

INTRODUÇÃO

O debate sobre os limites objetivos da coisa julgada não é recente. Desde o século XIX, a doutrina discute se a coisa julgada apenas abrangeria o dispositivo da decisão judicial ou se os fundamentos do ato decisório também seriam por ela alcançados.

No Brasil, a fórmula adotada pelo legislador de 1939 gerou divergências doutrinárias e jurisprudenciais. O alvo das discussões foi o art. 287 do CPC-1939, cuja redação gerava dúvidas sobre o alcance da autoridade da coisa julgada.

O legislador de 1973 pôs fim à discussão e restringiu a coisa julgada ao dispositivo da decisão judicial. Se a fórmula posta em 1939 era confusa, o estatuto de 1973 não dava margem à dúvida. O art. 469 do Código, de forma expressa e até redundante, excluiu da autoridade da coisa julgada: *i)* os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; *ii)* a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; *iii)* a questão prejudicial incidentalmente decidida pelo juiz.

A solução da questão prejudicial incidental somente ficaria acobertada pela autoridade da coisa julgada, se as partes propusessem a ação declaratória incidental. Criou-se, portanto, um instrumento processual específico com o objetivo determinado: fazer incidir sobre a solução da questão prejudicial incidental a autoridade da coisa julgada.

O posicionamento adotado pelo legislador de 1973, embora sedimentado após intensa discussão sobre a matéria, não deixou de ser objeto de críticas doutrinárias. Dentre os aspectos criticados, apontava-se a contradição lógica que o sistema proporcionava e a violação aos princípios da segurança jurídica e da economia processual¹.

Em razão disso, o legislador de 2015 optou por uma fórmula distinta da que havia sido adotada no CPC-1973. De acordo com o novo Código, a questão prejudicial decidida incidentalmente no processo ficará acobertada pela autoridade da coisa julgada, desde que atendidos alguns pressupostos.

¹ LOPES, Bruno Carrilho Lopes. *Limites Objetivos e Eficácia Preclusiva da Coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65-81.

O novo sistema não mais prevê a ação declaratória incidental, ao menos não nos mesmos moldes em que estava prevista no Código de 1973. A solução dada pelo juiz à questão prejudicial incidental ficará acobertada pela autoridade da coisa julgada, independentemente de pedido expresso das partes.

Trata-se de uma das inúmeras novidades trazidas pelo novo Código. A novidade, contudo, não está propriamente em tornar imutável a solução dada à questão prejudicial incidental. Isso, ao menos no âmbito doutrinário, não é algo novo. A maior inovação decorre da fórmula adotada pelo legislador de 2015.

Nos termos do art. 503, §§1º e 2º, do novo Código, a resolução da questão prejudicial incidental somente ficará acobertada pela coisa julgada se: *i*) for decidida por juiz absolutamente competente para resolvê-la como principal; *ii*) a sua solução condicionar o mérito da demanda; *iii*) houver contraditório prévio e efetivo; *iv*) não houver restrições probatórias ou limitações cognitivas que impeçam o aprofundamento da análise da questão.

Mais do que simplesmente alterar os seus limites objetivos, o legislador brasileiro criou um novo regime de formação da coisa julgada. Agora, há um regime destinado à solução das questões principais e outro voltado para as resoluções das prejudiciais incidentais. É esse novo regime que será o objeto no nosso enfrentamento.

O nosso objetivo é analisar a nova sistemática adotada pelo legislador de 2015 para disciplinar as soluções dadas às questões prejudiciais incidentais, buscando interpretar as disposições previstas no art. 503, §§1º e 2º, do Novo Código de Processo Civil.

Para tanto, o trabalho foi dividido em cinco capítulos.

No capítulo I, buscamos definir as noções fundamentais que entendemos ser necessárias para a compreensão do referido dispositivo normativo. Nesse capítulo, analisamos os conceitos de cognição judicial, questão, decisão, objeto do processo, dentre outros.

O capítulo II foi dedicado ao exame de aspectos relacionados à coisa julgada de acordo com o novo Código. Nesse capítulo, examinamos, dentre outros assuntos, o conceito de coisa julgada, os pressupostos para a sua formação e os seus limites subjetivos, objetivos e temporais.

No capítulo III e IV, estudamos o fenômeno da prejudicialidade. Além de definirmos o conceito jurídico de questão prejudicial e identificarmos a sua

classificação e formas de apresentação, examinamos a relação existente entre questão prejudicial e a coisa julgada, apontando os posicionamentos doutrinários existentes sobre a matéria.

Por fim, o capítulo V é dedicado ao objeto central do nosso estudo: o art. 503, §§ 1º e 2º, do novo Código de Processo Civil. Nesse capítulo, buscamos identificar eventuais problemas que podem surgir na aplicação desses dispositivos, bem assim examinar as posições doutrinárias já existentes sobre a sua interpretação.

Apesar do enfoque dado ao trabalho, não temos a pretensão de definir a interpretação que melhor deve ser dada ao art. 503, §§1º e 2º, do novo Código; isso, aliás, esbarraria nas limitações deste autor. O nosso objetivo é mais modesto. Pretendemos apenas debater as questões que possivelmente essa novidade trará ao exame do processualista brasileiro. Tomara que consigamos alcançar esse objetivo a contento.

CAPÍTULO I – NOÇÕES FUNDAMENTAIS.

1. CONCEITO DE COGNIÇÃO JUDICIAL.

A atividade judicial possui caráter prevalentemente cognitivo. O juiz, antes de decidir uma demanda, realiza uma série de atividades intelectuais, procurando investigar, analisar e resolver as diversas questões que lhe são submetidas no curso do processo.

Desse modo, conforme define Kazuo Watanabe, a cognição judicial é um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as questões de fato e de direito deduzidas no processo e cujo resultado é o fundamento da resolução sobre uma determinada questão².

No entanto, reduzir a cognição judicial ao processo silogístico realizado pelo magistrado – no qual a regra jurídica constitui-se na premissa maior, o fato na premissa menor e o provimento jurisdicional seria a conclusão – não é suficiente para definir e compreender a atividade judicial.

A estrutura lógica não basta para definir a atividade desenvolvida pelo magistrado. Como bem adverte Daniela Bonfim, “a estrutura de pesquisa judicial não é um vazio, não é oca”³, na medida em que “a atividade do magistrado não é de descoberta, mas sim de constituição”⁴.

A investigação judicial é bem mais complexa do que um simples esquema silogístico⁵. Existem elementos não intelectuais que influenciam, não raro de maneira decisiva, na conclusão que será alcançada pelo juiz.

A interpretação, vale lembrar, reflete uma “experiência conflitual do intérprete, de modo tal que a norma de decisão por ele produzida traz bem impressas em si as marcas desse(s) conflito(s)”⁶. Desse modo, a atividade judicial compreende momentos que vão muito além do que uma simples dedução lógica, sobretudo porque o magistrado, na apreciação do caso, é influenciado por “critérios de experiência, de

² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 41.

³ BONFIM, Daniela Santos. A metodologia na cognição judicial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 57.

⁴ BONFIM, Daniela Santos. A metodologia na cognição judicial... cit., p. 57.

⁵ WATANABE, Kazuo. *Da cognição...*, cit., p. 42.

⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/Aplicação do direito*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p.37.

oportunidade e de justiça, inspirados nas condições históricas, econômicas e políticas da sociedade.”⁷.

Portanto, o conceito de cognição judicial, além de ser composto por seu caráter prevalentemente lógico, possui componentes de caráter não intelectuais.

Interessa-nos, porém, para o objeto do nosso estudo, apenas o aspecto epistêmico da atividade judicial – consistente, como visto, em considerar, analisar e valorar as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo. Cumpre-nos, então, examinar o objeto da cognição judicial: as *questões*⁸.

2. CONCEITO DE QUESTÃO.

Conforme ensina Fredie Didier Jr, a palavra “questão”, na dogmática processual, possui duas acepções⁹.

Em uma primeira acepção, mais restrita, *questão* é todo ponto, de fato ou de direito, controvertido no processo¹⁰, ou seja, é o *ponto duvidoso* de que dependa pronunciamento judicial. Nessa concepção, a *questão* não constitui, em si, objeto de julgamento; sua resolução é apenas um meio utilizado pelo juiz para decidir a questão principal. A questão, uma vez resolvida, “insere-se entre os fundamentos da decisão, nas razões de decidir.”¹¹. É esse o sentido que a palavra foi empregada no art. 489, inciso II, do CPC.

Por outro lado, *questão* também pode ser compreendida como o *thema decidendum*. Nessa acepção, o vocábulo *questão* é o próprio objeto litigioso do processo, o mérito da demanda, a questão principal que deve ser resolvida pelo magistrado¹². A referida acepção é utilizada no art. 489, inciso III, do NCPC.

⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 167. No mesmo sentido, cf. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho Prcesal Civil*. 4 ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2005, p. 230-236.

⁸ “Cognição é, pois, a pesquisa da solução aos problemas submetidos à apreciação do magistrado. Estes problemas são as questões.”. (BONFIM, Daniela Santos. A metodologia na cognição judicial. cit., p. 54.)

⁹ DIDIER JR, Fredie. Objeto da cognição judicial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 100, n. 373, p. 85.

¹⁰ DIDIER JR, Fredie. Objeto da cognição judicial. cit., p. 85; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada: Ensaios e Pareceres*. 4 ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 112.

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. *Temas de direito processual civil*. 2ª série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 243.

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. *Temas de direito processual civil*. 2ª série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 243.

Importa, neste ponto, observar que somente as partes (e, em alguns casos, o Ministério Público) podem suscitar a controvérsia em torno dos pontos afirmados no processo¹³. Ao juiz, em regra, é vedado tornar litigioso o que não foi controvertido pelas partes.

Ressalvamos, aqui, as matérias cognoscíveis *ex officio*, a exemplo de algumas questões processuais, que poderão ser suscitadas independentemente de provocação. Assim, ressalvadas as matérias que podem ser conhecidas independentemente de provocação, não pode juiz suscitar de ofício uma discussão em torno de um tema não controvertido pelos litigantes.

Em uma ação de alimentos, por exemplo, cabe ao réu controverter a paternidade. Se assim não o fizer, o magistrado não pode suscitar o debate em torno desse *ponto*. Essa constatação é essencial para o estudo da coisa julgada, notadamente para a compreensão do §1º do art. 503 do NCPC que é o objeto do nosso estudo.

Conforme veremos no último capítulo, somente as *questões prejudiciais* decididas expressamente ficarão abarcadas pela coisa julgada. Os chamados *pontos prejudiciais* (ou seja, as alegações não controvertidas), por sua vez, não ficarão cobertos pela *auctoritas rei iudicatae*¹⁴.

3. CLASSIFICAÇÃO DAS QUESTÕES.

Compreendido o conceito de questão, cumpre-nos expor a sua classificação doutrinária. Anote-se, no entanto, que, conforme adverte Fredie Didier Jr, os tipos de questão a seguir expostos não se excluem. “Um pressuposto processual é, por exemplo, a um só tempo, uma questão de admissibilidade da causa e uma questão preliminar”¹⁵.

Feito esse breve esclarecimento, vamos à classificação.

3.1. Questão de fato e questão de direito.

¹³ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 254.

¹⁴ Sobre as formas de apresentação (ponto, questão e causa) do fenômeno da prejudicialidade, ver capítulo IV *infra*.

¹⁵ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol 1. 17 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 446.

A distinção entre *questão de fato* e *questão de direito* é conhecida e bastante tormentosa na doutrina¹⁶.

Segundo Castanheira Neves, o fato e o direito, a matéria de fato e a matéria de direito “são conceitos *juridicamente* determinados, *no seio* do direito e *pelo direito*”¹⁷ (grifado no original). De tal sorte, a distinção entre *questão de fato* e *questão de direito* pressupõe a compreensão da *teoria do fato jurídico*, mais precisamente o fenômeno da *juridicização*¹⁸.

A norma jurídica, enquanto proposição, prevê hipoteticamente fatos de possível ocorrência no mundo. A esses fatos ou conjunto de fatos dá-se o nome de *suporte fático*. O *suporte fático*, portanto, consiste no fato ou conjunto de fatos aptos a produzir efeitos jurídicos em razão da incidência da norma. Ocorrendo o fato, incide a norma jurídica, dando surgimento ao fato jurídico. Logo:

FATO JURÍDICO = FATO (SUPORTE FÁTICO) + INCIDÊNCIA NORMATIVA

Não se deve confundir o *suporte fático* com a *norma jurídica*, tampouco o *suporte fático* com o *fato jurídico*. Observe: *suporte fático* é o fato ou conjunto de fatos previstos hipoteticamente na norma¹⁹; *fato jurídico* é o *fato* que sofreu a incidência da norma. Assim, o *fato jurídico* apenas surge se o *fato* antevisto pela norma efetivamente ocorrer.

Existente o *fato jurídico* surge, no mundo do direito, os efeitos jurídicos previstos na norma. A eficácia jurídica, portanto, decorre do *fato jurídico*²⁰.

A título meramente ilustrativo, analisemos o art. 394 do Código Civil. O referido dispositivo prevê o seguinte: “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a

¹⁶ Não há, em verdade, no plano ontológico, uma distinção nítida entre estes dois tipos de questão. Explica Teresa Arruda Alvim Wambier que a definição de *questão de fato* e *questão de direito*, nesta perspectiva, deve levar em consideração o grau de predominância do aspecto fático ou jurídico, conforme o caso. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. Recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 156.)

¹⁷ NEVES, Antônio Castanheira. *Questão de facto – Questão de Direito ou O problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma repositão crítica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p. 27.

¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77-100.

¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. cit., p. 42.

²⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. cit., p. 77.

convenção estabelecer”. O *suporte fático* da norma é a ausência de pagamento ou de recebimento; o *fato jurídico* decorrente da incidência da norma é *mora*²¹; o efeito jurídico é o dever de pagar juros moratórios, no caso da mora do devedor, e a obrigação de responder pelas despesas necessárias para a conservação da coisa, no caso da mora do credor (art. 400, Código Civil).

Compreendida, em apertada síntese, o fenômeno da juridicização, podemos identificar e distinguir a *questão de fato* e a *questão de direito*.

Segundo Fredie Didier Jr, dois são critérios distintivos entre *questão de fato* e *questão de direito*.

O primeiro critério leva em consideração o objeto da questão, ou seja, a matéria sobre a qual a questão versa²².

Considerado o seu objeto, a *questão de fato* é toda questão que verse sobre o *suporte fático* hipoteticamente previsto na norma. A questão fática, portanto, é “tudo o que se reporta ao apuramento de ocorrências da vida real e de quaisquer mudanças ocorridas no mundo exterior”²³.

A *questão de direito*, por sua vez, é toda questão que diga respeito sobre uma *norma*, um *fato jurídico* ou um *efeito jurídico*²⁴.

Fredie Didier Jr, porém, chama atenção para insuficiência deste critério para diferenciar as *questões fáticas* das *questões jurídicas*, na medida em que “no suporte fático concreto, se possa encontrar um fato jurídico (fato após a incidência da normativa) ou um efeito jurídico (relação jurídica, direito, dever, etc.)”²⁵. A *mora*, por exemplo, é um *fato jurídico* que compõe o *suporte fático* da ressarcibilidade dos danos (art. 389 c/c art. 395, Código Civil)²⁶.

Assim, citando as lições de Barbosa Moreira²⁷, Didier indica um segundo critério para distinguir as *questões de fato* e das *questões de direito*: o *critério funcional*.

Por este critério, *questão de fato* é toda questão que funciona como o *suporte fático* da norma jurídica. Relaciona-se, portanto, com os pressupostos fáticos da

²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. cit., p. 51.

²² DIDIER JR, Fredie. Objeto da cognição judicial. cit., p. 87.

²³ ARAÚJO, Henrique. *A matéria de fato no processo civil*. Disponível em <http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/henriquearaujo_materiafactoprocessocivil.pdf>. Acesso em 11.11.2015.

²⁴ DIDIER JR, Fredie. Objeto da cognição judicial. cit., p. 87.

²⁵ DIDIER JR, Fredie. Objeto da cognição judicial. cit., p. 87.

²⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. cit., p. 49.

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. In: *Temas de Direito Processual Civil: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 207.

incidência normativa. A questão de fato, neste passo, é “toda questão relacionada à existência e às características do suporte fático concreto, pouco importa se, examinada pela perspectiva do objeto, trate-se de questão de fato ou questão de direito”²⁸.

Desse modo, todas as questões relacionadas à *causa de pedir*, em qualquer situação, ainda que, se analisadas quanto ao seu objeto sejam de direito, são questões de fato²⁹.

Por outro lado, a questão jurídica, sob o aspecto funcional, é toda questão relacionada à incidência normativa. Em outros termos, é toda questão relacionada à *tarefa de subsunção do fato à norma*.

Interessante, aqui, anotar a observação de Heitor Vitor Mendonça Sica, o qual afirma que a operação de subsunção do fato à norma, caso controvertido, faz surgir uma questão de direito e pode ou não resultar na declaração da existência ou inexistência de uma *situação jurídica*³⁰.

Assim, associando o posicionamento desse autor à concepção funcional de questão de direito, podemos classificá-la em dois tipos: *i*) questões de direito cujas soluções resultam na declaração de existência ou inexistência de uma situação jurídica, tal como ocorre no reconhecimento da validade de um negócio jurídico e *ii*) questões de direito cujas soluções não importam o reconhecimento de existência ou de inexistência uma situação jurídica, como é o caso das decisões que resolvem uma questão constitucional³¹.

As noções de questão de fato e questão de direito são essenciais para a solução de diversos problemas que são suscitados na prática, sendo útil, por exemplo, para

²⁸ DIDIER JR, Fredie. Objeto da cognição judicial.cit., p. 88.

²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. In: *Temas de Direito Processual Civil*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 207-208.

³⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 223. Sica, porém, refere-se à “relação jurídica”. A relação jurídica, porém, é apenas um dos efeitos do fato jurídico. Existem “situações jurídicas” não relacionais. Desse modo, adaptamos as lições de Sica, substituindo o termo “relação jurídica” por “situação jurídica”, aqui compreendida em seu sentido lato (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95).

³¹ Veremos mais a frente que o conceito jurídico de questão prejudicial está atrelado à atividade subsuntiva realizada pelo magistrado. Prejudicial é a questão cuja solução, alcançada mediante juízo de subsunção (aplicação da norma ao fato), necessariamente condicione a resolução de outra questão. Assim, a classificação é importante, na medida em que serve para delimitar o alcance da norma prevista no art. 503, §1º, NCPC. Apenas as questões prejudiciais cujas soluções importem no reconhecimento de existência ou inexistência de uma situação jurídica ficarão abarcadas pela autoridade da coisa julgada.

definir as questões que podem ser conhecidas *ex officio* pelo magistrado³², bem assim para delimitar o cabimento dos recursos extraordinários³³.

No presente trabalho, essas concepções revelam-se imprescindíveis para a compreensão do fenômeno da prejudicialidade.

Conforme veremos mais adiante, do ponto de vista jurídico, o conceito de questão prejudicial está relacionado com a atividade de subsunção realizada pelo magistrado, razão pela qual as questões de fato são excluídas do âmbito do fenômeno da prejudicialidade.

3.2. Questões prévias: questão preliminar e questão prejudicial.

Existem questões que devem necessariamente ser solucionadas antes de outras. Essas questões são denominadas de *questões prévias*.

Houve um tempo em que a doutrina compreendia as questões prévias do ponto de vista estritamente cronológico, enquadrando nessa categoria todas as questões que deveriam ser solucionadas antes da solução do objeto litigioso³⁴.

Todavia, as *questões prévias* são definidas pelo critério lógico, e não cronológico³⁵. A *questão prévia* é aquela que guarda uma relação de dependência lógica com outra questão. Assim, “se o magistrado puder resolver qualquer questão de mérito, ou não, sem examinar e solucionar outra, esta não poderá ser considerada prévia...”³⁶.

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. cit., p. 207; DIDIER JR, Fredie. Objeto da cognição judicial. cit., p. 87.

³³ Sobre a matéria, conferir: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais... op. cit.*; RAATZ, Igor. *Recente Decisão do STJ no AgRg no REsp nº. 1.279.422-SP - A dicotomia “questão de fato” e “questão de direito”*: a impossibilidade de uma cisão. Disponível em <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/discussoes-e-atualidades/171-a-dicotomia-questao-de-fato-e-questao-de-direito-parte-i>>. Acesso em 11.11.2015.

³⁴ Liebman, por exemplo, afirmava que todas as questões estranhas ao mérito constituíam *questões prévias*, cuja solução ou permitiria o prosseguimento do feito e a conseqüente análise do mérito ou implicaria a sua extinção sem conhecimento do mérito. (LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. In: _____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Bushatasky, 1976, item 10, p.122.). José Frederico Marques, por sua vez, relacionava as questões prévias ao juízo de admissibilidade. Para esse autor, o juízo de admissibilidade versava sobre as *questões prévias*, “questões essas denominadas de preliminares ou, também, de questões prejudiciais.” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 293.)

³⁵ ALVIM, Thereza. *Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 12. No mesmo sentido, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Questões Preliminares*. In: *Direito Processual Civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, p. 81.

³⁶ ALVIM, Thereza. *Questões prévias... cit.*, p. 12.

As *questões prévias* dividem-se em dois tipos: *i*) questões preliminares e *ii*) questões prejudiciais. O critério distintivo entre essas questões está localizado nos diferentes tipos de influência que a solução de uma determinada questão pode exercer sobre a outra.

A distinção, portanto, está no tipo de relação estabelecida entre a questão subordinante e subordinada. Daí porque se costuma afirmar que os conceitos de preliminaridade e de prejudicialidade são relativos, ou seja, nenhuma questão é em si preliminar ou prejudicial. A análise sempre dependerá da relação que se estabelecerá entre as questões. Uma mesma questão “x” pode ser preliminar da questão “y” e prejudicial à questão “z”³⁷.

Pois bem, a questão preliminar é aquela cuja solução autoriza ou não a continuidade da atividade cognitiva judicial. Ela diz “respeito à possibilidade jurídica de chegar a uma decisão.”³⁸.

A solução da questão preliminar condiciona o exame da questão subordinada, funcionando como um semáforo: aceso o sinal verde, o juiz está autorizado a resolver a questão subordinada; aceso, porém, o sinal vermelho, a questão subordinada não poderá ser apreciada³⁹. Assim, o juiz somente poderá examinar a questão subordinada, se superada for a condicionante. A competência, por exemplo, é preliminar ao mérito da demanda. Acolhida a alegação de incompetência, o juiz não poderá examinar o mérito, devendo remeter o processo ao juízo competente.

A solução da questão prejudicial, por sua vez, condiciona o *modo*, o *teor*, o *sentido* da questão vinculada. Há uma subordinação quanto ao conteúdo da segunda questão. Ao contrário da questão preliminar em que se resolve o problema relacionado à própria existência de outra decisão, no caso da questão prejudicial, resolve-se sobre a sua essência⁴⁰. “A questão prejudicial funciona como uma espécie placa de trânsito que determina para onde o motorista (o juiz) deve seguir”⁴¹.

A questão preliminar não deve ser associada às matérias alheias ao mérito da demanda. Conforme afirma Barbosa Moreira, existem preliminares processuais e preliminares de conhecimento ao mérito⁴². Logo, questões de mérito também podem ser

³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Questões Preliminares*. cit., p. 89.

³⁸ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 143.

³⁹ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. cit., p. 143.

⁴⁰ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. cit., p. 143.

⁴¹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, cit. p. 442.

⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Questões Preliminares*. cit., p. 88.

preliminares. É o caso da prescrição, que, uma vez acolhida, desautoriza o juiz a examinar as demais questões postas à rejeição ou ao acolhimento do mérito⁴³.

Do mesmo modo, não se deve associar as questões prejudiciais ao mérito da causa. A prejudicialidade é fenômeno que pode ser observado em todos os aspectos do processo. Assim, tanto podemos pensar em questões prejudiciais relativas ao processo (nulidade da cláusula de eleição de foro e a competência) quanto em prejudiciais relativas ao mérito (paternidade e alimentos).

3.3. Questão de admissibilidade e questão de mérito.

Tradicionalmente, a doutrina brasileira, apegada ao pensamento liebmaniano, aponta para a existência de três tipos de questões que são objeto de conhecimento do juiz: *i*) as questões de mérito; *ii*) as questões processuais e *iii*) as questões referentes às condições da ação (legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido)⁴⁴.

Não são recentes, contudo, as críticas às condições da ação como categoria processual autônoma, tal qual defendido por Enrico Tullio Liebman.

José Joaquim Calmon Passos, muito antes do CPC-1973, já repudiava a teoria de Libeman, demonstrando as suas inconsistências⁴⁵. Algumas décadas depois, Fredie Didier Jr., seguindo o posicionamento do professor Calmon, também criticou severamente a doutrina liebmaniana, chegando a sustentar que a solução dos problemas

⁴³ Fredie Didier Jr esclarece, porém, que a prescrição também pode ser compreendida como questão prejudicial: “A prescrição é uma questão preliminar em relação às demais questões de defesa suscitadas pelo demandado: uma vez acolhida a prescrição, as demais alegações do réu nem serão examinadas. A prescrição é, porém, uma questão prejudicial ao exame do pedido (questão principal do processo): uma vez acolhida a prescrição, rejeita-se o pedido. Note que o pedido será examinado, mas não será acolhido.” (DIDIER JR, Fredie. *Editorial 146*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-146/>, acesso em 20.09.15). No entanto, para Thereza Alvim, a prescrição não é nem questão preliminar nem uma questão prejudicial. Segundo a mencionada autora, a prescrição “é mérito e simplesmente é examinada antes do restante desde, por uma razão lógica, que, se não seguida, poderia causar atividade prejudicial inútil, o que atentaria, portanto, contra o princípio de economia processual.” (ALVIM, Thereza. *Questões prévias...* cit., p. 12.).

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido R. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo*, Ano IX, n. 34, p. 36.

⁴⁵ A obra foi elaborada no ano de 1960, tendo sido, no entanto, recentemente, reeditada pela Editora Jus Podivm. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processo civil brasileiro*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014)

oriundos da adesão à teoria do mestre italiano seria o banimento do instituto da legislação pátria⁴⁶. E, ao que parece, foi o que ocorreu.

Com efeito, ao contrário do CPC-1973, o NCPC não mais prevê a *possibilidade jurídica do pedido* como hipótese de extinção do processo sem resolução mérito, tendo, ainda, banido dos seus enunciados normativos as expressões *condições da ação* e *carência de ação*⁴⁷. Estas mudanças, segundo Fredie Didier Jr.⁴⁸ e Leonardo Carneiro Cunha⁴⁹, evidenciam o fim da categoria das *condições da ação* e, conseqüentemente, o abandono, em definitivo, da teoria liebmaniana⁵⁰.

Em verdade, a novel legislação processual civil acolheu o antigo posicionamento doutrinário que pugnava pela adoção, para o processo brasileiro, da sistemática do binômio, consagrada no direito processual alemão⁵¹. De fato, desde 1960, Calmon de Passos demonstrava que todos os requisitos impostos pela lei ao conhecimento do mérito – e aí estariam incluídas, obviamente, as chamadas *condições da ação* – “se alinham sob a epígrafe de condições de admissibilidade”⁵². Logo, as questões examinadas pelo juiz ou dizem respeito aos requisitos de admissibilidade ou referem-se ao mérito (objeto litigioso) da demanda.

Conforme ensina Fredie Didier Jr., existem apenas dois tipos de juízo que podem ser feitos pelo órgão jurisdicional, a saber, o *juízo de admissibilidade* e o *juízo de mérito*. Se dois são os juízos, são dois apenas os tipos de questões enfrentadas pelo magistrado. Não há, diz o mencionado autor, sentido lógico para distinguir três tipos de

⁴⁶ DIDIER JR. Fredie Souza. Um Réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. *Revista Forense*, Ano 96, Jul-Ago-Set/2000, p. 75.

⁴⁷ Porém, a expressão ainda está referida no art. 305 do Código de Processo Penal.

⁴⁸ DIDIER JR, Fredie. Será o fim da categoria da condição da ação? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Ano 36, n. 197, p. 255-260.

⁴⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro. Será o fim da categoria da condição da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr e Alexandre Freitas Câmara. *Revista de Processo*, Ano 36, n. 198, p. 227-235.

⁵⁰ A questão, no entanto, não é pacífica. Para Alexandre Freitas Câmara, as alterações dos enunciados normativos não promoveram o fim das “condições de ação” como categoria processual autônoma. O autor justifica o seu posicionamento na autonomia da *ação* enquanto instituto processual. (CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria da condição da ação? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*, Ano 36, n. 197, p. 261-269; _____. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 34-39.). No mesmo sentido, cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 205-227.

⁵¹ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 77.

⁵² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processo civil brasileiro*. cit p. 44.

questão, de modo que “ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade, *tertium non datur* (princípio lógico do terceiro excluído)”⁵³.

Enfim, dada a superação da teoria de Liebman sobre as *condições da ação*, sob a perspectiva ora analisada, as questões que constituem o objeto da cognição judicial dividem-se em: *i) questões de admissibilidade e ii) questões de mérito*.

As questões de admissibilidade, como a própria denominação já sugere, são aquelas relacionadas aos requisitos de admissibilidade do procedimento, ou seja, requisitos sem os quais o procedimento não está autorizado a ser processado. Esses requisitos tanto podem corresponder ao procedimento principal (relativo à *demanda*), hipótese em que a sua falta impedirá o regular desenvolvimento do processo como um todo, como podem corresponder aos procedimentos incidentais ou recursais, cuja falta inviabiliza apenas o procedimento a que se relaciona⁵⁴.

As questões de mérito, por sua vez, correspondem à relação jurídica material *in iudicium deducta*, incluindo-se aí as questões resolvidas como mero fundamento (questões de mérito *lato sensu*) e as questões correspondentes ao mérito propriamente dito, ou seja, ao objeto litigioso do processo⁵⁵. Assim, denomina-se juízo de mérito “a decisão sobre a questão de mérito principal, em que se examinam as outras questões de mérito (fundamentos).”⁵⁶.

Costuma-se relacionar questões de admissibilidade com as questões processuais, como se as questões de mérito não pudessem ser processuais. Trata-se, no entanto, de uma percepção equivocada sobre o tema. A identificação das questões de admissibilidade e questões de mérito pressupõe a análise do procedimento. Uma mesma questão pode ser de admissibilidade em relação a um procedimento, e de mérito, em relação a outro.

A competência, por exemplo, quando suscitada como *preliminar*, no procedimento principal, será, em relação a esse procedimento, uma questão de

⁵³ DIDIER JR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade da demanda*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 72.

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais...* cit., p. 74.

⁵⁵ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. cit., p. 79.

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais...* cit., p. 74. Dinamarco, no entanto, afirma que as questões de mérito não se confundem com o mérito da demanda. Para ele, apenas as questões de mérito consistem apenas nos pontos duvidosos cuja solução conduz ao julgamento do objeto litigioso do processo. (DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. cit., p. 25-28)

admissibilidade; quando, porém, suscitada no conflito de competência ou como causa de pedir da ação rescisória, constitui-se numa questão de mérito desses procedimentos⁵⁷.

A constatação é importante, dadas as suas repercussões práticas, notadamente quanto ao instituto da coisa julgada. Constituindo-se um pressuposto processual no mérito de um procedimento principal, a solução que a ele se der será alcançada pelos efeitos da coisa julgada.

4. RESOLUÇÃO DAS QUESTÕES: RESOLUÇÃO *INCIDENTER TANTUM* E RESOLUÇÃO *PRINCIPALITER*.

Na resolução de qualquer problema, qualquer que seja ele (matemático, médico, econômico etc.), existem questões que são resolvidas para fundamentar a solução que se dará ao problema principal. Para chegar ao diagnóstico do paciente, por exemplo, o médico examina e resolve diversas questões que surgem no curso do seu procedimento investigativo, realizando exames clínicos, laboratoriais, físicos etc. A resolução dessas questões serve apenas para justificar a conclusão representada pelo diagnóstico.

Do ponto de vista lógico, a atividade judicial pouco se difere da atividade realizada pelo médico na busca do diagnóstico.

No processo judicial, há questões que são postas como meros fundamentos de outras. Essas questões possuem, portanto, uma função meramente instrumental, de modo que as suas resoluções servem apenas para fundamentar a solução de outra questão. Por outro lado, há questões que são postas para serem decididas. Todas as questões serão conhecidas pelo juiz, integrando, com isso, o objeto de cognição, mas apenas as últimas – ditas principais – serão objeto de julgamento.

Diz-se que as questões postas como simples fundamentos são resolvidas *incidenter tantum*, não ficando, em regra, acobertadas pela autoridade da coisa julgada⁵⁸. As hipóteses previstas no art. 504 do NCPC ilustram a situação, dispondo expressamente que não fazem coisa julgada os motivos e a verdade dos fatos. Assim, por exemplo, em uma ação de indenização por acidente automobilístico, a solução dada

⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Competência como preliminar e como questão de mérito. *Temas de Direito Processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 95-104.

⁵⁸ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. cit., p. 432; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação...* cit., p. 73; LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. cit., p. 162.

pelo juiz à questão relativa à culpa do motorista não se tornará imune após o trânsito em julgado da decisão.

A regra decorrente do art. 504 do NCPC não se aplica, porém, às questões prejudiciais incidentais. Com efeito, prevê o art. 503, §§ 1º e 2º, que as questões prejudiciais incidentalmente decididas no processo ficarão acobertadas pela autoridade da coisa julgada, desde que preenchidos determinados pressupostos. O tema consiste no objeto da nossa investigação e será examinado com maior profundidade mais a frente.

Por outro lado, há questões que, além de serem conhecidas, serão decididas pelo juiz. Nesse caso, diz-se que as questões são postas para serem solucionadas *principaliter*. Essas questões integram o mérito da demanda, o objeto litigioso do processo, ficando imunizadas pela coisa julgada material, consoante se infere da leitura do art. 503, *caput*, do NCPC: “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei *nos limites da questão principal expressamente decidida*” (grifos aditados).

Conforme veremos ao longo desse trabalho, os regimes aplicáveis à coisa julgada da questão principal e da questão prejudicial são distintos, o que evidencia a importância prática da distinção ora examinada, consoante bem explica Fredie Didier Jr.⁵⁹:

Uma questão prejudicial pode ser incidental ou principal. Sendo incidental, a sua resolução pode, preenchidos certos pressupostos, tornar-se indiscutível pela coisa julgada material, de acordo com o regime jurídico especial definido pelos §§1º e 2º do art. 503 do CPC. Sendo principal, a sua resolução pode tornar-se indiscutível pela coisa julgada material, de acordo com o regime comum. Basicamente, há uma grande diferença entre esses regimes: a coisa julgada material de regime especial não se forma nos casos previstos nos §§1º e 2º do art. 503.

5. ESPÉCIES DE COGNIÇÃO.

Segundo Kazuo Watanabe, a cognição pode ser visualizada em dois planos: horizontal (extensão e amplitude) e vertical (profundidade).

O plano horizontal diz respeito à extensão e à amplitude que as questões podem ser conhecidas pelo juiz. Ou seja, no plano horizontal, se definem quais questões podem ser examinadas pelo magistrado.

Sob a perspectiva horizontal, a cognição judicial pode ser classificada em: *i) plena*, quando não há limitação à cognição judicial, como ocorre no procedimento

⁵⁹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. cit., p. 433.

comum e *ii) limitada/parcial*, quando há limitação à cognição judicial. É o caso das ações possessórias (arts. 554 a 568, NCPC) em que o juiz não pode conhecer as questões relativas ao domínio, bem como no processo de embargos de terceiro opostos por credor com garantia real que o embargado somente pode alegar as matérias definidas nos incisos I, II e III, do art. 680 do NCPC⁶⁰.

O plano vertical refere-se ao modo em que as questões são examinadas pelo juiz. Busca-se, aqui, investigar a forma pela qual o magistrado conheceu o que lhe foi posto à apreciação.

Nesse plano, a cognição pode ser classificada, segundo o seu grau de profundidade, em *exauriente* e *sumária*.

A cognição será *exauriente* quando as questões são analisadas com maior profundidade pelo juiz, em procedimento que assegure a efetivação do contraditório⁶¹. Somente a decisão fundada em cognição exauriente torna-se imutável pela autoridade da coisa julgada⁶².

Por sua vez, a cognição será *sumária* quando o juiz examinar a questão com base no juízo de probabilidade.

Nos casos em que a cognição judicial é sumária, há, geralmente, uma flexibilização do contraditório, que, em algumas situações, é postecipado. Neste passo, cognição sumária caracteriza-se pela circunstância de não ensejar a formação da coisa julgada material, sendo permitida, normalmente, em razão da urgência (*perigo de dano*) ou da evidência (*demonstração processual das afirmações*) do direito pleiteado, ou de ambos⁶³.

Kazuo Watanabe, buscando a simples ordenação da matéria, aponta algumas combinações das espécies de cognição.

A regra é a cognição ser *plena* e *exauriente*. Nos procedimentos em que a cognição é *plena* e *exauriente*, ou seja, no procedimento plenário, não há qualquer limitação cognitiva no plano horizontal. Não há restrição ao debate das partes à cognição do juiz quanto às matérias que poderão ser suscitadas no curso da lide. A

⁶⁰ Eis, *in verbis*, o teor do mencionado dispositivo legal: “Art. 680. Contra os embargos do credor com garantia real, o embargado somente poderá alegar que: I - o devedor comum é insolvente; II - o título é nulo ou não obriga a terceiro; III - outra é a coisa dada em garantia.”.

⁶¹ PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Revista de Processo*, Ano 31, n. 131, jan/2006, p. 239.

⁶² PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità... cit., p. 239.

⁶³ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. cit., p. 447.

cognição também será completa quanto à profundidade, de modo que a decisão judicial somente será proferida após a efetiva participação dos litigantes. O procedimento comum se estrutura com base em cognição plena e exauriente.

A cognição pode ser também *parcial e exauriente*. Nos procedimentos em que a cognição é *parcial e exauriente*, a limitação está apenas nos tipos de questões que podem ser conhecidas pelo juiz. Veda-se que as partes deduzam determinadas matérias. É o que ocorre, por exemplo, nas ações possessórias, em que os litigantes não podem discutir questões relacionadas à titularidade do domínio. Essa combinação leva em consideração as peculiaridades do direito material e/ou a necessidade de tornar o processo mais célere.

Pode, ainda, a cognição ser *plena e exauriente secundum eventum probationis*. Aqui, não há limitação quanto às matérias que poderão ser debatidas e conhecidas pelo juiz nem quanto à profundidade do conhecimento dessas questões, desde que os elementos probatórios sejam suficientes para a formação do juízo de certeza do magistrado.

No procedimento de inventário, por exemplo, suscitada questão prejudicial decorrente da controvérsia da qualidade de herdeiro, o juiz somente poderá resolver a questão se dispuser de elementos suficientes para o estabelecimento da sua convicção. Caso contrário, será considerada questão de alta indagação, devendo ser remetida para a via comum (art. 612, NCPC).

Outro exemplo de procedimento cuja cognição é *plena e exauriente secundum eventum probationis* é o mandado de segurança. No mandado de segurança, o exame exauriente do mérito depende da existência de elementos probatórios suficientes para dirimir as questões suscitadas no processo, de modo que a decisão denegatória da segurança por ausência de direito líquido e certo não está sujeita à coisa julgada (Súmula 304 do STF, art. 19, da Lei n. 12.016/2009).

Por fim, há, ainda, a cognição *eventual, plena ou parcial, e exauriente*⁶⁴. Nesse caso, somente haverá cognição se o demandado apresentar sua defesa, ou seja, apenas haverá cognição se houver contraditório. Daí porque é eventual. Exemplo de procedimento em que a cognição é dessa espécie encontra-se na ação monitória (arts. 700-702, NCPC) e na ação de exigir de contas (art. 550 e 551, NCPC), quando ajuizada

⁶⁴ Segundo Fredie Didier Jr, a cognição seria “*exauriente secundum eventum defentionis*”. (DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, cit., p. 447.)

por quem tem o direito exigi-las. Segundo Fredie Didier Jr, a “estabilização da tutela provisória satisfativa também se estrutura a partir desta técnica”⁶⁵.

O estudo dos planos da cognição judicial, especialmente da classificação sistematizada por Kazuo Watanabe, revela-se de suma importância para a compreensão do tema objeto do nosso enfrentamento. Conforme veremos, ele servirá de base para interpretarmos o §2º do art. 503 do NCPC que afasta o regime especial da coisa julgada, se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da prejudicial.

6. OBJETO DO PROCESSO E OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO.

Como adverte Karl Heinz Schwab, o objeto em torno do qual se desenvolve o processo constitui-se no fundamento de uma série de formas e fenômenos processuais cuja compreensão pressupõe a análise desse objeto⁶⁶.

Especificamente sobre a coisa julgada, o estudo do objeto do processo é imprescindível para sua compreensão, na medida em que os seus limites estão diretamente associados às questões postas à apreciação do magistrado⁶⁷. Desse modo, para a análise da coisa julgada da questão prejudicial, tema central deste nosso trabalho, faz-se necessário definir as noções de *objeto do processo* e *objeto litigioso do processo*⁶⁸.

O *objeto do processo* – ou, como denomina Darci Ribeiro, *objeto de debate*⁶⁹ – é gênero do qual o *objeto litigioso* é espécie⁷⁰. O primeiro é composto por todas as questões, de fato e de direito, que devem ser examinadas e resolvidas pelo juiz, no

⁶⁵ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, cit., p. 447.

⁶⁶ SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1968, p. 4.

⁶⁷ SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 489.

⁶⁸ Ressalve-se, aqui, o pensamento de Antônio do Passo Cabral. Para o autor, o conteúdo do objeto do processo, para o fim de estabelecer um sistema de estabilidades, “não pode jamais ser isolado dos atos processuais que, em cadeia, serão praticados posteriormente a eles, e cujos vínculos produzirão, em conjunto, a estabilidade.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões dinâmicas*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 441). Nesse passo, Cabral propõe uma substituição dos parâmetros de comparação do objeto litigioso para o que denomina de *esquemas de agir argumentativos*. (*op.cit.*, p. 441).

⁶⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*. Barcelona: JMB, 2004, p. 138-139.

⁷⁰ SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista de Processo*, ano IV, n. 13, jan/mar 1979, p. 45; ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 1. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 450; RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión Procesal...* cit., p. 138-139.

juízo da causa. O segundo, por sua vez, compõe-se apenas de determinadas questões que integram o *objeto do processo*, a saber: as questões principais.

O juiz, ao julgar a lide, conhecerá e resolverá todas as questões suscitadas no processo, mas somente a questão principal será por ele decidida⁷¹. Daí porque se diz que o objeto do processo é o *objeto de cognição* do juiz e o objeto litigioso é o *objeto de decisão*⁷².

Existe antigo e profundo debate em torno do conteúdo do objeto litigioso do processo⁷³. Em linhas gerais, a discussão consiste em saber se ele é composto apenas pelo pedido ou se a causa de pedir também o integra. Prevalece na doutrina pátria o entendimento de que apenas o pedido será objeto de decisão judicial⁷⁴. O tema, no entanto, está longe de ser pacificado na doutrina.

Segundo Darci Ribeiro, o conceito de objeto litigioso do processo abrange a causa de pedir e o pedido, uma vez que a declaração de vontade apenas se realiza através de uma petição (pedido) fundamentada (causa de pedir)⁷⁵.

Para José Rogério Cruz e Tucci⁷⁶, o objeto litigioso do processo corresponde à “circunstância jurídica deduzida em juízo *in status assertionis*, que aflora individualizada pela situação de fato contrária ao modelo traçado pelo direito

⁷¹ Os verbos “resolver” e “decidir”, na dogmática processual, possuem acepções distintas. Liebman utiliza o primeiro verbo para expressar a situação em que as questões são solucionadas como um meio para alcançar a resolução definitiva. O verbo “decidir”, neste passo, indica a solução da questão principal, do objeto litigioso do processo, do mérito da demanda. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 171.)

⁷² DIDIER JR, Fredie. Contraditórios, objeto litigioso do processo e improcedência. *Revista de Processo*, Ano 38, n. 223, set/2013, p. 94.

⁷³ Sobre o tema, cf. SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1968, p. 241-242; DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo*, Ano IX, abr-jun/1984, n. 34, p. 20-46; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 92-106 e 131; ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 118; LEONEL, Ricardo de Barros. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição. In: *Causa de pedir no processo civil*. TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 349-367; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014, p. 18-33 e 61-64.

⁷⁴ Nesse sentido, cf. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 81; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 12; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 189; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 2. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 58-59; NUNES, Fernanda dos Santos. O mérito e o objeto litigioso do processo: reflexos na coisa julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, Ano XII, n. 89, p. 9-17.

⁷⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal... cit.*, p.144-146.

⁷⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 131.

material”⁷⁷. O objeto litigioso do processo, portanto, corresponderia ao pedido devidamente identificado pela causa de pedir ⁷⁸.

De todo modo, não parece haver divergências quanto ao entendimento de que o objeto litigioso do processo se constitui dos elementos aptos a individualizar e identificar o litígio⁷⁹. É, com efeito, a demanda, tanto a inicial quanto a ulterior, o ato responsável por inaugurar e delimitar o objeto litigioso⁸⁰.

Neste passo, cumpre observar que há uma corrente doutrinária que compreende a defesa do réu como uma *demanda*⁸¹, de modo que o objeto de julgamento somente “fixa os seus contornos após o prazo para resposta, quando é dada a oportunidade de o réu deduzir as suas razões”.⁸²

Nem toda defesa do réu, porém, altera o objeto litigioso do processo. Há situações em que o demandado manifesta a sua oposição à pretensão do autor sem alterar o *thema decidendum*. É o que ocorre, por exemplo, quando o demandado apresenta defesas processuais ou quando, no mérito, apenas nega a existência do direito afirmado pelo autor⁸³.

Contudo, há situações em que o réu ao defender-se não busca apenas impedir a efetivação do direito afirmado pelo autor, estando, em verdade, perseguindo a tutela jurisdicional de um direito que ele afirma ser o titular. Em outras palavras, o réu, nessas hipóteses, exerce uma pretensão⁸⁴, agindo, portanto, com a intenção de alterar o objeto

⁷⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi...* cit., p. 131.

⁷⁸ No mesmo sentido, cf. LEONEL, Ricardo de Barros. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição. In: *Causa de pedir no processo civil*. TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 349-367; _____, *Causa de Pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 99-103; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir...* p. 61-64; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 66.

⁷⁹ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1963, p. 130; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 54; TAPIA FERNANDEZ, Isabel. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada*. Madrid: La Ley, 2000, p.17-27; OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005, p.41-42; RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, Ano 38, vol. 215, jan/2013, p. 82-83; ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 124; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil*. cit., p.49.

⁸⁰ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais...* cit., p. 58.

⁸¹ Sobre o tema, cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa...* cit., p. 229.

⁸² SILVA, Beclaute Oliveira. O autor pede...o réu também! Ou da improcedência da procedência. In: *Improcedência*. Rinaldo Mouzalas, Beclaute Oliveira Silva e Rodrigo Saraiva Marinho (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 56.

⁸³ OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso...*, cit., p. 36-37.

⁸⁴ “Pretensão é a afirmação de um direito. Quem pretende um direito, afirma-o como seu”. (ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 1. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 452).

litigioso do processo⁸⁵. É o que ocorre no caso dos *contradireitos*⁸⁶ (ou exceções substanciais, como também são denominados⁸⁷).

Ao exercer um contradireito, o réu não nega o direito do autor. Ao contrário, ele reconhece a sua existência, mas opõe fatos constitutivos de outro direito capaz de impedir ou extinguir a pretensão deduzida inicialmente⁸⁸. O foco da discussão é modificado; a “existência ou inexistência a ser verificada será dos fatos constitutivos do contradireito do réu”⁸⁹, e não do direito do autor, especialmente porque já reconhecido⁹⁰.

Desse modo, pensamos que, ao menos quando exerce um contradireito que afirma ser titular, o réu promove uma ampliação das questões principais que deverão ser conhecidas e decididas pelo magistrado. Concordamos, pois, com o posicionamento defendido por Fredie Didier Jr.⁹¹, Rafael Alexandria de Oliveira⁹² e Araken de Assis⁹³,

⁸⁵ Segundo Marcelo Pacheco Machado, demanda é ato de manifestação de vontade inequívoca de estabelecer ou alterar o objeto litigioso do processo. (MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil*. cit., p. 177-178). O mencionado autor sustentou em sua tese de doutoramento que a *defesa*, por não evidenciar o manifesto interesse do réu em alterar o objeto litigioso do processo, não poderia ser interpretada como uma demanda. Concordamos em parte com o seu posicionamento. É que, conforme dissemos no texto, o réu ao alegar um contradireito, afirma-o em juízo; é dizer, exerce uma pretensão. Se assim o faz, age com a intenção de alterar o objeto litigioso do processo, devendo a contestação, nessa hipótese, ser interpretada como uma *demand*. Entender de forma diversa implica dizer que o réu afirma ser titular de um direito, exerce-o processualmente, mas não busca obter a tutela jurisdicional do direito por ele afirmado, tal qual é feito por seu adversário. Não nos parece lógica essa conclusão.

⁸⁶ “Contradireito é aquele que o demandado pode opor ao demandante, com o intuito de extinguir o direito que ele afirma ter ou de neutralizar os seus efeitos. Há, pois, os contradireitos extintivos, como a compensação, ou de neutralizantes, como a prescrição e o direito de retenção.” (OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre a decisão que acolhe exceção substancial dilatória. *Revista de Processo*, Ano 38, n. 223, set/2013, p. 101).

⁸⁷ DIDIER JR, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. *Revista de Processo*, Ano 38, n. 223, set/2013. Importante, no entanto, destacar o pensamento de Pontes de Miranda. Para ele, as exceções substanciais “não destroem, não extinguem; encobrem eficácia”; as exceções substanciais, portanto, apenas neutralizam o direito. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. VI. Campinas: BookSeller, 2000, p. 29-30). Assim, na linha do pensamento de Pontes de Miranda, somente os *contradireitos neutralizantes* poderiam ser considerados exceções substanciais. (OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 43).

⁸⁸ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. *El objeto del proceso. Alegaciones...*, cit., p.34-35.

⁸⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 439.

⁹⁰ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. Vol. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1442-1443.

⁹¹ DIDIER JR, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. *Revista de Processo*, Ano 38, n. 223, set/2013.

⁹² OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre a decisão... cit., set/2013.

⁹³ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. cit., p. 1442-1443. Esclareça-se, por oportuno, que, para Araken de Assis as *objeções substanciais* também integrariam o objeto litigioso do processo. Não concordamos com o autor neste aspecto. Ao alegar uma *objeção*, o réu não atua com a intenção de alterar o objeto litigioso do processo; ele não reconhece – ao contrário, ele nega – o direito no qual o autor fundamenta o seu pedido. Embora suscite um fato novo, o réu, ao objetar, pretende efetivamente discutir

segundo o qual o objeto litigioso do processo é composto por todas as afirmações de existência de um direito feitas pelo autor e pelo réu.

Sendo assim, uma vez que compõe o objeto litigioso do processo, a decisão do juiz sobre a afirmação de um contradireito ficará imunizada pela coisa julgada material, nos termos do art. 503, *caput*, do NCPC. Essa constatação revela-se de suma importância para o estudo empreendido neste trabalho, sobretudo porque ela possui relevante repercussão prática.

Com efeito, à luz do NCPC, a concepção do objeto litigioso do processo define o regime da coisa julgada que deverá ser observado. Se será aplicado o regime da *coisa julgada comum* (art. 503, *caput*, NCPC) ou o regime da *coisa julgada especial* (art. 503, §§1º e 2º, NCPC)⁹⁴.

Adotando-se o entendimento doutrinariamente majoritário – segundo o qual o objeto litigioso do processo corresponde apenas ao pedido – os contradireitos, uma vez exercidos, consistirão em meras *questões prejudiciais*, de modo que a formação da coisa julgada estará condicionada à presença dos pressupostos previstos nos §§1º e 2º, do art. 503, do NCPC. Por outro lado, compreendendo-se que as exceções substanciais integram o objeto litigioso, haverá coisa julgada, independentemente da presença desses pressupostos.

Imaginemos, por exemplo, que, em uma ação de cobrança proposta perante o Juizado Especial, o réu defende-se alegando compensação. O juiz rejeita a alegação com fundamento na inexistência do crédito afirmado pelo réu.

Ora, entendendo-se que a compensação integra o objeto litigioso do processo, a decisão judicial ficará acobertada pela autoridade da coisa julgada, independentemente das restrições probatórias e cognitivas inerentes ao procedimento dos Juizados Especiais. Do contrário, para a formação da coisa julgada, ter-se-á de investigar se as limitações existentes nos Juizados Especiais impediram ou não o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

os fatos constitutivos do direito do autor. Isso não ocorre, conforme dissemos no texto, com os chamados contradireitos.

⁹⁴ Sobre o regime da coisa julgada trataremos mais a frente.

7. DECISÃO JUDICIAL.

7.1. Conceito de sentença (decisão judicial) e a classificação das decisões judiciais.

O vocábulo *sentença* possui, na dogmática processual, duas acepções. Em uma primeira acepção, *sentença* “é o termo que designa, por metonímia, qualquer decisão judicial, seja qual for a sua espécie”.⁹⁵ É nesse sentido que palavra é utilizada nos arts. 485 a 495 do NCPC. Mas *sentença* também pode ser compreendida com uma espécie de decisão judicial, ou seja, o ato pelo o juízo singular encerra uma fase do processo. É esse o sentido em que a palavra é empregada no art. 203, §1º, do NCPC.

Interessa-nos, aqui, a primeira acepção.

As decisões judiciais podem ser classificadas de acordo com o seu órgão prolator.

Quando proferidas por um juízo singular, as decisões judiciais dividem-se em *sentenças* e decisões interlocutórias. A *sentença*, aqui compreendida como uma espécie de decisão, é o ato pelo qual o juízo singular põe fim a uma fase do processo. A decisão interlocutória, por sua vez, consiste no provimento jurisdicional por meio do qual o juiz resolve uma determinada questão (principal ou incidental), sem encerrar a sua atividade cognitiva.

Por outro lado, quando proferidas por um órgão colegiado as decisões judiciais dividem-se em *acórdãos e decisões monocráticas ou decisões unipessoais*⁹⁶. O acórdão, segundo o art. 204 do NCPC, é o ato decisório decorrente de um julgamento colegiado proferido por um tribunal.

Já as decisões unipessoais são pronunciamentos judiciais com conteúdo decisório proferidos monocraticamente por um dos membros do órgão colegiado, nos casos que o admite a lei ou o regimento interno do tribunal⁹⁷.

7.2. Elementos da decisão judicial: relatório, fundamentação e dispositivo.

⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 303.

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2, 4. ed. cit., p. 307.

⁹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2. 4. ed. cit., p. 308.

7.2.1. Introdução.

De acordo com o art. 489 do NCPC, são elementos essenciais da decisão judicial: *i*) o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; *ii*) os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito e *iii*) o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

Nos tópicos seguintes, examinaremos esses elementos.

Antes, porém, cumpre-nos fazer um breve esclarecimento. É que esses elementos correspondem ao conteúdo da decisão judicial. Dizer que o relatório, a fundamentação e o dispositivo são elementos essenciais da decisão não significa dizer que eles são partes formais autônomas da decisão. Embora seja comum na praxe forense redigir-se a decisão de acordo com a ordem indicada no art. 489 do NCPC, não há nenhum preceito que assim determine. Nada impede – ao contrário, o art. 188 do NCPC autoriza – que o juiz enuncie primeiro o dispositivo da decisão, seguindo-se o relatório e a fundamentação. Lembra, aliás, Leonardo Greco que muitos tribunais adotam essa praxe, nos seus acórdãos⁹⁸.

Dito isto, examinemos os elementos da decisão judicial.

7.2.2. Relatório.

Nas palavras de Pontes de Miranda, o “relatório é a exposição, que o juiz faz, de todos os fatos e razões de direito que as partes alegam, e da história relevante do processo.”⁹⁹. Em outros termos, o relatório da decisão consiste no resumo do conteúdo do processo, contendo os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem assim as principais ocorrências havidas no curso da litispendência.

Trata-se do elemento menos importante da decisão judicial, sendo, inclusive, dispensado nas decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais (art. 38, Lei 9.099/1995).

⁹⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 294.

⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 66.

Não se trata, porém, de um elemento inútil, servindo para demonstrar que o juiz conhece a causa e as alegações das partes. Ademais, o relatório também será útil para aplicação do precedente judicial. Segundo Didier, Braga e Oliveira, no relatório “deve estar a correta e minuciosa exposição da causa”¹⁰⁰, de modo a facilitar a identificação dos fatos materiais, “sem os quais não é possível a aplicação do precedente judicial.”¹⁰¹.

Omissões no relatório podem dar ensejo ao cabimento de embargos de declaração (art.1.022, NCPC), desde que causem deficiências na motivação ou no dispositivo. A simples omissão no relatório, sem qualquer repercussão na fundamentação ou no dispositivo, não autoriza a oposição de embargos de declaração. Assim, p. ex., se o juiz não relata a existência de uma determinada questão suscitada no processo, mas a enuncia e a resolve na fundamentação ou até mesmo no dispositivo, não haverá qualquer vício na decisão judicial.

7.2.3. Fundamentação.

7.2.3.1. Conteúdo da fundamentação.

A fundamentação, também chamada de *motivação*, é o elemento “pelo qual o juiz apresenta uma justificação às partes quanto às questões de fato e de direito para chegar ao dispositivo.”¹⁰². “É aqui que o juiz reconstrói discursivamente o fato *sub judice*, procede à sua consunção ao direito que entende aplicável, acolhendo ou rejeitando os argumentos das partes e explicando os mecanismos racionais pelos quais decide”¹⁰³.

Ao motivar a decisão judicial, o magistrado deve examinar todas as alegações deduzidas pelas partes. O juiz não pode eleger os fundamentos que justifiquem a decisão, desprezando as alegações que, em sua ótica, são desnecessárias para motivar a sua decisão.

¹⁰⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2. 4 ed. cit., p. 313.

¹⁰¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2, 4 ed. cit., p. 313.

¹⁰² SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 201.

¹⁰³ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 5.

Conforme afirma Wilson Alves de Souza, o juiz deve examinar todas as questões relevantes do processo, “tendo-se por relevante toda e qualquer suscitação de questão de fato ou de direito que pode influenciar o resultado do julgamento...”¹⁰⁴. “Não há”, como bem observa Rodrigo Ramina, “violação maior ao contraditório e à ampla defesa do que a decisão que simplesmente ignora a atividade das partes no processo.”¹⁰⁵.

Apesar disso, é firme o posicionamento jurisprudencial pátrio, segundo o qual o juiz não estaria obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes¹⁰⁶. Contudo, com a vigência do NCPC, entendemos que não haverá mais espaço para semelhante distorção, uma vez que o seu art. 489, §1º, inciso IV dispõe expressamente que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em teses, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.”.

7.2.3.2. Fundamentação e Coisa Julgada: sobre as normas individuais existentes na decisão judicial.

É comum o entendimento de que a decisão judicial se constitui em uma fonte normativa, dela decorrendo ao menos duas normas jurídicas distintas: uma proveniente do precedente judicial, denominada de *ratio decidendi* ou “norma do precedente”¹⁰⁷, e outra consistente na norma jurídica individual, destinada a disciplinar o caso.

De acordo com as lições doutrinárias, a norma jurídica individual é criada para disciplinar a questão principal posta à apreciação do magistrado, encontrando-se localizada no dispositivo da decisão judicial.

Contudo, conforme vimos linhas acima, a atividade judicial consiste na solução de questões, de fato e de direito, que são postas à apreciação do magistrado. Assim, em verdade, para cada uma dessas questões, duas normas jurídicas são produzidas: *i*) uma

¹⁰⁴ SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada*. cit., p. 202.

¹⁰⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 211.

¹⁰⁶ Nesse sentido, a título meramente exemplificativo, conferir as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no AREsp 370.454/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE AS LOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 10/03/2015; REsp 104.198/MG, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2000, DJ 30/10/2000, p. 137.

¹⁰⁷ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 90-91.

que serve para disciplinar a controvérsia representada pela questão resolvida e *ii*) outra destinada a fundamentar a resolução dada à questão.

O magistrado, ao decidir uma demanda, resolve diversas questões que lhe são submetidas, criando inúmeras normas jurídicas¹⁰⁸. Para resolução de cada questão, haverá uma norma jurídica destinada a disciplinar especificamente a questão (principal ou incidental) solucionada e outra criada a partir dos elementos identificadores da questão resolvida, que se constituirá no seu fundamento, na razão de decidir, ou seja, na *ratio decidendi* da solução daquela questão¹⁰⁹.

As resoluções das questões incidentais – e conseqüentemente as normas jurídicas delas decorrentes – servem para compreender o alcance do dispositivo da decisão judicial, constituindo-se, em alguns casos, em um passo necessário para se alcançar a conclusão adotada pelo magistrado na solução do caso (questão prejudicial).

Por possuírem uma função meramente instrumental, as resoluções dadas a essas questões – independentemente da sua natureza – não ficavam, de acordo com as regras do CPC-1973, abarcadas pela autoridade da coisa julgada. Esta, por sua vez, alcançaria apenas as soluções dadas às questões principais. Talvez por isso, a doutrina costume qualificar de “individual” apenas a norma jurídica contida no dispositivo da decisão. É essa norma, pois, que resolve o conflito que foi levado ao Judiciário.

Todavia, o sistema processual estabelecido pelo NCPC prevê que as soluções dadas às questões prejudiciais incidentais, desde que preenchidos alguns pressupostos, também ficarão abrangidas pela autoridade da coisa julgada, não mais podendo ser novamente decidida, ainda que em outro processo.

Portanto, não mais será apenas a regra concreta existente no dispositivo da decisão que ficará abrangida pela coisa julgada. As normas destinadas ao regramento das questões prejudiciais incidentais também se tornarão imutáveis e indiscutíveis, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 503 do NCPC.

¹⁰⁸ A questão foi percebida por João de Castro Mendes: “Na verdade, na resolução de questões fundamentais, e mesmo de questões instrumentais, o tribunal põe igualmente termo a situações de incerteza, optando por uma solução. (...) Cada uma destas respostas representa *jure próprio* a resolução de uma questão, de uma situação de incerteza, apta *ex se* ser suporte de caso julgado. O problema consiste em saber se será ou não.” (MENDES, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968, p. 75).

¹⁰⁹ Sobre a *ratio decidendi* como premissa à solução de questões e não simplesmente de casos, cf. MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 260-263.

Neste passo, podemos compreender que, com a vigência do NCPC, existirão duas normas jurídicas individuais que poderão ficar indiscutíveis pela coisa julgada: uma decorrente da solução da questão prejudicial incidental, localizada na fundamentação da decisão judicial, e outra oriunda da solução da questão principal, situada no dispositivo da decisão judicial.

Assim, a fundamentação da decisão judicial, quando veicular uma regra concreta destinada a disciplinar o litígio representado pela questão prejudicial incidentalmente deduzida no processo, não mais poderá ser compreendida sob uma perspectiva meramente instrumental.

Além de servir para expor os motivos que fundamentam o dispositivo, ela constituir-se-á, ao menos quando resolver uma questão prejudicial, por si só, em uma decisão judicial. Em outras palavras, a fundamentação também será um *decisum*, podendo, com isso, ficar abarcada pela autoridade da coisa julgada¹¹⁰.

A norma individual contida na fundamentação da decisão somente ficará sujeita à autoridade da coisa julgada caso preenchidos os pressupostos previstos no art. 503, §§ 1º e 2º, do NCPC. Ou seja, ficará sujeita apenas ao regime especial da coisa julgada. Por sua vez, a norma jurídica individual situada no dispositivo ficará subordinada ao regime comum de formação da coisa julgada.

Observe-se, por outro lado, que a ausência de norma jurídica individual decorrente do dispositivo implica a inexistência da decisão judicial, impedindo, por consectário lógico, a formação da coisa julgada. Já a ausência de norma jurídica individual localizada na fundamentação nos conduz a dois problemas distintos: um situado no plano da existência, na medida em que não haverá decisão judicial sobre a questão prejudicial incidental e outro localizado no plano da validade, porquanto possa

¹¹⁰ Wilson Alves de Souza sustenta a tese de que a motivação da decisão judicial tem natureza de decisão. Para ele, o dispositivo apenas é “a decisão no seu aspecto conclusivo”, de modo que não haveria decisão sem fundamentação. Portanto, a decisão não motivada seria juridicamente inexistente. (SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada*. cit., p. 217-222). Concordamos em parte com o posicionamento de Wilson Alves de Souza. Não há dúvida de que a fundamentação carrega em seu conteúdo uma carga decisória; na fundamentação o juiz resolve as questões de fato e de direito; põe fim aos pontos controvertidos pelas partes. Quanto a estas questões, não havendo motivação, pensamos ser possível defender a inexistência de decisão judicial. Se estas questões são resolvidas na fundamentação, a falta desta implica a inexistência daquelas. Não implica, contudo, a inexistência da resolução da questão principal. A questão principal será resolvida no dispositivo; se há dispositivo, há resolução da questão principal, ou seja, há decisão judicial. Uma decisão judicial com dispositivo, mas sem fundamentação decide a questão principal, embora não resolva, ao menos expressamente, as questões incidentais. Em relação à questão principal, a decisão será juridicamente existente; não será, porém, em relação às questões incidentais.

caracterizar hipótese de nulidade da decisão, a depender do conteúdo do dispositivo¹¹¹. Assim, a ausência de decisão sobre a questão prejudicial incidental impede a formação da *coisa julgada especial*, mas não obsta o surgimento da *coisa julgada comum*.

Por fim, embora impeça a formação da *coisa julgada especial*, importante anotar que a ausência de apreciação da questão prejudicial – e, via de consequência, da norma individual que a disciplina – não afasta o efeito preclusivo da *coisa julgada comum*.

Uma vez decidida a questão principal, reputar-se-á deduzida e repelida a questão prejudicial que poderia ser oposta assim ao acolhimento como à rejeição do pedido. Se, p. ex., em uma ação de cobrança, o réu não alega a nulidade da obrigação e vem a ser condenado ao pagamento de certa quantia; transitada em julgado a decisão, ele não poderá suscitar a nulidade da obrigação para afastar o cumprimento da sentença condenatória.

7.2.4. Dispositivo.

O dispositivo da decisão judicial contém as conclusões do órgão julgador, decorrentes dos motivos expostos na fundamentação¹¹². Constitui um elemento nuclear da decisão, de modo que a sua falta implica a inexistência do ato decisório¹¹³. É, pois, no dispositivo, que o juiz enuncia a norma individual que disciplinará a questão principal.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira advertem, no entanto, que o “conteúdo do dispositivo depende da presença ou ausência dos requisitos de admissibilidade o procedimento”¹¹⁴. Se em sua fundamentação o juiz verifica a ausência de um requisito de admissibilidade da demanda, o dispositivo se limitará a dispor sobre essa inexistência, não examinando o objeto litigioso do processo. Se, por outro lado, o magistrado constata a presença dos requisitos de admissibilidade, cumpre-lhe examinar o objeto litigioso do processo. Nesse caso, ele deverá enunciar no

¹¹¹ Para Wilson Alves de Souza esse caso representaria uma hipótese de inexistência da decisão judicial (SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada*. cit., p. 217-222.)

¹¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 285.

¹¹³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 10. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 350.

¹¹⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2. 10 ed. cit., p. 351.

dispositivo a presença dos requisitos de admissibilidade e decidir a questão que lhe foi direcionada¹¹⁵.

Importante, finalmente, observar que, “embora formalmente única, há situações em que é possível fazer uma cisão material da decisão judicial”¹¹⁶. É o que ocorre, por exemplo, *i*) quando a decisão judicial resolve mais de uma pretensão deduzida no processo¹¹⁷, ou *ii*) quando o objeto do processo é *decomponível*¹¹⁸ ou, ainda, *iii*) quando o juiz resolve e rejeita as questões processuais, examinando, conseqüentemente, o mérito da demanda¹¹⁹. Em casos como esses, é possível fazer uma cisão ideológica do dispositivo, dividindo-o em *unidades decisórias autônomas (capítulos de sentença)*¹²⁰.

A unidade decisória autônoma pode conter uma resolução sobre a pretensão ao julgamento de mérito (capítulo puramente processual) ou sobre o próprio objeto litigioso (capítulo de mérito). Se a decisão judicial contiver apenas ou capítulos puramente processuais ou capítulos de mérito, ela será classificada como *homogênea*. Se, no entanto, contiver tanto capítulos puramente processuais e capítulos de mérito, diz-se que a decisão é *heterogênea*.

Essa divisão ideológica possui várias utilidades práticas, sendo, por exemplo, relevante para definir os limites objetivos da coisa julgada. Como afirma Eduardo Talamini, “se houver julgamento de mérito de uma pretensão (ou de uma parte dela) e extinção sem julgamento de mérito quanto a outra (ou quanto a sua outra parcela), apenas o primeiro deles revestir-se-á de coisa julgada material”¹²¹.

Outra repercussão prática também pode ser observada na teoria geral dos recursos, em que a teoria dos capítulos de sentença se presta para definir a noção de recurso total e parcial (art. 1.013, §1º, NCPC). Do mesmo modo, concernente à ação rescisória, a teoria revela-se útil. Sendo a ação rescisória, à semelhança do recurso, meio de impugnação da decisão judicial, pode-se através dela atacar todos os capítulos da decisão rescindenda ou apenas uma ou algumas das unidades autônomas que compõe o *decisum*. Nesse sentido, inclusive, dispõe expressamente o §3º do art. 966 do NCPC.

¹¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2. 10 ed. cit., p. 351.

¹¹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2. 10 ed. cit., p. 352.

¹¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, p.64-66.

¹¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. cit., p.74.

¹¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*, cit., p.38-39.

¹²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. cit., p.38-39.

¹²¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 83.

CAPÍTULO II – A COISA JULGADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. CONCEITO.

O art. 502 do Novo Código de Processo Civil conceitua a coisa julgada como uma “autoridade” que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. Nesse passo, afirma-se que o novo diploma processual civil, à semelhança do CPC-1973¹²², adotou a definição de coisa julgada elaborada por Enrico Tullio Liebman¹²³.

Segundo Liebman, a coisa julgada não corresponde aos efeitos da decisão judicial, constituindo-se, em verdade, em um *plus* que a esses efeitos se ajunta, qualificando-os e reforçando-os¹²⁴. Para o referido autor, a coisa julgada seria uma qualidade que reveste o conteúdo da sentença e torna imutáveis todos os seus efeitos¹²⁵. Em outras palavras, Liebman concebe a coisa julgada como uma situação jurídica – um efeito jurídico, portanto¹²⁶ – que torna indiscutíveis e imutáveis os efeitos da decisão judicial.

¹²² Com efeito, é comum na doutrina a afirmação de que o CPC-1973 adotou a concepção de coisa julgada de Enrico Tullio Liebman. Aliás, a própria Exposição dos Motivos do Código de Processo Civil expressamente afirma que o projeto teria adotado o “conceito de coisa julgada elaborado por Liebman e seguido por vários autores nacionais”. Egas Moniz de Aragão, no entanto, entende de forma diversa. Para ele, o CPC-1973 não concebeu a coisa julgada como uma qualidade da sentença, mas sim como um dos seus efeitos. Segundo Aragão, o conceito de coisa julgada adotado pelo CPC-1973 estaria mais próximo da tese do professor Celso Neves, que relacionava a coisa julgada à declaração contida sentença, na linha do pensamento de Helwig. (ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. cit., p. 239). No mesmo sentido, afirmam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero para quem o novo diploma processual veio para corrigir o equívoco existente no CPC-1973, que considerava a coisa julgada como eficácia da sentença. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 624.).

¹²³ Nesse sentido, cf. CABRAL, Antônio do Passo. “Da coisa Julgada”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (coord). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1281. DELLORE, Luiz. “Da Coisa Julgada no Novo Código de Processo Civil (L. 13.105/2015): Conceito e limites objetivos”. In: DIDIER JR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord). *Novo CPC doutrina selecionada*. vol. 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 661, nota de rodapé 21.

¹²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 40.

¹²⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 54.

¹²⁶ Conforme observa Marcos Bernardes de Mello, a função do fato jurídico é a constituição de situações jurídicas que criam direitos e deveres (relações jurídicas) ou simplesmente qualificam pessoas, entes ou coisas (MELLO, Marcos Bernardes. *Teria do Fato Jurídico: plano da existência*. cit., p. 97). Sendo assim, a concepção de liebmaniana de coisa julgada a compreende como uma situação jurídica, afinal, como bem

José Carlos Barbosa Moreira¹²⁷ aderiu ao pensamento do liebmaniano. Fez, contudo, “um reparo à fórmula sintética da tese de Liebman”¹²⁸. Para Barbosa Moreira, os efeitos da decisão judicial não são inalteráveis, sendo certo que, por vezes, o sistema até estimula a sua modificação. Condenado o réu, por exemplo, ao pagamento de certa quantia ao autor, tendo ele adimplido a dívida após a coisa julgada, o que acontece com o efeito condenatório da decisão que lhe foi imposta? Do mesmo modo, extinto o casamento por uma sentença constitutiva de divórcio, o que acontece com este efeito caso as partes venham a casar-se novamente, senão a sua modificação?

Os efeitos da decisão judicial estão sujeitos a mudanças, de modo que a coisa julgada não poderia acobertar o conteúdo e os efeitos da sentença, como sustentou Liebman. Na visão de Barbosa Moreira, a autoridade da coisa julgada não recai sobre os efeitos da decisão judicial. É, pois, o conteúdo da decisão judicial – e não os seus efeitos – que fica acobertado pela autoridade da coisa julgada¹²⁹. Para ele, a coisa julgada torna imutável e indiscutível a norma jurídica concreta delimitada na decisão judicial¹³⁰.

advertem Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira “‘Qualidade’ é atributo que uma norma jurídica confere a algum fato; assim, ‘qualidade’ é, necessariamente, um efeito jurídico – não adianta alterar o rótulo.” (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2. 10 ed. cit. p. 514.)

¹²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Ainda e sempre a coisa julgada”. *Direito Processual Civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 138.

¹²⁸ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*. cit., p. 36.

¹²⁹ Saliente-se, neste ponto, a conhecida controvérsia existente Barbosa Moreira e Ovídio Batista da Silva. Segundo Ovídio, “na sentença declaratória não existe conteúdo de declaração que lhe seja interno, e efeito declaratório estranho ao conteúdo da sentença. O que se quer com a pretensão declaratória é precisamente que o juiz declare a existência ou a inexistência da relação jurídica e o verbo declarar é conteúdo e efeito da sentença.” Para ele, “todas as sentenças, mesmo a proferidas em procedimentos de jurisdição voluntária, terão eficácia declaratória, sendo, portanto, aptas a produzir efeito declaratório.” É essa declaração contida na sentença que, segundo Ovídio Batista da Silva, se torna imutável por força da coisa julgada. (SILVA, Ovídio Batista da Silva. *Sentença e Coisa Julgada – ensaios e pareceres*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 163-183). Em verdade, a questão sobre o objeto da coisa julgada está longe de ser pacificada na doutrina brasileira. Há forte discussão sobre se a coisa julgada torna imutável e indiscutível apenas o efeito declaratório, ou também os efeitos condenatórios e constitutivos ou, ainda, se a coisa julgada incide apenas sobre o conteúdo da sentença. Contudo, os limites do nosso trabalho não nos permite explorar esse tema. Sobre ele, com exaustão, discorreu Antônio do Passo Cabral, em sua tese de doutoramento, obra tantas vezes citada ao longo deste trabalho.

¹³⁰ “Toda sentença, meramente declaratória ou não, contém a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação submetida à cognição judicial. (...) A imutabilidade consequente ao trânsito em julgado reveste, em suma, todo o conteúdo da sentença, não os seus efeitos. Reveste-se, convém frisar, todo o conteúdo decisório. Deixa de fora a motivação, com a solução dada pelo juiz a cada uma das questões de fato e de direito, e mesmo a das questões prejudiciais.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia da sentença e Autoridade da Coisa Julgada”. *Temas de Direito Processual Civil*. 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 107 e 112.)

Assim, por exemplo, na sentença condenatória, o que se torna imutável e indiscutível é a norma jurídica segundo a qual o réu deve certa quantia ao autor¹³¹.

De tal sorte, para o mencionado autor, a coisa julgada é uma situação jurídica nova “a que a sentença tem acesso mediante a preclusão dos recursos”¹³².

É, portanto, um efeito jurídico, o que, contudo, não significa dizer que a coisa julgada é efeito da decisão¹³³. Como afirma Eduardo Talamini, a coisa julgada é “um efeito diretamente atribuído por norma de lei, em relação à qual a sentença transitada em julgado funciona como mero fato jurídico”¹³⁴. Essa situação reveste a sentença de um atributo também novo, consistente na imutabilidade do seu conteúdo, que a torna imune a contestações juridicamente relevantes¹³⁵.

Finalmente, cumpre observar que a coisa julgada não se confunde com o “trânsito em julgado”. O “trânsito em julgado” é o momento processual a partir do qual determinada questão se torna indiscutível dentro do processo em que proferida a decisão judicial, decorrendo do esgotamento das vias impugnativas recursais. É a “passagem da sentença da condição de mutável à imutável”¹³⁶. Constitui-se, assim, em um pressuposto para a formação da coisa julgada, de modo que a decisão judicial somente ficará imutável após a ocorrência do trânsito em julgado. “O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso.”¹³⁷

É incorreto, portanto, o conceito contido no art. 6º, §3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), segundo o qual coisa julgada seria a decisão judicial de que já não caiba recurso.

O conceito traçado pelo dispositivo legal em tela associa o instituto ao “trânsito em julgado” da decisão, permitindo-nos apenas a identificar o momento em que a coisa julgada começa a existir, e nada mais¹³⁸.

¹³¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2. 10 ed. cit., p. 516.

¹³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Coisa Julgada e sua declaração”. *Direito Processual Civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 88.

¹³³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 02. 10 ed. cit., p. 515.

¹³⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*. cit., p. 45.

¹³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Coisa Julgada e sua declaração”. cit., p. 88.

¹³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Ainda e sempre a coisa julgada”. cit., p. 145.

¹³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Ainda e sempre a coisa julgada”. cit., p. 145.

¹³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Ainda e sempre a coisa julgada”. cit. p. 136.

2. COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL.

A doutrina identifica duas espécies de coisa julgada: a coisa julgada formal e a coisa julgada material.

Tradicionalmente, entende-se por coisa julgada formal o fenômeno endoprocessual que torna imutável e indiscutível a sentença dentro do mesmo processo em que proferida. É o resultado da impossibilidade de a questão ser novamente resolvida pelas vias recursais, seja porque já realizado o reexame, seja porque houve transcurso do prazo para recorrer sem que o derrotado tenha interposto o recurso¹³⁹.

Por ser um fenômeno endoprocessual, a coisa julgada formal não impede que as questões por ela decididas sejam rediscutidas e, portanto, novamente decididas em outros processos.

Já a coisa julgada material distingue-se da formal quanto aos efeitos por ela produzidos. A coisa julgada material atinge o mérito da demanda, projetando os seus efeitos para fora do processo em que fora proferida. Assim, a coisa julgada material consistiria na imutabilidade e indiscutibilidade da decisão judicial dentro e fora do processo.

Neste contexto, todas as sentenças judiciais estariam aptas para ficarem acobertadas pela coisa julgada formal. Mas apenas as sentenças que examinam o mérito tornar-se-iam imutáveis pela coisa julgada material. Sendo assim, as decisões de mérito seriam acobertadas pela coisa julgada formal e material (art. 502, NCPC); já as decisões judiciais que extinguem o processo sem resolução do mérito ficariam protegidas apenas pela coisa julgada formal, notadamente porque a demanda, nesse caso, poderia ser reproposta – e, portanto, rediscutida –, nos termos do art. 486 do NCPC¹⁴⁰.

Imprescindível frisar que a definição de coisa julgada formal sempre foi bastante criticada pela doutrina¹⁴¹.

¹³⁹ PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 66-67; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada...* cit., p. 131-132.

¹⁴⁰ Art. 268 do CPC-1973.

¹⁴¹ BARBI, Celso Agrícola. “Da preclusão no processo civil”. In: *Revista Forense*, n. 158, 1955, p. 59-66; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. cit., p. 217-219; RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 70-73; THEODORO JR, Humberto. “A preclusão no processo civil”. In: *Revista dos Tribunais*, ano 90, n. 158, 2001, p. 25-28. Em sentido contrário: ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. cit. p. 1351-1352.

Afirma-se que a coisa julgada formal é uma espécie de preclusão¹⁴², confundindo-se com o “trânsito em julgado” da decisão judicial¹⁴³, sendo, portanto, um pressuposto lógico para a formação da coisa julgada material.

Antônio do Passo Cabral sustenta a inutilidade da distinção realizada pela doutrina brasileira entre coisa julgada formal e preclusão. São nomes distintos, segundo o autor, para o mesmo fenômeno. Para Cabral, a coisa julgada nada mais é do que uma preclusão, devendo ser tratada como tal, “ao contrário de estremar os institutos que em essência são iguais”¹⁴⁴.

Fato é, no entanto, que, conforme reconhece o próprio Cabral¹⁴⁵, o NCCP adotou a divisão tradicional entre coisa julgada formal e coisa julgada material. Logo, cumpre-nos perseguir um conceito de coisa julgada formal que empreste alguma coerência teórica ao sistema processual.

Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, a partir de uma nova interpretação do art. 268 do CPC-1973, já sustentava a reformulação da definição de coisa julgada formal. Segundo Mourão, o art. 268 do CPC-1973 apenas permitia a repositura das demandas extintas sem resolução do mérito, se houvesse a correção do vício que ensejou a sua extinção. Isso porque “a questão formal, objeto da sentença, torna-se imutável, não podendo a apreciação ser renovada em processo futuro”¹⁴⁶.

Sendo assim, para o mencionado autor, a coisa julgada formal seria uma situação jurídica que torna imutável e indiscutível a decisão de conteúdo processual, dentro e fora do processo em que proferida¹⁴⁷.

O conceito exposto por Luiz Eduardo Ribeiro Mourão confere uma maior utilidade à noção de coisa julgada formal e, ao que parece, foi adotado pelo Novo Código de Processo Civil.

O novo diploma processual, além de reproduzir, no seu art. 486, a redação do art. 268 do CPC-1973, dispõe, no §1º, do mesmo dispositivo, que, no caso de extinção

¹⁴² Nesse sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 620-621 e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 112.

¹⁴³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 02. 10 ed. cit. p. 517.

¹⁴⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*. cit. p. 281.

¹⁴⁵ CABRAL, Antônio do Passo. “Da Coisa Julgada”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (coord). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1281.

¹⁴⁶ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 140.

¹⁴⁷ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa Julgada*. cit., p. 167.

em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito¹⁴⁸.

Por outro lado, o §2º, inciso I do art. 966 do NCPC reforça a ideia ora exposta, porquanto reconheça como rescindível a decisão judicial que, embora não seja de mérito, impeça a repositura da demanda¹⁴⁹.

Sendo assim, a concepção de Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, que, segundo a doutrina¹⁵⁰, antes era vista como “isolada ou excêntrica”, revela-se, com o advento do NCPC, “fundamental e, em certo sentido, visionária, pois ajuda a compreender o art. 486, §1º, CPC.”¹⁵¹.

Portanto, de acordo com o NCPC, não nos parece possível sustentar a concepção da coisa julgada formal tradicionalmente defendida pela doutrina, devendo ser adotado o conceito definido por Luiz Eduardo Ribeiro Mourão¹⁵².

Neste passo, a distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material estaria no conteúdo da decisão abarcada por sua autoridade. A decisão de mérito, uma vez transitada em julgado, ficará sujeita à autoridade da coisa julgada material, enquanto que a decisão que não aprecia o mérito ficará acobertada pela coisa julgada formal¹⁵³.

¹⁴⁸ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. “A coisa julgada formal no novo Código de Processo Civil”. In: DIDIER JR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord). *Novo CPC doutrina selecionada. Vol. 2*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 620. No mesmo sentido, cf. PEIXOTO, Ravi. “A Nova Coisa Julgada Formal e o CPC/2015”. In: DIDIER JR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord). *Novo CPC doutrina selecionada. Vol. 2*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 686.

¹⁴⁹ Nesse sentido, cf. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. 02*. 10 ed. cit., p. 530.

¹⁵⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. 02*. 10 ed. cit., p. 518.

¹⁵¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. 02*. 10 ed. cit., p. 518.

¹⁵² Nesse sentido, cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 362; REDONDO, Bruno Garcia. Questões Prejudiciais e Limites Objetivos da Coisa julgada no Novo CPC. *Revista de Processo*, Ano 40, n. 248, out/2015, p. 44-45. Por outro lado, Araken de Assis, embora afirme que a “coisa julgada impede a reabertura do processo extinto por sentença terminativa (art. 485)”, entende equivocada a concepção de coisa julgada formal defendida por Luiz Eduardo Mourão. (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. cit. p. 1356-1357).

¹⁵³ RAVI, Peixoto. Breves Considerações sobre a Redesignação da Coisa Julgada Formal e sua Eficácia Extraprocessual. *Revista Dialética de Direito Processual*, 2014, n. 141, p. 88-92; REDONDO, Bruno Garcia. Questões Prejudiciais...cit., p. 44.45.

3. EFEITOS DA COISA JULGADA.

A coisa julgada é instituto destinado a garantir a estabilidade das relações jurídicas; nesse sentido, é, portanto, instrumento em favor da própria segurança jurídica¹⁵⁴. Como consequência e expressão processual disso, dois são os aspectos que definem essencialmente a autoridade da coisa julgada: *i*) a imutabilidade e *ii*) a indiscutibilidade.

A imutabilidade é a impossibilidade de alteração do conteúdo da decisão judicial. A resolução dada pelo juiz à questão que lhe foi submetida não mais poderá ser modificada posteriormente pelo Poder Judiciário, pelas partes ou ainda por qualquer ato de outros Poderes estatais¹⁵⁵.

A indiscutibilidade, por outro lado, “revela a técnica operativa da coisa julgada”¹⁵⁶, voltada para imunizar as decisões judiciais. Para tornar imutável o conteúdo da decisão judicial, o ordenamento jurídico veda a possibilidade de discussão das questões que foram anteriormente resolvidas pelo juiz. Em outras palavras, é a indiscutibilidade que permite que a resolução se torne imutável.

A indiscutibilidade opera em duas dimensões, ora impedindo que a questão resolvida com força de coisa julgada seja novamente decidida, ora impondo que a solução dada pelo juiz no primeiro processo seja observada quando posta como fundamento de uma nova demanda. À primeira dimensão dá-se o nome de efeito negativo, enquanto que a segunda se denomina de efeito positivo¹⁵⁷. Tem-se, aqui, a

¹⁵⁴ GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Coisa Julgada: No Cível, no Crime e no Direito Internacional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva & C. Editores, 1922; p. 08-09; PORTO, Sergio Gilberto. *Coisa Julgada Cível*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 55; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume IV. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 311-312; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 619-620; DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 02. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 517; OLIVEIRA, Paulo de Oliveira. *Coisa Julgada e Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 27-32; CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 55-58.

¹⁵⁵ Antonio do Passo Cabral questiona o caráter imutável do conteúdo da decisão judicial transitada em julgado. O autor propõe que a coisa julgada seja compreendida à luz dos princípios do contraditório e da boa-fé, propugnando por um sistema de preclusões dinâmicas. Para ele, a norma jurídica consolidada pela coisa julgada poderá ser modificada, se a sua manutenção implicar a violação aos princípios do contraditório ou da boa-fé, devendo-se examinar a argumentação utilizada para a prática do ato processual e os nexos de influência existentes entre os atos relevantes. (CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*. cit., p. 362.)

¹⁵⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas* cit., p. 54.

¹⁵⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 514.

dupla função que exerce a coisa julgada, conforme afirma Celso Neves: “A função da coisa julgada é, pois, dúplice: de um lado, define, vinculativamente, a situação jurídica das partes; de outro, impede que se restabeleça, em outro processo, a mesma controvérsia”¹⁵⁸.

O efeito negativo da coisa julgada impossibilita o rejuízo da demanda, sequer sendo possível que o juiz, no segundo processo, decida da mesma forma, ainda que com idêntico conteúdo¹⁵⁹. Veda-se o reexame, funcionando a existência de coisa julgada como requisito negativo de admissibilidade da demanda. A sua existência, portanto, impede o processamento da segunda demanda, impondo-se a sua extinção sem resolução do mérito¹⁶⁰.

O efeito positivo atua quando a questão anteriormente decidida aparece em outro processo como fundamento da demanda. Em outras palavras, haverá lugar para o efeito positivo quando uma determinada questão decidida *principaliter* for deduzida como questão prejudicial de outro pedido. Existe, no efeito positivo, uma espécie de “proibição de contradição” ou “proibição de afastamento”, carecendo os litigantes de interesse para discutirem a questão prejudicial¹⁶¹.

Exemplo clássico exposto pela doutrina para ilustrar o efeito positivo da coisa julgada diz respeito à paternidade e aos alimentos. Julgada procedente a ação de investigação de paternidade, o juiz não poderá negar os alimentos sob o fundamento de que o alimentante não é pai do alimentando. A norma jurídica concreta criada no primeiro processo (o réu “R” é pai do autor “A”) deve obrigatoriamente ser observada pelo magistrado por ocasião do julgamento do pedido de alimentos. O juiz poderá negar a verba alimentar com base em outros fundamentos (ausência de necessidade, por exemplo). Nunca, porém, por não ser o réu “R” pai do autor “A”.

Observe-se, portanto, que a eficácia da coisa julgada está relacionada à definição do objeto litigioso do processo. A produção do efeito negativo ou positivo dependerá do conteúdo das demandas judiciais. Propondo o autor demanda tendo por objeto questão já resolvida *principaliter* em processo anterior, entrará em cena o efeito negativo da coisa julgada; quando as demandas tiverem conteúdos distintos, mas o

¹⁵⁸ NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1971, 489.

¹⁵⁹ PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. cit., p. 73; TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*. cit., p. 130.

¹⁶⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. cit., p. 72.

¹⁶¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas* cit., p. 105.

fundamento da segunda for a questão resolvida *principaliter* na primeira, terá lugar o efeito positivo¹⁶².

4. PRESSUPOSTOS PARA FORMAÇÃO DA COISA JULGADA.

Segundo Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁶³, a coisa julgada é uma situação jurídica decorrente de um fato jurídico cujo suporte fáctico é composto. Resulta, pois, da combinação dos seguintes fatos: *i*) decisão jurisdicional fundada em cognição exauriente e *ii*) trânsito em julgado. Examinemos os pressupostos.

i) Decisão jurisdicional fundada em cognição exauriente. A coisa julgada pressupõe a existência de uma decisão jurisdicional, tenha ela apreciado ou não o mérito da demanda. De fato, como visto anteriormente, as decisões que não apreciam o mérito também estão sujeitas à autoridade da coisa julgada. Trata-se, com efeito, da coisa julgada formal, aqui compreendida na concepção de Luiz Eduardo Ribeiro Mourão.

Os arts. 502 e 503 do NCPC apenas consagram a coisa julgada da decisão de mérito (coisa julgada material), mas não apontam para o único caso em que há a sua formação¹⁶⁴.

Em verdade, considerando a distinção entre coisa julgada material e coisa julgada formal, pode-se afirmar que a primeira pressupõe uma decisão de mérito e a segunda uma decisão que não aprecia o mérito da demanda. Aliás, é justamente o conteúdo da decisão judicial o critério de distinção entre esses dois tipos de coisa julgada.

A coisa julgada, seja ela formal ou material, pressupõe o esgotamento da atividade jurisdicional em torno das questões por ela decididas, razão pela qual apenas a decisão judicial fundada em cognição exauriente está apta a formar coisa julgada. As decisões proferidas com base em cognição sumária, a exemplo das decisões provisórias (arts. 294-311, NCPC), portanto, não fazem coisa julgada. Acerca da cognição judicial, remetemos o leitor ao capítulo precedente.

¹⁶² CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas* cit., p. 104.

¹⁶³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil* cit., p. 516.

¹⁶⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 531.

Por fim, cumpre observar que o art. 502 do NCPC determina que a “decisão” – e não a sentença, como mencionava o art. 467 do CPC-1973 – faz coisa julgada. Sendo assim, de acordo com o novo diploma processual, não resta dúvida de que toda e qualquer decisão judicial – seja ela uma sentença, uma decisão interlocutória, uma decisão do relator ou um acórdão – poderá ficar acobertada pela autoridade da coisa julgada formal¹⁶⁵ ou material, conforme o caso.

Não ficarão, porém, acobertadas pela coisa julgada material as decisões judiciais que resolvam questões incidentais, exceção feita apenas às questões prejudiciais decididas incidentalmente, que farão coisa julgada, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 503, §§1º e 2º, do NCPC.

ii) *Trânsito em julgado*. O outro pressuposto da coisa julgada é o “trânsito em julgado”. O trânsito em julgado, conforme já apontamos, é o momento processual a partir do qual determinada questão se torna imutável, decorrendo do esgotamento das vias impugnativas recursais. Constitui-se em um dos pressupostos da coisa julgada, mas com ela não se confunde. Assim, para que haja a coisa julgada, é necessário que se tenham esgotado todas as vias recursais. Inclui-se aqui todo e qualquer recurso, ordinário ou extraordinário.

5. COISA JULGADA E DECISÃO DE CONTEÚDO PROCESSUAL

Conforme dissemos anteriormente, as decisões judiciais fundadas em cognição exauriente estão aptas a formar coisa julgada. Essas decisões podem ou não examinar o mérito. Segundo os arts. 502 e 503 do NCPC, apenas as primeiras estariam aptas a formação da coisa julgada; as decisões de conteúdo processual não se sujeitariam à autoridade da *res iudicata*.

Ocorre que a doutrina já vinha defendendo, com base no CPC-1973, a possibilidade das decisões que não apreciam o mérito ficarem abarcadas pela coisa julgada¹⁶⁶.

¹⁶⁵ É possível pensarmos coisa julgada formal também para as decisões interlocutórias que não seja de mérito. Basta pensarmos na decisão que indefere parcialmente a petição inicial ou que reconheça a ilegitimidade de um litisconsorte.

¹⁶⁶ Sobre o tema, cf. BENEDUZI, Renato Resende. *Prozessurteile e materielle Rechtskraft: sentença terminativa e coisa julgada material no processo civil alemão*. *Revista de Processo*, ano 39, março/2014, p. 357-373; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa Julgada*. cit., p. 140. Importante observar, porém, que Beneduzi se mantém fiel ao conceito tradicional de coisa julgada formal. Para ele, a decisão de

Se esse posicionamento já se revelava possível no sistema do CPC-1973, ele ganha força com o advento do novo Código. Como dissemos acima, o NCPC expressamente dispõe que, nos casos de extinção em razão de litispendência e nas hipóteses dos incisos I, IV, VI e VII, que também se referem a decisões fundadas na *inadmissibilidade do processo*, a propositura de nova ação depende da correção do vício que levou à extinção do processo sem resolução do mérito.

A decisão de inadmissibilidade, por disposição expressa do novo Código, adquire estabilidade cujos efeitos se projetam para fora do processo em que a decisão foi proferida. Tem-se, aqui, portanto, coisa julgada; *coisa julgada formal*, de acordo com a concepção adotada neste trabalho (vide tópico 2 supra).

Antônio do Passo Cabral, no entanto, entende que somente as decisões de mérito estão sujeitas à autoridade da coisa julgada, excluindo-se, portanto, as decisões de conteúdo processual. Segundo Cabral, além de o art. 502 expressamente apenas se referir às “decisões de mérito”, as decisões puramente processuais “não teriam o chamado efeito positivo porque não haveria necessidade de incorporar nenhum conteúdo estável no tráfego jurídico”¹⁶⁷.

O autor afirma, ainda, que não seria correto dizer que a estabilidade incidente sobre as decisões processuais estaria sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, na medida em que esta cláusula apenas permite alterações do conteúdo do ato estável por variações fáticas, sendo que a estabilidade das decisões processuais poderia ser superada em razão de eventuais alterações normativas.

Assim, conclui Cabral que a estabilidade das “decisões terminativas” consistiria apenas em uma espécie de “preclusão extraprocessual com força *prima facie* e submetida à cláusula *ceteris paribus*.”¹⁶⁸.

Com todo respeito ao processualista carioca, não concordamos com o seu posicionamento.

Pensamos ser possível identificar o efeito positivo na estabilidade das decisões processuais. É o que ocorre quando nos deparamos com uma questão processual cuja solução condicione a resolução de outra questão.

conteúdo processual ficaria acobertada pela coisa julgada material. O autor não adere, portanto, ao posicionamento de Mourão.

¹⁶⁷ CABRAL, Antônio do Passo. “Da Coisa Julgada”. cit., p. 1286.

¹⁶⁸ CABRAL, Antônio do Passo. “Da Coisa Julgada”. cit., p. 1286.

Figure-se o seguinte exemplo. Suponhamos que o juiz, em um processo, tenha reconhecido a existência dos pressupostos necessários para a formação da coisa julgada da questão prejudicial. Posteriormente, propõe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada cuja existência foi reconhecida por decisão judicial transitada em julgado. Questiona-se: poderá o tribunal inadmitir a demanda rescisória sob o fundamento de inexistir coisa julgada por ausência dos pressupostos previstos no art. 502, §§ 1º e 2º do NCPC? A resposta a essa pergunta, segundo pensamos, deve ser negativa, justamente em razão do efeito positivo da coisa julgada formal.

Note-se que sobre a decisão que reconheceu a existência dos pressupostos para a formação da coisa julgada das questões prejudiciais deve ser observada pelo segundo juízo, que estará obrigado a adotar a mesma conclusão alcançada anteriormente. Essa obrigatoriedade decorre da indiscutibilidade oriunda da coisa julgada formal que surgiu acerca da existência dos pressupostos previstos nos §§1º e 2º, do art. 503 do NCPC. Trata-se, portanto, de uma decisão meramente processual que adquire força de coisa julgada, que não só impede a rediscussão da questão resolvida (efeito negativo), como também obriga que o segundo juízo adote a sua resolução (efeito positivo).

Também não nos parece correto o entendimento de que a coisa julgada das decisões puramente processuais não estaria sujeita cláusula *rebus sic stantibus*, uma vez que poderia ser superada em virtude de alterações normativas¹⁶⁹.

Isso porque eventuais alterações normativas não modificam a coisa julgada formada sobre o conteúdo da decisão processual. Há, em verdade, uma circunstância nova, um fato novo que altera a situação sobre a qual se formou a coisa julgada.

A coisa julgada reflete o estado de fato e de direito no instante em que a decisão é proferida. A modificação, portanto, do estado de fato ou de direito faz surgir outra situação litigiosa e, por consequência, outra ação, sem que seja violada a coisa julgada formada a partir de outro contexto ou panorama jurídico¹⁷⁰⁻¹⁷¹.

¹⁶⁹ Didier Jr, Sarno Braga e Oliveira sustentam, com base no §1º do art. 486 do NCPC, a existência de coisa julgada da decisão com conteúdo processual, bem assim que o referido dispositivo “deve ser interpretado como se impusesse uma cláusula semelhante à *rebus sic stantibus* – inserida em qualquer decisão que verse sobre relação jurídica não permanente”. (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil* cit., p. 530.).

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. cit., p. 303.

¹⁷¹ Nesse sentido caminha o Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do MS 11.045, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, assim decidiu: “Não há qualquer inconstitucionalidade no ato atacado, especialmente no que diz respeito à garantia da coisa julgada. É que todas as sentenças judiciais, notadamente as que tratam de relações jurídicas com efeitos prospectivos, têm sua eficácia temporal vinculada à cláusula *rebus sic stantibus*, isto é, sua força vinculativa permanece enquanto se mantiverem

Para demonstrar o que aqui se afirma, pensemos na coisa julgada formada no controle concentrado de constitucionalidade diante de uma mutação do texto constitucional.

Declarada a constitucionalidade de uma lei e sobrevivendo disposição constitucional com ela incompatível, a coisa julgada decorrente da ação declaratória se manterá intacta. A inconstitucionalidade da lei decorrente da mutação constitucional não altera a coisa julgada anteriormente formada, tampouco a viola, na medida em que a superveniência da modificação do conteúdo da Constituição faz surgir uma situação nova e que, portanto, não estava inserida no contexto que deu origem à coisa julgada¹⁷².

Aliás, ainda que inexistente alteração do texto constitucional, a modificação do próprio sentido da “norma paramétrica ou mesmo da normativa-objeto” permite que a questão constitucional já resolvida em ação direta seja rediscutida, sem que seja violentada a coisa julgada anteriormente formada¹⁷³.

Outro exemplo trazido por Luiz Guilherme Marinoni pode nos auxiliar a compreender a matéria.

Em ação de alimentos, o réu “R”, avô do autor “A”, é condenado a pagar a verba alimentícia. Após o trânsito em julgado da decisão, sobrevém alteração legislativa, limitando a obrigação alimentar aos pais, excluindo-se, portanto, a relação avoenga do dever de prestar alimentos. Note-se que, nesse caso, o fato reconhecido na sentença transitada em julgado não é mais constitutivo do direito do alimentante, sendo permitido, portanto, ao devedor, ajuizar uma nova demanda para pleitear a sua exoneração. A nova lei constitui-se em um fato novo que gera uma causa de pedir nova e, portanto, autoriza o “um novo julgamento, uma nova decisão e outra coisa julgada.”¹⁷⁴.

íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da sua prolação. Mas isso não inibe a atividade normativa do Poder Legislativo, quanto a fatos futuros. Ou seja, não atenta contra a coisa julgada a superveniente alteração do estado de direito, desde que a nova norma jurídica tenha eficácia *ex nunc*, sem efeitos retroativos, como ocorreu no caso.”. No mesmo sentido, conferir: MS 11.145/DF, Corte Especial, Min. João Otávio de Noronha, DJe de 03/11/2008; AgRg no AG 938.118/DF, 5ª T., Min. Laurita Vaz, DJe de 07/04/2008; AgRg no REsp 844.140/SC, 6ª T., Des. Conv. Jane Silva, DJe de 03/11/08; REsp 475.173/RJ, 6ª T., Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 10/05/2004.

¹⁷² SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 229-230; ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 128.

¹⁷³ Nesse sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. cit., p. 310-315; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 240; OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 192-202.

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. cit., p. 304.

Observe-se, então, que, nesse caso, não será necessário desfazer a coisa julgada para rediscutir a questão resolvida pela decisão sobre a qual paira a sua autoridade.

A mesma situação ocorre com a coisa julgada da decisão que não aprecia o mérito. A alteração normativa não a modifica tampouco a viola; apenas denota uma situação nova, um fato novo que, portanto, permite que a questão por ela resolvida seja novamente apreciada, sem a necessidade de superação da coisa julgada anteriormente formada.

Assim, p. ex., extinta demanda sem resolução de mérito por ausência de um determinado pressuposto de validade do processo e sobrevindo alteração legislativa que torne desnecessária a presença do requisito que ensejou a extinção, a demanda poderá ser reproposta, sem que isso importe na violação da coisa julgada da decisão terminativa.

Sendo assim, entendemos que, de acordo com o NCPC, é possível vislumbrarmos a coisa julgada em decisões que não apreciam o mérito¹⁷⁵.

6. REGIMES DE FORMAÇÃO DA COISA JULGADA.

Três são os regimes de formação da coisa julgada, no direito brasileiro: *i*) coisa julgada *pro et contra*; *ii*) coisa julgada *secundum eventum litis* e, por fim, *iii*) a coisa julgada *secundum eventum probationis*.

A coisa julgada *pro et contra* consiste na regra geral adotada pelo sistema processual brasileiro, estando positivada nos arts. 502 e 503 do Novo Código de Processo Civil. A coisa julgada será *pro et contra* quando a sua formação não depender do resultado da demanda. “Pouco importa se de procedência ou de improcedência, a decisão definitiva está apta a produzir coisa julgada”¹⁷⁶.

Por outro lado, a coisa julgada será *secundum eventum litis* quando a sua formação depender do teor da decisão judicial. Apenas um dos possíveis resultados do processo (procedência ou improcedência) possibilitará a produção da *res iudicata*. É o caso, por exemplo, da coisa julgada formada no processo penal. Somente haverá coisa julgada se a ação for julgada improcedente. A procedência da demanda criminal não

¹⁷⁵ Sobre a eficácia extraprocessual da coisa julgada formal, cf. RAVI, Peixoto. Breves Considerações sobre a Redesignação da Coisa Julgada Formal e sua Eficácia Extraprocessual. *Revista Dialética de Direito Processual*, 2014, n. 141.

¹⁷⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 519-520.

fica acobertada pela autoridade da coisa julgada, podendo ser revista a qualquer tempo. Trata-se de regime bastante criticado pela doutrina, notadamente dentro do contexto do processo individual¹⁷⁷.

Afirma-se que a coisa julgada formada nos processos coletivos seria *secundum eventum litis*, dado o teor do art. 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁷⁸.

No entanto, o regime de coisa julgada previsto no Código de Defesa do Consumidor não diverge do sistema adotado pelo Diploma Processual Cível¹⁷⁹. Como bem esclarece Antônio Gidi, a coisa julgada formada, nas ações coletivas, é *pro et contra*, e não *secuncum eventum litis*. O que está condicionado ao resultado do processo, em verdade, é a “extensão *in utilibus* da coisa julgada para a esfera individual das vítimas do evento”¹⁸⁰.

Julgada procedente a demanda coletiva, a imutabilidade decorrente da coisa julgada estender-se-á às vítimas do evento, não podendo o réu rediscutir o conteúdo da decisão; julgada improcedente, a decisão será ineficaz em relação às vítimas e os seus sucessores, que poderão ajuizar demanda individual, objetivando a reparação pelos prejuízos amargados. Em quaisquer das duas hipóteses, no entanto, os litigantes do processo coletivo ficarão vinculados ao resultado do processo.

Finalmente, a coisa julgada será *secundum eventum probationis* quando a sua formação estiver condicionada ao esgotamento da atividade probatória do juiz. Nesse caso, somente será formada a coisa julgada se “procedente, que é sempre com esgotamento de prova, ou improcedente com suficiência de provas”¹⁸¹. Se a demanda for julgada improcedente por falta de prova, não haverá coisa julgada. São exemplos da coisa julgada *secundum eventum probationis* a coisa julgada no processo coletivo (art.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Marco Antônio Perez de. *Coisa Julgada sobre a sentença genérica coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93.

¹⁷⁸ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: (...) III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.” (grifos aditados)

¹⁷⁹ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada no Código do Consumidor*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Processo Civil: estudos em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 141-152.

¹⁸⁰ GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 140.

¹⁸¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 520.

103, CDC), na ação popular (art. 18, Lei n. 4.717/1965) e no mandado de segurança (art. 19 Lei n. 12.016/2009)¹⁸².

7. LIMITES DA COISA JULGADA.

7.1. Generalidades.

Uma das questões que talvez mais atormente a doutrina diz respeito aos limites da coisa julgada. De fato, definir *quem e o quê* estão sujeitos à imutabilidade decorrente da coisa julgada, bem assim *até quando* ela produzirá efeitos é um dos temas que mais vêm preocupando a doutrina brasileira¹⁸³.

Basicamente, os limites da coisa julgada são definidos de acordo com os elementos subjetivos e objetivos da demanda. Segundo o §4º, do art. 337 do Novo Código de Processo Civil, há coisa julgada quando se repete ação já decidida por decisão transitada em julgado. Trata-se da clássica teoria do *tria eadem*, originária do direito romano¹⁸⁴, que se pauta nas partes, na causa de pedir e no pedido para identificar a demanda judicial. Assim, a autoridade da coisa julgada recairá quando as mesmas partes deduzirem em juízo pedido e causa de pedir já anteriormente apreciados por decisão transitada em julgado.

Contudo, a identificação dos três elementos da demanda não é suficiente para a definição dos limites da coisa julgada no novo Código, devendo-se investigar o conteúdo da relação jurídica de direito material deduzida em juízo. Desse modo, além do critério da tríplice identidade, há a necessidade de enriquecer o exame da identidade das causas, empregando-se para tanto o critério da identidade da relação jurídica¹⁸⁵.

7.2. Limites subjetivos da coisa julgada.

¹⁸² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil* cit., p. 520.

¹⁸³ Nesse sentido, afirma PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. cit., 2012, p. 80.

¹⁸⁴ TUCCL, José Rogério Cruz e. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 84-87.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. cit., p. 627.

Os limites subjetivos da coisa julgada estão definidos no art. 506 do Novo Código de Processo Civil. Dispõe o referido dispositivo normativo, *in verbis*:

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

O dispositivo consagra as garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, porquanto impeça que os efeitos da coisa julgada recaiam sobre sujeito que não participou do processo e, portanto, não teve oportunidade de influenciar a criação da norma jurídica individual contida na sentença. De tal sorte, via regra, a coisa julgada é *inter partes*, ou seja, vincula apenas os sujeitos – e os seus sucessores (art. 967, I, NCPC) – que participaram do processo na qualidade de partes.

Contudo, oportuno registrar que o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que a autoridade da coisa julgada se impõe perante o Ministério Público, nas hipóteses em que ele atue como *custos legis*¹⁸⁶.

Há, porém, outras exceções à regra prevista no art. 506 do NCPC. Há casos em que a coisa julgada é *ultra partes*, atingindo não só as partes do processo, mas também determinados terceiros, vinculando-os. São diversas as hipóteses.

O Novo Código Processo Civil, ao contrário do CPC-1973, não veda que a coisa julgada atinja a esfera jurídica de terceiro, que poderá ser beneficiado da sua autoridade. O art. 506 do NCPC apenas proíbe que a coisa julgada, via de regra, prejudique o sujeito que não participou do debate processual. Portanto, ela pode beneficiar o terceiro. É o que ocorre, por exemplo, com o credor ou devedor solidário¹⁸⁷, que, nos termos do art. 274 do Código Civil, poderá se beneficiar da coisa julgada formada *inter alios*, desde que a decisão lhe seja favorável¹⁸⁸.

¹⁸⁶ STJ, Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 01/10/2013, Quarta Turma. O posicionamento jurisprudencial é criticado por Araken de Assis: “E a parte coadjuvante, intervindo como fiscal da lei (art. 178), não se vincula, absolutamente, à coisa julgada. Não há menor sentido em vincular o Ministério Público, nesses casos, vez que não dispõe do objeto litigioso, participando do processo em defesa da ordem jurídica”. (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. cit., p. 1395)

¹⁸⁷ Embora o art. 274 do Código Civil apenas trate do credor solidário, a doutrina entende que a autoridade da coisa julgada também se estende ao devedor solidário, quando lhe for favorável. Nesse sentido, o enunciado n. 234 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: “A decisão improcedência na ação proposta pelo credor beneficia os devedores solidários, mesmo que não forem partes no processo, exceto se fundada em defesa pessoal.”.

¹⁸⁸ Interessante anotar que a coisa julgada formada, nesse caso, é *pro et contra*, e não *secundum eventum litis*. O que é *secundum eventum litis* é a extensão dos efeitos da *res iudicata* aos credores ou devedores solidários. (DIDIER JR, Fredie. *Solidariedade ativa e extensão da coisa julgada* (art. 274, Código Civil

Embora o NCPC vede a extensão da coisa julgada que prejudique o sujeito que não participou da demanda, há, em caráter excepcional, situações em que a coisa julgada pode prejudicar o terceiro, como na hipótese de substituição processual. O substituído ficará vinculado ao resultado do processo, ainda que não tenha dele participado¹⁸⁹. É o que ocorre na ação de dissolução parcial da sociedade, que ficará sujeita à coisa julgada, ainda que não tenha participado do processo, desde que todos os seus sócios tenham sido citados (art. 601, parágrafo único, NCPC).

Do mesmo modo, nas ações coletivas, os colegitimados ficarão vinculados à coisa julgada, ainda que não tenham participado do processo, independentemente do resultado; o adquirente do objeto litigioso, ou sucessor a título singular, embora figure como parte o alienante, também ficará vinculado à coisa julgada, a teor do art. 109, §3º, do novo diploma processual.

Além disso, há, também, a coisa julgada *erga omnes*, que é aquela cujos efeitos atingem todos os sujeitos indistintamente, tenham eles participado ou não do processo. É o caso da coisa julgada formada nas ações coletivas que tratam de interesses difusos (art. 103, I, CDC), bem assim nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Esclarece Antônio Gidi, no entanto, não haver qualquer distinção entre a coisa julgada *erga omnes* e a coisa julgada *ultra partes*. Para ele, a coisa julgada nunca sujeita a todos os jurisdicionados, senão apenas aqueles que possuem algum vínculo jurídico com a causa¹⁹⁰. Com efeito, a coisa julgada formada na ação coletiva que verse sobre o eventual ilícito ambiental responsável pela poluição do Rio Cassiporé, localizado no Oiapoque, não atingirá os cidadãos residentes no Chuí. De tal sorte, para Gidi, a coisa julgada *erga omnes* seria, na verdade, *ultra partes*, porquanto vincule somente os jurisdicionados que possuam alguma relação com o direito discutido.

Por outro lado, para Luiz Guilherme Marinoni, quando se fala em eficácia *erga omnes* e *ultra partes* quer-se referir aos efeitos diretos da decisão. A eficácia *erga*

brasileiro. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/solidariedade-ativa-e-extensao-da-coisa-julgada/>. Acesso em 11.10.2015). Em sentido diverso, entendendo que a coisa julgada formada nesse caso é *secundum eventum litis*: ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. cit., 2015, p. 1.413.

¹⁸⁹ Bem lembra Araken de Assis que “o art. 506 atinge com igual intensidade a parte no sentido material e a parte no sentido processual.”. (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. cit., p. 1396.). Para Leonardo Greco, porém, o substituído somente é atingido pela coisa julgada, se a decisão lhe for favorável. (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 343).

¹⁹⁰ GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas*. cit., 108-112.

omnes ou *ultra partes* não se confunde com a coisa julgada, que nada mais do que a situação jurídica que torna imutável a norma individual criada pelo juiz¹⁹¹.

Segundo Marinoni¹⁹², a questão da imutabilidade do conteúdo do ato decisório em relação aos sujeitos que não participaram do processo acaba por ser um problema relacionado à legitimação para agir diante do litígio, não tendo propriamente relação com a coisa julgada.

Se o terceiro possui legitimidade *ad causam*, poderá insurgir-se contra o ato judicial, não sendo imutável, neste passo, o seu conteúdo. Sendo, por sua vez, ilegítimo, sofrerá inevitavelmente os efeitos da decisão, nada podendo fazer contra a eficácia do comando sentencial. Assim, tanto no caso da coisa julgada *erga omnes* quanto da coisa julgada *ultra partes* não é a *res iudicata* que se estende para além das partes envolvidas, mas sim o efeito direto da sentença que incide, de maneira imutável, sobre os titulares do direito. E “isso pela singela circunstância que eles não têm legitimidade *ad causam* para discuti-la.”¹⁹³

7.3. Limites objetivos da coisa julgada.

Com a formação da coisa julgada o que fica acobertado por sua autoridade?

Essa pergunta é respondida pela análise dos arts. 503 e 504 do NCPC, que definem os limites objetivos da coisa julgada.

Segundo o art. 503, *caput*, do Novo Código de Processo Civil, a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da *questão principal expressamente decidida*. A questão principal corresponde ao *objeto litigioso do processo*, ou seja, à pretensão processual deduzida pelas partes.

Assim, nos termos do *caput* do art. 503, o que fica imunizado pela coisa julgada é a resolução dada à questão principal que foi posta à apreciação do juiz¹⁹⁴. É, em outras palavras, a norma jurídica individual criada pelo magistrado para disciplinar o conflito que a ele foi submetido.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. cit., p. 294-298.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. cit., p. 294-298.

¹⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. cit., p. 294-297.

¹⁹⁴ “La resolución recae sobre el objeto litigioso. Al tribunal le corresponde resolver sobre qué objeto litigan las partes em el proceso. Por lo tanto, la resolución recae sobre la pretensión procesal planteada em la demanda o reconvencción. Esta pretensión ES el objeto de la resolución del tribunal. Su contenido y esencia imprimen su sello al contenido necesariamente de su objeto.” (SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. cit., p. 187.)

Além da questão principal expressamente decidida, também ficará acobertada pela autoridade coisa julgada a resolução da questão prejudicial, desde que preenchidos os pressupostos previstos nos §§ 1º e 2º, do art. 503 do NCPC.

Conforme veremos mais adiante, o tema relativo aos limites objetivos da coisa julgada sempre foi objeto de acirrada discussão doutrinária, notadamente na vigência do Código de Processo Civil de 1939. Dado o teor do art. 287, parágrafo único, daquele diploma processual, discutia-se se as decisões resolvidas na fundamentação estariam ou não abarcadas pela autoridade da coisa julgada.

O CPC-1973, por sua vez, acabou com a discussão, na medida em que restringiu a coisa julgada ao dispositivo da decisão judicial. De forma redundante, por outro lado, o CPC-1973 expressamente indicou os elementos da sentença que não estariam aptos a adquirir a autoridade da coisa julgada (art. 469, CPC-1973).

O Novo Código de Processo Civil, no entanto, retoma o debate existente na vigência de 1939, embora sob outro prisma, prevendo expressamente que as resoluções das questões prejudiciais incidentais ficarão acobertadas pela autoridade da coisa julgada.

O NCPC inovou ao criar dois regimes distintos para formação da coisa julgada: *i*) o regime comum, aplicável à resolução da questão principal e *ii*) o regime especial, aplicável à coisa julgada relativa à questão prejudicial incidental expressamente resolvida pelo juiz¹⁹⁵.

As questões prejudiciais, embora sejam resolvidas na fundamentação, ficarão acobertadas pela “coisa julgada especial”¹⁹⁶. “A coisa julgada comum torna intangível apenas o conteúdo da norma jurídica concreta estabelecida no dispositivo da decisão judicial”¹⁹⁷. O tema será examinado com maior profundidade mais adiante.

Apesar da novidade trazida pela novel legislação, o art. 504, incisos I e II, do NCPC reproduziu as disposições contidas no art. 469, incisos I e II, do CPC-1973. Assim, ressalvada a hipótese prevista no art. 503, §§1º e 2º, do NCPC, os fundamentos da decisão judicial não ficarão acobertados pela autoridade da coisa julgada.

¹⁹⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 346.

¹⁹⁶ Denominação adotada por Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil* cit., p. 346.)

¹⁹⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil* cit., p. 346.

De acordo com o art. 504 do NCPC, os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, não fazem coisa julgada, uma vez que, por si só, nada dispõem. Embora sirvam como elementos esclarecedores ou informadores, não se projetam para fora do processo, de modo a ensejar uma eficácia material¹⁹⁸.

Do mesmo modo, a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, também não fica acobertada pela autoridade da coisa julgada. “A verdade, no caso, se limita ao que foi coligido no processo, e representa, tão só, uma verdade processual, insuscetível de fazer coisa julgada em qualquer outro processo...”¹⁹⁹

Por fim, cumpre anotar que os limites objetivos da coisa julgada não se confundem com a eficácia preclusiva da coisa julgada. Enquanto aqueles definem *o quê* ficará acobertado pela coisa julgada, operando “no âmbito das questões expressamente decididas em determinado objeto litigioso”²⁰⁰, a eficácia preclusiva consiste na técnica operacional destinada a assegurar a autoridade da *res iudicata*, afastando a possibilidade de impugnação da decisão judicial mediante as alegações ou defesas não examinadas pelo juiz. Trata-se, aqui, do que se convencionou denominar de “princípio do deduzido e do deduzível”. A sua função, conforme ensina Barbosa Moreira, é instrumental²⁰¹; impõe, assim, a preclusão das questões cujas resoluções possam interferir no resultado do processo.

O efeito preclusivo da coisa julgada, expressamente consagrado no art. 508 do NCPC, não atinge todas as causas de pedir que eventualmente pudessem fundamentar o pedido formulado pelo autor, mas apenas e tão somente a causa de pedir deduzida pelo demandante.

De acordo com as lições de Barbosa Moreira, a eficácia preclusiva da coisa julgada é um meio destinado a garantir a sua autoridade, não podendo, em razão disso, ser empregado quando não se trate de assegurar a consecução desta finalidade. Desse modo, a preclusão das questões “apenas prevalece em feitos onde a lide seja a mesma já decidida ou tenha solução dependente da que se deu à lide já decidida”²⁰².

¹⁹⁸ ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. A sentença Cível e a coisa julgada. *Revista Forense*, ano 71, vol. 251, 1975, p. 85.

¹⁹⁹ ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. A sentença Cível e a coisa julgada. cit., p. 85.

²⁰⁰ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. cit., p. 1453.

²⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada Material no Sistema Processual Civil Brasileiro”. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 102.

²⁰² MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada Material no Sistema Processual Civil Brasileiro”. cit., p. 102. No mesmo sentido, cf. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e*

Assim, a eficácia preclusiva da coisa julgada não impede que o autor formule pedido idêntico ao que foi anteriormente por ele deduzido, desde que fundado em causa de pedir diversa²⁰³⁻²⁰⁴.

Observe-se que o art. 1.072, inciso VI, do Novo Código de Processo Civil revogou a disposição contida no art. 98, §4º, da Lei Federal n. 12.529/2011. O artigo revogado determinava que, nas ações cujo objeto fosse decisão do CADE, o autor deveria deduzir todas as causas de pedir que poderiam ser deduzidas em favor do acolhimento do pedido, sob pena de preclusão consumativa. Vedava, expressamente, a repositura do mesmo pedido, ainda que fundada em causa de pedir diversa da que fora deduzida no primeiro processo. A revogação desse dispositivo, portanto, confirma o posicionamento adotado pelo sistema processual brasileiro.

7.4. Limites temporais da coisa julgada.

O problema correspondente aos limites temporais da coisa julgada envolve, basicamente, dois aspectos: *i*) o momento a partir do qual as questões se tornam indiscutíveis e *ii*) a disciplina da coisa julgada das “sentenças determinativas”, aqui compreendidas como as decisões judiciais que resolvem as relações jurídicas continuativas (art. 505, I, NCPC).

O momento a partir do qual será aferida a eficácia da coisa julgada equivale à última oportunidade de exposição dos fatos pelas partes perante o juízo de primeiro

sua revisão, cit., p. 86-87; CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e preclusão dinâmica*. cit., p.93; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 323-325.

²⁰³ O posicionamento defendido por Barbosa Moreira, apesar de majoritário, não é pacífico na doutrina. Há, de fato, outras duas correntes sobre o tema. Uma corrente, defendida Araken de Assis (*Cumulação de Ações*, cit., p. 145-147), sustenta que a coisa julgada abarca todos os fatos jurídicos que pudessem fundamentar o pedido formulado pelo autor, tenham eles sido deduzidos ou não. A outra corrente é defendida por José Maria Tesheiner. Para ele, a eficácia preclusiva abarcaria apenas os fatos da mesma natureza relativos ao mesmo efeito jurídico. “Assim, se o autor pede o despejo, alegando danos nas paredes do imóvel, não propor outra, alegando danos nas portas, salvo se ocorridos após o encerramento da instrução. Não se lhe veda, porém, a propositura, concomitante ou posterior, de ação de despejo fundada em locação não consentida, porque se trata de fato de natureza diversa.” (TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 161).

²⁰⁴ Nesse sentido, é o entendimento da nossa jurisprudência, conforme ilustram os seguintes julgados: STJ, REsp 1204425/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 05/05/2014; STJ, REsp 1029207/ES, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 02/12/2014, DJe 09/12/2014; STJ, AgRg no AREsp 278.388/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 04/08/2015; STJ, EDcl no REsp 1408395/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/06/2015, DJe 23/06/2015.

grau. No Brasil, este momento corresponderia à conclusão dos autos para prolação da sentença²⁰⁵. Assim, a eficácia da coisa julgada estaria subordinada à situação fática existente no instante em que realizada a conclusão do processo para sentença (ressalvase, aqui, a hipótese descrita no art. 1.014 do NCPC²⁰⁶).

Os fatos anteriores à conclusão dos autos, desde que compreendidos na mesma causa de pedir, estão sujeitos ao efeito da coisa julgada. Por sua vez, os fatos posteriores não encontrarão óbice na coisa julgada, podendo ser discutidos pelas partes.

Os fatos supervenientes capazes de influenciar no julgamento da lide poderão (*rectius*: deverão), na forma do art. 493 do NCPC, ser conhecidos, inclusive de ofício, pelo juiz. Assim, por exemplo, sobrevindo no curso do processo, a extinção da obrigação objeto da lide, cumprirá ao magistrado examinar este fato, não impondo o cumprimento da obrigação extinta.

No entanto, o limite temporal para que o juiz possa conhecer o fato seria o momento da conclusão dos autos para sentença (ou, tratando-se de recurso ordinário, a conclusão dos autos para julgamento colegiado), na medida em que este é o último instante em que se revela possível o conhecimento dos fatos relevantes dentro do processo²⁰⁷.

Por outro lado, o art. 505, inciso I, do NCPC determina que nenhum juiz “decidirá novamente questões já decididas relativas à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação do estado de fato e de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”.

A regra decorrente do art. 505, inciso I, do NCPC corresponde ao art. 471, inciso I, do CPC-1973 e disciplina a coisa julgada das chamadas sentenças determinativas, que são aquelas que resolvem as relações jurídicas continuativas.

As relações jurídicas continuativas ou continuadas (ou de trato sucessivo, como preferiu o legislador) são aquelas cuja hipótese de incidência corresponde a fatos que se projetam ao longo do tempo. São exemplos de relações jurídicas continuadas: a

²⁰⁵ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. cit., p. 199.

²⁰⁶ Eis, *in verbis*, o teor do referido dispositivo normativo: “Art. 1.014. As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.”

²⁰⁷ “São abrangidos pela coisa julgada todos os fatos ocorridos até o momento da conclusão dos autos antes da decisão da fase recursal ordinária (apelação, reexame necessário, recurso ordinário, recurso ordinário em sentido estrito...) – desde que contidos na causa de pedir já posta em juízo.” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. cit., p. 89)

obrigação alimentícia, a locação de imóvel urbano, as relações jurídicas previdenciárias e assistenciais etc.²⁰⁸

Nesses casos, formada a coisa julgada, sobrevindo alteração essencial do estado de fato ou de direito, abre-se a possibilidade para o ajuizamento de uma nova demanda (ação de modificação²⁰⁹) com vistas a criar uma nova norma jurídica individual compatível com a nova realidade.

Discute-se, aqui, se a superveniência de novas circunstâncias enseja o ajuizamento de outra demanda com objeto distinto da primeira ou se a ação de modificação implicaria o desfazimento da coisa julgada e a consequente alteração do conteúdo da decisão. Em outras palavras, faz-se o seguinte questionamento: a ação de modificação implica a quebra da autoridade da coisa julgada ou simplesmente objetiva a criação de uma nova norma jurídica individual para regular a relação jurídica?

Apesar de em muitos países, a exemplo da Alemanha, os casos de alteração das relações jurídicas continuadas serem compreendidos como hipótese de superação da coisa julgada²¹⁰, no Brasil prevalece o entendimento que o ajuizamento da ação revisional não desconstitui a coisa julgada anteriormente formada. A regra formulada pelo juiz no primeiro processo permanece inalterada²¹¹.

Conforme pontua Sérgio Gilberto Porto, todas as relações jurídicas, sejam elas continuativas ou não, possuem, em maior ou menor grau de intensidade, a presença da cláusula *rebus sic stantibus*²¹². Assim, a superveniência de novas circunstâncias fáticas ou jurídicas constitui uma realidade nova, que dá origem a uma nova causa de pedir e, portanto, a uma nova demanda com outro objeto litigioso.

Bem lembra Moniz de Aragão²¹³, apoiado por José Maria Tesheiner²¹⁴, que a questão relacionada às relações continuativas é um falso problema, não possuindo relevância para o estudo da matéria²¹⁵.

Os chamados limites temporais, em verdade, “reconduzem-se aos limites objetivos decorrentes da causa de pedir”²¹⁶. Isso porque as situações novas, surgidas

²⁰⁸ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. cit., p. 92.

²⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. t. VI. Campinas: Bookseller, 1999, p. 288-302.

²¹⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*. cit., p. 100.

²¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. cit., p. 289-290.

²¹² PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. cit., p. 88.

²¹³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. cit., p. 200.

²¹⁴ TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. cit., p. 162-169.

²¹⁵ No mesmo sentido, TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. cit., p. 87.

após a formação da coisa julgada, não poderiam, por óbvio, subordinar-se a ela, “seja por não integrarem a *res iudicata*, seja por consubstanciarem outras *res*”²¹⁷.

Aliás, segundo Paulo Mendes de Oliveira, sequer se faz necessário o ajuizamento de ação revisional para a cessação da eficácia da decisão abarcada pela autoridade da coisa julgada²¹⁸. Nos casos das relações continuativas, a peculiaridade não reside na coisa julgada, mas na própria relação jurídica de direito material, “que, vista de seu caráter dinâmico e sua duração continuada no tempo, dá ensejo à constituição de novas causas de pedir no seu próprio curso.”²¹⁹.

8. INSTRUMENTOS DE CONTROLE DA COISA JULGADA.

No direito brasileiro, a desconstituição da coisa julgada ocorre basicamente por meio de ação judicial própria: a ação rescisória.

A ação rescisória, conforme explica Bernardo Souza Pimentel, é o instrumento processual adequado para desconstituir a decisão judicial protegida pela autoridade da coisa julgada e que, em regra, dá ensejo à prolação de um novo julgamento da causa solucionada pela decisão rescindenda²²⁰⁻²²¹. “A desconstituição do julgado ocorre no juízo rescindendo ou rescindente (**judicium rescindens**) e o evento novo julgamento da causa primitiva é realizado no juízo rescisório (**judicium rescissorium**)” (grifado no original)²²².

O alvo da ação rescisória, em regra, é a decisão judicial de mérito, seja ela uma sentença, decisão interlocutória, um acórdão ou uma decisão do relator. No entanto, ao

²¹⁶ TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença...* cit., p. 163.

²¹⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. cit., p. 200.

²¹⁸ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente*. cit., p. 150.

²¹⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. cit., p. 90.

²²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. V. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 99; No mesmo sentido, cf. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 196; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A ação rescisória no novo código de processo civil. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, abr-jun/2015, p. 289.

²²¹ Aqui, é importante esclarecer que, para Barbosa Moreira, apenas as decisões de mérito fazem coisa julgada (*Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*, cit., p. 125-126); as decisões com conteúdo processual não ficam acobertadas autoridade da *res iudicata*. É neste contexto que a ação rescisória seria instrumento destinado a desfazer a coisa julgada. Contudo, não há mais como negar a existência de coisa julgada sobre as decisões com conteúdo processual; a coisa julgada formal, aqui compreendida na concepção de Luiz Eduardo Mourão, é uma realidade do NCPC. No entanto, a noção de ação rescisória de Barbosa Moreira, embora tenha sido concebida de acordo com o sistema de CPC-1973, não se revela incompatível com essa nova realidade. A ação rescisória continua sendo um instrumento adequado para desconstituir a coisa julgada. Porém, a coisa julgada tanto pode ser a coisa julgada material quanto a coisa julgada formal.

²²² SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis...* cit., p. 196.

contrário do CPC-1973, o NCPC expressamente prevê a possibilidade de rescisão de decisões judiciais que não apreciem o mérito. O seu ajuizamento pressupõe a existência de uma das hipóteses previstas no art. 966 do NCPC e deve ser realizado no prazo de dois anos, contado a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Pouco importa o regime que originou a coisa julgada. Tanto a coisa julgada decorrente do regime especial (coisa julgada das questões prejudiciais incidentais) quanto a oriunda do regime comum (coisa julgada das questões principais) poderão ser desfeitas pela ação rescisória. Sobre o tema, dispõe o enunciado n. 338 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Cabe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada formada sobre a resolução expressa da questão prejudicial incidental”.

Além da ação rescisória, a coisa julgada pode ser controlada também pela *querela nullitatis*. A *querela nullitatis* é o instrumento processual de controle das decisões judiciais que contenham vício transrescisório.

O vício transrescisório ocorre quando a sentença é proferida contra réu que não tenha sido validamente citado. A *querela nullitatis* distingue-se da ação rescisória: *i*) pela sua hipótese de cabimento – mais restrita, sendo cabível apenas quando houver ausência de citação ou defeito no ato citatório; *ii*) pela ausência de prazo para sua propositura – pode ser proposta a qualquer tempo, mesmo após o transcurso do prazo de dois anos previstos para a ação rescisória; e, por fim, *iii*) pela competência para o seu processamento e julgamento – a *querela nullitatis* deve ser proposta perante o juízo prolator da decisão judicial nula.

Ressalte-se, finalmente, que, em nosso sistema, admitem-se, ainda, outros instrumentos de controle da coisa julgada, a exemplo da impugnação com base na existência de erro material (art. 494, I, NCPC) e da revisão de sentença inconstitucional (art. 525, §12, e art. 535, §5º, NCPC).

CAPITULO III – QUESTÃO PREJUDICIAL: CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E FORMAS DE APRESENTAÇÃO.

1. CONCEITO DE QUESTÃO PREJUDICIAL.

O objetivo deste trabalho é analisar as disposições normativas previstas nos §§ 1º e 2º, do art. 503, do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, que disciplinam a extensão da autoridade da coisa julgada às resoluções das questões prejudiciais incidentais expressamente decididas pelo magistrado.

Neste capítulo, será examinado o conceito de questão prejudicial, apresentando as suas características essenciais e as discussões que envolvem o tema, para que, com isso, a partir da sua clara definição, se possa identificar o alcance do enunciado normativo objeto deste estudo.

Este tópico, portanto, destina-se ao exame dos aspectos relacionados à definição do fenômeno da prejudicialidade.

1.1. Conceito lógico de questão prejudicial. Antecedência lógica e não cronológica.

Apesar da confusão terminológica percebida no direito romano, especialmente causada pela polissemia da palavra prejudicial²²³, a teoria da prejudicialidade, na forma como hoje a conhecemos, teve, de fato, os seus primeiros contornos definidos em Roma²²⁴.

De acordo com as anotações de Menestrina²²⁵, as *actiones praeiudicialis*, também denominadas de *praeiudicia*, possuíam uma fórmula desprovida de *condenatio*, limitando-se apenas a emitir uma declaração. Essa declaração teria a utilidade para ser utilizada em outro processo.

Apesar das *actiones praeiudicialis* do direito romano terem ficado reduzidas às questões de estado, elas não deixaram de demonstrar a existência de uma relação de

²²³ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1963, p. 01; TIRONI, Rommero Cometti. Teoria da Prejudicialidade e o Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, Ano 38, 2013, p. 245-269; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Questões Prejudiciais e Questões Preliminares”. cit., p. 78.

²²⁴ ALSINA, Hugo. *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1959, p. 21-24. TIRONI, Rommero Cometti. Teoria da Prejudicialidade... cit., p. 245-269.

²²⁵ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale...*, cit., p.02-03. No mesmo sentido, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 15.

subordinação, de vinculação lógica entre os pronunciamentos judiciais. É importante observar que, desde o direito romano, as fórmulas *praeiudicialis* revelavam uma relação de dependência, um vínculo lógico entre os pronunciamentos judiciais²²⁶. A solução de uma determinada questão condicionava o modo de ser da outra²²⁷.

Todavia, no período medieval, a concepção da questão prejudicial foi distorcida²²⁸. Tomando-se o efeito pela causa, além de preocupar-se com as repercussões práticas procedimentais, compreendendo a prejudicialidade como fator de suspensão do processo, passou-se a definir a questão prejudicial por seu aspecto *cronológico*.

Questão prejudicial seria toda e qualquer questão cuja solução precedesse a questão principal, pouco importando o grau de influência que ela exercia sobre a solução definitiva. Portanto, questão prejudicial era sinônimo de questão prévia, o que fazia com que fossem enquadradas no mesmo conceito a questão prejudicial e a questão preliminar.

Contudo, de acordo com as lições de Menestrina, a prejudicialidade consiste em uma relação mais lógica do que cronológica²²⁹. O critério estritamente cronológico não se prestava para, por si só, definir o fenômeno da prejudicialidade, servindo, em verdade, apenas para promover um indevido alargamento do seu conceito e, com isso, abarcar situações completamente distintas. O critério cronológico, em outras palavras, não servia para definir um conceito de questão prejudicial cientificamente aceitável²³⁰.

Segundo Barbosa Moreira, durante muito tempo, por falta de um maior aprofundamento sobre a noção da questão prejudicial, a doutrina não diferenciou com a desejável nitidez a razão lógica da prioridade inerente à prejudicial, preocupando-se com aspectos secundários da prejudicialidade²³¹.

²²⁶ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale...* cit., p. 4.

²²⁷ Ressalte-se, no entanto, que, embora os romanos vissem na prejudicialidade a influência que uma decisão exercia sobre outra, eles nunca se preocuparam em investigar e compreender os motivos dessa influência. Daí porque os romanos não utilizam o termo “prejudicialidade” nesse sentido. (MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale...* cit., p. 5).

²²⁸ Nesse sentido, cf. MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 07-09; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 18; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 09-10; FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 16-17.

²²⁹ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 88.

²³⁰ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 99.

²³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 11.

Não raro questões subordinantes e subordinadas são resolvidas em um mesmo momento, em um mesmo ato processual. Todavia, mesmo em situações tais, haverá sempre, no raciocínio do juiz, uma antecedência lógica: um *prius* (questão subordinante) e um *posterius* (questão subordinada)²³².

Situações existem, portanto, em que as questões vinculantes e vinculadas serão resolvidas em um mesmo momento, o que, no entanto, não descaracteriza a prejudicialidade. Do mesmo modo, há situações em que determinada questão será resolvida antes de outra, sem que exista qualquer vínculo de dependência lógica entre elas.

Assim, p. ex., é irrelevante se o pronunciamento do órgão jurisdicional acerca da dúvida sobre o valor da causa será antes, depois ou simultaneamente à resolução sobre a contradita da testemunha. Contudo, a lei, por conveniência e por uma questão de política processual, impõe que uma delas seja resolvida antes da outra. Essa antecedência não decorre da prejudicialidade²³³, porquanto inexistente qualquer vínculo de subordinação. Há, nesse caso, apenas uma relação de *coordenação*, na medida em que as questões, ou exatamente as soluções das questões, encontrem-se ordenadas para a mesma finalidade²³⁴.

De tal sorte, conforme já anunciavam os romanos e restou sistematizado por Menestrina, o primeiro aspecto que define a prejudicialidade é a sua *antecedência lógica*²³⁵. Em verdade, as questões prévias – ou questões prioritárias, como mais bem define Barbosa Moreira²³⁶ – devem ser solucionadas antes de outras questões, porque as suas resoluções condicionam a solução das questões subordinadas²³⁷.

A decisão da questão subordinada somente pode ser proferida quando resolvida a questão subordinante, seja porque ela determina o modo de ser da questão vinculada, seja porque retira o obstáculo que impedia a sua apreciação.

²³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 12.

²³³ Como afirma Barbosa Moreira, “estender tal prioridade, acidental e contingente, o âmbito da prejudicialidade seria transformá-la, pela diluição dos contornos, em figura tão indistinta e vazia de significação jurídica, que mal se poderia justificar a sua manutenção no equipamento doutrinário do direito processual.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 41).

²³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Questões Prejudiciais e Questões Preliminares”. cit., p. 76.

²³⁵ “Nom il criterio di tempo, n l l’osservazione delle forme, ma solo l’o studio del processo l’ogico del giudice decidente pu  darci una teoria della pregiudicilit ”. (MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 102)

²³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Questões Prejudiciais e Questões Preliminares”. cit., p.76.

²³⁷ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 102.

A compreensão da questão prejudicial é definida, essencialmente, em uma prioridade logicamente necessária na solução de determinadas questões, “em razão do condicionamento que daí resulta para a de outras e que se refletirá especificamente no sentido em que nessas outras hão de ser, por sua vez, resolvidas”²³⁸. O conceito de questão prejudicial, pois, antes de jurídico é lógico, sendo certo que a noção de antecedência lógica a define.

1.2. O aspecto jurídico da prejudicialidade.

Como visto linhas acima, a relação de dependência é marca característica da questão prejudicial.

O critério lógico a define e delimita o seu contorno, não sendo, no entanto, suficiente para determinar a sua relevância do ponto de vista jurídico. Nem toda questão que logicamente antecede outra, subordinando a sua solução, é relevante juridicamente. Portanto, para uma devida compreensão do fenômeno no âmbito jurídico, foi preciso refinar os contornos da prejudicialidade, dando-lhe juridicidade.

Diversos foram os critérios utilizados para definir o aspecto jurídico da prejudicialidade.

Influenciados pelas falsas percepções que prevaleceram no direito medieval, muitos autores²³⁹ identificavam nos aspectos procedimentais a relevância jurídica da questão prejudicial. Assim, p.ex., a prejudicialidade jurídica era relacionada com a obrigatoriedade de suspensão do processo e com a remessa da questão prejudicial para decisão por outro juízo. “Questão prejudicial seria então apenas aquela para cuja decisão fosse necessariamente competente outro órgão jurisdicional”²⁴⁰.

Houve, ainda, conforme anota Frechiani, quem sustentasse a heterogeneidade como elemento essencial da questão prejudicial: prejudicial seria o antecedente lógico que estivesse filiado a ramo do direito distinto daquele ao qual estava vinculada questão condicionada²⁴¹.

Esses critérios, porém, não se prestavam para definir juridicamente a questão prejudicial, na medida em que, tomando-se por causa os efeitos decorrentes da

²³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 41.

²³⁹ A exemplo de Dante Casalini, Verona-Padova, Fratelli Drucker e Nicola Nicolini. (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 61).

²⁴⁰ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. cit., p. 61.

²⁴¹ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. cit., p. 61.

prejudicialidade, desprezavam a característica lógica desse fenômeno. Era preciso, com efeito, definir um elemento jurídico que qualificasse a prejudicialidade lógica. Desse modo, buscou-se um critério que fosse capaz de estremar o aspecto jurídico da prejudicialidade, sendo possível identificar, na doutrina, basicamente, três critérios voltados para essa finalidade: *i*) o critério que leva em conta a atividade de subsunção realizada pelo juiz; *ii*) o critério da autonomia da questão prejudicial e, por fim, *iii*) o critério que busca na existência de vinculação jurídica a definição do conceito jurídico de questão prejudicial.

Analisemos, então, os critérios expostos pela doutrina.

1.2.1. Atividade de subsunção e Autonomia.

O primeiro sistematizador da matéria, no século XX, foi Francesco Menestrina, para quem a prejudicial seria a questão cuja solução decorresse de um juízo lógico idêntico ao contido na decisão da questão prejudicada.

Segundo o processualista italiano, a atividade judicial é essencialmente de subsunção, consistindo numa subsunção de fato à norma abstrata²⁴². Desse modo, se um “prejuízo” nada mais é do que um “juízo não definitivo”, aquele apenas existirá se alcançado mediante a mesma atividade empreendida pelo juiz para realizar o juízo final²⁴³.

Com efeito, há questões cujas soluções subordinam as resoluções de outras, no entanto, apresentam uma estrutura diversa daquela que consiste a atividade judicial; ou seja, o resultado alcançado pelo juiz não é fruto de uma atividade subsuntiva. É o que ocorre, p. ex. quando o juiz constrói a norma jurídica do caso concreto (*ratio decidendi*) ou pressupõe existir um determinado fato em razão da ocorrência de outro conhecido e provado²⁴⁴.

A partir das lições de Menestrina, podemos concluir que, nesses casos, não haveria prejudicialidade em sentido jurídico, embora se possa identificar a presença do vínculo lógico que define o fenômeno. O conceito jurídico de questão prejudicial definido por Menestrina foi alvo de diversas críticas.

²⁴² MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 103.

²⁴³ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 103.

²⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 45.

A doutrina sustentava a sua inutilidade por promover um indevido alargamento da prejudicialidade, de modo que abarcaria todos os casos em que o resultado decorresse da atividade de subsunção do juiz, o que incluiria, dentre outras, as resoluções de todas as questões incidentais.

A crítica, no entanto, era impertinente, na medida em que o fenômeno da prejudicialidade pressupõe a existência de uma dependência *lógica* entre as soluções das questões, sendo o elemento jurídico apenas um *plus*, a completar o conceito lógico de questão prejudicial, conferindo-lhe os necessários contornos para um adequado tratamento processual da matéria. De fato, não há prejudicial jurídica que não seja prejudicial lógica²⁴⁵⁻²⁴⁶.

Não era essa, todavia, a principal objeção feita ao critério definido pelo processualista italiano. Conforme anota Adroaldo Furtado Fabrício, alguns doutrinadores sustentaram a inutilidade do critério, argumentando que ele não servia para “construir a disciplina jurídica da prejudicialidade, cujo conceito, de resto, ainda se apresentaria com excessiva vastidão”²⁴⁷.

Assim, propôs-se a substituição do critério de Menestrina para definir o sentido jurídico da questão prejudicial. Este seria delimitado de acordo com a possibilidade de a questão ser ou não objeto de juízo autônomo²⁴⁸; ou seja, a questão seria prejudicial quando pudesse ser conhecida *principaliter*, em processo diverso daquele em que aparecesse como elo da cadeia lógica percorrida pelo juiz.

O critério da autonomia foi adotado por muitos autores brasileiros, a exemplo de Antônio Scarance Fernandes²⁴⁹, Adroaldo Furtado Fabrício²⁵⁰ e Ada Pellegrini

²⁴⁵ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 105.

²⁴⁶ A crítica foi assim objetada por Barbosa Moreira: “É fácil responder: nem sempre a solução dessas questões influi na solução da questão final; a decisão proferida, v.g., sobre o valor da causa, ante a impugnação do réu, não influi no desate da controvérsia, quer no sentido de poder dispensar o pronunciamento definitivo, quer no de condicionar-lhe o conteúdo. Destarte, mesmo que se não distinguíssem os tipos de influência anteriormente caracterizados [preliminar e prejudicial], e se quisesse dar ao conceito de prejudicialidade extensão bastante para abrangê-los a ambos, ainda assim não seria razoável, já do ponto de vista lógico, arrolar entre as prejudiciais todas as questões resolvidas em decisões interlocutórias. Ora, repita-se, não há prejudicial jurídica que não seja prejudicial lógica.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 46.). No mesmo sentido, cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 68-69.

²⁴⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. cit., p. 68-69.

²⁴⁸ Em verdade, o critério da autonomia foi sustentado por Böhmer antes mesmo de Menestrina escrever a sua obra sobre a prejudicialidade. Menestrina, inclusive, em sua obra, enfrenta o posicionamento de Böhmer. (MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 105-109.).

²⁴⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade..* cit..

²⁵⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. cit.

Grinover²⁵¹, que visualizavam a sua utilidade prática para definir as questões que poderiam ser objeto de ação declaratória incidental.

Barbosa Moreira, sustentando a posição de Menestrina, foi profundo crítico do critério da autonomia. Para ele, do ponto de vista procedimental, este critério seria inútil, tendo em vista que por vezes – e não raras vezes – a questão que em tese poderia ser solucionada autonomamente seria resolvida sem qualquer formalidade dentro do mesmo processo. Assim, haveria uma manifesta incoerência por parte dos autonomistas em rejeitar o critério que leva em consideração a atividade judicial sob o ângulo prático e, para substituí-lo, “inculcar outro não menos irrelevante sob tal prisma”²⁵².

Ainda segundo o processualista carioca, a autonomia excluiria do âmbito da prejudicialidade as questões condicionantes relativas ao processo e às condições da ação, onde também se verificava o fenômeno da prejudicialidade²⁵³⁻²⁵⁴. Outra objeção feita por Barbosa Moreira ao critério da autonomia corresponde à confusão proporcionada entre os conceitos de questão prejudicial e causa prejudicial. Segundo o autor, o critério adotado em substituição ao proposto por Menestrina eliminaria a distinção entre essas figuras, na medida em que “só seria questão prejudicial aquela que tivesse aptidão para constituir o objeto de uma causa prejudicial”²⁵⁵.

Para Barbosa Moreira, o principal motivo que justificava o acerto do critério que levava em consideração a atividade judicial de subsunção estaria na necessidade de se construir um conceito de prejudicialidade apto a isolar as questões em torno das quais tenha sentido indagar se fazem ou não coisa julgada. O critério de distinção entre a prejudicialidade lógica e jurídica haveria de atender a esse requisito essencial, que

²⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação Declaratória Incidental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

²⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 47.

²⁵³ “Assim, por exemplo, a questão suscitada acerca do valor da causa, em relação à que se levante sobre o recurso cabível da decisão definitiva de primeira instância (apelação ou embargos). Ora, é evidente que a questão subordinante, aí, só tem sentido dentro de determinado processo, não se concebendo que possa constituir objeto de apreciação judicial autônoma, em processo à parte.”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 48.)

²⁵⁴ Em oposição a essa crítica, Adroaldo Furtado Fabrício – para quem, assim como Barbosa Moreira, a principal repercussão prática do fenômeno estaria relacionada com a coisa julgada – sustenta a irrelevância da preocupação do processualista carioca, na medida em que as questões processuais existem apenas dentro do processo em que suscitadas e resolvidas, sendo absurdo, portanto, falar-se de coisa julgada. (FABRICIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. cit., p. 70.). O posicionamento de Adroaldo Furtado, no entanto, parece ser incompatível com o sistema processual inaugurado pelo NCPC. Como visto anteriormente, a coisa julgada de questões processuais é uma realidade do novo Código.

²⁵⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 49.

restaria preenchido negando-se a qualidade de prejudicial às *questões referentes à identificação e interpretação da norma* e às *meras questões de fato*.

Segundo Moreira, o critério proposto por Menestrina alcançaria esse objetivo, uma vez que limitava o fenômeno da prejudicialidade às questões que implicam valoração jurídica dos fatos sobre as quais, em princípio, vale formular a indagação relativa à coisa julgada.

1.2.2. A tese de Clarisse Frechiani Lara Leite. A vinculação jurídica como critério distintivo.

Clarisse Frechiani, criticando os critérios acima expostos, propôs um novo parâmetro para definir o conceito jurídico de questão prejudicial. Para essa autora, a juridicidade da questão prejudicial deve ser definida com base na existência de *vínculo jurídico*.

Pouco importa a natureza do antecedente logicamente considerado – “um fato, uma norma ou já uma situação jurídica” –, ele será juridicamente prejudicial se a vinculação que o une ao juízo subordinado for jurídica.

Há situações, explica Clarisse, em que o juiz é obrigado juridicamente a seguir a solução dada à questão prejudicial, porque existe uma regra que assim determina, e há situações em que essa obrigatoriedade inexistente juridicamente, ainda que do ponto de vista lógico o juízo posterior devesse seguir o juízo anteriormente firmado²⁵⁶.

Do juízo sobre a ocorrência de um fato, pode-se inferir a ocorrência de outro. O primeiro será prejudicial do segundo, se o vínculo que os unir for jurídico; se houver regra jurídica que obrigue o juiz a orientar-se pelo juízo previamente estabelecido. É o que ocorre, segundo a autora, nas hipóteses em que lei presume a ocorrência de um determinado fato ante a ocorrência de outro²⁵⁷.

O mesmo não ocorre, porém, quando a presunção decorre apenas do raciocínio desenvolvido pelo juiz com base em regras de experiência. A existência de uma mancha de batom na gola da camisa masculina, de acordo com as regras de experiência, faz presumir a existência do adultério. Não há, porém, qualquer regra jurídica que obrigue o

²⁵⁶ “A prejudicialidade é jurídica, portanto, quando traduz uma vinculação jurídica entre premissa e conclusão, ou seja, uma vinculação ditada pelo direito, e não pela causalidade ou pela observância daquilo que ordinariamente acontece”. (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. cit., p. 85).

²⁵⁷ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. cit., p. 86.

juiz a presumir a deslealdade masculina. Em outras palavras, não há, nesse caso, vínculo jurídico que una o juízo subordinante e o juízo subordinado. De tal sorte, embora prejudicial do ponto de vista lógico, a questão não seria juridicamente prejudicial.

Segundo a mencionada processualista, a prejudicialidade jurídica seria sempre normativa e concreta. Sendo assim, analisada externamente, embora possa existir uma prejudicialidade lógica entre a solução *incidenter tantum* de uma questão mérito dada por um determinado juiz e a resolução de uma causa por outro, “a impossibilidade que uma tem de vincular juridicamente a outra não permite que se fale em prejudicialidade jurídica”.²⁵⁸⁻²⁵⁹. O inverso não se observaria, tendo em vista a eficácia positiva da coisa julgada. Com isso, resolvida uma questão *principaliter* e vindo ela a surgir em outra demanda como questão incidental, a resolução anterior seria pressuposto necessário do novo julgamento²⁶⁰.

No âmbito interno do processo, seria a existência da regra de coerência que determinaria a vinculação jurídica entre as soluções das questões subordinante e subordinada, sejam as controvérsias prejudiciais decididas *incidenter tantum* ou *principaliter*.

A exigência de motivação da decisão judicial determina que o juiz demonstre, de forma coerente, a conclusão por ele alcançada na solução da lide²⁶¹. Exige-se, neste passo, que o juiz demonstre a coerência da sua decisão às conclusões parciais por ele adotadas no curso do processo²⁶². Segundo Frechiani, seria essa regra de coerência interna que definiria, no âmbito interno do processo, o aspecto jurídico do fenômeno da prejudicialidade.

Desse modo, para Clarisse Frechiani, a questão prejudicial, do ponto de vista jurídico, seria aquela cuja solução determine, por força de *uma regra jurídica*, o modo de ser de outra.

²⁵⁸ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. cit., p. 87.

²⁵⁹ A questão é interessante, sobretudo se analisada à luz do art. 503 do Novo Código de Processo Civil. Com efeito, levando-se em consideração o critério adotado por Frechiani, a solução dada à questão de mérito *incidenter tantum* seria prejudicial de uma causa, uma vez que o juiz estaria obrigado a seguir o juízo previamente fixado ante a existência de coisa julgada.

²⁶⁰ “Apenas com a liberação da eficácia externa a decisão prejudicial poderá vincular juridicamente a decisão da causa prejudicada que esteja em curso. Antes disso, existe apenas a aptidão condicionante que autoriza a reunião ou a suspensão de processos, mas não impede, na hipótese de falharem esses instrumentos uniformizadores, que o juiz da causa prejudicada forme a sua questão livremente sobre a questão prejudicial”. (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. cit., p. 292.)

²⁶¹ Não por outra razão, aliás, a ausência de coerência entre as proposições existentes na decisão judicial justifica a oposição de embargos de declaração, visando eliminar o vício da contradição (art. 1.022, I, NCPC).

²⁶² LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. cit., p. 88.

1.2.3. Da necessidade como elemento do conceito jurídico da questão prejudicial. Do pensamento de José Carlos Barbosa Moreira.

Afirma-se que o conceito jurídico de prejudicialidade é integrado pela noção de necessidade²⁶³. A questão prejudicial deve ser necessária; ou seja, a solução da questão subordinada obrigatoriamente deve depender da resolução da prejudicial.

Segundo Menestrina, não seria possível determinar previamente quais seriam as questões que integrariam o *inter* lógico do raciocínio do juiz, de modo que a identificação das questões prejudiciais somente ocorreria após a prolação da sentença²⁶⁴.

Havendo mais de um caminho para se alcançar o mesmo resultado, não seria tarefa fácil adivinhar qual deles seria utilizado pelo magistrado. Essa indeterminação impediria que se criasse de uma disciplina procedimental estável.

Assim, o processualista italiano propôs que fossem tratadas como prejudiciais todas as questões suscetíveis, à luz dos fatos expostos pelo autor e pelo réu, de integrar-se à atividade mental do magistrado como possíveis antecedentes da decisão. A prejudicialidade deveria ser determinada sob a perspectiva dos fatos narrados pelas partes no processo²⁶⁵.

Um exemplo pode nos ajudar a compreender as lições de Menestrina. Suponhamos que, em uma ação de cobrança, o réu alegue em contestação a nulidade contratual em razão da incapacidade absoluta do agente e em virtude da ilicitude do objeto. Restando controvertido ambos os pontos, acolhido um ou outro fundamento, o resultado seria a improcedência da demanda. Ambas as questões, portanto, seriam consideradas prejudiciais da questão principal.

Barbosa Moreira, por sua vez, criticou esse posicionamento, argumentando que tal formulação implicaria um alargamento desmedido do âmbito da prejudicialidade, “acarretando desnecessárias complicações e eliminando a utilidade prática da noção”²⁶⁶.

Embora os aspectos secundários e contingentes devessem ser afastados do conceito de questão prejudicial, eles não deveriam ser menosprezados por completo. Seria, pois, conveniente armar um esquema conceitual de modo a permitir que o

²⁶³ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 142.

²⁶⁴ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 100-101.

²⁶⁵ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 100.

²⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 53.

legislador disciplinasse a matéria, adotando, quando julgasse pertinente, as medidas necessárias para bem aquilatar as consequências práticas da prejudicialidade.

Careceria de utilidade um conceito de questão prejudicial que ampliasse de tal modo a sua incidência que não fosse possível ao legislador definir, por exemplo, como e quando haveria a suspensão do processo no qual se verificasse a presença da questão subordinada ou a reunião de demandas conexas em virtude do vínculo de prejudicialidade. Nesse passo, Barbosa Moreira sustentou que a questão somente será prejudicial se for *necessariamente* posta como antecedente lógico da solução de outra.

A noção de necessariedade integra o conceito de prejudicial. Contudo, para não evitar um indevido alargamento da prejudicialidade, Barbosa Moreira distingue os *antecedentes lógicos necessários* dos *antecedentes lógicos contingentes*.

Necessário é o antecedente lógico cuja solução obrigatoriamente deve ser inserida no raciocínio do juiz para resolver a questão subordinada; será, por sua vez, contingente quando o juiz não precise – embora possa – inserir a solução da questão antecedente no seu *inter* silogístico²⁶⁷. Importante observar que a noção de necessariedade não se confunde com a noção de suficiência.

Casos há em que a solução da questão antecedente apresenta-se necessária, mas insuficiente para se alcançar a resolução da questão subordinada. Basta pensarmos na hipótese em que o juiz reputa válido o negócio jurídico cuja nulidade tenha sido arguida em ação de cobrança. Ao entender pela validade do negócio, o juiz não decidirá obrigatoriamente pela procedência da demanda, na medida em que poderá o réu ter deduzido outra matéria de defesa suficiente para, por si só, fundamentar a rejeição do pedido. Apesar disso, a dependência lógica subsiste. Há, nesse caso, uma subordinação parcial, na medida em que o juiz, embora possa rejeitar a demanda com base em outros fundamentos, não poderá negá-la com base na invalidade do negócio jurídico. “Ao dar pela validade do negócio, o juiz põe uma condição necessária – ainda que não necessariamente suficiente – para a solução positiva da outra questão”.²⁶⁸

O critério definido por Barbosa Moreira pressupõe que a solução dada à determinada questão posta como antecedente deva integrar o caminho percorrido pelo juiz para solucionar a questão subordinada. Uma vez resolvida a questão logicamente

²⁶⁷ “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*”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 54).

²⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Questões Prejudiciais e Questões Preliminares”. cit., p. 83.

antecedente, cumpre analisar se a resolução deve ou não integrar o inter silogístico para decidir a questão subordinada.

Desse modo, não nos parece correto entendimento apresentado por Clarisse Frechiani, segundo o qual o requisito da necessariedade deva ser afastado do conceito de questão prejudicial. Para Frechiani, a questão prejudicial, de acordo com Barbosa Moreira, seria “apenas o antecedente lógico necessário da solução da controvérsia; ou seja, aquela para a qual não existem quaisquer caminhos alternativos”²⁶⁹.

Com a devida licença, não entendemos que tenha sido esse o sentido dado por Barbosa Moreira ao elemento da necessariedade. Como dissemos, segundo o processualista carioca, a questão prejudicial é necessária, porquanto a sua solução condicione a resolução da questão subordinada. Assim, ainda que ela não seja suficiente, será necessária, se a resolução tiver de ser observada pelo magistrado para solucionar a questão condicionada.

O grau de predeterminação da resolução, que variará de acordo com o caso concreto, é irrelevante para determinar se a questão é ou não prejudicial de outra. O que interessa, repita-se, é saber se a sua resolução subordina o modo de ser da solução da questão subordinada. Subsistindo a relação de dependência lógica entre as resoluções das questões, uma será prejudicial da outra, independentemente do grau de predeterminação. Isso fica claro quando Barbosa Moreira²⁷⁰, ao analisar o fenômeno da prejudicialidade, afirma que:

“Se o negócio houver de considerar-se válido, o grau de predeterminação é menos intenso, porque o réu, em sua defesa, pode ter formulado outras alegações, alguma das quais por ventura fundada e capaz de levar, por si só, à rejeição do pedido; mas, de qualquer forma, a dependência lógica subsiste, embora parcial: ao dar pela validade do negócio, o juiz põe uma condição necessária – ainda que não necessariamente suficiente – para a solução positiva de outra questão”.

Assim, parece-nos claro que a noção de necessariedade integra o conceito jurídico de questão prejudicial.

1.2.4. Afinal qual o sentido jurídico da prejudicialidade? Da posição adotada neste trabalho.

²⁶⁹ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. cit., p. 34.

²⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Questões Preliminares*. cit., p. 83.

Como se pode inferir dos tópicos anteriores, a discussão sobre qual o melhor critério para definir a noção jurídica da questão prejudicial é tema tormentoso e está longe de ser pacificado²⁷¹.

Devemos, porém, ter em mente que o conceito de questão prejudicial tem função heurística, servindo, pois, de base para o desenvolvimento da atividade interpretativa e auxiliando, conseqüentemente, na busca por solução prática para determinados problemas. Assim, os seus limites devem ser traçados de modo permitir a construção de uma adequada disciplina processual para a matéria frente aos problemas hermenêuticos relacionados ao fenômeno da prejudicialidade²⁷².

A adoção de critérios que promovam o alargamento desnecessário da noção de prejudicialidade, abarcando um sem número de hipóteses nas quais as questões logicamente prejudiciais seriam juridicamente relevantes, tornar-se-ia inócua o conceito, porque inoperante – e, portanto, inútil.

Por outro lado, um critério extremamente restritivo também pouco – ou quase nada – auxiliaria no desenvolvimento da ciência processual acerca do tema. Padeceria do mesmo mal que afeta o alargamento da noção de questão prejudicial. Seria pouco útil, porquanto insuficiente para responder aos problemas relacionados com o fenômeno da prejudicialidade.

Ademais, não devemos perder de vista o principal problema que envolve a questão prejudicial: a coisa julgada. Bem lembra Barbosa Moreira que o critério definidor do aspecto jurídico da prejudicialidade precisa ser suficiente para delimitar as questões que estarão ou não abarcadas pela autoridade da coisa julgada, permitindo que o legislador crie os necessários instrumentos para regulamentar a matéria²⁷³.

²⁷¹ Tamanho é o dissenso doutrinário acerca da matéria que Ronaldo Cunha Campos chegou a afirmar que “Ao termo questão prejudicial devemos emprestar a acepção que torne mais útil o dispositivo onde se encontra inserido...”. (CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Editora Vitória Artes Gráficas, s/a, p. 162). Fora o fato de servir para nos dar a dimensão da discussão existente em torno do conceito de questão prejudicial, não nos parece acertado o pensamento de Ronaldo Cunha Campos. Isso porque é preciso definir uma noção jurídica de questão prejudicial, não podendo a controvérsia doutrinária servir de justificativa para não buscarmos uma acepção útil ao fenômeno da prejudicialidade.

²⁷² O problema foi percebido por Antonio Scarance Fernandes: “Parece realmente que o problema central é o de verificar qual dos dois conceitos se apresenta mais relevante para a solução de problemas processuais relacionados com a prejudicialidade, sem lhe estender demasiadamente o campo de aplicação”.(FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade*. cit., p. 43)

²⁷³ Seguindo a mesma linha de intelecção, afirma Ronaldo Cunha Campos: “A prejudicial não será, pois um conceito ao qual os demais elementos doutrinários devam se conformar, porém, ao contrário, é do sistema proposto para a explicação da coisa julgada que deve nascer a conceituação de prejudicial.” (CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos...* cit., p. 108).

Assim, o critério adotado por Barbosa Moreira parece ser o mais adequado e o único que torna possível traçar um conceito jurídico de questão prejudicial útil para respondermos aos problemas que atormentam a sua disciplina processual.

Deveras, o critério da autonomia afasta do conceito as questões processuais, na medida em que, referindo-se apenas ao processo em que alegadas, elas não poderão ser objeto de juízo autônomo.

Por outro lado, se os autonomistas pecam por restringir excessivamente o conceito de questão prejudicial, o critério exposto por Clarisse Frechiani, embora muito bem construído, promove o seu indevido alargamento, tornando-o, por conta disso, pouco operativo.

De acordo com o posicionamento de Frechiani, um antecedente lógico seria prejudicial de uma questão desde que entre eles existisse algum vínculo jurídico que os unisse. Assim, como explica Frechiani, “se há dano, logo deve haver condenação”. A existência de dano seria prejudicial ao acolhimento da pretensão do autor. Ora, levado a efeito o critério adotado por Frechiani, à luz do Novo Código de Processo Civil, a solução dada pelo juiz à questão sobre a existência ou inexistência de dano, porque prejudicial ao mérito, estaria abarcada pela autoridade da coisa julgada. E assim seria, com todo e qualquer antecedente lógico necessário, pouco importando a sua natureza (“um fato, uma norma ou já uma situação jurídica”²⁷⁴).

O posicionamento de Clarisse Frechiani, portanto, não seria útil para tratar o tema, sobretudo quando relacionado com a coisa julgada, maior preocupação, como bem advertiu Barbosa Moreira, quando o assunto em jogo é o conceito de questão prejudicial.

Desse modo, neste trabalho, o aspecto jurídico da prejudicialidade será definido de acordo com o critério de Menestrina, que, entre nós, é adotado por Barbosa Moreira²⁷⁵, Thereza Alvim²⁷⁶ e José Miguel Garcia Medina²⁷⁷. Assim, deve receber a qualidade de prejudicial a questão cuja solução, alcançada mediante juízo de subsunção (aplicação da norma ao fato), necessariamente condicione a resolução de outra questão.

²⁷⁴ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. cit., p. 84.

²⁷⁵ No mesmo sentido, cf. ALVIM, Thereza. *Questões Prévias...* cit., p. 25.

²⁷⁶ ALVIM, Thereza. *Questões Prévias e os Limites Objetivos da Coisa Julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

²⁷⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 731, nota de rodapé n.758.

No entanto, para mais bem compreendermos o entendimento que será aqui adotado, é preciso fazer algumas observações sobre as críticas que lhe são direcionadas.

1.2.5. Algumas considerações sobre o pensamento de Barbosa Moreira.

Afirma-se que, segundo as lições de Barbosa Moreira, as questões de direito estariam excluídas do conceito de questão prejudicial²⁷⁸. Parece-nos incorreta essa assertiva, sendo fruto, em verdade, de uma má compreensão do entendimento do processualista carioca.

Com efeito, em sua obra *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*, Barbosa Moreira nega a qualidade de questão prejudicial às “*questões referentes à identificação e interpretação da norma*”. Talvez em razão disso, passou-se a afirmar, sem qualquer justificativa, que as questões de direito não estariam incluídas no âmbito da prejudicialidade.

Contudo, Barbosa Moreira, ao se referir às “*questões referentes à identificação e interpretação da norma*”, não exclui do âmbito da prejudicialidade as questões de direito, aqui entendidas no seu aspecto funcional²⁷⁹. Lembre-se, aqui, que a questão de direito é toda questão relacionada à *tarefa de subsunção do fato à norma*. Desse modo, bem vistas as coisas, pelo critério subsuntivo, somente as questões de direito podem ser prejudiciais²⁸⁰.

Por “*questões referentes à identificação e interpretação da norma*”, devem-se compreender as questões correspondentes à atividade criativa desenvolvida pelo juiz na fundamentação da decisão; ou seja, as questões relacionadas com a tese jurídica que fundamentará a sua decisão: a *ratio decidendi*.

O magistrado, ao interpretar as normas jurídicas diante do caso concreto, cria a partir dele uma outra norma que servirá para regular as situações semelhantes ao caso julgado. Trata-se, como denominam Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael

²⁷⁸ Nesse sentido, cf. Clarisse Frechiani (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. cit., p. 67), Romero Tironi (TIRONI, Rommero Cometti. *Teoria da Prejudicialidade...* cit., p. 259), Adroaldo Furtado Fabrício (FABRICIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. cit., p. 68).

²⁷⁹ Sobre o critério funcional do conceito de questão de direito, ver capítulo I deste trabalho.

²⁸⁰ Nesse sentido, aliás, Hélio Tornaghi é categórico: “Antes de mais nada, convém frisar que *questão prejudicial é sempre de direito*, de valoração jurídica e não apenas de prova, de fato.” (TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. cit., 142) – grifado no original.

Alexandria Oliveira, da “regra jurídica do caso concreto”²⁸¹. Assim, p. ex., para declarar que uma determinada lei é inconstitucional, o juiz a analisa à luz da Constituição, criando uma norma jurídica que servirá para fundamentar a solução dada à questão da constitucionalidade.

Pensemos no seguinte exemplo. Suponhamos que o Congresso Nacional aprovasse uma lei “X” fixando a pena de morte para a prática de crimes hediondos. Questionada a constitucionalidade dessa lei, o juiz construirá, interpretando os preceitos constitucionais, a norma jurídica que servirá de base para resolver a questão. Desse modo, p. ex., restaria criada a norma jurídica, segundo a qual “é inconstitucional a lei que fixar a pena de morte por expressa violação o art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição Federal” e, com base nela, seria solucionada a questão sobre a constitucionalidade da lei “X”.

Observe-se que a questão de direito resolvida no exemplo acima (A Lei “X” é constitucional?), uma vez posta como fundamento de uma demanda, constitui-se em questão prejudicial, pois condiciona a solução que será dada ao pedido principal. Por outro lado, a solução da questão constitucional será alcançada por meio de um processo subsuntivo em que o juiz após definir a norma jurídica geral (“é inconstitucional a lei que fixar a pena de morte”) examinará se a lei impugnada é ou não constitucional. Dizer, com efeito, se a lei “X” é ou não constitucional é identificar se a norma jurídica geral incide ou não sobre o caso.

O mesmo não ocorre, porém, com a norma jurídica segundo a qual “é inconstitucional a lei que prevê pena de morte”. Embora a norma seja o fundamento necessário da conclusão sobre a inconstitucionalidade da lei “X”, não seria juridicamente prejudicial, porquanto não tenha sido ela obtida por meio de uma atividade de subsunção. Trata-se apenas da tese jurídica, da *ratio decidendi* da decisão, que, embora seja fundamento necessário, não é uma questão prejudicial.

Portanto, bem compreendidas as lições de Barbosa Moreira – se é que bem a compreendemos –, podemos afirmar o seguinte: *i*) as questões unicamente de direito podem ser prejudiciais e *ii*) as questões de fato e a *ratio decidendi* (“questões referentes à identificação e interpretação da norma”), ainda quando colocadas como antecedente lógico necessário de outra questão, não são prejudiciais, do ponto de vista jurídico.

²⁸¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2. cit., p. 311.

2. CLASSIFICAÇÕES DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS.

A doutrina classifica as questões prejudiciais nas mais variadas formas e com base em diversos critérios²⁸². Dentre as inúmeras classificações existentes, importa destacar as seguintes:

i) Prejudicial homogênea e prejudicial heterogênea. A prejudicial, aqui, é classificada de acordo com ramo do direito que rege as questões subordinante e subordinada. Será homogênea, se pertencente ao mesmo ramo do direito da questão subordinada, sendo, a contrário senso, heterogênea quando integrante de ramo distinto. É o caso, por exemplo, da questão prejudicial civil surgida no curso de processo penal (validade do casamento e crime de bigamia²⁸³).

ii) Prejudicialidade total ou plena e prejudicialidade parcial. A questão prejudicial pode ser classificada de acordo com o grau de influência que sua solução pode exercer sobre a questão prejudicada. Neste passo, diz-se total quando a solução da prejudicial condicionar integralmente a resolução da questão subordinada, ao passo em que será parcial quando a solução da prejudicial subordinar em parte a solução da questão prejudicada. O exemplo de Barbosa Moreira ajuda-nos a compreender a classificação:

Tício propõe ação contra Caio para cobrar-lhe a importância x; Caio, em defesa, invocando crédito contra Tício, alega compensação, mas Tício replica afirmando a nulidade do ato jurídico de que se teria originado esse suposto crédito. A controvérsia sobre a nulidade é, à evidência, prejudicial da decisão *de meritis*. Ora, se o crédito invocado pelo réu monta igualmente a x, a solução da prejudicial condicionará totalmente o pronunciamento sobre o pedido de Tício: ou Caio será condenado a pagar x, acolhida a prejudicial de nulidade, ou não será condenado a pagar coisa alguma, repelida a prejudicial. Se, porém, Caio invocou um crédito de valor y, inferior a x, a influência será parcial: no tocante à parcela x-y a decisão principal não dependerá da maneira como se resolva a outra. Nesse sentido, é lícito falar de prejudicialidade total ou plena e de prejudicialidade parcial.

iii) Prejudicial relativa ao mérito (prejudicial de mérito) e prejudicial relativa ao processo (prejudicial processual). O fenômeno da prejudicialidade não se restringe ao mérito, podendo surgir – e, não raro, surge –, no âmbito meramente processual²⁸⁴.

²⁸² Sobre as inúmeras classificações doutrinárias, conferir FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

²⁸³ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processo Civil*. cit., p. 443.

²⁸⁴ “Uma questão prévia – o mesmo se dirá a uma questão a ela subordinada – pode dizer respeito ao processo, à ação ou ao mérito...” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Questões Prejudiciais e Questões Preliminares”. cit., p. 80).

Desse modo, a questão prejudicial pode ser classificada de acordo com a localização da questão subordinada. A prejudicial será relativa ao mérito quando subordinar a questão principal (ex: paternidade e alimentos). Caso o juízo condicionante subordine uma questão situada no âmbito do processo, estar-se-á diante de uma questão prejudicial relativa ao processo (prejudicial processual).

Pontes de Miranda afirma que as prejudiciais que não são relativas ao mérito podem prejudicar todo o processo, “o que lhes tira a qualidade de prejudiciais e as faz extintivas do processo”²⁸⁵. Segundo Pontes de Miranda, as questões prejudiciais seriam apenas aquelas que prejudicam ou prejulgam a futura sentença. Embora não afirme expressamente, para ele, a questão prejudicial é fenômeno cujas repercussões práticas apenas interessam ao mérito da causa.

Por outro lado, Adroaldo Furtado Fabrício afirma ser desnecessária a classificação que divide as questões prejudiciais em “prejudiciais relativas ao processo” e “prejudiciais relativas ao mérito”²⁸⁶. Para esse autor, como somente as questões relativas ao mérito podem ser objeto de juízo autônomo, não se pode observar o fenômeno da prejudicialidade no âmbito processual²⁸⁷, dado o critério por ele utilizado para definir juridicamente a questão prejudicial.

Todavia, mesmo quando analisada a prejudicialidade à luz do critério da autonomia adotado por Adroaldo, podemos concluir pela existência de prejudiciais de questões relativas ao processo.

Basta pensarmos na discussão sobre a validade dos negócios jurídicos processuais, expressamente permitidos pelo art. 190 do novo Código de Processo Civil²⁸⁸. Nada impede que alguém vá a juízo para requerer *principaliter* a invalidação de cláusula que, por exemplo, em um contrato de compra e venda, tenha previsto a supressão de instância.

²⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 134.

²⁸⁶ Outra classificação de Barbosa Moreira seria as questões prejudiciais relativas à condição da ação. Contudo, adotamos, aqui, o posicionamento de Fredie Didier Jr que sustenta que o Novo Código de Processo Civil teria eliminado do ordenamento jurídico pátrio a figura das condições da ação. (DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 306.). Não se trata, porém, vale registrar, de tema pacificado na doutrina, conforme observamos linhas acima.

²⁸⁷ FABRICIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. cit., p. 70.

²⁸⁸ Sobre negócios jurídicos processuais, cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

A solução dessa questão não condicionará o mérito da demanda em que se discuta a compra e venda firmada entre as partes, mas sujeitará, por certo, a admissibilidade de eventual recurso.

A classificação aqui exposta, portanto, sobretudo em razão do critério que adotamos para definir o aspecto jurídico da prejudicialidade, revela-se necessária, porquanto útil para a compreensão do instituto e da sua disciplina processual, como se verá ao longo deste trabalho.

iv) Prejudicial interna e prejudicial externa. Trata-se de classificação de extrema importância para a disciplina processual da matéria. A prejudicial será interna quando tiver sido suscitada no mesmo processo em que for deduzida a questão subordinada. Já a externa é o “juízo condicionante que provem de processo distinto daquele em que se decidirá a questão prejudicada”²⁸⁹. “As prejudiciais externas tanto podem ser homogêneas, isto é civis, como heterogêneas, isto é, penais (evidentemente que do ângulo do processo penal as posições se invertem).”²⁹⁰.

3. FORMAS DE APRESENTAÇÃO DA PREJUDICIALIDADE.

Além da classificação acima exposta, a doutrina classifica a prejudicialidade de acordo com a forma que o fenômeno se apresenta no processo. A prejudicialidade pode se apresentar, no curso do processo, de três formas distintas: *i)* o ponto, *ii)* a questão e, por fim, *iii)* a causa²⁹¹.

O ponto, em sentido puramente processual, é a premissa em torno da qual não se suscitou qualquer controvérsia. Questionado o ponto, tem-se o surgimento de uma questão. A questão, portanto, nada mais é do que um ponto controvertido²⁹². Sendo assim, a prejudicial será um ponto, quando não for suscitada dúvida sobre o antecedente lógico; conseqüentemente, a questão prejudicial decorrerá da “dúvida sobre o ponto prejudicial verificada no curso do processo, que deverá ser apreciada incidentalmente pelo juiz”²⁹³.

²⁸⁹ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. cit., p. 98.

²⁹⁰ ARAGÃO, Ergas Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 401.

²⁹¹ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 152-155.

²⁹² “questão é todo ponto duvidoso de fato ou de direito”. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. cit., p. 112.)

²⁹³ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. cit., p. 101.

A questão prejudicial pode constituir o próprio objeto litigioso do processo, hipótese em que ela será resolvida *principaliter*. Nesse caso, diz-se que há uma causa prejudicial.

A prejudicial se apresentará como uma causa, portanto, sempre que for deduzida como questão principal. Exemplo clássico exposto pela doutrina para ilustrar a causa prejudicial é a cumulação do pedido de investigação de paternidade (prejudicial) com o de alimentos (subordinada).

CAPÍTULO IV – QUESTÃO PREJUDICIAL E COISA JULGADA.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A relação entre a questão prejudicial e a coisa julgada apresenta-se de formas distintas na ciência processual, não se podendo estabelecer uma solução unívoca para os problemas oriundos do confronto desses dois institutos.

Segundo Barbosa Moreira, é possível perceber três aspectos facilmente identificáveis ao se analisar a matéria: *i*) a controvérsia prejudicial já foi decidida *principaliter* em um processo antecedente. “Assim, por exemplo, se a ação de petição herança – onde a relação de filiação é prejudicial da decisão sobre o mérito – é proposta depois de irrecorrivelmente é julgada a ação de investigação de paternidade”²⁹⁴; *ii*) a controvérsia prejudicial é resolvida no mesmo processo da questão prejudicada, como ocorre quando a paternidade é resolvida na mesma demanda em que se resolve o pedido de alimentos e, por fim, *iii*) a controvérsia prejudicial surge no curso da lide, ocasionando, de maneira obrigatória ou facultativa, a sua suspensão a fim de ser resolvida a parte em outra demanda²⁹⁵ (art. 265, inciso IV, “a”, CPC-73 e art. 313, V, “a”, NCPC).

Cada situação descrita acima, porquanto evidencie problemas distintos, necessita de diferentes soluções, não sendo possível, porque inútil, idealizar uma solução unívoca.

Na primeira situação, questiona-se se a coisa julgada formada no primeiro processo alcançará a segunda demanda, seja para impedir que o juiz aprecie a questão prejudicial anteriormente decidida, seja para subordiná-lo à solução adotada no processo antecedente. Já na segunda hipótese, questiona-se se a coisa julgada alcançará a solução dada pelo juiz à controvérsia prejudicial.

Quanto à terceira situação, esclarece Barbosa Moreira, que o problema esbarrará, em última análise, em um dos dois outros. Com efeito, sendo obrigatória a suspensão, a segunda demanda aguardará a solução da prejudicial, de modo que o problema a ser tratado corresponderia à primeira hipótese acima listada. Sendo, por outro lado, facultativa a suspensão, estar-se-á diante do segundo questionamento²⁹⁶.

²⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 62.

²⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 62.

²⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 63.

Desse modo, os problemas decorrentes da relação existente entre a coisa julgada e a prejudicialidade podem ser restringidos às duas primeiras hipóteses. Assim, ou a controvérsia prejudicial já foi decidida *principaliter* em um processo antecedente ou a controvérsia prejudicial é resolvida no mesmo processo da questão prejudicada. Cumpre-nos, então, analisar o problema à luz dessas duas hipóteses.

2. PREJUDICIALIDADE POSTA COMO QUESTÃO PRINCIPAL.

O primeiro problema parece não suscitar grandes dúvidas sobre a sua solução.

Resolvida como questão principal, a solução estará acobertada pela coisa julgada, impondo-se no processo subsequente, seja para impedir o juiz de rediscutir a questão decidida (eficácia negativa da coisa julgada), seja para obrigá-lo a seguir a norma jurídica individual criada no processo antecedente (eficácia positiva da coisa julgada).

A prejudicialidade, uma vez resolvida como questão principal, aparecerá no segundo processo como ponto prejudicial, sendo, pois, inexistente, porque inadmissível, qualquer controvérsia a seu respeito²⁹⁷.

3. PREJUDICIALIDADE POSTA COMO QUESTÃO INCIDENTAL.

3.1. Um breve esclarecimento.

A possibilidade de os pronunciamentos sobre as questões prejudiciais postas como questões incidentais ficarem ou não abarcados pela autoridade da coisa julgada sempre despertou na doutrina profundas discussões.

O debate travado, neste ponto, consiste em definir os *limites objetivos da coisa julgada*; se a sua autoridade estende-se ou não às questões solucionadas na fundamentação da decisão. Nos tópicos seguintes, discorreremos sobre a discussão doutrinária existente acerca da matéria.

Antes, porém, faz-se necessário um breve esclarecimento.

Saber se as resoluções das prejudiciais incidentais ficarão ou não abarcadas pela autoridade da coisa julgada não é um problema da Teoria Geral do Processo, mas sim da Ciência (*Dogmática*) do Direito Processual²⁹⁸.

²⁹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 69-70.

Como bem observaram Pontes de Miranda²⁹⁹ e João de Castro Mendes³⁰⁰, a fixação dos limites objetivos da coisa julgada é uma questão de política legislativa. Cabe ao legislador, interpretando os preceitos e garantias fundamentais e sopesando as vantagens e desvantagens de cada sistema, definir qual deles é o mais adequado para disciplinar a matéria.

Definida a opção legislativa, cabe à Ciência do Direito Processual, com base nas noções fundamentais fornecidas pela Teoria Geral do Processo, resolver os problemas de direito positivo.

No Brasil, é bastante comum a afirmação de que somente o dispositivo faz coisa julgada. Esse entendimento apenas é possível à luz das disposições normativas previstas no CPC-1973, notadamente nos seus arts. 468 e 469. Não o era, todavia, na época do CPC-1939, tampouco será com o advento do novo Código por força do art. 503, §§ 1º e 2º.

O presente estudo buscar examinar a extensão da autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais à luz do Novo Código de Processo Civil. Trata-se, portanto, de uma discussão dogmática. Nosso objetivo é investigar as novas disposições normativas sobre a matéria, buscando identificar os elementos necessários para a sua compreensão.

3.2. Questão prejudicial e coisa julgada.

A relação entre coisa julgada e questão prejudicial talvez seja um dos temas mais controvertidos na dogmática processual. A posição da doutrina, ao menos até meados do século XIX, era extremamente confusa, não se podendo sistematizar, com a necessária exatidão e clareza, os diversos entendimentos que existiam sobre a matéria, tamanha a vastidão de opiniões divergentes acerca do tema³⁰¹.

Apesar disso, desprezando-se as distinções baseadas em aspectos secundários e acidentais, era possível identificar quatro teses em torno das quais a doutrina se digladiava: *i*) a tese que negava peremptoriamente aos motivos da decisão a autoridade de coisa julgada; *ii*) a que estendia irrestritamente a força de coisa julgada, enxergando

²⁹⁸ Sobre a diferença entre Teoria Geral do Processo e Ciência do Direito Processual, cf. DIDIER JR, Fredie. *Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 2 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 69.

²⁹⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959, p. 102-103.

³⁰⁰ MENDES, João de Castro. *Limites objetivos...* cit., p. 79.

³⁰¹ FABRICIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. cit., p. 80.

na fundamentação a “*anima et quase nervus*” da decisão; *iii*) a que reconhecia à fundamentação a autoridade de coisa julgada apenas aos motivos imprescindíveis para compreender o dispositivo e, por fim, *iv*) a que reconhecia a autoridade de coisa julgada aos motivos quando insertos na parte dispositiva da decisão³⁰².

As teorias, tanto as que defendiam a extensão dos limites objetivos da coisa julgada quanto as que negavam, em última análise, partiam do dogma da vinculação entre o objeto litigioso do processo, o objeto da sentença e os limites objetivos coisa julgada.

Conforme observa Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, sempre que se defende a extensão dos limites objetivos da coisa julgada, a proposta é acompanhada pelo alargamento do objeto do processo e, conseqüentemente, do objeto da sentença, de modo a preservar o encadeamento lógico, dogma ao qual os doutrinadores mantêm-se vinculados³⁰³.

Contudo, nem sempre o objeto da sentença coincidirá com o objeto litigioso do processo, podendo ocorrer – e não raro ocorre – um rompimento dessa correlação entre aquilo que é posto em discussão e o que efetivamente é decidido³⁰⁴. Afirma-se, então, que os limites objetivos da coisa julgada são determinados pelo objeto da sentença, ou seja, pelas questões resolvidas na decisão judicial³⁰⁵.

Assim, embora não seja este o ponto de partida das diversas teses doutrinárias existentes sobre o tema, a principal discussão acerca dos limites objetivos da coisa

³⁰² Sobre o tema, cf. GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Coisa Julgada: No Cível, no Crime e no Direito Internacional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva & C. Editores, 1922, p. 69; SANTOS, J.M. Carvalho. *Código de Processo Civil Interpretado*. Vol. IV. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p.143; MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 770, nota de rodapé 1. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 98; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1967, p. 80.

³⁰³ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites Objetivos e Eficácia Preclusiva da Coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

³⁰⁴ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites Objetivos...* cit., p. 18.

³⁰⁵ Segundo Thereza Alvim, a ideia de buscar a coisa julgada na sentença, estendendo a sua autoridade a todos os pontos controvertidos e julgados já era preconizada por Cogliolo. A mencionada autora alerta, no entanto, que essa ideia somente seria praticável se o sistema de direito positivo, ao adotar o princípio dispositivo, permitisse atenuações desse princípio. (ALVIM, Thereza. *Questões prévias...* cit., p. 45). Em sentido diverso, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina afirmam, no entanto, que a decisão *ultra* ou *extra petita* não transita em julgado quanto ao capítulo excedente, na medida em que, não tendo o pedido sido formulado, faltaria um dos pressupostos de existência do processo, qual seja, a demanda. Assim, “se o autor formula os pedidos X e Y e o juiz decide X, Y e Z, quanto a Z o que se terá é uma sentença inexistente, que, pois, não transita em julgado, já que não corresponde a pedido algum”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDIDA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 85.). No mesmo sentido de Wambier e Medina, cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação...* cit., p. 245.

julgada gira em torno da identificação das questões que, uma vez decididas na sentença, ficarão acobertadas pela autoridade da *res iudicata*. O debate, aqui, portanto, volta-se para saber se somente as questões decididas no dispositivo da decisão se tornariam imutáveis e indiscutíveis por força da coisa julgada ou se as questões resolvidas na motivação também ficariam abarcadas por sua autoridade. Analisemos, então, os posicionamentos doutrinários sobre o tema.

A extensão dos limites objetivos da coisa julgada foi muito debatida entre os séculos XIX e XX e ensejou posicionamentos dos mais diversos e antagônicos.

Coube à Savigny a responsabilidade pelo desenvolvimento de uma teoria destinada a sistematizar a matéria e que viria a produzir intensa e duradoura influência na doutrina, inclusive na brasileira³⁰⁶. Segundo o jurista alemão, os motivos da decisão poderiam ser classificados em objetivos e subjetivos. Os motivos objetivos seriam os elementos ou partes constitutivas das relações jurídicas cuja afirmação ou negação põe os fundamentos da decisão. Já os subjetivos seriam os motivos que influenciavam o espírito do juiz correspondendo às razões do seu convencimento, de acordo com as regras de direito e as provas produzidas pelas partes.

Em outras palavras, os motivos subjetivos consistiriam no processo de formação de convicção do juiz quanto à existência ou não dos elementos ou partes integrantes das relações jurídicas; a afirmação ou negação desses elementos seriam os chamados motivos objetivos em relação aos quais a autoridade da coisa julgada se estenderia³⁰⁷.

Para Savigny, a coisa julgada perderia utilidade, caso sua autoridade não fosse estendida aos motivos objetivos; estes, pois, seriam necessários para compreender o alcance da decisão judicial, de modo que, restringindo a coisa julgada ao conteúdo exposto no dispositivo tornaria impossível a invocação da sua autoridade em processo ulterior.

Na Itália, a tese ampliativa também foi defendida, embora com fundamentos distintos dos sustentados por Savigny. A doutrina italiana atribuía à defesa do

³⁰⁶ Nesse sentido, cf. GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Coisa Julgada: No Cível, no Crime e no Direito Internacional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva & C. Editores, 1922, p. 69; MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 770-771; SANTOS, J.M. Carvalho. *Código de Processo Civil Interpretado*. Vol. IV. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 147; CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões dinâmicas*. cit., p. 388-389.

³⁰⁷ SAVIGNY, Frederich Carl von. *Sistema Del Derecho Romano Actual*. Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley. Tomo V. Madrid: F. Góngora y - Compania, Editores, 1879, p. 227-228; FABRICIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. cit., p. 81.

demandado um caráter reconvençional, sempre que o réu alegasse questões distintas daquelas propostas pelo demandante. Sendo assim, a coisa julgada não ficaria restrita às questões formuladas pelo autor, abrangendo, também, aquelas propostas pelo réu em sua contestação³⁰⁸.

Apesar da forte influência que exerceram sobre a doutrina europeia, as teses ampliativas foram afastadas. A teoria savignyana, por exemplo, sequer prevaleceu no país de origem do seu criador, tendo sido expressamente repelida pelo direito positivo alemão³⁰⁹.

Seguindo o mesmo sentido, caminharam-se na Itália, França e Áustria, sobretudo a partir do início do século XX³¹⁰. A autoridade da coisa julgada, portanto, limitou-se ao conteúdo do dispositivo da decisão, não abrangendo as questões resolvidas na fundamentação, a exemplo das questões prejudiciais.

Desse modo, na Europa, firmou-se a tese de que as questões prejudiciais seriam resolvidas apenas *incidenter tantum*, não havendo sobre elas, portanto, *iudicium*, mas somente *cognitio*. Em outras palavras, a questão prejudicial, posta como uma condicionante da questão principal, não era decidida, no sentido técnico da expressão³¹¹.

Em oposição às teses ampliativas, afirmou-se que a atribuição da autoridade da coisa julgada aos motivos da decisão afrontaria a regra da congruência, na medida em que a sentença responderia questões não deduzidas pelas partes³¹².

Caso desejassem que as questões resolvidas na fundamentação fossem “decididas”, as partes poderiam lançar mão dos instrumentos processuais postos à sua disposição para tanto, a exemplo da reconvenção e da ação declaratória incidental. Se assim não fizeram, o juiz deveria limitar-se a decidir a pretensão submetida à sua análise, nos exatos limites em que fora proposta. Os motivos, por sua vez, apenas formariam o percurso lógico para justificar o acolhimento ou a rejeição do pedido; serviriam, portanto, para delimitar e compreender o alcance do dispositivo.

³⁰⁸ MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 68-73.

³⁰⁹ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 126.

³¹⁰ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 125-137; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 81.

³¹¹ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 130; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 87.

³¹² Nesse sentido, cf. MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 129; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1967; FABRICIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

No entanto, embora a tese restritiva tenha prevalecido nos países de tradição romano-canônica – notadamente pelo amor que se devota ao dogma da vinculação entre o objeto litigioso do processo, o objeto da sentença e os limites objetivos da coisa julgada –, a tese ampliativa não foi totalmente abandonada.

De acordo com Mariana França Gouveia³¹³, em Portugal, a jurisprudência majoritária admite a extensão da coisa julgada aos fundamentos necessários da decisão judicial, desde que a questão seja expressamente resolvida e tenham sido observadas as garantias processuais.

Na Espanha, apesar de a doutrina majoritária permanecer fiel à tese restritiva, Isabel Tapia Fernandez³¹⁴ e Andres de La Oliva Santos³¹⁵, interpretando a *Ley de Enjuiciamiento Civil*, apontam para a possibilidade das questões prejudiciais ficarem acobertadas pela autoridade da coisa julgada, desde que: *i)* o juiz seja competente para apreciar em caráter principal a questão prejudicial; *ii)* as partes tenham legitimidade para discutir a questão prejudicial em caráter principal; *iii)* a questão seja decidida expressamente por decisão fundada em cognição exauriente.

O posicionamento sustentado na Espanha está amparado na doutrina italiana³¹⁶, cumprindo, porém, observar que, na Itália, ao lado dessa corrente, desenvolveram-se outras teorias intermediárias, a exemplo da tese sustentada por Sérgio Menchini para quem a coisa julgada se estende à solução dada à questão prejudicial, desde correspondente à relação jurídica da qual decorra o objeto do processo³¹⁷.

Segundo Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, as teorias ampliativas desenvolvidas nos países de tradição anglo-saxônica foram influenciadas pelo instituto do *collateral estoppel (iussue preclusion)*, típico do direito norte-americano. A interação observada nos últimos anos entre os sistemas *civil law* e *common law* promoveu, também nos sistemas da *civil law*, o início da ruptura do dogma da

³¹³ GOUVEIA, Mariana França. *A causa de pedir na acção declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 416-420.

³¹⁴ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada*. Madrid: La Ley, 2000, p.166.

³¹⁵ OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005, p. 217, nota de rodapé n. 144.

³¹⁶ PUGLIESE, Giovanni. Giudicato Civile (dir.vig.). In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII. Milano: Giuffrè, 1968, p. 867-869.

³¹⁷ MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. cit., p. 82-92.

correlação entre o objeto litigioso do processo, objeto da sentença e os limites objetivos da coisa julgada³¹⁸.

No direito estadunidense, a liberdade processual orienta a disciplina jurídica da coisa julgada. Há uma liberdade maior na discussão processual travada pelas partes, que podem alterar, no curso da demanda, os fatos e os argumentos inicialmente postos, o que permite que as questões sejam suscitadas e debatidas livremente durante a batalha judicial.

Em contrapartida, a *issue preclusion* impõe a preclusão das questões controvertidas e apreciadas no decorrer do processo e na motivação da decisão³¹⁹. Ou seja, as questões, *sejam elas de fato ou de direito*³²⁰, decididas incidentalmente no processo, ficam imunizadas pela coisa julgada. Excepciona-se apenas a *ratio decidendi*, que embora esteja localizada na motivação da decisão judicial, não fica acobertada pela autoridade da *res iudicata*.

Sobre a *ratio decidendi* incide, pois, o *stare decisis*³²¹. Mais a frente, examinaremos o instituto da *issue preclusion*, procurando identificar como e em que medida a experiência norte-americana pode contribuir para a interpretação do art. 503, §§ 1º e 2º, do NCPC.

Esse é o panorama geral do posicionamento doutrinário acerca da discussão acerca da relação entre a coisa julgada e a questão prejudicial. Nos tópicos subsequentes, analisaremos como o problema foi enfrentando no direito brasileiro.

³¹⁸ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites Objetivos...* cit., p. 26.

³¹⁹ HAZARD JR, Geoffrey C., Revisiting the Second Restatement of Judgments: Issue Preclusion and Related Problems. *Cornell Law Review*, n. 66, 1981, p. 578.

³²⁰ O *issue preclusion*, no entanto, não se aplica às “puras” questões de direito, quando se tratar demandas distintas. Além disso, se a discussão disser respeito à aplicação de determinada de lei ou sobre a sua interpretação, também não se aplicará o *collateral estoppel*, na medida em que “a doutrina mais flexível do *stare decisis* é suficiente para garantir a segurança jurídica”. (PRATES, Marília Zanella. *A Coisa Julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 163). Sobre a aplicação do *issue preclusion* às questões de direito, cf. BUCKLEY, Colin Hugh. Issue preclusion and issues of law: A doctrinal framework based on rules of recognition, jurisdiction and legal history. *Houston Law Review*, n. 24, 1987.

³²¹ Sobre a relação entre *stare decisis* e o *collateral estoppel* observa Buckley: “The relationship between the principles of *stare decisis* and *issue preclusion* has yet to fully explored. Originally, the distinction could be drawn along law/fact lines, with *stare decisis* applying to final judgments of law and *collateral estoppel* to decisions regarding the facts of a case. With the proper expansion of *collateral estoppel* to *issue of law*, that line beings to fade.” (BUCKLEY, Colin Hugh. Issue preclusion and issues of law: A doctrinal framework based on rules of recognition, jurisdiction and legal history. *Houston Law Review*, vol. 24, 1987, p. 881, nota de rodapé 28.)

4. A QUESTÃO PREJUDICIAL E A COISA JULGADA, NO DIREITO BRASILEIRO.

4.1. A coisa julgada e a questão prejudicial no sistema do CPC-1939.

No Brasil, a teoria de Savigny teve profunda influência na doutrina e fez-se presente até entre os autores que a rejeitavam³²². Com efeito, apesar das inúmeras críticas doutrinárias direcionadas ao posicionamento savignyano³²³, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, a pena de renomados doutrinadores nacionais, a exemplo de Carvalho Santos³²⁴, João Monteiro³²⁵ e Pedro Batista Martins³²⁶, homenageou a teoria do jurista alemão.

A doutrina majoritária identificava nas disposições contidas no art. 287, parágrafo único, do antigo Código, a consagração da tese que estendia aos motivos objetivos da decisão os efeitos da coisa julgada³²⁷.

Nesse mesmo sentido, caminhava o entendimento jurisprudencial, havendo, segundo Adroaldo Furtado Fabricio³²⁸ e Ronaldo Cunha Campos³²⁹, inúmeros exemplos de decisões judiciais que, sob a vigência do CPC-1939, ainda que de forma vacilante e dúbia, adotavam a tese de Savigny.

³²² Pontes de Miranda, por exemplo, embora afirmasse que o CPC-1939 não tenha adotado a teoria dos motivos objetivos, entendia que as “premissas ou motivos necessários à conclusão têm-se por decididos”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959, p. 98).

³²³ A respeito das críticas doutrinárias feitas à teoria de Savigny, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1967; FABRICIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976; ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

³²⁴ SANTOS, J.M. Carvalho. *Código de Processo Civil Interpretado*. Vol. IV. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 147.

³²⁵ MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 770-772.

³²⁶ MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942, p. 346.

³²⁷ “Realmente, como sabemos, as maiores incompreensões verificadas ao tempo do Código de 39 diziam respeito, não tanto ao dispositivo do art. 287, quanto à norma inserida em seu parágrafo único. Dir-se-ia que dispondo a lei que se considerariam decididas todas as questões que constituíssem premissa necessária da conclusão, a doutrina não via outra alternativa, em matéria de limites objetivos da coisa julgada, senão atribuir a força vinculante do julgamento não só ao dispositivo da sentença (*decisum*), mas também às denominadas “premissas necessárias” do julgamento, ou, conforme a doutrina as considera, sobre as questões prejudiciais.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada* cit., p. 109)

³²⁸ FABRICIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. cit., p. 88.

³²⁹ CAMPOS, Ronaldo Cunha. Limites objetivos da coisa julgada no Código de Processo Civil de 1973, *Revista Brasileira de Direito Processual Civil*, vol. 02, p. 108, 1975, nota de rodapé n. 44.

Com efeito, o art. 287, parágrafo único, do CPC-1939 foi móvel de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais, sendo forte, como dito, o posicionamento doutrinário que enxergava nesse dispositivo a consagração da teoria de Savigny.

Esse dispositivo, em verdade, reproduziu a redação contida no art. 290 do Projeto do Código de Processo Civil italiano, segundo o qual “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 remessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza”. O fez, contudo, de forma parcial e, na visão de Barbosa Moreira, incompreensiva; suprimiu, no *caput*, a expressão “da lide”, fazendo alusão, no plural, a expressão “questões decididas”. No parágrafo único, excluiu a locução “ainda que não tenha sido expressamente resolvido”.

A exclusão observada no parágrafo único do art. 287 do CPC-1939 não resultava modificações significativas no conteúdo semântico do enunciado normativo inserto no projeto peninsular. Já, porém, a supressão da expressão “da lide”, bem assim a alusão a “questões decididas”, ao invés de “questão decidida”, no singular, poderia fazer coro à interpretação então bastante difundida na doutrina no tocante à extensão da *auctoritas rei iudicatae* aos pronunciamentos sobre questões prejudiciais³³⁰.

Desse modo, preocupado em afastar o pensamento savignyano, Barbosa Moreira buscou justamente no art. 290 do Projeto Italiano de 1926 a real compreensão do art. 287 do CPC-1939.

Segundo Barbosa Moreira, a chave para desvelar o dispositivo estaria nas palavras “totalmente o parzialmente”, que, por sua vez, deveriam ser articuladas com a expressão, posta em seguida, limites “della questione decisa”.

Adotando como premissa a concepção carnelutiana de lide – notadamente a distinção entre processo integral e processo parcial do jurista italiano –, Barbosa Moreira sustentava que o sentido da expressão “questione decisa” não corresponde à questão prejudicial, mas sim à principal³³¹.

Do mesmo modo, a disposição prevista na segunda alínea do projeto peninsular não autorizava a extensão da autoridade da coisa julgada para as questões prejudiciais.

³³⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. *Revista de Processo*, ano IV, n. 14/15, Abr/Set 1979, p. 49.

³³¹ “O alcance da primeira alínea, em tal óptica, é o que ela teria se dispusesse: a sentença que decidir a lide terá força de lei nos limites da lide, mas, se a decisão for parcial, só a terá nos limites da questão decidida.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 109).

Segundo Barbosa Moreira, ela apenas deixava claro que as questões, ainda quando não tenha sido expressamente decididas pelo juiz, não poderão servir de lastro para provocar uma nova discussão em torno “della questione decisa”, ou seja, da questão principal.

Portanto, todas as questões capazes de influir na decisão (principal) seriam consideradas resolvidas “no sentido compatível com o pronunciamento emitido *principaliter*”³³².

Além de fundamentar o seu posicionamento na exegese do art. 290 do Projeto italiano, Barbosa Moreira também afirmava que a interpretação sistemática do Código de 1939 tornava impossível estender-se a coisa julgada às resoluções das questões prejudiciais.

Para ele, o art. 4º do CPC-1939 restringia a decisão judicial ao objeto do pedido e o único modo de harmonizar esse preceito com o art. 287 seria restringir o alcance deste último, reconhecendo que os efeitos da coisa julgada incidiriam apenas sobre o dispositivo ³³³. Tratava-se, pois, do respeito ao dogma da vinculação entre o objeto litigioso do processo, o objeto da sentença e os limites objetivos da coisa julgada. Ademais, Barbosa Moreira, afirmava que a extensão da autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais esbarraria em um problema competência e de ordem procedimental³³⁴.

Seguindo a linha do pensamento de Menestrina³³⁵, o processualista carioca sustentava que não seria possível se estender os efeitos da coisa julgada para alcançar a resolução da questão prejudicial, uma vez que isso significaria, em muitos casos, permitir que um juiz incompetente para resolvê-la *principaliter* a apreciasse e a decidisse.

Além disso, o procedimento por meio do qual a questão subordinada foi instrumentalizada poderia ser incompatível com o processamento da questão condicionante, podendo, por exemplo, haver restrições probatórias que impedissem o aprofundamento da análise da prejudicial.

Diferente era a posição sustentada por Thereza Alvim. Para ela, o art. 287 do CPC-1939 representava uma limitação ao princípio dispositivo, ao passo em que ela

³³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 110.

³³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 112. No mesmo sentido, FABRICIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. cit., p. 88.

³³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 90 e ss.

³³⁵ MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. cit., p. 129-130.

entendia que as questões prejudiciais ficariam abarcadas pela autoridade da coisa julgada³³⁶.

Importante observar que para Thereza Alvim não eram apenas as questões prejudiciais que ficavam acobertadas pela autoridade da coisa julgada. Também os pontos prejudiciais eram alcançados pela *res iudicata*³³⁷.

Segundo a mencionada autora, a coisa julgada se forma, independentemente da impugnação do réu, bastando apenas que a ele seja oportunizado o contraditório. Assim, para ela, o demandante, mesmo quando não alegue expressamente, fixa e pressupõe o ponto prejudicial, de modo que, uma vez realizado o contraditório, ele ficaria acobertado pela coisa julgada.

Nesse particular, outro era o entendimento de João Monteiro. Para esse autor – que, como visto, era adepto da teoria de Savigny –, a coisa julgada pressupõe a efetiva controvérsia das partes, de modo que apenas “as relações jurídicas que realmente foram controvertidas e julgadas” ficariam abrangidas por sua autoridade³³⁸.

Para João Monteiro, o CPC-1939 estendia os efeitos da coisa julgada sobre todas as questões resolvidas na fundamentação, o que pressupunha a existência de controvérsia.

Assim, por exemplo, se “A” pede alimentos a “B” como seu filho, “B” não nega que é pai, mas nega que “A” necessite dos alimentos; a sentença reconhece o dever alimentar de “A”, rejeitando a alegação de ausência de necessidade; sobre a paternidade não haveria coisa julgada, dada a inexistência de controvérsia a seu respeito no primeiro processo. Situação diferente seria se “B” houvesse negado a paternidade. Nesse caso, tendo o juiz decidido sobre a questão da paternidade, ela estaria abarcada pela autoridade da coisa julgada, ainda que resolvida na fundamentação da decisão³³⁹.

4.2. A coisa julgada e a questão prejudicial no sistema do CPC-1973.

A discussão sobre a extensão da autoridade da coisa julgada aos motivos da decisão, notadamente às soluções das questões prejudiciais, restou sepultada com o advento do Código de Processo Civil de 1973. O art. 469, inciso III, do CPC-1973

³³⁶ ALVIM, Thereza. *Questões prévias...* cit., p. 78.

³³⁷ ALVIM, Thereza. *Questões prévias...* cit., p. 78.

³³⁸ MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 770-771.

³³⁹ MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil*. 6 ed. cit., p. 770-771, nota de rodapé n. 4.

afastou expressamente a autoridade da coisa julgada das questões prejudiciais decididas *incidenter tantum* pelo juiz. Apenas quando deduzidas como questões principais e, portanto, decididas no dispositivo da decisão judicial, é que as questões condicionantes ficariam abarcadas pela autoridade da coisa julgada.

O CPC-1973, encampando a tendência observada em outras legislações, tomou clara posição sobre os limites objetivos da coisa julgada, afastando-a das resoluções realizadas na fundamentação da decisão judicial³⁴⁰. No entanto, considerando a possibilidade de surgir, após a propositura da demanda, o interesse da parte de ver desde logo julgada a questão prejudicial, o CPC-1973 criou um instrumento que permitia alcançar essa finalidade: a ação declaratória incidental.

A ação declaratória incidental, prevista no art. 470 e regulada nos arts. 5º e 325, todos do CPC-1973, surgiu como instrumento dotado de função específica, a saber: permitir que a solução dada à questão prejudicial fosse alcançada pela autoridade da coisa julgada³⁴¹.

Com efeito, a ação declaratória incidental promove uma ampliação do objeto litigioso do processo, na medida em que transformava a questão prejudicial incidentalmente deduzida no processo em uma questão principal.

Restava, com isso, ao menos aparentemente, encerrada a discussão sobre a extensão objetiva da coisa julgada, que somente alcançaria a questão prejudicial, mediante a utilização da ação declaratória incidental.

Todavia, a solução adotada pelo CPC-1973 não passou isenta de críticas.

Galeno Lacerda, por exemplo, em 1975, já afirmava que a opção do então novo Código seria apenas um “tecnicismo” que obrigaria o processualista a uma “análise extremamente difícil e penosa”³⁴².

Recentemente, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes também criticou o sistema do CPC-1973, demonstrando que a extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial prestigia o princípio da segurança jurídica³⁴³.

³⁴⁰ LACERDA, Galeno. As defesas de direito material no novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Ano 70, vol. 246, 2ºtrim/1974, p. 163-164; ROSAS, Roberto. Questão prejudicial e ação declaratória. *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 02, 2ºtrim/1976, p. 89; THEODORO JUNIOR, Humberto. Ação Declaratória Incidental. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 49, 1ºTrim/1986, p. 87.

³⁴¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Ação Declaratória Incidental. cit., p. 87.

³⁴² LACERDA, Galeno. As defesas de direito material no novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Ano 70, vol. 246, 2ºtrim/1974, p. 166.

³⁴³ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. *Limites objetivos...* cit., p. 74.

Talvez por isso, mesmo diante das disposições previstas no CPC-1973, sempre houve quem defendesse a extensão da autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais.

Ronaldo Cunha Campos, por exemplo, compreendia que os limites objetivos da coisa julgada residiam nas soluções das questões, abarcando, com isso, as questões prejudiciais incidentais³⁴⁴.

Recentemente, Heitor Sica, interpretando a defesa do réu como uma demanda, também advogou a tese de que as questões prejudiciais ficariam abarcadas pela autoridade da coisa julgada. Segundo Sica, o réu, ao controverter a relação jurídica prejudicial, em verdade, propõe uma demanda, objetivando a declaração incidental sobre a relação controvertida³⁴⁵.

Do mesmo modo, a também recente tese de doutoramento de Antônio do Passo Cabral permite-nos concluir pela possibilidade das soluções das questões prejudiciais se tornarem estáveis. Segundo Cabral, o art. 469 do CPC-1973 impedia apenas que a autoridade da coisa julgada alcance os motivos da decisão, nada dispondo, porém, sobre a preclusão por exaustão do debate. Assim, com base nos deveres do contraditório, bem assim nos princípios da boa-fé e da cooperação processuais, Cabral sustenta que as razões e os fundamentos das decisões poderiam se tornar estáveis, mesmo diante do sistema adotado pelo CPC-1973³⁴⁶.

Todavia, fato é que o CPC-1973 optou por restringir a autoridade da coisa julgada ao dispositivo da decisão, vinculando-a, portanto, aos pedidos expressamente formulados pelas partes.

Assim, somente as questões decididas no dispositivo do comando sentencial ficariam abarcadas pela *res iudicata*, servindo a motivação apenas para definir o conteúdo e o alcance da decisão³⁴⁷. Caso as partes desejem que a solução dada à questão prejudicial também se torne imutável por força da coisa julgada, elas deverão ajuizar ação declaratória incidental, nos termos dos arts. 5º e 325, do Código de Processo Civil de 1973.

A polêmica sobre os limites objetivos da coisa julgada, após o CPC-1973, parecia superada e definitivamente sepultada, tendo em vista a opção adotada pelo

³⁴⁴ CAMPOS, Ronaldo Cunha. Limites objetivos da coisa julgada no Código de Processo Civil de 1973, *Revista Brasileira de Direito Processual Civil*, vol. 02, 1975, p. 129.

³⁴⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa...* cit., p. 241.

³⁴⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*. cit., p. 449.

³⁴⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada* cit., p. 136.

direito positivo brasileiro, que, como visto, restringiu a autoridade da coisa julgada ao dispositivo da decisão judicial.

No entanto, 42 anos após o seu “sepultamento”, o Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor em 2016 ressuscitou a discussão sobre os limites objetivos da coisa julgada, ao dispor, no seu art. 503, §§1º e 2º, que as questões prejudiciais, decididas incidentalmente pelo juiz, fazem coisa julgada, desde que presentes determinados pressupostos. Eis, *in verbis*, o teor do referido dispositivo normativo:

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 incidentalmente no processo, se:
I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;
II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;
III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.
§ 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.

Não se tem notícia da existência de dispositivo normativo cujo enunciado se assemelhe ao do §1º, do art. 503 do NCPC. Trata-se, de fato, de uma disposição inovadora que, apesar de revolver uma antiga discussão sobre os limites objetivos da coisa julgada, tem despertado diversas críticas doutrinárias.

No próximo capítulo, nos debruçaremos sobre essa novidade trazida pelo NCPC, buscando identificar eventuais problemas que podem surgir na aplicação desse dispositivo, bem assim examinar as posições doutrinárias já existentes sobre a sua interpretação.

CAPÍTULO V – A COISA JULGADA E AS QUESTÕES PREJUDICIAIS INCIDENTAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. SOBRE AS CRÍTICAS AO REGIME DA COISA JULGADA DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS.

O Código de Processo Civil de 2015 inovou em relação à coisa julgada. De acordo com nova legislação, as questões prejudiciais decididas expressa e incidentalmente pelo magistrado, se preenchidos determinados pressupostos, também ficarão acobertados pela autoridade da coisa julgada.

A novidade tem sido objeto de intensas e calorosas discussões. Não por acaso, durante a tramitação legislativa, ela foi eliminada, em dois momentos distintos, do Projeto de Lei n. 8046/2010³⁴⁸. E não poderia ser diferente, na medida em que, conforme vimos linhas acima, o tema sobre os limites objetivos da coisa julgada sempre foi bastante controvertido na doutrina brasileira.

No tocante ao acerto da opção adotada pelo legislador, divide-se a doutrina pátria. Há quem, a exemplo de Teresa Arruda Alvim Wambier³⁴⁹, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes³⁵⁰, Antônio do Passo Cabral³⁵¹ e João Francisco Neves da Fonseca³⁵², enxergue no sistema inaugurado pelo NCPC uma medida salutar que imprimirá uma maior agilidade do processo judicial.

Por outro lado, há também aqueles, como Antonio Gidi, José Maria Tesheiner, Marília Zanella Prates³⁵³, Luiz Dellore³⁵⁴ e Marcelo Pacheco Machado³⁵⁵, que

³⁴⁸ DELLORE, Luiz. “Da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil (L. 13.105/2015): conceito e limites objetivos”. cit., p. 662.

³⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*, v. 39, 2014.

³⁵⁰ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. A extensão da coisa julgada às questões apreciadas na motivação da sentença. *Revista de Processo*, v. 216, Fev/2013, p. 431-438.

³⁵¹ CABRAL, Antônio do Passo. “Da Coisa Julgada” cit., p. 1291.

³⁵² FONSECA, João Francisco Neves da. Coisa julgada sobre questões prejudiciais no Código vigente e projetado. In: AURELLI, Arlete Inês; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; FERREIRA, Willian Santos (coord.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 774.

³⁵³ 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. *Revista de Processo* (versão eletrônica), vol. 194, Abr/2011. As críticas foram feitas durante a fase de tramitação do código. À época, a redação do dispositivo que previa a extensão da autoridade da coisa julgada era distinta do texto que restou aprovado pelo Legislativo. Apesar disso, parece que a crítica se mantém diante da atual redação do §1º do art. 503.

³⁵⁴ DELLORE, Luiz. Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190, abr./jun. 2011, p. 35-43.

identificam na solução adotada pela novel legislação um verdadeiro retrocesso, na medida em que ela não proporcionaria uma maior economia e efetividade do processo, servindo apenas para retardar ainda mais a solução do mérito.

São diversos os argumentos a favor e contra a alteração legislativa.

Basicamente, a doutrina revolve a antiga discussão travada sobre a possibilidade de estender-se ou não os efeitos da coisa julgada às resoluções das questões prejudiciais incidentais.

Contudo, como disse Pontes de Miranda ao analisar o sistema do CPC-1939, cabe às leis processuais resolver se as “relações constitutivas do pressuposto da relação de que se trata são atingidas ou não pela coisa julgada...”³⁵⁶; os §§ 1º e 2º do art. 503 deram a solução do novo Código.

Desse modo, para o enfrentamento do objeto do nosso trabalho, não nos interessa a discussão sobre a conveniência da opção adotada pelo legislador; o tempo se encarregará de nos dizer se a decisão legislativa foi ou não acertada.

Cumpre-nos apenas analisar as disposições previstas nos §§ 1º e 2º do art. 503 do NCPC, procurando identificar os possíveis problemas que podem decorrer da sua interpretação, bem assim apontar, se possível, eventuais soluções. É o que tentaremos fazer neste capítulo.

2. REGIMES JURÍDICOS DA COISA JULGADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Segundo Fredie Didier Jr, o NCPC inovou ao criar dois regimes distintos e autônomos de coisa julgada, que variam de acordo com o seu objeto³⁵⁷.

Com efeito, o NCPC criou um novo regime jurídico de coisa julgada que torna imutável a solução dada à questão prejudicial incidental. À semelhança do que ocorre no direito norte-americano – em que há dois institutos (*claim preclusion* e *issue preclusion*) destinados à disciplina da imutabilidade das questões decididas pelo

³⁵⁵ MACHADO, Marcelo Pacheco, *Coisa Julgada e Questão Prejudicial no novo CPC: não se mexe em que time que está ganhando*. Disponível em: <<http://marcelopacheco2.jusbrasil.com.br/artigos/121942944/coisajulgadaequestaojudicialnonovocpenaosemexemtimeganhando>>. Acessado em 07.05.2015.

³⁵⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959, p. 102-103.

³⁵⁷ DIDIER JR, Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.6, n.1, jan-abr/2015, p. 81-94.

magistrado –, com advento do novo Código, passam a existir, no ordenamento jurídico brasileiro, duas espécies de coisa julgada: *i*) a *coisa julgada comum*, disciplinada pelo regime convencional da coisa julgada cujo objeto é a resolução da questão principal e *ii*) a *coisa julgada especial*, destinada à resolução da questão prejudicial incidental ³⁵⁸.

A prejudicialidade, quando posta como uma questão incidental, possui função instrumental; vale pontuar, ela é deduzida e resolvida para justificar a solução da questão principal. Desse modo, a resolução da questão prejudicial será *incidenter tantum*.

As questões resolvidas *incidenter tantum* não se sujeitam à autoridade da coisa julgada. O NCPC, todavia, excepciona essa regra; o §1º do art. 503 torna indiscutível e imutável a norma jurídica individual criada pelo juiz ao resolver, na fundamentação da decisão judicial, uma questão prejudicial.

A coisa julgada especial, como se vê, incide sobre a questão resolvida na fundamentação; “é desnecessário que a resolução expressa da questão prejudicial incidental esteja no dispositivo da decisão para ter aptidão de fazer coisa julgada” (Enunciado n. 438 do FPPC)³⁵⁹.

Segundo Alexandre Freitas Câmara, o §1º do art. 503 modifica o modo de resolução da questão prejudicial, que deixaria de ser examinada *incidenter tantum*, passando a ser resolvida *principaliter*³⁶⁰. Não nos parece correto esse entendimento.

A questão prejudicial somente será resolvida *principaliter*, se assim for requerido pelas partes, hipótese em que a questão integrará o objeto litigioso e se sujeitará ao regime da *coisa julgada comum*. É o que ocorrerá, por exemplo, se o autor requerer, em cumulação de pedidos, a declaração sobre a questão prejudicial ou se o réu

³⁵⁸ A sistematização foi trazida por Fredie Didier Jr (DIDIER JR, Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão... cit., p. 81-94) e vem sendo adotada pela doutrina (nesse sentido, cf. MACHADO, Marcelo Pacheco. *Novo CPC: Que coisa julgada é essa?* Disponível em: < <http://jota.info/novo-cpc-que-coisa-julgada-e-essa>>. Acesso em 19.12.2015; SÁ, Renato Montans de. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 556 e DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 02, cit, p. 535.).

³⁵⁹ Em sentido diverso, porém, é o enunciado n. 1 do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO): “Na hipótese do art. 514, § 1º do Projeto, 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.”. Também entendem que a resolução da questão prejudicial deve estar situada no dispositivo: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 310 e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 632.

³⁶⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. “Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil Brasileiro”. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Novo CPC doutrina selecionada*. Vol. 02. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 572-573.

apresentar reconvenção, pugnano pela declaração incidente sobre a relação jurídica prejudicial³⁶¹.

Ao contrário do que sustenta o mencionado autor, o §1º do art. 503 não promove uma ampliação do objeto litigioso do processo definido pelas partes ao apresentarem as suas respectivas demandas³⁶².

Tanto é verdade que o juiz não será obrigado a examinar todas as questões prejudiciais incidentais expressamente deduzidas pelas partes; o §1º do art. 503 não dispõe que toda e qualquer questão prejudicial deva ser necessariamente resolvida, “ao proclamar a coisa julgada quanto às (que tenham sido) expressamente decididas.”³⁶³. Dada a sua natureza instrumental, o juiz não será obrigado a examinar a questão prejudicial, se a conclusão da sentença puder ser alcançada por outros meios.

Nada impede, por exemplo, que o juiz julgue improcedente a ação de alimentos apenas com base na ausência de necessidade do autor. Note-se que essa decisão não será *citra petita*, justamente porque examinou integralmente o objeto litigioso do processo³⁶⁴. Assim, as partes não poderão opor embargos de declaração, alegando a existência de omissão por não ter o magistrado decidido a questão prejudicial³⁶⁵.

³⁶¹ Segundo Nelson Nery Jr e Rosa Maria da Andrade Nery, a “decisão sobre a prejudicial é *incidenter tantum*; os efeitos da coisa julgada, entretanto, operam-se como se a decisão fosse *principaliter*.” (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1222).

³⁶² Conforme afirma Fredie Didier Jr, “a coisa julgada abrangerá, nesse caso, a resolução de questão que não compunha o objeto litigioso do processo.” (DIDIER JR, Fredie. “Da Coisa Julgada”. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 767). Em sentido contrário, entendendo que há ampliação do objeto litigioso, cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1122.

³⁶³ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Da Cognitione ao iudicium. De princípios a técnicas processuais. Coisa julgada e questões prejudiciais no Projeto de CPC. In: DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; MEDINA, José Miguel Garcia; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (org). *Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 135. Registre-se, por esclarecedor, que essa afirmação foi feita por José Marcos Rodrigues Vieira com base no relatório apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira, mais precisamente com base no art. 490 do Projeto. A redação §1º do art. 503 não é idêntica a do art. 490 do Projeto. Contudo, mesmo diante do texto aprovado, parece ser acertada a assertiva.

³⁶⁴ Situação diferente ocorreria na hipótese de procedência do pedido de alimentos. Nesse caso, o juiz seria obrigado a examinar a questão prejudicial, mas não porque ela integra o objeto litigioso do processo – sendo, portanto, uma questão principal –, e sim porque a sua solução é capaz de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo magistrado (art. 489, §1º, I, NCPC).

³⁶⁵ Contudo, conforme veremos oportunamente, uma vez decidida pelo magistrado, a solução dada a questão prejudicial ficará acobertada pela coisa julgada independentemente da resolução da questão principal.

Do mesmo modo, a decisão não será *extra petita* se o juiz examinar a questão prejudicial sem observar os pressupostos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503³⁶⁶; nesse caso, a decisão não será nula³⁶⁷, apenas não haverá a formação da coisa julgada especial.

Se o §1º do art. 503 transformasse o modo de resolução da questão prejudicial incidental, o juiz seria obrigado a examiná-la, ainda que ele pudesse julgar a questão subordinada com base em outros fundamentos. É justamente o que ocorrerá se o réu, por exemplo, alegar a questão prejudicial por meio de demanda reconvenional.

Nesse contexto, pensamos que o §1º do art. 503 apenas define os critérios que deverão ser observados para que a solução dada à questão prejudicial se torne indiscutível e imutável. Trata-se, com efeito, de uma norma que excepciona a regra que exclui as resoluções *incidenter tantum* da autoridade da coisa julgada³⁶⁸.

Assim, não havendo pedido declaratório expresso das partes sobre a questão prejudicial, esta será resolvida *incidenter tantum* e sobre a sua solução apenas haverá coisa julgada se preenchidos os pressupostos previstos nos parágrafos do art. 503 do novo Código.

3. A COISA JULGADA ESPECIAL E A *ISSUE PRECLUSION*.

3.1. Considerações preliminares.

A doutrina tem afirmado que a *coisa julgada especial* seria semelhante à regra da *issue preclusion* (ou *collateral estoppel*) do direito estadunidense³⁶⁹. A comparação é

³⁶⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1122.

³⁶⁷ Ressalte-se, no entanto, que a violação ao contraditório pode ensejar a nulidade da decisão judicial, na medida em que ao juiz vedado proferir decisão com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar (art. 10, NCPC). Todavia, o contraditório exigido para a formação da coisa julgada especial não se perfaz com a simples oportunidade deferida às partes de se manifestar sobre a questão prejudicial. Exige-se mais. Exige-se *contraditório efetivo*. Ou seja, as partes precisam apresentar manifestação sobre a questão prejudicial, de modo a demonstrar o interesse de litigar em torno da questão. Desse modo, concedida às partes a oportunidade de se manifestar sobre a questão prejudicial, a decisão proferida não é nula, mas apenas preencherá o pressuposto previsto no §1º, inciso I, do art. 503, se houver efetiva manifestação.

³⁶⁸ TALAMINI, Eduardo. “Da Coisa Julgada”. In: TUCCI, José Rogério Cru e [et al.] (coord.). *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: ASSP/OAB-PR, 2015, p. 815.

³⁶⁹ Nesse sentido: PRATES, Marília Zanella. *A Coisa Julgada no direito comparado...* cit.; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *A extensão da coisa julgada às questões...* cit.; DIDIER JR, Fredie. *Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental...* cit., p. 81-94; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. *Ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no NCPC e o fantasma da simplificação desintegradora*. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Novo CPC*

inevitável, sobretudo em virtude da aproximação que se tem observado nos últimos anos entre os sistemas *civil law* e *common law*³⁷⁰.

Todavia, embora a disciplina da *issue preclusion* possa ser útil para a compreendermos o regramento previsto pelo NCPC, não se deve confundir os institutos.

O direito brasileiro não incorporou a regra da *issue preclusion* ao estender a coisa julgada à solução dada à questão prejudicial incidental³⁷¹. Neste tópico, buscaremos apontar algumas distinções e semelhanças entre os institutos.

Convém, todavia, fazermos uma observação. A *issue preclusion* é tema que desperta muitas discussões no direito norte-americano; trata-se de um objeto de conhecimento amplo, com vasto campo a ser explorado. No entanto, não iremos fazer uma análise profunda desse instituto; isso certamente fugiria dos limites do nosso trabalho e, de resto, exigiria que fosse redimensionado o objeto da nossa investigação³⁷².

3.2. Distinções e Semelhanças.

De acordo com a regra da *issue preclusion*, a parte não poderá rediscutir uma determinada questão que tenha sido resolvida incidentalmente em processo anterior³⁷³.

A *issue preclusion* incide tanto sobre questões de fato quanto sobre questões de direito. Assim, por exemplo, se em um determinado processo no qual se discutam os danos decorrentes de um acidente automobilístico o juiz entender que o réu agiu culposamente, a questão relativa à culpa do motorista não mais poderá ser objeto de futura controvérsia. É justamente neste ponto que talvez resida a principal distinção

doutrina selecionada. Vol. 02. Salvador: Editora *JusPodivm*, 2015, p. 594-615; RIBEIRO, Rodrigo Koehler. Uma análise da coisa julgada e questões prejudiciais no projeto do novo Código de Processo Civil sob a ótica de um processo efetivo. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 55, ago/2013. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Rodrigo_Ribeiro.html> Acesso em: 07.05.2015.

³⁷⁰ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. *Limites objetivos...* cit., p. 38-42.

³⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. cit., p. 82-84.

³⁷² Para uma análise mais aprofundada sobre a matéria, além da doutrina estrangeira citada neste trabalho, sugerimos a leitura das seguintes obras nacionais: PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado...* cit.; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. *Limites objetivos...* cit.; CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões dinâmicas*. cit., p. 181-207.

³⁷³ ZEUNER, Albrecht; KOCH, Harald. Effects of judgments (Res Judicata). In: CAPPELLETTI, Mauro. *Civil Procedure*. Vol. XVI. Boston: Mohr Sibeck, 2012, p. 38; VESTAL, Allan D. The restatement (second) of judgments: a modest dissent. *Cornell Law Review*, março/1981, p. 466; PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado...* cit., p. 157; GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. *Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil...* cit.,

entre a *issue preclusion* e o instituto que está sendo criado no direito brasileiro (*coisa julgada especial*).

A coisa julgada especial não incide sobre as soluções de todas as questões, de fato e de direito, que sirvam de fundamento necessário e determinante para resolução do objeto litigioso. O seu objeto é bem mais restrito do que o objeto da *issue preclusion*; apenas as questões prejudiciais podem se tornar imutáveis por força da coisa julgada prevista nos termos do §1º do art. 503³⁷⁴.

Desse modo, a coisa julgada especial, por exemplo, não torna indiscutível e imutável a solução dada pelo juiz à questão relativa à culpa do réu, em eventual ação de indenização por acidente automobilístico.

Outro aspecto que distingue a *issue preclusion* da coisa julgada especial corresponde aos limites subjetivos. A *issue preclusion* não vincula apenas as partes do processo; terceiros estranhos à relação jurídica discutida no processo no qual se formou a *issue preclusion* podem se beneficiar dos seus efeitos³⁷⁵. É o que os norte-americanos denominam de *non-mutual offensive issue preclusion e non-mutual defensive issue preclusion*³⁷⁶.

Na coisa julgada especial, também é possível que o terceiro se beneficie da sua autoridade (art. 506, NCPC). O terceiro, no entanto, deve possuir um interesse jurídico direta ou indiretamente vinculado à relação jurídica prejudicial. Isso decorre, aliás, do próprio objeto da coisa julgada especial, que, como já expusemos, recai sobre a resolução da questão; ou seja, incide sobre a norma jurídica individual que disciplinará a relação jurídica prejudicial.

Desse modo, a autoridade da coisa julgada especial somente é útil para os titulares da própria relação jurídica prejudicial ou para os titulares de alguma outra

³⁷⁴ Esse era o posicionamento de Thereza Alvim, ao interpretar o art. 287 do CPC-1939: “Premissas necessárias da conclusão não constituem os motivos objetivos do *decisum*, pois nestes se podem conter elementos de fato, como depoimentos de testemunhas, não se confundindo, também, com os fundamentos, os quais podem ser mais amplos. Assim os motivos podem ser mais amplos do que as premissas necessárias à conclusão da sentença e não devem ser confundidos com aquelas. *As questões prejudiciais juridicamente relevantes, por sua vez, são mais restritas do que as premissas necessárias do ‘decisum’*. Isto porque entendemos por questões prejudiciais, propriamente ditas, como já dissemos, aquelas que para serem decididas obrigam o juiz a usar da mesma atividade que emprega ao decidir a lide.” (ALVIM, Thereza. *Questões prévias...* cit., p. 77) – grifado no original.

³⁷⁵ VESTAL, Allan D. The restatement (second) of judgments: a modest dissent. *Cornell Law Review*, março/1981, p. 497-505; DESCHA, Lucas. The direct collateral estoppel effects of alternative holdings. *The University of Chicago Law Review*, vol. 50, 1983, p. 721-729.

³⁷⁶ PRATES, Marília Zanella. *A Coisa Julgada no direito comparado*. cit., p. 169-170.

relação jurídica a ela vinculada. Terceiros estranhos à relação jurídica não poderão se beneficiar da autoridade da coisa julgada especial.

Essas, em linhas gerais, seriam as distinções.

Há, todavia, alguns aspectos que aproximam a *coisa julgada especial* da *issue preclusion*. Esses aspectos correspondem às restrições que são impostas à *issue preclusion* pelo ordenamento jurídico estadunidense.

O sistema norte-americano impõe algumas restrições à regra da *issue preclusion*. Desde 1876, quando o instituto foi concebido no julgamento do caso *Cromwell v. County of Sac*, buscando proteger o princípio do contraditório, foram estabelecidos os seguintes pressupostos para a aplicação da *issue preclusion*: i) *identidade entre as questões decididas*; ii) *existência de efetivo contraditório*; iii) *ausência de restrições cognitivas* e iv) *essencialidade da questão decidida* e v) *previsibilidade da importância da questão para processos futuros*.

Algumas dessas restrições, senão de forma expressa, ao menos implicitamente, parecem ter sido incorporadas pelo sistema adotado pelo Novo Código de Processo Civil. Vejamos.

i) *Identidade entre as questões decididas*. Para que seja aplicada a regra da *issue preclusion*, a questão a ser decidida deve ser idêntica a que foi apreciada no processo anterior. A análise da identidade entre as questões, contudo, não é estática, e sim dinâmica, devendo ser examinada a forma como o debate se desenvolveu.

Assim, é importante observar, por exemplo, se há coincidência entre as provas e os argumentos produzidos nos processos; a possibilidade da questão surgida no segundo processo ser decidida com base nas mesmas normas jurídicas invocadas na primeira decisão e, ainda, o grau de afinidade existente entre os dois processos³⁷⁷.

A coisa julgada especial também exige que haja identidade entre as questões; é necessário que a questão prejudicial, que eventualmente surja no segundo processo, seja idêntica à que foi discutida e decidida no primeiro.

Do mesmo modo, também na coisa julgada especial, parece-nos que o novo sistema pressupõe um dinamismo na identificação das questões; exige-se, pois, um efetivo debate sobre a questão prejudicial, de modo a demonstrar que os litigantes possuem interesse na solução definitiva da questão.

³⁷⁷ HAZARD JR, Geoffrey C., Revisiting the Second Restatement of Judgments: Issue Preclusion and Related Problems. *Cornell Law Review*, n. 66, 1981, p. 578; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites Objetivos... cit*, p. 36.

ii) *existência de efetivo contraditório*. Para ficar acobertada pela *issue preclusion*, a questão precisa ter passado pelo crivo do contraditório, não se aplicando às questões que não foram objeto de um debate exauriente entre as partes.

Não é suficiente que a parte tenha apenas uma oportunidade para litigar (*opportunity to litigate*), mas sim que ela efetivamente tenha litigado em torno daquela questão³⁷⁸.

Questões em torno das quais não houve qualquer discussão ou uma efetiva litigância não são alcançadas pela *issue preclusion*. Desse modo, não se aplica o instituto na hipótese de revelia, bem assim nos casos decididos por confissão ou acordos³⁷⁹.

A mesma situação ocorre com a coisa julgada especial. Conforme veremos oportunamente, não havendo controvérsia, não haverá espaço para aplicação do §1º do art. 503. A ausência de controvérsia não torna litigioso o ponto prejudicial, nada havendo, portanto, a ser decidido pelo magistrado; e se não há decisão, não há coisa julgada.

iii) *Ausência de restrições cognitivas*. Também não se aplica a *issue preclusion* toda vez que o procedimento impuser à parte restrições cognitivas, não permitindo que ela discuta determinadas questões no processo. Assim, por exemplo, “se a parte não teve mecanismos adequados para interpor recursos da decisão no primeiro processo, entende-se não haver *issue preclusion*”³⁸⁰.

No direito brasileiro, essa restrição decorre de previsão expressa do NCPC, conforme se infere da leitura do §2º do art. 503.

³⁷⁸ HAZARD JR, Geoffrey C., *Revisiting the Second...* cit., p. 574-575; PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato Civile (dir.vig.)*. cit., p. 867-868; VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*. Padova: Cedam, 2007, p. 321-322. Em sentido contrário, entendendo que a simples oportunidade para litigar é suficiente para a aplicação da regra da *issue preclusion*, cf. VESTAL, Allan D. *The restatement (second) of judgments: a modest dissent*. *Cornell Law Review*, março/1981, p. 467-470. Vestal afirma, ainda, que: “Again, the key language is “full opportunity to litigate.” It turns not on whether the party actually litigated the issue, but rather whether the party had the incentive and opportunity to do so.” (VESTAL, Allan D. *The restatement (second) of judgments...* cit., p. 469). Todavia, de acordo com as fontes pesquisadas, prevalece o entendimento segundo o qual a aplicação da regra da *issue preclusion* exige ter havido efetivo litígio sobre a questão. O posicionamento de Allan D. Vestal foi bastante criticado por Geoffrey C. Hazard Jr (HAZARD JR, Geoffrey C., *Revisiting the Second Restatement of Judgments...cit.*).

³⁷⁹ HAZARD JR, Geoffrey C., *Revisiting the Second Restatement of Judgments...* cit., p. 578; ZEUNER, Albrecht; KOCH, Harald. *Effects of judgments (Res Judicata)*. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Civil Procedure*. Vol. XVI. Boston: Mohr Sibeck, 2012, p. 38; CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*. cit., p. 183.

³⁸⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*. cit., p. 203.

Trata-se de dispositivo que teve inspiração na experiência norte-americana. A coisa julgada especial, tal como a *issue preclusion*, foi estruturada com base no princípio do contraditório; a sua disciplina privilegia o debate processual.

Conforme explica Cabral³⁸¹, no direito estadunidense, a regra geral é que, havendo restrição aos direitos decorrentes do devido processo legal, a preclusão não deve ser aplicada. Se a parte não teve oportunidade de litigar em um procedimento que lhe assegure a plena possibilidade de discutir a questão, contra ela não poderia ser oposta o efeito preclusivo da *issue preclusion*.

Parece que foi essa também a intenção do legislador brasileiro ao determinar que nos processos em que houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial não haverá a formação da coisa julgada especial. Trata-se, pois, de um pressuposto que busca proteger o princípio do contraditório, impedindo a formação da coisa julgada em um procedimento que não assegure às partes o pleno debate processual³⁸².

iv) Essencialidade da questão decidida e v) Previsibilidade da importância da questão para processos futuros. Por fim, na *issue preclusion*, a questão decidida precisa ser essencial para o julgamento definitivo do processo anterior. Assemelha-se, aqui, à ideia de fundamento necessário, encontrado nos ordenamentos do *civil law*.

Analisa-se, também, a dimensão que a questão alcançou no debate travado no primeiro processo. Conforme afirma Allan D. Vestal, a parte deve ter “incentivo para litigar”³⁸³. Desse modo, as circunstâncias do caso em que a questão foi decidida devem ser levadas em consideração para determinar a ocorrência da *issue preclusion*.

Segundo Antônio do Passo Cabral, trata-se do que os norte-americanos denominam de “grau de ultrapassagem” (*degree of overlap*) ou “avanço argumentativo” (*argument avance*)³⁸⁴. Assim, por exemplo, “litigation in small claims courts or prosecutions for misdemeanors cannot give rise to issue preclusion because often those actions provide litigants with inadequate incentive to litigate.”³⁸⁵.

Enfim, para investigar o alcance da *issue preclusion*, leva-se em consideração a importância dada pelas partes e pela própria Corte a uma questão. A discussão sobre a

³⁸¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*, op. cit., p. 203.

³⁸² CABRAL, Antônio do Passo. “Da Coisa Julgada”. cit., p. 1292.

³⁸³ “if there is insufficient incentive to litigate a matter, then there should be no issue preclusion.” (VESTAL, Allan D. The restatement (second) of judgments... op. cit., p. 473.)

³⁸⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas* cit., p. 201.

³⁸⁵ VESTAL, Allan D. The restatement (second) of judgments... cit., p. 473.

negligência de uma conduta pode ter dimensões distintas, a depender, por exemplo, do valor da indenização pleiteado pelo autor³⁸⁶.

Em razão da essencialidade, ainda, somente haverá preclusão se a questão houver sido decidida em favor da parte vencedora no julgamento definitivo. “Isso porque esse tipo de questão, em geral, não terá sido necessária para julgamento final”³⁸⁷.

Pois bem, dentre as restrições até aqui elencadas, parece-nos que essa última não se aplica à coisa julgada especial. Ao menos não da maneira como ela é compreendida no direito norte-americano.

Embora a questão prejudicial, por sua própria natureza, seja um passo necessário para a solução da questão principal, isso não quer dizer que somente haverá coisa julgada se a decisão da questão prejudicial determinar a solução da questão principal. É suficiente apenas que se resolva uma questão prejudicial, delimitando o modo de ser da questão principal. Como visto no capítulo III deste trabalho, basta que uma questão prejudicial seja resolvida para que ela condicione a solução da questão principal. Mais a frente, quando enfrentarmos especificamente os pressupostos para a formação da coisa julgada, cuidaremos deste ponto com maior profundidade.

3.3. Conclusão parcial.

Da brevíssima análise que fizemos, podemos concluir que a *issue preclusion* e a coisa julgada especial são institutos que se diferenciam quanto aos seus objetos, mas que se assemelham no tocante à metodologia utilizada na sua aplicação.

Isso se dá porque ambos os institutos foram estruturados de maneira a respeitar ao máximo o princípio do contraditório. Tanto na *issue preclusion* quanto na coisa julgada especial há uma forte preocupação com a forma como o debate se desenvolverá.

Assim, muito da técnica utilizada na aplicação da *issue preclusion* (verificação de efetivo contraditório, identidade das questões, verificação da presença de restrições cognitivas etc.) pode e deve ser adotado na aplicação da coisa julgada especial.

Não devemos esquecer, contudo, que os objetos dos institutos são distintos. Essa distinção também deve ser levada em conta pelo processualista brasileiro ao

³⁸⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas* cit., p. 201.

³⁸⁷ PRATES, Marília Zanella. *A Coisa Julgada no direito comparado* cit., p. 167.

importar para a coisa julgada especial as técnicas relacionadas à regra da *issue preclusion*.

4. PRESSUPOSTOS PARA FORMAÇÃO DA COISA JULGADA ESPECIAL.

4.1. Considerações prévias.

Para a formação da coisa julgada especial não é suficiente apenas que a questão seja resolvida por uma decisão fundada em cognição exauriente e tenha havido o trânsito em julgado.

Além desses dois pressupostos, compõem o suporte fático da coisa julgada especial os seguintes fatos: *i*) existência de controvérsia sobre a relação jurídica prejudicial (existência de *questão* prejudicial); *ii*) vínculo de subordinação entre a questão prejudicial e o mérito da causa; *iii*) decisão proferida por juízo absolutamente competente; *iv*) existência de prévio e efetivo contraditório; *v*) inexistência de restrição probatória ou limitação cognitiva; *vi*) necessidade de remessa necessária, nas ações contra a Fazenda Pública (art. 496, NCPC).

Esses pressupostos são cumulativos; a falta de um deles implica a inexistência da coisa julgada especial. Nesse sentido é enunciado n. 313 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

4.2. Existência de controvérsia sobre a relação jurídica prejudicial. O ponto prejudicial não fica acobertado pela coisa julgada especial.

De acordo com o CPC-1939, Thereza Alvim entendia que o ponto prejudicial seria alcançado pela autoridade da coisa julgada. Segundo a mencionada autora, o demandante, ainda quando não alegasse expressamente uma determinada questão, fixava o ponto prejudicial de modo implícito, cabendo, por sua vez, ao réu contraditá-lo, se entendesse pertinente. Se o réu assim não fizesse, reconhecia a existência do ponto prejudicial posto implicitamente pelo autor em sua demanda; este ponto ficaria abarcado pela regra prevista no parágrafo único, do art. 287, do CPC-1939³⁸⁸.

Parece-nos, contudo, que a interpretação adotada por Thereza Alvim do dispositivo do CPC-1939 não se revela compatível com o Novo Código de Processo Civil. Vejamos os motivos.

³⁸⁸ ALVIM, Thereza. *Questões prévias...* cit., p. 78.

O primeiro pressuposto para a formação da coisa julgada especial diz respeito ao surgimento de uma questão prejudicial³⁸⁹. É que o §1º do art. 503 dispõe que somente as *questões* prejudiciais *expressamente decididas* ficarão acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Como se vê, o dispositivo em tela pressupõe a existência de uma *questão* prejudicial, ou seja, de uma controvérsia sobre um ponto prejudicial³⁹⁰. Exige, assim, que o juiz, após realizar um efetivo contraditório, decida sobre a questão que foi posta à sua apreciação³⁹¹.

Não sendo o ponto prejudicial controvertido, ele não será alcançado pela autoridade da coisa julgada, ainda que integre o *inter* silogístico adotado pelo juiz para proferir a sua decisão³⁹². Note-se que sobre o ponto não haverá pronunciamento judicial decisório, justamente porque inexistente controvérsia a seu respeito.

A coisa julgada, vale lembrar, incide sobre a resolução da questão. Somente as questões são objeto de decisão judicial³⁹³; não há, portanto, decisão sobre o ponto prejudicial³⁹⁴. Assim, justamente porque não é decidido, o ponto prejudicial não pode ficar acobertado pela coisa julgada³⁹⁵.

³⁸⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada... cit., p. 80; MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. cit., p. 731.

³⁹⁰ Ao contrário que CPC-1939, que, conforme afirma Thereza Alvim, não fazia distinção entre ponto e questão, o NCPC expressamente dispõe que somente as resoluções das *questões* prejudiciais ficarão acobertadas pela coisa julgada, afastando-se, com isso, os pontos prejudiciais da autoridade da *res iudicata*. Aliás, isso fica claro ao analisar o primeiro pressuposto necessário para a extensão da coisa julgada às prejudiciais. O NCPC exige que haja efetivo contraditório, não sendo suficiente, aqui, a simples concessão da oportunidade ao réu para manifestar-se sobre a demanda que lhe foi direcionada. Exige-se mais do que isso. É preciso que haja um intenso debate sobre a questão de modo a demonstrar a existência de uma “efetiva litigância” entre as partes.

³⁹¹ 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*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 823; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do Novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.609.

³⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada... cit., p.80, CÂMARA, Alexandre Freitas. “Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil Brasileiro”. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Novo CPC doutrina selecionada*. Vol. 02. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 570.

³⁹³ “A decisão ou decisões não de ser sobre os pontos fixados para a discussão.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 68)

³⁹⁴ ALVIM, Thereza. *Questões prévias...* cit., p. 96.

³⁹⁵ Não por acaso, a doutrina entende que a ausência de controvérsia sobre o ponto prejudicial impede o ajuizamento da ação declaratória incidental. (CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação declaratória incidental no novo Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*, 458, dez/1973, p. 28; LOPES, João Batista. *Ação Declaratória*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 105; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. cit., p. 155-156).

Ainda que a ausência de controvérsia decorra do expresse reconhecimento levado a efeito pela parte no curso da demanda, o ponto prejudicial ficará a salvo da coisa julgada.

O reconhecimento, expresse ou não, demonstra o desinteresse do réu³⁹⁶ em debater, naquele processo, o ponto prejudicial. A sua conduta, porque denota ausência de litigância sobre o ponto prejudicial (vide tópico 4.4, *infra*), afasta a aplicação do art. §1º do art. 503³⁹⁷.

Deveras, embora a extensão da autoridade da coisa julgada prevista pelo novo diploma processual não dependa da vontade das partes, ela está condicionada à existência de efetiva controvérsia em torno da prejudicial. A questão prejudicial deve integrar o objeto do processo ou, como mais bem define Darci Ribeiro, o “objeto de debate”³⁹⁸.

Assim, por exemplo, se o réu, em uma ação de alimentos, não contesta a paternidade ou até mesmo a reconhece, poderá, em tese, posteriormente discutir o ponto prejudicial (paternidade).

Pode parecer sem sentido a afirmação de que o ato pelo qual a parte expressamente reconhece a existência de uma relação jurídica não ficaria imutável e indiscutível por força da coisa julgada especial, sobretudo se a assertiva é analisada à luz dos princípios que informam o processo civil, como a boa-fé objetiva, lealdade processual, cooperação etc.

Essa incoerência, no entanto, é apenas aparente; há uma explicação lógica para o afastamento da coisa julgada em situações como essa. Para compreendermos a matéria, tomemos como exemplo a questão da validade dos negócios jurídicos.

³⁹⁶ Refere-se apenas ao réu, na medida em que a prejudicial, quando exposta pelo autor como fundamento da sua ação, apresenta-se como um ponto. Caberá ao demandado, portanto, transformar o ponto prejudicial em uma questão a ser decidida pelo juiz.

³⁹⁷ Neste ponto, há uma semelhança com a regra da *issue preclusion*. Conforme afirmam Albrecht Zeuner e Harald Koch, “The principle of issue preclusion does not apply to judgments by consent or judgments by default, since the requirement that the issue involved has been actually litigated is absent in such a case. A similar result follows as to issues asserted by one party, but conceded by the other, or not contested, or as to issues that have been established by common consent of the parties.” (ZEUNER, Albrecht; KOCH, Harald. *Effects of judgments (Res Judicata)*. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Civil Procedure*. Vol. XVI. Boston: Mohr Sibeck, 2012, p. 38)

³⁹⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. “Objeto do processo e Objeto de debate”. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; FELIX, Marco [et al.]. *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.37-40. Importante esclarecer, no entanto, que Darci Ribeiro não faz nenhuma relação direta entre o que ele denominou de “objeto de debate” e o §1º do art. 503, tal como estamos fazendo aqui. Todavia, o autor expressamente afirma que as questões prejudiciais integrariam o que ele denominou de “objeto do debate”. O “objeto do debate”, segundo Darci Ribeiro, é definido por todas as questões suscitadas pelas partes e que deverão ser solucionadas pelo magistrado, na fundamentação.

Um negócio jurídico pode ser inválido por inúmeros motivos: incapacidade do agente, ilicitude do objeto, inobservância da forma prescrita em lei, vícios de consentimento (erro, dolo, coação etc.); enfim, são diversas as causas que podem ensejar a invalidação de um negócio jurídico.

Quando a validade contratual surge no processo como uma *questão* prejudicial, as partes definem e fixam os limites da discussão. Se o réu alega a nulidade contratual em razão da ilicitude do objeto, será em torno dessa causa que a discussão se desenvolverá. Decidida a questão, ninguém duvidará que a decisão não examinou outras causas que poderiam ensejar a nulidade do negócio jurídico; os limites do debate foram definidos pelas partes, no momento em que a validade contratual se transformou em uma *questão* a ser resolvida no processo; antes disso, não se sabia qual o limite e a exata extensão que a resolução sobre a validade do negócio poderia alcançar.

Nesse cenário, não faria sentido – mormente se analisarmos o tema sob o aspecto da segurança jurídica – tornar imutável e indiscutível uma norma jurídica decorrente de um ato processual cujas consequências, dada a ausência de definição dos limites do debate, não poderiam, ao menos em tese, ser integralmente previstas por quem o praticou.

Ora, reconhecida a validade do negócio jurídico, qual o alcance desse reconhecimento? Deve-se observar o quanto previsto no art. 508 do NCPC (art. 474, CPC-1973)? Todas as causas que poderiam ensejar a nulidade do negócio seriam reputadas como deduzidas e repelidas?

Havendo controvérsia sobre a relação jurídica, saberemos os limites que foram definidos pelas partes e facilmente daremos respostas a essas perguntas. Sendo, porém, incontroversa a relação jurídica, esses limites não estarão, ao menos expressamente, definidos no processo. Daí porque se exige, para a formação da coisa julgada especial, o surgimento de uma *questão* prejudicial (*ponto prejudicial controvertido*).

Ademais, a prejudicialidade incidental deduzida no processo possui uma função instrumental; ou seja, ela serve para justificar, fundamentar, a conclusão que será alcançada na decisão da questão principal.

Em situações tais, o foco da discussão não está direcionado para a prejudicial; as partes concentram as suas atividades sobre a questão principal, que constitui o objeto litigioso do processo.

Note-se, portanto, que o reconhecimento da relação jurídica prejudicial pode ser influenciado pela própria irrelevância da questão principal. Pode o réu, por exemplo, reconhecer que o negócio é válido justamente porque teve a sua atenção desviada pela irrelevância da questão principal, deixando de perceber a importância que aquela matéria poderia alcançar em processos futuros.

Importante observar que o reconhecimento da relação jurídica prejudicial, tal qual o reconhecimento do pedido, consiste em um negócio jurídico unilateral³⁹⁹ por meio do qual a parte abandona a discussão⁴⁰⁰. A parte, portanto, abre mão de discutir um determinado ponto no processo. E, se assim é, ela deve ter plena percepção do que está reconhecendo, bem como das consequências do ato por ela praticado.

Não por acaso, no direito norte-americano, exige-se, para a aplicação da *issue preclusion*, a *previsibilidade da importância da questão para processos futuros*. Nos Estados Unidos, mais do que oportunidade para litigar, é preciso que a parte tenha “incentivo para litigar”. Parece-nos que aqui também.

Observe-se, ademais, que a exclusão dos pontos prejudiciais (mesmo aqueles decorrentes de expresso reconhecimento) do âmbito da coisa julgada especial vai ao encontro do princípio da lealdade processual e confere eticidade ao debate processual.

Se o ponto prejudicial se tornasse imutável pela coisa julgada especial, o legislador teria criado um espaço propício para as “arapucas processuais”; partes inescrupulosas, instruídas por “astutos” procuradores, poderiam mover ações judiciais suscitando como principal uma questão irrelevante com o velado objetivo de obter o reconhecimento sobre a relação jurídica prejudicial.

Por essas razões, não nos parece ilógico defender a ausência de coisa julgada nas hipóteses de reconhecimento, expresso ou tácito, da relação jurídica prejudicial.

Isso, no entanto, não quer dizer que esse ato não produzirá nenhuma estabilidade. Conforme observa Cabral, os atos processuais, sejam eles estimulantes ou determinantes⁴⁰¹, adquirem, em alguma medida, estabilidade dentro e fora do processo em que praticados⁴⁰².

³⁹⁹ Sobre a natureza do reconhecimento do pedido, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. “Reconhecimento do Pedido”. *Direito Processual Civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 94-11; CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 270-271.

⁴⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. cit., p. 270.

⁴⁰¹ Ato estimulante é o ato processual cuja eficácia depende da intermediação de outro sujeito. A vontade do agente que o pratica não é, por si só, suficiente para alcançar o efeito pretendido. Já o ato processual determinante é aquele que desencadeia os efeitos pretendidos independentemente da intermediação de

O fundamento, no entanto, dessa estabilidade não está na coisa julgada, e sim no princípio da boa-fé processual, que veda o comportamento contraditório.

De acordo com o princípio da boa-fé, a parte não pode praticar, no curso do processo, conduta que contrarie o comportamento por ela adotado anteriormente; ela não pode, por exemplo, impugnar a qualidade técnica do perito, tendo anteriormente o elogiado⁴⁰³ ou, ainda, permitir expressamente a exposição do detalhamento das suas ligações telefônicas e, posteriormente, alegar a ilicitude da prova por violar a sua intimidade⁴⁰⁴.

Ocorre que a eficácia da proibição do comportamento contraditório não se restringe ao processo em que praticado o *factum proprium*; ela projeta os seus efeitos para fora do processo, impedindo que a parte atente contra a conduta por ela praticada em outra demanda.

Figure-se um exemplo. Suponhamos que o réu “R”, em ação de cobrança que lhe moveu o autor “A”, tendo por objeto apenas os juros remuneratórios, afirme a validade do negócio jurídico, negando, porém, ser devedor dos juros remuneratórios. A ação é julgada procedente, sendo o réu “R” condenado a pagar o valor exigido pelo autor “A”.

Transitada em julgado a sentença condenatória, poderá o réu “R”, posteriormente, propor nova demanda para anular o contrato objeto do primeiro processo, alegando, por exemplo, que fora coagido a celebrar o negócio? Pensamos que não.

Embora não haja coisa julgada material, a conduta praticada por “R” despertou em “A” a legítima expectativa de que a validade contratual não mais seria questionada, ao menos não com fundamento na existência de vício de consentimento.

A distinção entre essa estabilidade e a coisa julgada prevista no art. 503, §1º, do NCPC estaria no seu grau de intensidade.

outros sujeitos. São exemplos de atos estimulantes os requerimentos e as alegações. São exemplos de atos determinantes o reconhecimento da procedência do pedido, a desistência do recurso, a renúncia ao direito etc. (CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões dinâmicas*. cit., p. 283).

⁴⁰² CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões dinâmicas*. cit., p. 284.

⁴⁰³ TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 281.

⁴⁰⁴ “A juntada de documento contendo o registro de ligações telefônicas de uma das partes, autorizada por essa e com a finalidade de fazer prova de fato contrário alegado por essa, não enseja quebra de sigilo telefônico nem violação do direito à privacidade, sendo ato lícito nos termos do art. 72, § 1.º, da Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações).” (REsp 605.687/AM, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 20/06/2005, p. 273).

A estabilidade gerada pelo expresse reconhecimento da relação jurídica posta como prejudicial poderá ser afastada, se a parte prejudicada demonstrar que somente reconheceu a existência da relação subordinante em razão das circunstâncias discutidas no processo.

Pode a parte, por exemplo, demonstrar a irrelevância do objeto litigioso do primeiro processo, justificando, com base nesse aspecto, o afastamento da estabilidade e a consequente possibilidade de discussão sobre aquele ponto.

O mesmo, no entanto, não ocorrerá caso seja formada a coisa julgada material, nos termos do §1º do art. 503. Nesse caso, o ponto prejudicial restará imune por força da autoridade da coisa julgada, não podendo ser alterado, independentemente do contexto do primeiro processo.

Finalmente, cumpre observar que somente as partes – e, em alguns casos, o Ministério Público – podem transformar o “ponto” em uma questão, sendo vedado ao juiz tornar, de ofício, litigioso o que lhe foi submetido como incontroverso.

Discordamos, neste ponto, do posicionamento defendido, à época da tramitação do Projeto de Lei que originou o novo Código, por Francisco dos Santos Dias Bloch, segundo o qual seria atribuído “ao juiz poderes para incluir as questões prejudiciais ao julgamento da demanda, de ofício, no objeto da ação principal.”⁴⁰⁵.

Conforme afirmam Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery, a aplicação do §1º do art. 503 pressupõe a existência “a questão prejudicial tenha sido agitada pelas partes”⁴⁰⁶. Segundo os mencionados autores, “sem litigiosidade não é possível falar-se em lide”⁴⁰⁷, fazendo-se, desse modo, necessário que “a questão prejudicial tenha sido suscitada no processo, quer pelo autor, quer pelo réu”⁴⁰⁸.

Se o juiz, sem ter sido provocado, enunciar qualquer regra que diga respeito à questão prejudicial não controvertida pelas partes (afirme, por exemplo, no curso da ação de alimentos, que o réu é pai do autor, mesmo diante da ausência de controvérsia sobre a paternidade), essa “resolução” será apenas um motivo da decisão judicial, não ficando abarcada pela autoridade da coisa julgada, nos termos do art. 504 do NCPC.

⁴⁰⁵ BLOCH, Francisco dos Santos Dias. “Coisa julgada e questão prejudicial no novo CPC”. In: AURELLI, Arlete Inês; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; FERREIRA, Willian Santos (coord.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 737 e 744.

⁴⁰⁶ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários...* cit., p. 1221.

⁴⁰⁷ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários...* cit., p. 1222.

⁴⁰⁸ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ...* cit., p. 1222.

Devemos, contudo, ressaltar as questões cognoscíveis de ofício, tais como as nulidades contratuais. Essas questões podem ser suscitadas pelo juiz independentemente de provocação. Assim, a solução dada pelo juiz ficará acobertada pela coisa julgada, presentes os pressupostos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503⁴⁰⁹.

4.3. Necessariedade do julgamento da questão prejudicial.

De acordo com o inciso I, do §1º, do art. 503, somente haverá a formação da coisa julgada sobre a solução da questão prejudicial, se “dessa resolução depender o julgamento do mérito”.

Trata-se de pressuposto semelhante ao que era exigido para o ajuizamento da ação declaratória incidental, ao tempo do CPC-1973. Segundo o art. 470 do Código de Processo Civil de 1973, a resolução da questão prejudicial ficaria acobertada pela coisa julgada, desde que: *i)* assim fosse requerido pela parte; *ii)* o juiz fosse competente em razão da matéria e *ii)* a questão prejudicial constituísse pressuposto necessário para o julgamento da lide.

A doutrina entende que esse último requisito – de constituir pressuposto necessário para o julgamento do mérito – evidencia a impossibilidade de ser proposta ação declaratória incidental tendo por objeto questão prejudicial estranha ao mérito⁴¹⁰. Não pode, por exemplo, ser objeto de ação declaratória incidental a questão correspondente à validade da cláusula de eleição de foro, apesar de ser logicamente antecedente – prejudicial, portanto – da questão relativa à competência⁴¹¹.

O entendimento é importante, sobretudo porque nos auxilia na compreensão do inciso I do §1º do art. 503 do Novo Código de Processo Civil.

É que, na linha do pensamento doutrinário acima mencionado, o legislador, ao afastar a coisa julgada da resolução da questão prejudicial da qual não dependa o julgamento de mérito, quis apenas excluir as questões prejudiciais relativas ao

⁴⁰⁹ Nesse sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 633-634 e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* cit., p. 68.

⁴¹⁰ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 323.

⁴¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. cit., p. 24.

processo⁴¹². Note-se que estas, assim como as prejudiciais relativas ao mérito, também são resolvidas na fundamentação da decisão judicial. Em outras palavras, são questões juridicamente prejudiciais que são resolvidas *incidenter tantum* pelo magistrado.

O §1º do art. 503, contudo, não faz qualquer ressalva sobre o tipo de questão prejudicial (se relativa ao processo ou ao mérito) que ficará acobertada pela autoridade da coisa julgada. O inciso I, no entanto, afasta a dúvida; prevê expressamente que apenas as prejudiciais relativas ao mérito podem ficar abrangidas pela coisa julgada especial.

Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, porém, dá outra interpretação a esse dispositivo. Para ele, o inciso I, do §1º, do art. 503 determina que a resolução da questão prejudicial somente fará coisa julgada se ela constituir pressuposto *necessário* e *determinante* para o resultado alcançado pelo processo⁴¹³.

Nesse passo, segundo explica Carrilho Lopes, não poderiam ser qualificadas como necessárias, e, portanto, determinantes do resultado, as questões decididas *desfavoravelmente ao vencedor da questão principal*, bem assim os motivos da *sentença que contiver fundamentos alternativos*⁴¹⁴. Em outras palavras, a coisa julgada especial, uma vez adotada a proposta de Carrilho Lopes, seria *secundum eventum litis*⁴¹⁵.

Com base na experiência norte-americana da aplicação da *issue preclusion*, Carrilho Lopes afirma que, nas hipóteses acima referidas, se deve afastar a formação da coisa julgada, na medida em que não haveria “como garantir a presença de cognição compatível com a formação da coisa julgada”⁴¹⁶.

Além disso, para o mencionado autor, o posicionamento por ele defendido evitaria o estímulo à proliferação de recursos, uma vez que o vencedor da demanda não seria obrigado a recorrer, diante da sua derrota na resolução da questão prejudicial⁴¹⁷.

⁴¹² Nesse sentido, cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. “Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil Brasileiro”. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Novo CPC doutrina selecionada*. Vol. 02. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 571.

⁴¹³ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* cit., p. 68-69. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero também adotam esse posicionamento. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 634.)

⁴¹⁴ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* cit., p. 81.

⁴¹⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito processual Civil*. vol. 02. cit., p.536.

⁴¹⁶ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* cit., p. 69.

⁴¹⁷ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos...* cit., p. 70.

Apesar de muito bem estruturado e logicamente consistente, não concordamos com esse posicionamento.

O §1º do art. 503 busca evitar que as questões prejudiciais que foram exaustivamente debatidas e resolvidas sejam novamente discutidas pelas partes. Ora, se as partes controverteram a questão prejudicial; debateram exaustivamente sobre essa questão; produziram as provas possíveis e necessárias para a sua solução; e a questão foi expressamente decidida, não vislumbramos nenhuma razão para que não haja a formação da coisa julgada especial.

A experiência norte-americana, embora possa ser útil para compreendermos a novidade prevista no NCPC, não parece ser nesse aspecto compatível com a realidade brasileira. Há distinções substanciais entre o instituto norte-americano e a coisa julgada especial que tornam a aplicação da regra brasileira menos complexa do que a da *issue preclusion*.

Conforme visto linhas acima, a *issue preclusion* torna imutável as questões de fato e as questões de direito. O objeto da *issue preclusion* é bem mais amplo do que o da coisa julgada especial. Essa constatação é de suma importância, porque serve para compreendermos o sentido que os norte-americanos emprestam à noção da “essencialidade da questão decidida”.

Deveras, são inúmeras e diversas as questões de fato e de direito solucionadas pelo magistrado no processo; elas podem ou não exercer influência na decisão final. Dada a diversidade das questões que podem surgir no processo, seria contraproducente que as soluções de todas elas se tornassem imutáveis por força da *issue preclusion*. Haveria, no sistema norte-americano, um verdadeiro tumulto processual, na medida em que tanto o vencedor quanto o perdedor seriam obrigados a recorrer de cada questão, de fato e de direito, resolvida pelo magistrado, ainda que ela fosse irrelevante para a solução da lide.

Essa situação, segundo pensamos, dificilmente ocorrerá no direito brasileiro. A coisa julgada especial, como já dissemos, incide apenas e tão somente sobre a resolução da questão prejudicial, o que exclui do seu objeto as questões de fato e a *ratio decidendi*.

Desse modo, não haverá um estímulo à proliferação de recursos; ao menos não da forma tumultuada como enuncia o prognóstico de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes.

Em verdade, o que se observará, no direito brasileiro, é uma situação semelhante ao que ocorrerá se a questão prejudicial for deduzida *principaliter* e sua solução for desfavorável ao vencedor da questão subordinada.

Para compreendermos o que estamos afirmando, pensemos em dois exemplos: *i)* o autor “A” propõe contra réu “R” ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos; *ii)* o autor “A1” propõe contra o réu “R1” ação de alimentos com fundamento na paternidade.

Imaginemos que em ambos os casos o juiz tenha produzido prova pericial (exame de DNA) e que, com base nessa prova, tenha concluído que os réus são pais dos autores, julgando, porém, improcedentes os pedidos de alimentos com fundamento na ausência de necessidade dos demandantes.

Ora, analisando exclusivamente a preocupação de Carrilho Lopes com o estímulo à proliferação de recursos, qual a distinção entre essas duas situações?

Observe que essencialmente estamos diante de situações idênticas. Em ambos os casos, o juiz terá decidido após amplo contraditório, pondo fim à controvérsia que existia em torno da paternidade; as partes terão gasto a mesma energia; produzido a mesma prova; e deduzido as mesmas alegações, mas, de acordo com o posicionamento de Carrilho Lopes, somente na primeira situação haverá a formação da coisa julgada. Não parece ter sido esse o objetivo do §1º do art. 503, que, aliás, segundo a exposição dos motivos do novo Código, visa dar maior *rendimento possível a cada processo*.

O que se pretende com a coisa julgada especial é evitar justamente que a questão prejudicial em torno da qual as partes e o juiz dispensaram as suas energias volte a ser discutida posteriormente. Se uma questão prejudicial, que já foi discutida e decidida, puder ser objeto de um novo debate processual, não terá sido atendido o objetivo do instituto (*dar maior rendimento possível a cada processo*).

Conforme já dissemos, inciso I, do §1º, do art. 503 do NCPC apenas deixa claro que as resoluções das questões prejudiciais estranhas ao mérito da causa não farão coisa julgada. Ou seja, as prejudiciais incidentais relativas ao processo não ficarão acobertadas pela coisa julgada especial. É o caso, por exemplo, da solução dada pelo juiz à questão relativa à validade da cláusula de eleição de foro. Ainda que o juiz entenda pela validade da cláusula, a parte poderá em outra demanda que verse sobre o mesmo negócio jurídico defender a sua nulidade do dispositivo normativo contratual.

4.4. Existência de contraditório prévio e efetivo.

O inciso II do §1º do art. 503 exige, para a formação da coisa julgada especial, que tenha havido contraditório *prévio e efetivo* a respeito da questão prejudicial incidental.

O contraditório necessário para a formação da coisa julgada relativa à questão prejudicial é qualificado; não se efetiva apenas com a garantia de participação das partes no processo. Em outras palavras, não basta que o juiz conceda às partes a possibilidade de elas se manifestarem sobre a questão prejudicial; é preciso que elas efetivamente se manifestem.

Do mesmo modo, não é suficiente que apenas uma das partes se manifeste sobre a questão prejudicial; é preciso que ambos os litigantes debatam a questão⁴¹⁸.

À semelhança do que ocorre na regra da *issue preclusion*, não é suficiente para a formação da coisa julgada especial que as partes tenham a oportunidade de litigar. Elas devem efetivamente litigar⁴¹⁹. Efetivo contraditório, portanto, significa debate efetivo⁴²⁰. Essa é uma das razões, aliás, pelas quais o ponto prejudicial não está abarcado pela autoridade da coisa julgada (vide tópico 4.2 deste capítulo).

Sendo assim, “se a prejudicial foi alegada em poucas linhas pelo autor” e “não foi abordada pelo réu, tampouco houve consideração desta questão por parte do juiz, não se pode falar que tenha contraditório efetivo”⁴²¹.

Observe-se que o novo Código afasta a aplicação do §1º do art. 503 nos casos de revelia. Nas hipóteses de revelia, em razão da ausência do réu, não há – ou supõe-se

⁴¹⁸ Nesse sentido, assevera Leonardo Greco: “Parece-me que para evitar que no futuro possa surgir qualquer dúvida sobre a extensão da coisa julgada à questão prejudicial se avalie com muito rigor o preenchimento do pressuposto do contraditório prévio e efetivo, que significa que deve uma das partes ter categoricamente afirmado a existência do direito que constitui pressuposto necessário do julgamento do pedido e que deve a outra ter também categoricamente negado a existência desse direito, bem como que sobre a existência desse direito e sobre os fatos que gerariam a sua existência ou a sua inexistência, tenham tido as partes a mais ampla e efetiva possibilidade de formular alegações, propor e produzir provas e que toda essa ampla matéria cognitiva tenha sido exaustivamente apreciada pelo juiz na sentença. A inércia ou a omissão de uma das partes, que não impugne a existência desse direito ou a verdade dos fatos de que ele resulta, não é suficiente para caracterizar o contraditório efetivo.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. cit., p. 336).

⁴¹⁹ ZVEIBIL, Daniel Guimarães. “Ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no NCPC e o fantasma da simplificação desintegradora”. cit., p. 602.

⁴²⁰ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários...* cit., p. 1222; REDONDO, Bruno Garcia. Questões Prejudiciais e Limites Objetivos da Coisa julgada no Novo CPC. *Revista de Processo*, Ano 40, n. 248, out/2015, p. 51.

⁴²¹ CABRAL, Antônio do Passo. “Da Coisa Julgada”. cit., p. 1292.

que não tenha havido – efetivo litígio em torno da prejudicial⁴²². Daí porque o novo Código, visando assegurar a plena efetivação do contraditório, afasta a possibilidade da formação da coisa julgada especial nos casos de revelia.

Nem sempre, porém, a revelia impedirá a formação da coisa julgada especial. Há situações em que a revelia (não apresentação de contestação) não será um obstáculo ao debate da questão prejudicial. Existem matérias que podem ser alegadas após o prazo de defesa (art. 342, NCPC). Assim, enquadrando-se a questão prejudicial nas hipóteses previstas no art. 342 do NCPC (nulidade contratual absoluta, p. ex), nada impedirá que o réu revel a suscite no curso do processo. Uma vez suscitada e debatida no processo, a solução dada à questão prejudicial ficará acobertada pela coisa julgada, ainda que o réu tenha sido revel.

O que interessa é que as partes tenham efetivamente discutido a questão prejudicial. Se a revelia não é um obstáculo para a realização do debate processual, ela não será, por si só, um impedimento para a formação da coisa julgada especial⁴²³.

Questão interessante poderá ocorrer na hipótese de litisconsórcio.

Pensemos, por exemplo, na situação em que há dois réus e ambos contestam, mas apenas um deles controverte a relação jurídica prejudicial; ou – supondo-se que ambos foram regularmente citados – apenas um réu apresenta contestação, sendo o outro, portanto, revel; resolvida a questão prejudicial, haverá a formação da coisa julgada nesses casos?

Para não correremos o risco de baralharmos as hipóteses, convém analisar as situações acima expostas separadamente.

Hipótese I: os dois réus apresentam contestação – não há, portanto, revelia –, mas apenas um deles controverte a relação jurídica prejudicial.

Conforme dissemos, a coisa julgada especial exige a realização de um contraditório qualificado, ou seja, exige que a questão tenha sido efetivamente debatida no processo.

Contudo, para o preenchimento do pressuposto previsto no §1º, II do art. 503 não é necessário que todos os litigantes participem ativamente da discussão; basta apenas que tenha havido efetivo debate em torno da questão prejudicial. Pouco importa

⁴²² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 02, cit, p. 537.

⁴²³ REDONDO, Bruno Garcia. *Questões Prejudiciais...* cit., p. 52).

quem o suscitou, se ambos os litisconsortes ou apenas um deles; o que interessa é que tenha havido efetivo debate em torno da questão prejudicial.

O contraditório, “no que se refere ao direito de expressão (um dos seus consectários), é uma faculdade das partes”⁴²⁴. Se um dos litisconsortes optou por ser mero expectador do combate travado entre os outros litigantes⁴²⁵, assim o fez (por desleixo ou conveniência, pouco importa) porque quis; exerceu legitimamente uma faculdade que lhe é lícita. Contudo, não poderá negar a existência de coisa julgada sob o pretexto de que não teve participação ativa no debate processual. Essa alegação, inclusive, ofenderia o princípio da boa-fé processual.

Importante observar que, aqui, o réu, por ato próprio e voluntário, deixa de participar ativamente do debate. O debate, portanto, existe; a questão é controvertida e os seus limites são definidos pelas partes. Ou seja, o caminho para a formação da coisa julgada já terá sido trilhado. No entanto, o litisconsorte opta por não participar da discussão.

Desse modo, na hipótese examinada, pensamos que a omissão do réu que não controverteu relação jurídica prejudicial não impede a formação da coisa julgada.

Hipótese 2: os dois réus foram regularmente citados, mas apenas um apresentou contestação e controverteu a relação jurídica prejudicial; o outro réu foi revel.

A formação da coisa julgada especial nesse caso passa pela identificação do regime de tratamento dos litisconsortes, que, por sua vez, varia a depender tipo de litisconsórcio, se simples (ou comum) ou unitário.

O litisconsórcio será simples (ou comum) quando for possível o juiz decidir o mérito de modo diferente para cada litisconsorte⁴²⁶. Ocorre quando as partes discutem relações jurídicas distintas ou quando discutem uma relação jurídica *divisível*. Por outro lado, o litisconsórcio será unitário quando o provimento jurisdicional de mérito tiver de decidir de modo uniforme o mérito da demanda⁴²⁷. Ocorre quando as partes discutem uma única relação jurídica de natureza *indivisível*⁴²⁸.

⁴²⁴ CABRAL, Antônio do Passo. “Da Coisa Julgada”. cit., p. 1292.

⁴²⁵ Observe-se, no entanto, que o juiz deve, conforme o art. 10 do NCPC, permitir que o litisconsorte participe ativamente do debate, ainda que ele não tenha suscitado controvérsia sobre o ponto prejudicial.

⁴²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 129.

⁴²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. cit., p. 128-135.

⁴²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 134-135.

Se o litisconsórcio for unitário, os litisconsortes devem ser tratados de forma uniforme; se o litisconsórcio for simples, os litisconsortes devem ser tratados como partes distintas, de modo que “os atos praticados por um não beneficiam nem prejudicam o outro”⁴²⁹. Nesse sentido dispõe o art. 117 do NCPC:

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.

Na situação ora examinada, para sabermos se haverá ou não a formação da coisa julgada, deve-se identificar se o litisconsorte formado é simples ou unitário.

Aqui, porém, uma observação se faz necessária. A unitariedade ou não do litisconsórcio, para o fim de verificar a ocorrência da coisa julgada especial, deve ser analisada à luz da relação jurídica prejudicial. Isso porque é possível que o litisconsórcio seja simples quanto à relação jurídica principal, mas seja unitário quanto à relação jurídica prejudicial. Basta pensarmos no caso em que dois devedores solidários suscitam, em ação de cobrança, a nulidade do título de crédito; quanto à questão principal, o juiz pode proferir decisões diferentes (pode condenar apenas um devedor, por exemplo); porém, quanto à relação jurídica prejudicial, a decisão terá de ser uniforme; se o título for nulo, será nulo para os dois devedores.

Pois bem, tratando-se de litisconsórcio simples, os litisconsortes deverão ser tratados como partes distintas. Assim, a revelia de um dos réus não prejudicará nem beneficiará o outro, em nada afetando a formação da coisa julgada especial.

Concernente, porém, ao litisconsórcio unitário, não haveria a formação da coisa julgada especial, dada necessidade de se conferir tratamento uniforme aos litisconsortes. Assim, nesse caso, a revelia de um dos réus impediria a formação da coisa julgada especial. A questão, todavia, não é tão simples assim.

Conforme afirma Antônio do Passo Cabral, “a não apresentação da contestação [revelia] é uma possibilidade aberta, legítima, de atuação processual, podendo ser vista como uma omissão voluntária do réu, que pode ser considerada sim exercício de contraditório”⁴³⁰.

⁴²⁹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 466.

⁴³⁰ CABRAL, Antônio do Passo. “Da Coisa Julgada”. cit., p. 1292.

Desse modo, é possível que, mesmo nas hipóteses de revelia, tenha havido contraditório prévio e efetivo em torno da questão prejudicial⁴³¹. É justamente o que pode ocorrer na hipótese de haver um litisconsórcio passivo unitário⁴³².

O réu, uma vez citado, pode: *i*) comparecer e apresentar contestação; *ii*) comparecer e não apresentar contestação; *iii*) não comparecer. Nas duas últimas situações, haverá revelia. Portanto, a revelia pode ocorrer com ou sem o comparecimento do réu aos autos. E é aqui, segundo pensamos, que reside a solução do problema ora examinado.

A revelia somente não poderá ser compreendida como uma omissão voluntária se o litisconsorte revel não comparecer aos autos. Se o litisconsorte comparecer e não apresentar contestação, ele estará omitindo-se do debate voluntariamente; a sua conduta não configurará um obstáculo ao contraditório. A conduta dele em nada difere daquela praticada pelo réu que contesta, não controverte a relação jurídica prejudicial, mas omite-se quanto à discussão suscitada pelo outro litisconsorte (*hipótese 1*).

Ressalte-se, porém, que esse comparecimento deve ocorrer em momento processual no qual ainda seja possível ao revel discutir a questão prejudicial suscitada pelo outro litisconsorte; não haverá a coisa julgada se o litisconsorte revel intervier no processo quando não lhe for mais possível exercer qualquer influência sobre a decisão judicial. É o que ocorrerá se o revel comparecer no processo após o encerramento da fase instrutória.

Desse modo, entendemos que, havendo litisconsórcio passivo unitário, a revelia de um dos réus somente impedirá a formação da coisa julgada especial, se o litisconsorte revel não comparecer aos autos. Se ele comparecer antes do encerramento da fase instrutória, haverá a formação da coisa julgada sobre a resolução dada à questão prejudicial.

4.5. Competência.

Exige-se, ainda, para a formação da coisa julgada especial que o juízo tenha competência absoluta para resolvê-la como questão principal (art. 503, §1º, III).

⁴³¹ CABRAL, Antônio do Passo. Da Coisa Julgada. In: *Breves Comentários...* cit., p. 1292.

⁴³² Além disso, existem matérias que podem ser deduzidas a qualquer tempo pela parte. Essas questões, uma vez suscitadas e discutidas pelas partes, ficarão abarcadas pela autoridade da coisa julgada especial, ainda que réu seja revel. (REDONDO, Bruno Garcia. *Questões Prejudiciais...* cit., p. 52.)

Ao contrário da coisa julgada comum, que se formará ainda que a decisão tenha sido proferida por juízo incompetente, a solução da questão prejudicial incidental somente ficará imutável se o órgão prolator for absolutamente competente para resolvê-la como questão principal.

Com efeito, é possível que o juízo somente tenha competência para examinar a questão prejudicial *incidenter tantum*. É o que pode ocorrer, por exemplo, “em causa previdenciária que tramita na Justiça Federal, cuja questão prejudicial seja uma relação jurídica de família”⁴³³. Nesse caso, o juízo federal resolverá a questão prejudicial incidental, mas sobre ela não haverá coisa julgada, podendo as partes rediscuti-la posteriormente.

Outro exemplo ocorre no controle difuso de constitucionalidade em que qualquer juízo possui competência para resolver a questão constitucional incidental, mas somente o Supremo Tribunal Federal pode solucioná-la *principaliter*, no controle concentrado. Logo, no controle difuso de constitucionalidade, a questão constitucional resolvida pelo juiz *incidenter tantum* não fará coisa julgada.

Questão interessante, contudo, pode surgir quando o Supremo Tribunal Federal (STF) resolver a questão constitucional em controle difuso de constitucionalidade. É possível que a questão constitucional incidental seja resolvida pelo STF em sede de julgamento de recurso extraordinário. Nesse caso, a questão constitucional incidental será resolvida por juízo absolutamente competente para resolvê-la como questão principal. Assim, questiona-se: haverá coisa julgada? Pensamos que não. Vejamos os motivos.

Antes de qualquer análise, deve-se ressaltar que o problema acima exposto não foi formulado cogitando-se a possibilidade de haver formação de coisa julgada *erga omnes*, típica do controle concentrado de constitucionalidade.

Sem dúvida alguma, qualquer interpretação que pretenda, com base no §1º do art. 503 do NCPC, conferir força de coisa julgada *erga omnes* à solução dada pelo STF à questão prejudicial constitucional incidental, desvirtuaria o nosso sistema de controle de constitucionalidade. Observe-se que, em termos práticos, se estaria conferindo a qualquer jurisdicionado legitimidade processual para discutir com eficácia *erga omnes* a

⁴³³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 02, cit, p. 537.

constitucionalidade de lei ou ato normativo. Não é esse problema que pretendemos enfrentar.

A discussão que se coloca é a seguinte: sendo a questão constitucional incidental resolvida pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, haveria coisa julgada com eficácia *inter partes*?

Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que sim. Segundo os referidos autores, considerando que o Supremo Tribunal Federal possui competência material para julgar a prejudicial de inconstitucionalidade como questão principal, haveria a formação da coisa julgada especial, desde que presentes os demais pressupostos legalmente previstos⁴³⁴.

Assim, sendo o reconhecimento de inconstitucionalidade uma questão prejudicial relativa ao mérito da demanda e havendo sido essa questão suscitada e discutida pelas partes, a decisão proferida pelo STF é alcançada pela autoridade da coisa julgada, nos termos §1º do art. 503 do NCPC.

Não concordamos, contudo, com este posicionamento.

Conforme o enunciado n. 437 do FPPC, o §1º do art. 503 se limita à existência, inexistência ou modo de ser de situação jurídica⁴³⁵. Assim, é necessário que da solução dada à questão prejudicial resulte uma declaração de existência ou inexistência de uma situação jurídica⁴³⁶, o que não ocorre com a solução da questão prejudicial constitucional⁴³⁷.

⁴³⁴ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários...* cit., p. 1232.

⁴³⁵ De acordo com referido enunciado, a coisa julgada sobre a questão prejudicial também alcança a autenticidade ou falsidade de documento. Contudo, não concordamos com esse posicionamento. Os motivos da nossa discordância serão expostos mais frente.

⁴³⁶ *Situação jurídica* aqui é compreendida em seu sentido lato, ou seja, é “qualquer posição em que se encontre o sujeito de direito no mundo jurídico” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. cit., p. 95).

⁴³⁷ Conforme dissemos no tópico 3.1, do capítulo I *supra*, podemos classificar as questões de direito em dois tipos: *i*) questões de direito cujas soluções resultam na declaração de existência ou inexistência de uma situação jurídica, tal como ocorre no reconhecimento da validade de um negócio jurídico e *ii*) questões de direito cujas soluções não importam o reconhecimento de existência ou de inexistência de uma situação jurídica, como é o caso das decisões que resolvem uma questão constitucional. Observe-se, no entanto, que, segundo Fredie Didier Jr e Lucas Buriel de Macêdo, a questão constitucional reflete uma relação entre normas; seria, portanto, uma relação jurídica “que pode ensejar situações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade” (DIDIER JR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel. “Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação n. 4.374/PE”. *Revista Jurídica da Presidência*, vol. 16, n. 110, out.2014/jan.2015, p. 578). Adotando-se esse entendimento, cairia por terra o nosso argumento. No entanto, no texto, nós adotamos a compreensão de relação jurídica nos termos mencionados por Marcos Bernardes de Mello para quem “as relações jurídicas somente se estabelecem entre, no mínimo, dois sujeitos de direito.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*. cit., p. 190).

Além disso, deve-se observar que, embora não o exija expressamente, a lógica impõe que a coisa julgada especial apenas se forme nos processos em que as partes litigantes tenham legitimidade para deduzir a prejudicial como questão principal⁴³⁸. Não faz sentido exigir que o juiz seja absolutamente competente para resolver a prejudicial *principaliter*, se as partes litigantes não tenham legitimidade para discuti-la como uma questão principal.

Desse modo, ainda que a questão prejudicial incidental seja resolvida por juízo absolutamente competente para resolvê-la *principaliter*, não haverá a formação de coisa julgada especial, se as partes não possuírem legitimidade para discutir a questão prejudicial em caráter principal.

No caso das decisões proferidas pelo STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade, as partes, em regra, não possuem legitimidade para deduzir, como principal, a questão constitucional. Sendo assim, também por esse motivo, não haverá a formação da coisa julgada sobre a resolução da questão constitucional incidental, ainda que proferida pelo STF no exercício do controle difuso de inconstitucionalidade.

4.6. Ausência de restrições probatórias ou cognitivas.

A formação de coisa julgada especial pressupõe que tenha havido intenso e amplo debate em torno da questão prejudicial. Em um processo com restrições probatórias ou cognitivas, a discussão, a princípio, não se realizará de forma plena; as partes não terão à sua disposição todos os meios processuais necessários para exercer adequadamente influência sobre a decisão judicial.

Nesse ponto, o §2º do art. 503 do NCPC reforça a exigência do contraditório prévio e efetivo⁴³⁹. De acordo o referido dispositivo, não haverá a formação da coisa julgada especial, se, no processo em que a questão for resolvida, houver restrições probatórias ou limitações cognitivas que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

⁴³⁸ Trata-se de um pressuposto exigido pela doutrina italiana e espanhola para a extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial. Sobre o tema, cf. PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato Civile (dir.vig.)*. cit., p. 867-869; TAPIA FERNANDEZ, Isabel. *El objeto del proceso...* cit., p.166; OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso...* cit., p. 217, nota de rodapé n. 144; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites Objetivos...* cit., p. 42.

⁴³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. “Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil Brasileiro”. cit., p. 573.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, a regra prevista no §2º do art. 503 impede a formação da coisa julgada especial “em processo com cognição sumária (limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial) e em processos com cognição *secundum eventum probationis*”⁴⁴⁰.

Os mencionados autores afirmam, sem qualquer ressalva, que nesses casos, “tendo em conta o ambiente desfavorável ao direito à prova das alegações em toda sua extensão, não poderá a resolução da questão prejudicial ser objeto de coisa julgada”⁴⁴¹.

No mesmo sentido parece ser o posicionamento de Alexandre Freitas Câmara, para quem “a mera existência de limitações probatórias já é suficiente para afastar a possibilidade de formação da coisa julgada material sobre a resolução da questão prejudicial.”⁴⁴². Também para ser esse o entendimento de Humberto Theodoro Junior⁴⁴³.

Com todo respeito, ousamos divergir dos seus posicionamentos.

A mera existência de restrição probatória ou limitação cognitiva não é suficiente, por si só, para impedir a formação da *coisa julgada especial*; é necessário que a restrição/limitação impeça o aprofundamento da análise em torno da questão prejudicial.

O referido dispositivo, basicamente, cuida de duas hipóteses: *i*) quando a resolução da questão prejudicial ocorrer em procedimento com cognição parcial ou limitada e exauriente (limitação cognitiva) e *ii*) quando a resolução da questão prejudicial ocorrer em procedimento com cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis* (restrição probatória)⁴⁴⁴.

Nos procedimentos em que a cognição é parcial (ou limitada) e exauriente, deverá ser investigado se as limitações cognitivas constituem ou não obstáculos ao aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Somente não haverá a formação da coisa julgada especial, se não for possível discutir a própria questão prejudicial ou alguma outra questão a ela relacionada. É o que ocorre no procedimento de desapropriação em que a contestação “só poderá versar

⁴⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 634.

⁴⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 634.

⁴⁴² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. cit., p.309.

⁴⁴³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 1121-1122.

⁴⁴⁴ Sobre as espécies de cognição judicial, ver tópico 4, do Capítulo I deste trabalho.

sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta” (art. 20, Decreto-lei n. 3.365/1941)⁴⁴⁵.

Caso, porém, a restrição não recaia sobre a questão prejudicial ou alguma outra questão a ela relacionada, presentes os demais pressupostos (§1º, art. 503), óbice algum haverá para a formação da coisa julgada especial.

Nos embargos de terceiro movidos por credor com garantia real⁴⁴⁶, por exemplo, o embargado pode alegar a nulidade do título. Trata-se, como se vê, de uma questão prejudicial ao mérito dos embargos que a lei não só não impede que o embargado a suscite como expressamente assim o permite. Desse modo, resolvida a questão sobre a nulidade do título de crédito, as partes (embargante ou embargado) não mais poderão rediscuti-la em outro processo.

Outro exemplo também pode nos ajudar a compreender a situação. Imaginemos que o autor “A” propõe em face do réu “R” ação de reintegração de posse. “R” defende-se alegando que a sua posse está amparada por contrato de locação e “A”, em réplica, alega a inexistência do pacto locatício. Note-se que não há qualquer limitação para que as partes discutam, no âmbito da ação de reintegração de posse, sobre a existência ou inexistência da relação locatícia, cuja solução, por sua vez, é prejudicial ao julgamento do mérito (se existente o contrato de locação, não haverá esbulho possessório). Assim, a solução sobre a existência do contrato de locação ficará acobertada pela autoridade da coisa julgada.

Semelhante raciocínio deve ser realizado nos procedimentos em que a cognição é plena e exauriente *secundum eventum probationis*. Conforme já dissemos, a simples restrição probatória não é suficiente para, por si só, impedir a formação da coisa julgada especial.

Nos procedimentos em que a cognição é plena e exauriente *secundum eventum probationis*, a decisão definitiva “fica condicionada à profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, com base na prova existente dos autos (e permitida para procedimento), efetivar.”⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ “Não ação de desapropriação, a cognição é parcial e exauriente. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 714.).

⁴⁴⁶ Trata-se de procedimento de cognição parcial, na medida em que o embargado somente pode alegar as questões previstas no art. 680 do NCPC. Nesse sentido, cf. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. cit., p. 87; NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários...* cit., p. 1503.

⁴⁴⁷ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 446.

Desse modo, se os elementos probatórios forem suficientes para a solução definitiva da questão prejudicial, haverá cognição exauriente, estando a decisão judicial apta a formar coisa julgada. Se, por exemplo, no mandado de segurança, a resolução da questão prejudicial não depender de instrução probatória, ela ficará acobertada pela autoridade da coisa julgada, desde que presentes os demais pressupostos legalmente previstos⁴⁴⁸.

O que interessa, portanto, é investigar se a restrição probatória impede ou não a análise da questão prejudicial. Essa análise, contudo, será feita casuisticamente; apenas no caso concreto é que será possível identificar se a restrição probatória impediu ou não o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Tratando-se de pressuposto negativo, caberá à parte que alegar a inexistência da coisa julgada especial demonstrar que a restrição probatória não impediu que a questão prejudicial fosse analisada com a necessária profundidade. Em outras palavras, a parte deve demonstrar que a decisão judicial protegida pela coisa julgada seria diversa da que foi proferida. Por exemplo, na hipótese dos Juizados Especiais em que há uma limitação quanto ao número de testemunhas que podem ser ouvidas, cumprirá ao litigante demonstrar que ele teria outras testemunhas a inquirir, bem assim que o depoimento dessas testemunhas seria capaz de alterar a decisão judicial.

Por fim, cumpre observar que a restrição, tanto a probatória quanto a cognitiva, pode decorrer da lei ou da vontade das partes⁴⁴⁹.

Como visto, existem procedimentos que, por força de lei, têm restrições probatórias ou cognitivas. É o que ocorre no mandado de segurança em que se exige prova pré-constituída (restrição probatória) e nas ações possessórias em que não se admite a discussão sobre o domínio sobre a coisa (restrição cognitiva).

No entanto, é possível que as próprias partes, nos termos do art. 190 do NCPC, celebrem negócio jurídico processual, fixando cláusula que imponha alguma restrição probatória ou que limite as questões que poderão ser discutidas no processo. Podem as

⁴⁴⁸ Nesse sentido, na última edição do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, realizado nos dias 23, 24 e 25 de outubro de 2015, o Grupo de Sentença, coisa julgada e ação rescisória aprovou o seguinte enunciado interpretativo: “As restrições probatórias do mandado de segurança não impedem, por si sós, a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental.”. A plenária, no entanto, rejeitou a proposta.

⁴⁴⁹ DIDIER JR, Fredie. “Da coisa julgada”. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 769.

partes, por exemplo, convencionar que não haverá a produção de prova pericial ou até mesmo limitar as questões que poderão ser conhecidas pelo juiz⁴⁵⁰.

Pouco importa se a limitação tenha decorrido da lei ou da vontade das partes; havendo restrição à prova ou à cognição, que impeça o aprofundamento da análise da questão prejudicial, não haverá a formação da coisa julgada especial⁴⁵¹.

4.7. Necessidade de remessa necessária.

Conforme ensina Leonardo Carneiro da Cunha, a remessa necessária é uma condição de eficácia da sentença; “enquanto não procedida a reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não contendo plena eficácia”⁴⁵².

Neste passo, nas causas contra a Fazenda Pública, além do preenchimento dos pressupostos acima examinados, a formação da coisa julgada especial dependerá da remessa necessária, nos termos previstos no art. 496 do NCPC. Nesse sentido, inclusive, dispõe o enunciado n. 439 do FPPC: “Nas causas contra a Fazenda Pública, além do preenchimento dos pressupostos previstos no art. 503, §§ 1º e 2º, a coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental depende de remessa necessária, quando for o caso”.

5. DA ESTABILIDADE DA DECISÃO QUE RECONHECE A EXISTÊNCIA OU INEXISTÊNCIA DA COISA JULGADA ESPECIAL.

É possível que surja controvérsia sobre o preenchimento dos pressupostos necessários para a formação da coisa julgada especial. Duas são as situações em que pode ocorrer a discussão acerca dos pressupostos da coisa julgada especial: *i*) o sujeito propõe uma demanda, ignorando a existência de resolução da questão prejudicial incidental; o réu, em defesa, apresenta a *exceptio rei iudicatae*, afirmando a existência dos pressupostos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503; *ii*) o sujeito propõe uma demanda, valendo-se do efeito positivo da coisa julgada, hipótese em que deverá demonstrar a

⁴⁵⁰ Segundo Pedro Henrique Nogueira, o art. 190 do NCPC permite que as partes firmem acordos sobre o procedimento. Esses acordos podem ser estáticos ou dinâmicos. Nos *acordos estáticos*, as partes apenas optam por determinado procedimento previamente previsto na lei. Nos *acordos dinâmicos*, as partes ajustam o procedimento de acordo com os seus interesses, podendo, inclusive, criar um novo rito. (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. cit., p. 226-227).

⁴⁵¹ CABRAL, Antônio do Passo. Da Coisa Julgada. In: *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Freddie; TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1293.

⁴⁵² CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 216.

existência dos pressupostos previstos no §§ 1º e 2º do art. 503; o réu, em defesa, nega a existência dos pressupostos⁴⁵³.

Pode, ainda, a questão surgir quando do ajuizamento de eventual ação rescisória. Nesse caso, caberá ao autor da ação rescisória demonstrar o preenchimento dos pressupostos dos §§ 1º e 2º do art. 503; “é que, não preenchidos esses pressupostos, não há coisa julgada e, portanto, não haverá o que ser rescindido”⁴⁵⁴. Dificilmente o réu da ação rescisória alegará a inexistência de coisa julgada, já que ela lhe beneficia; no entanto, o tribunal pode reconhecer *ex officio* a inexistência dos pressupostos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503, hipótese em que inadmitirá a demanda rescisória.

Nas três situações acima descritas, haverá uma decisão judicial reconhecendo a existência ou a inexistência dos pressupostos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503; haverá uma decisão reconhecendo a existência da coisa julgada sobre a resolução da questão prejudicial.

Surge aqui a seguinte dúvida: havendo o trânsito em julgado dessa decisão, a existência ou não da coisa julgada especial pode ser objeto de nova discussão e nova decisão em outro processo?

Imaginemos que o autor “A” propõe em face do réu “R” ação de cobrança. Nessa ação, o juiz, resolvendo expressamente a questão relativa à validade contratual, condena o réu ao pagamento da quantia exigida pelo demandante.

Após o trânsito em julgado da decisão, “R” ignorando a primeira demanda propõe ação anulatória do negócio jurídico objeto da ação de cobrança. “A” alega *exceptio rei iudicatae* e “R” nega a existência de coisa julgada especial sob o argumento de que não houve contraditório prévio e efetivo em torno da questão prejudicial. O juiz acolhe a exceção de coisa julgada e extingue a demanda anulatória proposta por “R”.

A decisão transita em julgado. “A” propõe uma nova demanda contra “R”, agora requerendo indenização em razão dos prejuízos decorrentes do descumprimento contratual que fundamentou a ação de cobrança. “R” alega novamente a nulidade contratual anteriormente decidida na primeira demanda (ação de cobrança) e “A” afirma

⁴⁵³ Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira invertem essa lógica. Segundo os processualistas baianos, os fatos indicados nos §§ 1º e 2º do art. 503 são fatos impeditivos para a extensão da coisa julgada à extensão da questão prejudicial. Desse modo, caberá à parte que desejar afastar a coisa julgada afirmar um dos fatos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503. (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, cit., p. 538; DIDIER JR, Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.6, n.1, jan-abr/2015, p. 81-94).

⁴⁵⁴ DIDIER JR, Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução... cit., p. 81-94.

a existência da coisa julgada especial. “R” nega a existência de coisa julgada, alegando que não houve contraditório prévio e efeito em torno da questão prejudicial, revolvendo, assim, a discussão travada no segundo processo. Em decorrência do exposto, questiona-se: é lícita a conduta de “R”?

Pensamos que não. É que, ocorrendo o trânsito em julgado da decisão que resolveu a questão relativa à existência ou não de coisa julgada especial, ela ficará sujeita à coisa julgada formal, aqui compreendida de acordo com o conceito de Luiz Eduardo Ribeiro Mourão adotado neste trabalho.

Em tal situação, as partes não podem rediscutir sobre a presença dos pressupostos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503. No exemplo dado, “R” não poderá defender que não houve a formação da coisa julgada especial.

Caso deseje discutir novamente a existência dos pressupostos necessários para a formação da julgada especial, “R” deverá propor ação rescisória, nos termos do art. 966, §2º, inciso I, do NCPC⁴⁵⁵.

Nesse caso, poderá haver uma situação interessante. É que, havendo prazo suficiente para impugnar a coisa julgada material formada em torno da validade contratual, “R” poderá propor a ação rescisória para desconstituir a coisa julgada formal, requerendo, em cumulação eventual, a rescisão e eventual julgamento da coisa julgada material.

Rescindida a primeira coisa julgada, caberá ao tribunal, conforme o caso, reexaminar a existência dos pressupostos previstos §§1º e 2º do art. 503. Entendendo que não houve a formação da coisa julgada especial, o pedido eventual restará prejudicado. Caso, porém, no *iudicium rescissorium*, a decisão coincida no teor com a rescindida⁴⁵⁶, deverá o tribunal apreciar o pedido eventual, examinando se existe hipótese para rescindir a coisa julgada material.

6. DOS LIMITES (SUBJETIVOS E OBJETIVOS) DA COISA JULGADA ESPECIAL E SUA EFICÁCIA PRECLUSIVA.

⁴⁵⁵ Na última edição do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o Grupo de Sentença, coisa julgada e ação rescisória aprovou o seguinte enunciado interpretativo: “A decisão que reconhece a existência de coisa julgada formada sobre questão prejudicial incidental em processo anterior é impugnável por ação rescisória, nos termos do art. 966, §2º, inc. I.” Contudo, o enunciado foi rejeitado pela plenária.

⁴⁵⁶ Conforme afirma Barbosa Moreira, no *iudicium rescissorium*, “pode acontecer que nova decisão coincida no teor (e, portanto, natureza) com a rescindida”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 208)

Expusemos linhas acima que o NCPC criou duas espécies distintas de coisa julgada: a coisa julgada comum e a coisa julgada especial. No tópico 2 deste capítulo, vimos que esses tipos de coisa julgada possuem objeto distintos; enquanto a primeira incide sobre a resolução da questão principal, a segunda recai sobre a resolução da questão prejudicial.

Essa constatação é importante para examinarmos os limites da coisa julgada especial. Justamente porque possui um objeto distinto da coisa julgada comum, aquela possui limites (subjetivos e objetivos) distintos desta.

Quando falamos dos limites subjetivos da coisa julgada especial, devemos ter em mente que os sujeitos que serão por ela vinculados são os titulares da relação jurídica prejudicial. Um credor solidário pode vincular-se à coisa julgada especial e não estar sujeito à coisa julgada comum. Basta pensarmos no caso em que o juiz, ao julgar ação de cobrança movida por um credor solidário, rejeita a alegação de nulidade contratual suscitada pelo réu, mas acolhe a alegação de pagamento.

Nesse caso, o credor poderá beneficiar-se da coisa julgada especial, incidente sobre a decisão que rejeitou a alegação de nulidade contratual, mas não estará vinculado à coisa julgada comum, incidente sobre decisão que reconheceu a existência de pagamento.

A regra prevista no art. 504 do NCPC deve ser observada; a coisa julgada especial é formada *inter partes*, podendo, contudo, beneficiar terceiros. Não se trata, todavia, como já afirmamos, da aplicação no direito brasileiro do da regra da *non-mutual offensive collateral estoppel*.

Quanto aos limites objetivos, a coisa julgada especial incide sobre resolução da questão prejudicial. É a norma jurídica individual criada na fundamentação para disciplinar a relação jurídica prejudicial que ficará imutável por força da coisa julgada; é esse o seu limite objetivo.

Por fim, cumpre observar que a eficácia preclusiva da coisa julgada especial está restrita às questões debatidas e ao fundamento expressamente examinado pelo magistrado. Conforme esclarece Antônio do Passo Cabral ⁴⁵⁷, “afirmada a validade de cláusula contratual, rejeitando-se um determinado fundamento (alegação de nulidade em virtude de erro), a mesma questão poderia ser ventilada em outro processo sob alegação

⁴⁵⁷ CABRAL, Antônio do Passo. “Da Coisa Julgada”. cit., p. 1294.

de nulidade da mesma cláusula contratual por outro fundamento não considerado pelo juiz.”

7. INSTRUMENTOS DE CONTROLE DA COISA JULGADA RELATIVA À QUESTÃO PREJUDICIAL.

O controle da coisa julgada especial é exercido por meio do mesmo instrumento previsto para desfazer a coisa julgada comum. Portanto, “cabe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada formada sobre a resolução expressa da questão prejudicial incidental” (enunciado n. 338 do FPPC).

Contudo, não há espaço para a utilização da *querela nulitatis* nos casos em que houve a formação da coisa julgada especial. É que a *querela nulitatis* é cabível apenas quando houver *ausência de citação* ou *defeito no ato citatório que tenham gerado o não comparecimento do réu*. Esses vícios somente ensejarão a nulidade da decisão, se o réu não comparecer espontaneamente ao processo. Comparecendo, cumpre ao demandado alegar a inexistência ou nulidade da citação, sob pena de preclusão.

Ocorre que, de acordo com §1º, inciso II, do art. 503, a coisa julgada especial não se formará nos casos de revelia; vale dizer, ainda que o réu citado irregularmente compareça espontaneamente ao processo e não apresente contestação – sendo, portanto, revel –, não haverá a formação da coisa julgada especial. Sendo assim, nos casos em que não houver citação ou o réu não for validamente citado, não será necessária a propositura da *querela nulitatis* para desfazer a coisa julgada especial, uma vez que esta não se formará.

Por fim, registre-se que não se vislumbra nenhum impedimento para utilização de outros instrumentos de controle da coisa julgada, a exemplo da impugnação com base na existência de erro material (art. 494, I, NCPC) e da revisão de sentença inconstitucional (art. 525, §12, e art. 535, §5º, NCPC). Esses instrumentos, portanto, também poderão ser utilizados para controlar a coisa julgada especial.

8. COISA JULGADA ESPECIAL E ARGUIÇÃO DE FALSIDADE DE DOCUMENTO.

José Carlos Barbosa Moreira, ao interpretar o art. 5º do CPC-1973, afirma que a ação declaratória incidental não pode versar sobre a falsidade ou autenticidade de

documento, na medida em que o CPC-1973 criou um instrumento próprio para as questões atinentes à idoneidade documental⁴⁵⁸.

No mesmo sentido, é o entendimento de Thereza Alvim, para quem o incidente de falsidade “se rege por normas específicas, consubstanciadas nos arts. 390 a 395 e não pelas da ação declaratória incidental propriamente dita”⁴⁵⁹.

O posicionamento sustentado pelos referidos processualistas é coerente com o conceito jurídico de questão prejudicial defendido por ambos. Para esses autores, a prejudicialidade seria jurídica se a sua solução decorresse de atividade de subsunção semelhante a que é desenvolvida pelo juiz no julgamento da questão subordinada. Nega-se, com isso, juridicidade às questões prejudiciais meramente de fato.

Consistente à falsidade documental em uma questão de fato, ela não poderia ser considerada uma questão juridicamente prejudicial, ainda que do ponto de vista lógico assim o seja.

Desse modo, não poderiam as partes lançar mão da ação declaratória incidental prevista no CPC-1973 para requerer o reconhecimento da falsidade ou autenticidade do documento produzido nos autos. Para tal finalidade o CPC-1973 destinou um instrumento específico, qual seja, o incidente de falsidade documental disciplinado seus nos arts. 390 a 395.

O conceito jurídico de questão prejudicial adotado neste trabalho, como visto no Capítulo III *supra*, corresponde àquele proposto por Barbosa Moreira. Entendemos, portanto, que a questão sobre a falsidade ou autenticidade documental, por ser questão de fato, não se enquadra no conceito jurídico de questão prejudicial. Assim, quando resolvida incidentalmente pelo magistrado, não ficará sujeita à autoridade da coisa julgada especial.

O Novo Código de Processo Civil disciplinou especificamente, tal qual o CPC-1973, o incidente destinado à declaração da falsidade ou autenticidade documental.

Por meio desse procedimento incidental, poderá a parte requerer que seja resolvida, com força de coisa julgada, a questão atinente à falsidade ou autenticidade de documento produzido no curso da demanda. Se assim não o fizer, a resolução da

⁴⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos Sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1974, p. 151.

⁴⁵⁹ ALVIM, Thereza. *Questões prévias...* cit., p. 142.

questão relativa à falsidade ou autenticidade de documento não fará coisa julgada, nos termos art. 504 do NCPC⁴⁶⁰.

Concordamos, portanto, com o posicionamento que vem sendo defendido por Cássio Scarpinella Bueno⁴⁶¹, Humberto Theodoro Junior⁴⁶², Araken de Assis⁴⁶³, Daniel Amorim Assumpção Neves⁴⁶⁴, Bruno Garcia Redondo⁴⁶⁵, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello⁴⁶⁶. Para esses autores, a resolução da questão relativa à falsidade ou autenticidade de documento somente fará coisa julgada se deduzida como questão principal, nos termos do art. 430 e seguintes do novo Código⁴⁶⁷.

É verdade que talvez fosse melhor que o NCPC houvesse previsto, no seu art. 503, a aplicabilidade do seu §1º à questão relativa à autenticidade ou falsidade

⁴⁶⁰ Discordamos, portanto, do enunciado n. 437 do FPPC: “A coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental se limita à existência, inexistência ou modo de ser de situação jurídica, e à *autenticidade ou falsidade de documento*.” (grifos aditados). O enunciado foi aprovado na quarta edição do FPPC, realizada nos dias 01, 02 e 03 de maio de 2015. Tivemos a honra de participar do Grupo de sentença, coisa julgada e ação rescisória no qual o enunciado foi aprovado. À época, concordávamos com a possibilidade de a coisa julgada especial alcançar a resolução da questão relativa à autenticidade e à falsidade de documento. Contudo, após estudar o tema e adotar o conceito jurídico de questão prejudicial elaborado por Menestrina e defendido por Barbosa Moreira e Thereza Alvim, estamos convencidos do equívoco desse posicionamento.

⁴⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 335.

⁴⁶² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 962-963.

⁴⁶³ ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro*. cit., p. 813-814. Registre-se, por esclarecedor, que Araken de Assis não afirma expressamente a inaplicabilidade do §1º do art. 503 à autenticidade e falsidade de documento. Contudo, ele afirma, *sem qualquer ressalva*, que “a decisão da arguição de falsidade produz autoridade de coisa julgada na hipótese de acolhimento ou de rejeição do pedido formulado nos termos do art. 430, parágrafo único, c/c art. 19, II.”

⁴⁶⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Da Arguição de Falsidade”. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 633.

⁴⁶⁵ REDONDO, Bruno Garcia. Questões Prejudiciais e Limites Objetivos da Coisa julgada no Novo CPC. *Revista de Processo*, Ano 40, n. 248, out/2015, p. 50-51.

⁴⁶⁶ 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*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 711-712.

⁴⁶⁷ Em sentido diverso, entendendo que o §1º do art. 503 também se aplica à autenticidade e à falsidade documental, cf. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do NOVO CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 541; DIDIER JR, Fredie. “Da coisa julgada”. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 767; BOMFIM, Daniela Santos. “Da arguição de falsidade documental”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1096-1097; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 384-385.

documental⁴⁶⁸. Talvez o §1º do art. 503 fosse mais funcional se alcançasse a questão relativa à autenticidade e à falsidade de documento.

Não foi, contudo, a opção do legislador, que restringiu o objeto da coisa julgada especial às questões prejudiciais e manteve o incidente de falsidade documental.

Interessante observar que o art. 313, inciso V, “a”, do NCPC, repetindo a redação do art. 265, IV, “a”, do CPC-1973, determina a suspensão do processo quando a sentença de mérito “*depende do julgamento de outra causa ou da declaração da existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente*”.

Observe que legislador não utilizou o termo *questão prejudicial*; e assim o fez, segundo pensamos, de forma técnica. Houvesse o legislador simplesmente determinado a suspensão do processo quando a sentença de mérito “dependesse do julgamento de uma questão prejudicial que constitua objeto principal de outro processo pendente”, o incidente de falsidade documental não poderia gerar a suspensão do processo.

9. A COISA JULGADA ESPECIAL E A AÇÃO DECLATÓRIA INCIDENTAL.

No CPC-1973, o legislador previu a ação declaratória incidental. O objetivo dessa ação era permitir que a questão prejudicial surgida no curso da lide fosse alcançada pela autoridade da coisa julgada. Essa era, na sistemática adotada pelo CPC-1973, a principal finalidade da ação declaratória incidental.

O NCPC alterou substancialmente a relação entre coisa julgada e as questões prejudiciais surgidas no curso do processo. Se antes era necessário o ajuizamento de uma nova demanda para que a resolução da questão prejudicial ficasse acobertada pela coisa julgada, agora basta que as partes simplesmente debatam a questão prejudicial perante o juízo competente, em um procedimento que não possua restrições probatórias ou limitações cognitivas.

Atendidos os pressupostos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503, a resolução dada à questão prejudicial incidental ficará acobertada pela autoridade da coisa julgada, independentemente de pedido expresso da parte; não há mais a necessidade da propositura de uma demanda para que a questão prejudicial incidental fique acobertada

⁴⁶⁸ Essa observação foi feita por Teresa Wambier, Maria Lúcia Ribeiro, Leonardo Ferres e Rogério Licastro. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários* cit., p. 711-712).

pela coisa julgada. Como já dissemos, basta que as partes discutam amplamente a questão e ela seja decidida pelo juízo absolutamente competente para resolvê-la *principaliter*.

Com base nessa nova sistemática, algumas “polêmicas” vêm surgindo no campo doutrinário. A primeira delas diz respeito à sobrevivência da ação declaratória incidental.

Cassio Scarpinella Bueno⁴⁶⁹, Humberto Theodoro Junior⁴⁷⁰ e Izabel Cristina Pinheiro Pantaleão⁴⁷¹ sustentam que a ação declaratória incidental foi extinta do nosso ordenamento processual, justamente porque agora não mais se faz necessária a provocação das partes para que a resolução da questão prejudicial incidental seja alcançada pela coisa julgada.

Para Fredie Didier Jr⁴⁷² e André Vasconcelos Roque⁴⁷³, porém, a nova sistemática não extirpou a ação declaratória incidental do nosso sistema. Os autores apontam duas hipóteses em que essa ação declaratória ainda sobrevive: *i*) reconvenção declaratória proposta pelo réu tendo por objeto a questão prejudicial incidental controvertida; nessa hipótese a prejudicial passa a integrar o objeto litigioso do processo, sujeitando-se, assim, à autoridade da coisa julgada comum; *ii*) ação declaratória incidental de falsidade de documento, prevista no parágrafo único do art. 430 do NCPC.

A principal discussão que talvez surja aqui, entretanto, não diz respeito à sobrevivência ou não da ação declaratória incidental, e sim à possibilidade do ajuizamento de *ação declaratória autônoma* tendo por objeto a questão prejudicial incidental controvertida.

⁴⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 335.

⁴⁷⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. cit., p. 1121.

⁴⁷¹ ROQUE, André Vasconcelos; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro. A ação declaratória incidental sobrevive no Novo CPC? *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, ano 23, n. 91, jul./set. 2015, p. 315-320. Importante esclarecer que o artigo contempla duas visões antagônicas sobre o tema. Izabel Cristina Pinheiro defende que a ação declaratória incidental foi extinta, sustentando, por outro lado, a possibilidade das partes ajuizarem uma ação declaratória autônoma, nas hipóteses não abarcadas pelo art. 503, §§ 1º e 2º, do NCPC.

⁴⁷² DIDIER JR, Fredie. “Da Coisa Julgada”. cit., p. 771.

⁴⁷³ ROQUE, André Vasconcelos; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro. A ação declaratória incidental... cit., p. 315-320. Importante esclarecer que o artigo contempla duas visões antagônicas sobre o tema. Izabel Cristina Pinheiro, como já dito, defende que a ação declaratória incidental foi extinta. Todavia, sustenta a possibilidade das partes ajuizarem uma ação declaratória autônoma, nas hipóteses não abarcadas pelo art. 503, §§ 1º e 2º, do NCPC.

Conforme lembra Antônio do Passo Cabral, “o ajuizamento de diferentes modalidades de pretensão, inclusive aquelas das ações declaratórias, independe de autorização expressa de lei.”⁴⁷⁴.

Nada impede – ao contrário, o sistema expressamente admite (art. 19 e 20, NCPC) – que o sujeito proponha ação declaratória que tenha por objeto a declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica prejudicial, hipótese que a prejudicial se tornará uma questão principal desse novo processo⁴⁷⁵.

Haverá conexão por prejudicialidade entre a demanda originária e a demanda declaratória, a impor, a depender da situação, ou a reunião das causas para processamento conjunto (art. 55 do NCPC) ou a suspensão da demanda originária (art. 313, V, *a*, NCPC).

O objetivo dessa ação declaratória, se ajuizado no curso de processo no qual a relação prejudicial já tenha sido controvertida, é alterar o modo de resolução da questão prejudicial, que deixará de ser *incidenter tantum* e passará a ser *principaliter*.

Com efeito, ao contrário do ocorre no atual Código – em que o principal objetivo da parte é fazer com que a resolução da prejudicial fique acobertada pela coisa julgada –, no sistema do NCPC, com essa ação declaratória, a parte visa à alteração do regime de formação da coisa julgada. O seu objetivo é fazer com que recaia sobre a solução da prejudicial o regime da coisa julgada comum, daí porque não há falta de interesse de agir no ajuizamento dessa demanda declaratória⁴⁷⁶.

Uma vez deduzida a questão prejudicial como principal, a parte não precisará demonstrar a presença dos pressupostos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503 para invocar em seu favor a coisa julgada. Isso pode ser extremamente vantajoso, na medida em que a discussão sobre se estão ou não presentes pressupostos da coisa julgada especial pode ser uma verdadeira *via crucis* para a parte.

Em razão disso, entendemos que, mesmo estando pendente o processo no qual as partes já tenham controvertido a questão prejudicial, é possível que haja o interesse processual no ajuizamento da ação declaratória. O interesse de agir decorreria da utilidade prática da ação declaratória: alteração do regime da coisa julgada.

⁴⁷⁴ CABRAL, Antônio do Passo. “Da Coisa Julgada” cit., p. 1295.

⁴⁷⁵ DIDIER JR, Fredie. “Da coisa julgada”. cit., p. 771.

⁴⁷⁶ DIDIER JR, Fredie. “Da coisa julgada”. cit., p. 771; ROQUE, André Vasconcelos; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro. A ação declaratória incidental... cit., p. 315-320; MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. cit., p. 731-732.

A questão, no entanto, não é tão simples. Há pelo menos um problema que precisa ser solucionado. Diz respeito ao momento em que a ação declaratória pode ser ajuizada. *Tornando controversa a relação jurídica prejudicial, até quando pode a parte ajuizar a ação declaratória autônoma?*

No CPC-1973, a ação declaratória incidental poderia ser proposta, pelo autor, até dez dias a partir da sua intimação dos termos da contestação (art. 325). Em relação ao réu, dada a inexistência de regra específica, entendia-se que o demandado deveria requerer a declaração no prazo de contestação⁴⁷⁷.

Todavia, o NCPC extinguiu a ação declaratória incidental, ao menos nos moldes previstos no CPC-1973. Não há, assim, dispositivo que determine um prazo para o ajuizamento da demanda declaratória que tenha por objeto a questão prejudicial surgida no curso do processo.

No entanto, isso não significa que a ação declaratória autônoma pode ser ajuizada a qualquer tempo pelo interessado após o surgimento da questão prejudicial. Se assim for possível, haverá situações esdrúxulas, como, por exemplo, a propositura de demanda após o julgamento do processo, ou seja, quando a questão prejudicial possivelmente já terá sido decidida.

Como então evitar a ocorrência de situações como essa? Qual o prazo afinal para o ajuizamento da ação declaratória autônoma que verse sobre a questão prejudicial já controvertida incidentalmente?

Para solucionarmos esse impasse, cumpre-nos procurar investigar o momento a partir do qual surge para o autor o interesse no ajuizamento da ação declaratória.

Para tanto, devemos lembrar que, no tocante à relação jurídica prejudicial, é possível identificarmos e distinguirmos dois estágios ou momentos lógicos diferentes. Num primeiro momento, o autor define e fixa, expressa ou implicitamente, o *ponto* prejudicial. Num segundo estágio, manifesta-se a controvérsia sobre esse ponto, que assim passa à categoria de *questão* prejudicial⁴⁷⁸.

O réu pode controverter o *ponto* prejudicial incidentalmente (suscitando a questão como fundamento da sua defesa) ou em caráter principal (apresentando demanda reconventional tendo por objeto a questão prejudicial). No segundo caso, o

⁴⁷⁷ THEODORO JR, Humberto. Ação Declaratória Incidental. *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 49, 1º Trim/1986, p. 112; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. cit., p. 162; LOPES, João Batista. *Ação Declaratória*. cit., p. 111.

⁴⁷⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. cit., p. 155.

réu já terá alterado o regime de formação da coisa julgada; o autor, portanto, nada poderá fazer.

Na primeira hipótese, porém, surgem para o autor duas possibilidades: *i*) propor ação declaratória autônoma, transformando a questão prejudicial incidental em principal; nesse caso, a questão passará a ser o objeto litigioso desse novo processo, sujeitando-se à autoridade da coisa julgada comum; *ii*) aceitar a “proposta” do réu e discutir incidentalmente a questão prejudicial, hipótese em que a resolução dada à questão somente ficará acobertada pela coisa julgada se forem preenchidos os pressupostos previstos nos §§1º e 2º do art. 503; nesse caso, o autor deverá se manifestar sobre a controvérsia em sede de réplica.

Portanto, cabe ao autor, nesse momento, escolher se irá discutir a questão prejudicial *incidenter tantum* ou *principaliter*. Observe-se que a escolha somente se revela possível porque até esse momento ainda não terá havido efetivo debate em torno da questão prejudicial; o réu apenas terá suscitado a questão a ser debatida.

Iniciado debate sobre a questão prejudicial pela via incidental, haverá a instauração do litígio sobre essa questão, inviabilizando, se presentes os demais pressupostos da coisa julgada especial, a propositura da ação declaratória autônoma.

Se já há debate efetivo sobre a questão; o juízo é competente para resolvê-la *principaliter*; não há restrição probatória ou limitação à cognição no procedimento; o caminho para a formação da coisa julgada especial já terá sido construído, não sendo mais possível ajuizar a ação declaratória autônoma.

Nesse contexto, entendemos que o prazo para o ajuizamento da ação declaratória autônoma que verse sobre a questão prejudicial corresponderá ao prazo de quinze dias destinado à apresentação de réplica (art. 351 do NCPC). O réu, por sua vez, como já dissemos, caso deseje alterar o regime da coisa julgada sobre a questão prejudicial, deverá apresentar reconvenção, nos termos do art. 343 do NCPC.

Importante observar que o autor não dependerá da anuência do réu para propor a ação declaratória. Não há, nesse caso, uma ampliação do objeto litigioso do processo originário; há, em verdade, a propositura de uma nova demanda cujo objeto é a questão prejudicial.

Transcorrido o prazo de contestação e de réplica, ainda poderão as partes propor a ação declaratória incidental? Sim. Após os prazos acima referidos, tanto o autor quanto o réu ainda poderão ajuizar a ação declaratória autônoma tendo por objeto

a questão prejudicial. Para tanto, porém, eles deverão demonstrar a inexistência dos pressupostos previstos nos §§1º e 2º do art. 503. Nesse caso, será possível o ajuizamento da demanda a qualquer tempo.

Todavia, estando presentes os pressupostos da coisa julgada especial, as partes não mais poderão ajuizar a ação declaratória autônoma. Nesse caso, pois, já haverá um processo pendente sobre a questão prejudicial. Em outras palavras, haverá uma litispendência em torno da questão prejudicial, a impor a inadmissibilidade da demanda declaratória.

Por fim, uma última observação. É possível que a questão prejudicial surja com a apresentação da réplica pelo autor. Basta pensarmos no que caso em que o réu alega compensação e o autor replica suscitando a nulidade do negócio jurídico que ampara o crédito do réu. Qual será o prazo para o réu ajuizar a ação declaratória autônoma requerendo o reconhecimento da validade do negócio? Seguindo a mesma linha de raciocínio anterior, pensamos que o réu deverá propor a ação declaratória autônoma no mesmo prazo destinado à apresentação da sua manifestação sobre a réplica.

10. SUCUMBÊNCIA E INTERESSE RECURSAL.

A coisa julgada especial “muda a lógica do que significa vitória e derrota no processo”⁴⁷⁹. A sucumbência não mais pode ser verificada pela derrota no que se refere à questão principal, na medida em que “a derrota no que tange à prejudicial possa ser ainda mais deletéria para a parte.”⁴⁸⁰. Além de influenciar no rateio dos custos do processo, a coisa julgada especial altera o interesse recursal. Sobre o tema, afirma Antônio do Passo Cabral:

O vencedor na lide, vendo julgado procedente seu pedido, mesmo assim pode ter interesse em apelar da sentença para desfazer o entendimento sobre uma prejudicial sobre a qual o juízo concluiu em seu desfavor, evitando que aquela questão seja incorporada em outros processos (efeito positivo da coisa julgada)⁴⁸¹

No mesmo sentido, afirma Fredie Didier Jr:

Cabe ao recorrente impugnar a resolução da questão prejudicial incidental; se não o fizer, haverá preclusão. Embora se trate de questão resolvida na

⁴⁷⁹ CABRAL, Antônio do Passo. “Da coisa julgada”. cit., p. 1292.

⁴⁸⁰ CABRAL, Antônio do Passo. “Da coisa julgada”. cit., p. 1292. Em sentido contrário, entendendo que a sucumbência deve ser fixada apenas com base no resultado do julgamento do pedido principal, cf. REDONDO, Bruno Garcia. Questões Prejudiciais... cit., p. 60.

⁴⁸¹ CABRAL, Antônio do Passo. “Da coisa julgada”. cit., p. 1294.

fundamentação, o interesse recursal existe, na medida em que essa questão pode tornar-se indiscutível pela coisa julgada.⁴⁸²

Portanto, caberá à parte, para evitar a formação da coisa julgada especial, interpor o recurso cabível contra a solução dada à questão prejudicial, ainda que lhe tenha sido favorável o julgamento da questão principal.

Convém, todavia, observar que, sendo a parte vencida tanto na questão prejudicial quanto na questão principal, o recurso interposto contra o julgamento desta devolverá ao tribunal o conhecimento daquela, *se a resolução da questão prejudicial constituir o fundamento necessário e determinante da conclusão*. Conforme observa Pontes de Miranda, “se a premissa é necessária, quem recorreu da conclusão, recorreu da premissa: não precisaria recorrer dessa.”⁴⁸³

11. COISA JULGADA ESPECIAL E NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL.

O NCPC prevê, no seu art. 190, a possibilidade de as partes celebrarem negócios jurídicos processuais. Trata-se de cláusula geral de negociação processual, que autoriza as partes a convencionarem sobre o procedimento, bem assim sobre quaisquer ônus, faculdades e direitos.

O negócio jurídico processual é uma das grandes novidades do novo Código. Conforme observa Pedro Henrique Nogueira⁴⁸⁴, “embora seja certo que a existência de negócios processuais, na experiência brasileira, remonte ao período das ordenações (...), não se pode negar que o art. 190, *caput*, do CPC/2015 representa uma grande novidade no direito brasileiro.” Talvez por isso o assunto venha sendo bastante discutido no âmbito doutrinário⁴⁸⁵.

O tema realmente é muito instigante. Mas não é objeto de nossa investigação. Todavia, não podemos deixar passar despercebida a possibilidade de as partes celebrarem negócios jurídicos processuais em torno da coisa julgada. Cumpre-nos, sobretudo porque a matéria está “na ordem do dia”, tecer breves considerações a seu respeito.

⁴⁸² DIDIER JR, Fredie. Extensão da coisa julgada... cit., p. 81-94.

⁴⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 101.

⁴⁸⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. cit., p. 225.

⁴⁸⁵ Sobre a matéria, cf. CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord). *Negócios Processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

Não é propriamente uma novidade para doutrina brasileira a possibilidade de as partes transacionarem em torno da coisa julgada. Carvalho Santos⁴⁸⁶, por exemplo, ainda na vigência do CPC-1939, já sustentava que as partes poderiam não só regular e modificar os efeitos da coisa julgada, mas também renunciar aos seus jurídicos efeitos.

Nesse contexto, a doutrina⁴⁸⁷ já vem identificando, com base no art. 190 do NCPC, pelo menos cinco negócios jurídicos processuais que são possíveis de serem celebrados em torno da coisa julgada. Vejamos:

a) negócio jurídico para rever, rescindir ou invalidar a decisão transitada em julgado: esse negócio não é permitido, pois as partes não podem desfazer, negocialmente, um ato estatal; não podem desfazer consensualmente uma declaração judicial;

b) negócio jurídico sobre os efeitos da decisão: trata-se de negócio permitido; é possível renúncia ao crédito reconhecido judicialmente. As partes podem transigir a respeito desse mesmo direito; nada impede que pessoas divorciadas voltem a casar-se entre si etc.;

c) negócio sobre exceptio rei iudicatae: trata-se de pacto para que a parte não alegue a objeção de coisa julgada. A parte renuncia ao direito de opor a coisa julgada, em eventual que lhe seja dirigida;

d) negócio sobre o direito à rescisão: as partes renunciam ao direito à rescisão da decisão, à semelhança do que podem fazer com o direito de recurso. Trata-se de negócio lícito, sendo o direito disponível. Rigorosamente, esse negócio não é processual: abre-se mão do direito potestativo material à rescisão da decisão. Trata-se de negócio permitido.

e) negócio jurídico para afastar a coisa julgada. É possível, com base no art. 190, que as partes afastem a coisa julgada. As partes resolvem que determinada questão pode ser novamente decidida, ignorando a coisa julgada anterior. Nesse caso, o acordo impede que o juiz conheça de ofício a existência de coisa julgada. (grifado no original).

Especificamente sobre a coisa julgada especial, Antônio do Passo Cabral entende que “os litigantes podem acordar que a coisa julgada se forme sobre uma determinada questão prejudicial.”⁴⁸⁸. Segundo Cabral, como a vinculatividade da coisa julgada está situada na esfera privada das partes, não haveria impedimento para que elas determinassem imutabilidade da solução dada à questão prejudicial⁴⁸⁹.

Nessa linha de intelecção, entendemos que seria possível que as partes, diante da ausência dos pressupostos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503, convencionassem que

⁴⁸⁶ SANTOS, J.M. Carvalho. *Código de Processo Civil Interpretado*. Vol. IV. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 150.

⁴⁸⁷ DIDIER JR, Fredie. “Da coisa julgada”. cit., p. 757.

⁴⁸⁸ CABRAL, Antônio do Passo. “Da Coisa Julgada”. cit., p. 1298.

⁴⁸⁹ CABRAL, Antônio do Passo. “Da Coisa Julgada”. cit., p. 1298.

haveria formação da coisa julgada sobre determinada questão prejudicial; as partes poderiam, por exemplo, acordar que uma determinada *questão prejudicial relativa ao processo* – a exemplo da validade da cláusula de eleição de foro – ficaria acobertada pela coisa julgada material.

Importante observar que as partes não poderiam extrapolar os limites estabelecidos aos negócios jurídicos processuais. Conforme explica Pedro Henrique Nogueira, a validade dos negócios jurídicos processuais, dentre outros requisitos, supõe o respeito ao formalismo processual. Sobre o tema, escreve o mencionado autor⁴⁹⁰:

“Para os negócios processuais e convenções sobre o processo, apesar da amplitude da cláusula geral de negociação processual (CPC/2015, art. 190), é necessário considerar a existência dos limites objetivos do sistema. O próprio Código Civil, no art. 104, II, coloca a ilicitude do objeto como uma das causas de nulidade do negócio jurídico. A regra é aplicável às convenções sobre o processo, dado o seu caráter pré-processual, assim como aos negócios processuais, dado que celebrar um pacto ou convenção contrariando regra cogente significa, ao mesmo tempo, eleger um objeto ilícito que se reconduz em contrariedade ao formalismo processual.”

Nessa vertente, segundo Nogueira, as normas constitucionais funcionam como limites objetivos aos negócios jurídicos. Assim, por exemplo, não são válidos negócios processuais que implique a escolha do juiz da causa ou importe na modificação das regras de competência absoluta, porquanto viole o princípio do juiz natural previsto no art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal.

Sendo assim, na situação acima mencionada, não seria possível a celebração de acordo em que as partes convencionassem que haveria a formação de coisa julgada sobre uma determinada questão prejudicial decidida incidentalmente por juízo absolutamente incompetente para resolvê-la *principaliter*.

Por fim, outra questão interessante é saber se as partes podem afastar a formação da coisa julgada especial; ou seja, se as partes podem acordar que a questão prejudicial não ficará sujeita à autoridade da coisa julgada, ainda preenchidos os pressupostos legais (art. 503, §§ 1º e 2º).

Com base no entendimento firmado por Cabral, parece-nos que não haveria impedimento para a celebração desse negócio jurídico. Com efeito, se a vinculatividade está situada na esfera de disposição das partes, caberia aos litigantes definir o *quê* ficaria e o *quê* não ficaria sujeito à autoridade da coisa julgada. Neste passo, as partes

⁴⁹⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. cit., p. 225.

poderiam, por exemplo, definir consensualmente que a questão prejudicial somente ficaria acobertada pela coisa julgada se fosse resolvida *principaliter*.

Trata-se, todavia, apenas de um pensamento inicial sobre o tema. A questão não é tão simples e demanda um estudo aprofundado sobre a matéria. A nossa pesquisa não nos permite – e também não é essa a nossa proposta – propor soluções a esses problemas.

12. DIREITO TRANSITÓRIO.

O regime especial da coisa julgada somente será aplicado aos processos iniciados após a sua vigência; aos processos anteriores será aplicado regramento previsto no CPC-1973 às resoluções das questões prejudiciais (art. 1.054, NCPC⁴⁹¹).

Assim, em relação aos processos iniciados antes da vigência do NCPC, a resolução da questão prejudicial somente ficará acobertada pela autoridade da coisa julgada se deduzida *principaliter*, seja porque originariamente principal, seja porque se transformou em principal por força do ajuizamento da ação declaratória incidental (arts. 5º, 325 e 470, CPC-1973).

A regra é elogiável, na medida em que evita as discussões oriundas do conflito de leis no tempo, proporcionando, assim, uma maior segurança aos litigantes. Agiu bem o legislador.

⁴⁹¹ “Art. 1.054. O disposto no art. 503, §1º, somente se aplica aos processo indicados após a vigência deste Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973.”

CONCLUSÕES

Ao longo do trabalho, procuramos analisar os aspectos relacionados ao art. 503, §§ 1º e 2º, do Novo Código de Processo Civil. Após examinarmos os conceitos que entendemos ser necessários para a compreensão desses dispositivos e os posicionamentos doutrinários já existentes sobre a matéria, algumas considerações relevantes podem ser feitas:

1. *Criação de um novo regime da coisa julgada.* O Novo Código de Processo Civil criou dois regimes distintos de formação da coisa julgada: *i)* o regime que disciplina coisa julgada formada em torno da resolução da questão principal (*coisa julgada comum*) e *ii)* o que disciplina a formação da coisa julgada sobre a solução da questão prejudicial incidental (*coisa julgada especial*).

2. *Semelhança e Distinções entre a coisa julgada especial e a issue preclusion.* A disciplina criada pelo novo Código assemelha-se ao instituto da *issue preclusion* do direito norte-americano. Apesar de semelhantes, os institutos se diferenciam quanto ao seu objeto. Enquanto a *issue preclusion* abrange todas as questões, de fato e de direito, resolvidas incidentalmente pelo juiz, a coisa julgada especial incide apenas sobre a solução da questão prejudicial incidental.

A aproximação desses institutos fica por conta da metodologia adotada para a sua aplicação. Ambos os institutos foram estruturados de maneira a respeitar ao máximo o princípio do contraditório. Assim como no sistema norte-americano, aqui também há uma preocupação com a forma como o debate se desenvolverá. Desse modo, observada a distinção entre os institutos, as técnicas utilizadas para a aplicação da *issue preclusion* devem ser utilizadas na aplicação da coisa julgada especial.

3. *Pressupostos para a formação da coisa julgada especial.* Os pressupostos para a formação da coisa julgada especial são os seguintes: *i)* existência de controvérsia sobre a relação jurídica prejudicial (existência de *questão* prejudicial); *ii)* vínculo de subordinação entre a questão prejudicial e o mérito da causa; *iii)* decisão proferida por juízo absolutamente competente; *iv)* existência de prévio e efetivo contraditório; *v)* inexistência de restrição probatória ou limitação cognitiva; *vi)* necessidade de remessa necessária quando ela for exigida (p. ex., nas ações contra a Fazenda Pública previstas no art. 496 do NCPC).

4. *Existência de controvérsia sobre a relação jurídica prejudicial.* Para a formação da coisa julgada especial, é necessário o surgimento de uma *questão* prejudicial, ou seja, o ponto prejudicial fixado expressa ou implicitamente pela parte deve ser controvertido no processo.

5. *Vínculo de subordinação entre a questão prejudicial o mérito da causa.* Somente a questão prejudicial cuja solução condicionar o objeto litigioso ficará acobertada pela autoridade da coisa julgada. As prejudiciais relativas ao processo não se sujeitam à coisa julgada *especial*, ainda que expressamente decididas.

6. *Decisão proferida por juízo absolutamente competente.* A coisa julgada especial apenas se formará se a questão prejudicial for resolvida por juiz absolutamente competente para resolvê-la *principaliter*. Em decorrência desse pressuposto, a formação da coisa julgada especial também pressupõe que as partes tenham legitimidade para discutir como questão principal a prejudicial incidentemente deduzida no processo.

7. *Existência de prévio e efetivo contraditório.* Para a formação da coisa julgada especial, exige-se contraditório qualificado. Não é suficiente apenas que as partes tenham oportunidade para discutir a questão prejudicial; é necessário que elas efetivamente discutam. Contraditório efetivo significa debate efetivo; não havendo discussão sobre a questão prejudicial, a solução que lhe for dada não ficará abarcada pela autoridade da coisa julgada.

8. *Inexistência de restrição probatória ou limitação cognitiva.* A coisa julgada especial não se formará nos procedimentos em que houver restrição probatória ou limitação cognitiva. Contudo, as restrições/limitações devem impedir que as partes debatam sobre a questão prejudicial ou que a questão seja apreciada com profundidade. Se a restrição probatória ou a limitação cognitiva não impedir que a questão prejudicial seja discutida ou não se constituir em um obstáculo à cognição exauriente, haverá a formação da coisa julgada especial.

9. *Necessidade de remessa necessária, nas ações contra a Fazenda Pública (art. 496).* Nas hipóteses previstas no art. 496 do Novo Código de Processo Civil, a formação da coisa julgada especial depende de remessa necessária.

10. *Coisa julgada especial e arguição de falsidade de documento.* A resolução da questão relativa à falsidade ou autenticidade de documento somente fará coisa julgada se deduzida como questão principal, nos termos do art. 430 e seguintes do novo Código, não se aplicando o §1º do art. 503.

11. *Coisa Julgada especial e ação declaratória.* Persiste o interesse processual no ajuizamento da ação declaratória tendo por objeto a questão prejudicial controvertida no curso do processo. No entanto, a ação declaratória apenas pode ser ajuizada: i) pelo autor, no prazo destinado à apresentação da réplica; ii) pelo réu, na reconvenção ou no prazo destinado apresentação da sua manifestação sobre a réplica, quando o ponto prejudicial terá sido controvertido pelo demandante.

As partes poderão, a qualquer tempo, propor ação declaratória sobre a questão prejudicial controvertida no curso do processo, desde que ausente um dos pressupostos previstos no art. 503, §§ 1º e 2º, do NCPC.

12. *Estabilidade da decisão que reconhece a existência da coisa julgada especial.* A decisão que reconhecer a existência ou a inexistência dos pressupostos previstos no art. 503, §§ 1º e 2º, do NCPC faz coisa julgada formal, aqui compreendida de acordo com o conceito de Luiz Eduardo Mourão.

13. *Limites (subjetivos e objetivos) da coisa julgada especial e sua eficácia preclusiva.* Somente os sujeitos juridicamente interessados estão vinculados à coisa julgada especial.

A coisa julgada especial incide sobre resolução da questão prejudicial. É a norma jurídica individual criada na fundamentação para disciplinar a relação jurídica prejudicial que ficará imutável por força da coisa julgada. Essa imutabilidade está restrita às questões debatidas e ao fundamento expressamente examinado pelo magistrado.

14. *Instrumentos de controle da coisa julgada especial.* A coisa julgada especial pode ser rescindida por meio dos mesmos instrumentos de controle da coisa julgada comum, exceção feita apenas à *querela nulitatis*.

15. *Direito transitório.* O novo regime somente será aplicado aos processos iniciados após a vigência do Novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

ALSINA, Hugo. *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1959.

ALVIM, Arruda. Dogmática Jurídica e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Ano 1, n.1, jan-mar/1976, p. 85-133.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. 1. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do Novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de Controle de Constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011.

ANJOS, Pedro Germano dos. A vigência aplicativa dos regimes jurisprudenciais e a regra da coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 35, n. 187, p. 161-179.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil, vl. IV: arts. 332 a 475*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO, Henrique. *A matéria de fato no processo civil*. Disponível em <http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/henriquearaujo_materiafactoprocessocivil.pdf>. Acesso em 11.11.2015.

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. Vol. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Cumulação de ações*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BARBI, Celso Agrícola. “Da preclusão no processo civil”. In: *Revista Forense*, n. 158, 1955.

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENEDUZI, Renato Resende. *Prozessurteile e materielle Rechtskraft: sentença terminativa e coisa julgada material no processo civil alemão*. *Revista de Processo*, ano 39, n. 229, março/2014.

BONFIM, Daniela Santos. A metodologia na cognição judicial. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 51-77, jul./set. 2011.

BUCKLEY, Colin Hugh. Issue preclusion and issues of law: A doctrinal framework based on rules of recognition, jurisdiction and legal history. *Houston Law Review*, vol. 24, 1987.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2012.

BLOCH, Francisco dos Santos Dias. “Coisa julgada e questão prejudicial no novo CPC”. In: AURELLI, Arlete Inês; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; FERREIRA, Willian Santos (coord.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

CABRAL, Antônio do Passo. “Da Coisa Julgada”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (coord). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processo civil brasileiro*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. “Limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil Brasileiro”. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Novo CPC doutrina selecionada*. Vol. 02. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

_____. Será o fim da categoria da condição da ação? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*, Ano 36, n. 197, p. 261-269.

CAMPOS, Miguel Ramos. Poder Executivo. Negativa de Aplicação de Lei Supostamente Inconstitucional: Correntes Doutrinárias. Controvérsia. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*. Curitiba: PGE, 2011.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. Limites objetivos da coisa julgada no Código de Processo Civil de 1973, *Revista Brasileira de Direito Processual Civil*, vol. 02, p. 108, 2ºtrim/1975.

_____. *Limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Editora Vitória Artes Gráficas, s/a.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação declaratória incidental no novo Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*, 458, dez/1973.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. 4 ed. Euros Editores, 2005.

CUNHA JR. Dirley. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 4 ed. Salvador: Editora JusPodVm, 2014.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: JusPodVm, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. Será o fim da categoria da condição da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr e Alexandre Freitas Câmara. *Revista de Processo*, Ano 36, n. 198, p. 227-235.

DELLORE, Luiz. “Da Coisa Julgada no Novo Código de Processo Civil (L. 13.105/2015): Conceito e limites objetivos”. In: DIDIER JR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord). *Novo CPC doutrina selecionada*. Vol. 2 Salvador: Editora JusPodVm, 2015.

_____. *Estudos Sobre Coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DESCHA, Lucas. The direct collateral estoppel effects of alternative holdings. *The University of Chicago Law Review*, vol. 50, 1983.

DIDIER JR, Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. *Revista de Processo*, Ano 38, n. 223, set/2013.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

_____. *Editorial* 146. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-146/>, acesso em 20.09.15.

_____. Objeto da cognição judicial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 100, n. 373, p. 85-95, maio/jun 2004.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade da demanda*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Será o fim da categoria da condição da ação? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Ano 36, n. 197.

_____. *Solidariedade ativa e extensão da coisa julgada (art. 274, Código Civil brasileiro)*. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/solidariedade-ativa-e-extensao-da-coisa-julgada/>. Acesso em 11.10.2015.

_____. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. ed. 2. Salvador: Editora JusPodvm, 2013.

_____; MACÊDO, Lucas Buriel. “Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação n. 4.374/PE”. *Revista Jurídica da Presidência*, vol. 16, n. 110, out.2014/jan.2015.

_____; BONFIM, Daniela Santos. *Pareceres*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 4 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 2 ed. São Paulo: Malheiros.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Litisconsórcio*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FONSECA, João Francisco Neves da. Coisa julgada sobre questões prejudiciais no Código vigente e projetado. In: AURELLI, Arlete Inês; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; FERREIRA, Willian Santos (coord.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GIDI, Antônio. Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995.

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. *Revista de Processo* (versão eletrônica), vol. 194, Abr/2011.

GOUVEIA, Mariana. *A causa de pedir na acção declarativa*. Coimbra: Almedina, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/Aplicação do direito*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 2. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação Declaratória Incidental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. Coisa Julgada: No Cível, no Crime e no Direito Internacional. 2 ed. São Paulo: Saraiva & C. Editores, 1922.

HAZARD JR, Geoffrey C., Revisiting the Second Restatement of Judgments: Issue Preclusion and Related Problems. *Cornell Law Review*, n. 66, 1981.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LACERDA, Galeno. As defesas de direito material no novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Ano 70, vol. 246, 2ºtrim/1974.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. Eficácia e Autoridade da Sentença. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. “O despacho saneador e o julgamento do mérito”. In: _____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Bushatasky, 1976.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. A extensão da coisa julgada às questões prejudiciais apreciadas na motivação da sentença. *Revista de Processo*, Ano 38, vol. 216, Fev/2013.

_____. *Limites Objetivos e Eficácia Preclusiva da Coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

_____. *Coisa Julgada e Questão Prejudicial no novo CPC: não se mexe em que time que está ganhando*. Disponível em: <<http://marcelopacheco2.jusbrasil.com.br/artigos/121942944/coisajulgadaequestaojudicialnonovocpcnaosemexeemtimeganhando>> Acessado em 07.05.2015.

_____. *Novo CPC: Que coisa julgada é essa?* Disponível em: <<http://jota.info/novo-cpc-que-coisa-julgada-e-essa>>. Acesso em 19.12.2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Coisa julgada, “Collateral Estoppel” e Eficácia Preclusiva “Secundum eventum litis”. *Revista dos Tribunais*, Ano 75, n. 608, Jun/1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Teria do Fato Jurídico: plano da existência*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1987.

MENDES, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968.

MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale Nel Processo Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1963.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A coisa julgada no Código do Consumidor. In: *Processo Civil: estudos em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 141-152.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do contrato à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. “Reconhecimento do Pedido”. *Direito Processual Civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. “Ainda e sempre a coisa julgada”. *Direito Processual Civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. “Coisa Julgada e sua declaração”. *Direito Processual Civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 5*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Competência como preliminar e como questão de mérito. *Temas de Direito Processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. “Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória”. *Temas de Direito Processual Civil*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. “Eficácia da sentença e Autoridade da Coisa Julgada”. *Temas de Direito Processual Civil*. 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1974.

_____. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo”. *Temas de direito processual civil*. 2ª série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1967.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. “A coisa julgada formal no novo Código de Processo Civil”. In: DIDIER JR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord). *Novo CPC doutrina selecionada*. vol. 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

_____. *Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.221.

_____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Eficácia preclusiva da coisa julgada – Questão prejudicial. *Revista de Processo*, Ano XIII, n. 51, jul-set/1988.

NEVES, Antônio Castanheira. *Questão de facto – Questão de Direito ou O problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

NUNES, Fernanda dos Santos. O mérito e o objeto litigioso do processo: reflexos na coisa julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, Ano XII, n. 89.

OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2005.

OLIVEIRA, Marco Antônio Perez de. *Coisa Julgada sobre a sentença genérica coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Paulo de Oliveira. *Coisa Julgada e Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

_____. Notas sobre a decisão que acolhe exceção substancial dilatória. *Revista de Processo*, Ano 38, n. 223, set/2013.

PEIXOTO, Ravi. “A Nova Coisa Julgada Formal e o CPC/2015”. In: DIDIER JR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord). *Novo CPC doutrina selecionada*. vol. 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Revista de Processo*, Ano 31, n. 131, jan/2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959.

_____. *Tratado das ações*. t. VI. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *Tratado de Direito Privado*. t. VI. Campinas: BookSeller, 2000.

PORTO, Sérgio Gilberto. Coisa Julgada Civil. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PRATES, Marília Zanella. *A Coisa Julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

PUGLIESE, Giovanni. Giudicato Civile (dir.vig.). In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII. Milano: Giuffrè, 1968.

RAATZ, Igor. *Recente Decisão do STJ no AgRg no REsp nº. 1.279.422-SP - A dicotomia “questão de fato” e “questão de direito”: a impossibilidade de uma cisão*. Disponível em <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/discussoes-e-atualidades/171-a-dicotomia-questao-de-fato-e-questao-de-direito-parte-i>>. Acesso em 11.11.2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Questões Prejudiciais e Limites Objetivos da Coisa julgada no Novo CPC. *Revista de Processo*, Ano 40, n. 248, out/2015.

RIBEIRO, Darci Guimarães. “Objeto do processo e Objeto de debate”. In: _____; FELIX, Marco [et al]. *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, Ano 38, vol. 215, jan/2013.

_____. *La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*. Barcelona: JMB, 2004.

RIBEIRO, Rodrigo Koehler. Uma análise da coisa julgada e questões prejudiciais no projeto do novo Código de Processo Civil sob a ótica de um processo efetivo. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 55, ago/2013. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Rodrigo_Ribeiro.html> Acesso em: 07.05.2015.

ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. A sentença Cível e a coisa julgada. *Revista Forense*, ano 71, vol. 251, 1975.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.

ROQUE, André Vasconcelos; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro. A ação declaratória incidental sobrevive no Novo CPC? *Revista Brasileira de Direito Processual* – RBDPro, ano 23, n. 91, jul./set. 2015.

ROSAS, Roberto. Questão prejudicial e ação declaratória. *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 02, 2ºtrim/1976.

RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista de Processo*, ano IV, n. 13, jan/mar 1979.

SANTOS, J.M. Carvalho. *Código de Processo Civil Interpretado*. Vol. IV. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1968.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada: Ensaios e Pareceres*. 4 ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. *Revista de Processo*, ano IV, n. 14/15, Abr/Set 1979.

_____. *Sentença e Coisa Julgada (ensaio e pareceres)*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de Processo Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOUSA, Miguel Teixeira de. O objeto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual). *Revista Forense*, Ano 81, n. 292, Out-Nov/1985.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. “Da Coisa Julgada”. In: TUCCI, José Rogério Cru e [et al] (coord.). *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: ASSP/OAB-PR, 2015

TAPIA FERNANDEZ, Isabel. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada*. Madrid: La Ley, 2000.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*, ano 90, n. 158, 2001.

_____. A ação rescisória no novo código de processo civil. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, abr-jun/2015.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TIRONI, Rommero Cometti. Teoria da Prejudicialidade e o Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, ano 38, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

VESTAL, Allan D. The restatement (second) of judgments: a modest dissent. *Cornell Law Review*, março/1981.

VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*. Padova: Cedam, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. Recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária a lei?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*, ano 39, n.230, abr/2014.

_____; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____; MEDIDA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ZEUNER, Albrecht; KOCH, Harald. Effects of judgments (Res Judicata). In: CAPPELLETTI, Mauro. *Civil Procedure*. Vol. XVI. Boston: Mohr Sibeck, 2012.