: Jovene, 1965;

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2004;

CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionali di domande*. Padova: Cedam, 1985, v. 1;

_____. *Oggetto del giudicato e principio dispositivo – dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, pp. 215-290;

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª Ed., Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1958;

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980;

DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven and London: Yale University Press, 1986;

DANOVI, Filippo. *La pregiudizialità nel giudizio arbitrale*. In: Arbitrato, ADR conciliazione. Torino: Zanichelli, 2013, pp. 671-692;

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en proceso civil*. Madri: Civitas, 2005;

DE PADURA BALLESTEROS, Maria Teresa. *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2002;

DELLORE, Luiz. *Da coisa julgada no novo código de processo civil (l. 13.105/15): conceito e limites objetivos*. In: Novo CPC: doutrina selecionada. Coord. Fredie Didier Jr., Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, pp. 819-838;

DIDIER JR., Fredie. *Comentários ao novo código de processo civil*. Coord. Antônio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 752-783;

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2015, v.1;

_____. *Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo código de processo civil brasileiro*. In: Civil Procedure Review, n. 6, n. 1, 2015, pp. 81-94;

_____. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 127, set/2015, pp. 75-80;

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 12ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 2;

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13ª Ed., Salvador: Juspodivm, 2016, v. 3;

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2013;

_____. *Capítulos de sentença*. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2014;

_____. *Instituições de direito processual civil*. 8ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1;

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2;

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3;

_____. *Intervenção de terceiros*. 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional*. In: Nova era do processo civil. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 38-57;

_____. *O conceito de mérito no processo civil*. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010, v.1, pp. 299-348;

_____. *Processo civil comparado*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 90, 1998, pp. 46-56;

DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 2017;

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v.2;

ESTADOS UNIDOS. *Restatement of the law second: judgments*. Washington: The American Law Institute, 1982, vol I;

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação Declaratória Incidental*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009;

FARIA, Marcela Kohlbach de. *A coisa julgada (e a sua relativização) no novo código de processo civil (lei n. 13.105/2015)*. In: Reflexões sobre o novo código de processo civil. Coord. Carlos Roberto Jatahy, Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Luiz Roberto Ayoub. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016, pp. 293-312;

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 8ª Ed., Milano: CEDAM, 1996;

FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988;

FLANAGAN, James F. *Collateral estoppel: inefficiency and foolish consistency*. Arizona State Law Journal, 1982;

FONSECA, João Francisco Neves da. *Comentários ao código de processo civil – volume IX (arts. 485-508)*. Coord. José Roberto Ferreira Gouvêa et al. São Paulo: Saraiva, 2017;

FOSCHINI, Gaetano. *La pregiudizialità nel processo penale*. Milano: La Stampa Moderna, 1942;

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1;

_____. *Teoria geral do processo civil*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016;

GAIUS. *Institutas do jurisconsulto gaio* (trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

GIDI, Antônio. TESHEINER, José Maria Rosa. PRATES, Marília Zanella. *Limites objetivos da coisa julgada no projeto de código de processo civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, pp. 101-138;

GLANNON, Joseph W. *Civil Procedure*. 7ª Ed., Nova Iorque: Wolters Kluwer Law;

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1;

_____. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 2;

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972;

_____. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 126, 2005, pp. 9-21;

_____. *Da norma: princípios e regras – princípios constitucionais e endoprocessuais*. In: Ensaio sobre a processualidade. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 95-108;

_____. *Direito processual civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1974;

_____. *Efeito preclusivo da coisa julgada. Individuação e substanciação. Concentração e desconcentração*. In: Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 165-177;

_____. *Miti e realtà sul giudicato: una riflessione italo-brasiliana*. In: Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 181-204;

_____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990;

_____. *Os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada*. In: O processo: estudos e pareceres. 2ª Ed., São Paulo: DPJ, 2009;

_____. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 94

_____. *Princípios processuais fora do processo*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 147, 2007, pp. 307-330;

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo do novo processo civil*. 4ª Ed., São Paulo: Impetus, 2017;

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

KANE, Mary Kay. *Civil procedure in a nutshell*. 7ª Ed., St. Paul, MN: West Publishing Co., 2013;

LA CHINA, Sergio. *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*. 3ª Ed., Milano: Giuffrè, 2007;

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008;

LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco: il procedimento di cognizione* (traduzione di Edoardo F. Ricci). Napoli: Morano, 1962;

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981;

_____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947;

_____. *Giudicato*. In: Enciclopedia giuridica treccani, vol. 15, pp. 1-17;

_____. *Sulla sospensione propria ed 'impropria' del processo civile*. In: Problemi del processo civile. Napoli: Morano, 1962;

LOCATELLI, Francesca. *L'accertamento incidentale ex lege: profili*. Milano: Giuffrè. 2008;

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites Objetivos e Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012;

LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991;

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Os limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 252, 2016;

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2001;

_____. *Relação entre demandas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016;

_____. *Segurança jurídica no código de processo civil de 2015*. In: *Processo em jornadas*. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon et. al. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 766-780;

_____. *Tutela do contraditório no novo código de processo civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas*. In: Revista Eletrônica de direito processual – REDP. Ano 10, Vol. 17, jan.-jun./2016, pp. 164-192. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index> >

LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. 6ª Ed., Milão: Giuffrè, v. 1, 2011;

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile: I – nozioni introduttive e disposizioni generali*. Torino: Giappichelli, 2000, v. 1;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª ed., 2011, v. 2;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017;

_____. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 2;

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

_____. *Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, set./2016, pp. 97-116;

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 5;

_____. *Manual de direito processual civil*. 9ª Ed., Campinas: Millenium, 2003, v. 2;

MATTOS, Sérgio. *Resolução de questão prejudicial e coisa julgada: primeiras linhas sobre o art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC/2015*. In: Processo em jornadas. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon et. al. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 941-959;

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 5ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017;

MELLO, João de Deus Cardoso de. *Prejudiciais civis no processo penal*. Dissertação apresentada em concurso à cadeira de direito judiciário penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1938;

MENCHINI, Sergio. *Accertamenti incidentali*. In: Enciclopedia Giuridica Treccani, 2007, pp. 1-13;

_____. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milão: Giuffré, 1987;

_____. *Sospensione del processo civile*. In: Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, tomo XLIII, 1990;

MENDES, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Atica, 1968;

MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963;

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença*. In: Teses, estudos e pareceres de processo civil: jurisdição e

competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2;

_____. *A causa petendi nas ações reivindicatórias*. In: Teses, estudos e pareceres de processo civil: direito de ação – partes e terceiros – processo e política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.1;

MINAMI, M.Y.; PEIXOTO, Ravi. *Da questão prejudicial incidental constitucional no stf e o novo regime da coisa julgada*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 263, jan./2017, pp. 77-104;

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, Tomo IV;

_____. *Tratado da ação rescisória: da sentença e de outras decisões* (Atualizado por Nelson Nery Junior e Georges Abboud). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. In: Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, abril/2011, pp.55-68

MOUZALAS, Rinaldo. *Delimitação do objeto litigioso do processo: análise das principais teorias difundidas no Brasil*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 228, 2014, pp. 123-147;

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto; BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009;

NESIN, Seth. *The benefits of applying issue preclusion to interlocutory judgments in cases that settle*. In: New York University Law Review, vol. 76, 2001, pp. 874-905;

NERY JUNIOR., Nelson; NERY; Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

NERY JUNIOR, Nelson. *Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*. In: Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 703-727;

_____. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 12ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

_____. *Teoria geral dos recursos*. 7ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª Ed., Salvador: Juspodvim, 2016;

- NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada* (tradução: Antônio do Passo Cabral). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 11ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012;
- OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, v. 2, 2016;
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994;
- ORICCHIO, Antonio. *L'arbitrato: commento alle norme del c.p.c.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994;
- OTEIZA, Eduardo. *El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en américa latina*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 173, 2009, pp. 179-200;
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008;
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. 4ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;
- PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: brasil e estados unidos*. Salvador: Juspodivm, 2013;
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4ª Ed., Napoli: Jovene, 2002;
- PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato civile (diritto vigente)*. In: Enciclopedia del diritto, v. XVIII, 1968, pp. 785-893;
- REDONDO, Bruno Garcia. *Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo cpc*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 248, out. 2015, pp. 43-67;
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Il diritto dell'arbitrato*. 5ª Ed., Milano: CEDAM, 2006;
- _____. *Questioni pregiudiziali, incidentali, di legittimità costituzionale e di diritto comunitario*. In: Arbitrato, ADR conciliazione. Torino: Zanichelli, 2013, pp. 693-700;
- SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015;
- SANCHES, Sydney. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, jan.-mar. 1979, pp. 31-47;
- SATTA, Salvatore. *Accertamento incidentale*. In: Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1964, v. 1, pp. 243-246;

SCHAWB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968;

SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no código de processo civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos*. Salvador: Juspodivm, 2017;

SHAPIRO, David L. *Civil procedure: preclusion in civil actions*. Nova Iorque: Foundation Press, 2001;

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Comentários ao código de processo civil: parte geral* (Coord. Cássio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2017, v.1, pp. 736-773;

_____. *Preclusão processual civil*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 2008;

_____. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011;

SILVA, Ovídio Baptista da. *Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, vol. 15;

_____. *Conteúdo da sentença e coisa julgada*. Doutrinas essenciais de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 6;

_____. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003;

SILVA, Ricardo Alexandre da. *Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais*. Tese de doutorado apresentada à Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016;

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª Ed., Lisboa: Lex, 1997;

STRECK, Lênio Luiz; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Comentários ao código de processo civil* (Org. Lênio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro Cunha). São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 717-719;

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

_____. *Comentários aos artigos 502 a 508*. In: Código de processo civil anotado (Coord. José Rogério Cruz e Tucci et. al.). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, pp. 711-728;

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid: La ley, 2000;

_____. *La cosa juzgada – estudio de jurisprudencia civil*. Madrid: Dykinson, 2010;

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil* (tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos). São Paulo: Marcial Pons, 2015;

_____. *Collateral estoppel e giudicato sulle questione*. 2ª Parte. In: *Rivista di diritto processuale*, 1972, pp. 272-300;

_____. *Il diritto alla prova nel processo civile*. In: *Rivista di diritto processuale*. Pádua: CEDAM, 1984;

_____. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Tradução Cândido Rangel Dinamarco, Curitiba: IBEJ, 2001;

TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 59ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, v.1;

_____. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. 50ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, v.3;

_____. *Notas sobre sentença, coisa julgada e interpretação*. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v.2;

_____. *Redimensionamento da coisa julgada*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, n. 58, 2009;

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 5ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1988, v. 2;

_____. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 2;

TORRES, Artur. *Sentença, coisa julgada e recursos cíveis codificados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2;

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

_____. *A regra da eventualidade como pressuposto da denominada teoria da substanciação*. In: *Revista do Advogado – AASP*, pp. 39-43;

_____. *Comentários ao código de processo civil: parte especial* (coord. Cássio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2, pp. 478-526;

TUCCI, Rogério Lauria. *Sentença e coisa julgada civil*. Belém: Cejup, 1984;

VARELA, João de Matos Antunes. *Manual de processo civil*. 2ª Ed., Coimbra editora, 1985;

VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André. *Coisa julgada e questões prejudiciais*. In: *Processo em jornadas*. Coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon et. al. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 923-940;

VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*. Padova: Cedam, 2007;

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v.1;

_____. *Curso avançado de processo civil*. 16ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 2;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 230, abr/2014, pp. 75-89;

_____. *Coisa julgada*. In: *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro* (Coord. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 393-399;

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012;

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005;

_____. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência*. São Paulo: Malheiros, 2009;

_____. *Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória no cpc 2015*. In: *O Novo Código de Processo Civil - Questões Controvertidas* (vários autores). São Paulo: Atlas, 2015, pp. 155-169;

_____. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 63-80;

_____. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, v.1;

_____. *Tutela jurisdicional meramente declaratória*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 76, 1994, pp. 42-54;

ZIFF, Robert. *For One Litigant's Sole Relief: Unforeseeable Preclusion and the Second Restatement*. In: *Cornell Law Review*, vol. 77, 1992, pp. 905-953;

ZVEIBIL. Daniel Guimarães. *Limites objetivos da coisa julgada no cpc/2015*. In: Novo CPC: doutrina selecionada. Coord. Fredie Didier Jr., Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, pp. 753-778.