

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

LAÍS FERNANDES ALMEIDA

**A EXTENSÃO DA COISA JULGADA NO NOVO CPC E A EXTINÇÃO DA AÇÃO
DECLARATÓRIA INCIDENTAL: UMA MEDIDA DE SEGURANÇA JURÍDICA**

JUIZ DE FORA

2013

LAÍS FERNANDES ALMEIDA

**A EXTENSÃO DA COISA JULGADA NO NOVO CPC E A EXTINÇÃO DA AÇÃO
DECLARATÓRIA INCIDENTAL: UMA MEDIDA DE SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia apresentada como trabalho de conclusão de curso, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Márcio Carvalho Faria

JUIZ DE FORA

2013

LAÍS FERNANDES ALMEIDA

**A EXTENSÃO DA COISA JULGADA NO NOVO CPC E A EXTINÇÃO DA AÇÃO
DECLARATÓRIA INCIDENTAL: UMA MEDIDA DE SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia apresentada como requisito para a obtenção
do grau de bacharel em Direito da Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Juiz de Fora.

Aprovada em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof. Márcio Carvalho Faria

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Flávia Lovisi Procópio de Souza

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Clarissa Diniz Guedes

Universidade Federal de Juiz de Fora

JUIZ DE FORA

2013

DEDICATÓRIA

*Ao professor Márcio, pelo apoio providencial nas horas
difíceis, por mostrar o caminho tortuoso do Direito e
pelo maravilhoso exemplo de todo dia.*

RESUMO

O objetivo central desta dissertação é a análise da nova disciplina da coisa julgada, trazida pelo Projeto de Lei 8046/2010, que se aprovado substituirá o Código de Processo Civil vigente, de 1973. Para tanto, foi trabalhada a evolução histórica do conceito de coisa julgada e suas implicações para a legislação, consequência da intensa discussão doutrinária a respeito de quais devam ser os limites objetivos deste instituto. O entendimento mais recente, adotado na produção normativa do Novo Código de Processo Civil, aponta que as questões prejudiciais devem ser abarcadas pela coisa julgada, desde que preencham certos requisitos. Muitas foram as críticas, contudo, já que a discussão é polêmica e antiga. A experiência norte-americana acerca do tema, através da *claim preclusion* e *collateral estoppel* comprova, por outro lado, que a ideia é consistente e de sentido irretocável, mas imprescindível cuidar de sua aplicabilidade, para que não prejudique o processo ao invés de aprimorá-lo. A extensão da coisa julgada às questões prejudiciais se faz necessária por um mandamento de segurança jurídica e para garantir a legitimidade da decisão. Para verificar se os parâmetros estipulados são capazes de efetivar estes valores, a nova disciplina foi analisada à luz dos desdobramentos da segurança jurídica, da prática forense e da realidade norte-americana.

Palavras-chave: segurança jurídica; legitimidade; Projeto de lei 8046/2010; questão prejudicial; coisa julgada; direito norte-americano; *collateral estoppel*.

ABSTRACT

The goal of this dissertation is to analyse the new discipline of *res iudicata*, brought by Law 8046/2010, which intend to replace the current Code of Civil Procedure. Therefore, the historical evolution of the *res iudicata* concept was examined, such as its implications in law development, as a consequence of intense doctrinal discussion about the limits of the institute. The new rule manifests the latest understanding and consists in thinking that prejudice issues can be embraced by *res iudicata*, provided certain requirements. The critics are on, mainly because the discussion endures through times. In the other hand, the north-america experience on the subject, through *claim preclusion* and *collateral estoppel* proves that the idea is consistent but demands attention in establishing the ways of its applicability, or it could harm process rather than improve it. The extension of *res iudicata* to prejudice issues is indispensable to ensure legal security principle and the legitimacy of the decision. In order to verify if the parametres are capable of realize these values, the new rule was analysed taking into account the meaning of legal security principle, forensic practice and north-america reality.

Keywords: Legal Security Principle; Legitimacy; Projeto de lei 8046/2010; Prejudice issue; *res iudicata*; American Common Law; *collateral estoppel*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 COISA JULGADA.....	09
1.1. Fundamentos e escopos da coisa julgada.....	09
1.2. Coisa julgada: conceito e legislação pátria.....	13
1.3. Limites objetivos da coisa julgada.....	15
1.4. Teoria do tria eadem e a coisa julgada.....	17
2 CONCEITUAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DAS QUESTÕES.....	19
2.1. Questão prejudicial: caracterização e tipologia.....	21
2.2. Questão prejudicial e legislação pátria.....	25
2.3. Questões prejudiciais e Novo CPC.....	27
3 SEGURANÇA JURÍDICA E LEGITIMIDADE.....	29
3.1. Segurança Jurídica.....	29
3.2. Legitimidade.....	31
4 AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL E SISTEMA ATUAL DE COISA JULGADA.....	34
4.1. Requisitos para ação declaratória incidental e modo de aplicação.....	35
5 DIREITO AMERICANO: A TRATATIVA DO TEMA NO SISTEMA DE <i>COMMON LAW</i>.....	37
5.1. Requisitos para aplicação da <i>claim preclusion</i>	40
5.2. Requisitos para aplicação do <i>collateral estoppel</i>	41
6 APROXIMAÇÃO DO SISTEMA AMERICANO E BRASILEIRO.....	45
6.1. <i>Claim preclusion</i>	45
6.2. <i>Collateral estoppel</i> e a produção de efeitos externos a partes da motivação no direito brasileiro.....	47
6.3. Conclusões parciais.....	48
7 CRÍTICAS À EXTENSÃO DA COISA JULGADA ÀS QUESTÕES PREJUDICIAIS.....	49
7.1. Relativo ao princípio dispositivo.....	49
7.2. Violação do princípio da correlação.....	52
7.3. Os problemas de competência e adequação procedimental.....	53
7.4. O problema da morosidade.....	55
7.5. Contradição meramente lógica.....	55
7.6. Cognição.....	56
8 CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60

INTRODUÇÃO

O anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que atualmente tramita como Projeto de Lei 8046/2010 na Câmara dos Deputados, traz alterações importantes ao sistema processual como o conhecemos hoje. O presente trabalho se propõe a abordar a extinção da ação declaratória incidental, e conseqüentemente o novo cenário em que se insere a questão prejudicial, que passa a ser também coberta pela coisa julgada, expandindo a antiga noção de que “somente a parte dispositiva da sentença faz coisa julgada”, tão repetida na doutrina.¹

A doutrina lutou por muito tempo pelo tratamento jurídico dado à coisa julgada presente no Código de Processo Civil de 1973, e tem suas razões para defendê-la. O objetivo deste estudo é reanalisá-las, colocá-las sob o ponto de vista das necessidades atuais e dos novos imperativos jurídicos para compreender as conseqüências da aplicação da redação proposta no meio forense, principalmente considerados, nesta análise, o mandamento de eficiência e coerência do sistema jurídico e das normas concretas proferidas em sede de sentença judicial. Para tanto, no primeiro e segundo tópicos trabalhamos o conceito de coisa julgada, bem como a conceituação de questões prejudiciais e a legislação aplicável.

No terceiro tópico, apresentamos a segurança jurídica e a legitimidade. Cabe a análise pois, numa visão leiga do assunto, é um mandamento lógico que a fundamentação da sentença, ou seja, as razões de fato e de direito que levaram o magistrado a concluir pela procedência ou pela improcedência do pedido, não possam ser rediscutidas, e *decididas novamente*, até mesmo em sentido contrário, em nova demanda. Há que considerar uma análise mais minuciosa sobre o que figura inadmissível e incoerente aos olhos do homem comum, haja vista ser este, em última instância, o destinatário da prestação jurisdicional, além do mais em tempos de acesso amplo à justiça.

No quarto tópico é exposta a ação declaratória incidental, seu modo de aplicação e as incongruências práticas que levaram à proposta de sua extinção.

Trataremos também do *collateral estoppel*, instituto do direito norte-americano, e relacionado às bases principiológicas próprias do *Common Law*, em ocasião do quinto e sexto tópicos. A reconsideração do sistema brasileiro da posição da questão prejudicial no ordenamento revela uma aproximação de certos postulados de eficiência e uniformidade das

¹ Neste sentido, veja-se: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 307, assim como CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, vol I*, 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 494 e LIEBMAN, Enrico. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 61.

decisões judiciais muito caros à prática norte-americana. Pretendemos demonstrar em que ponto a principiologia dos institutos se toca e repassar as críticas feitas ao *collateral estoppel*, para melhor compreender os problemas a que estamos sujeitos com a aplicação do novo Código de Processo Civil e quais as vantagens de um julgamento que privilegia menos o formalismo e mais um conteúdo coerente. Haja vista tudo que já avançamos no pensamento processual é um descompasso admitir descrédito e atraso na prestação jurisdicional, baseando-se para tal em justificativas tão teóricas e garantias jurisdicionais tão excessivas – que beiram à injustiça.

Como a pesquisa se propõe a responder objetivamente os problemas acerca da extensão dos limites objetivos da coisa julgada, especialmente a respeito das questões prejudiciais, finalmente o sétimo tópico traz os principais pontos de conflito, revistos à luz da doutrina moderna e da desconstrução de certos postulados classicamente relacionados a esta discussão, mas nem sempre pertinentes.

A conclusão faz um balanço geral do estudo, apontando os impactos possíveis causados pelo novo modelo adotado e comparando com os efeitos práticos da adoção do sistema norte-americano.

1 COISA JULGADA

O estudo sobre a coisa julgada é extenso e a bibliografia sobre a matéria é vasta. A teorização a respeito do tema, contudo, tem afastado a doutrina do real sentido da coisa julgada, e frequentemente perdem-se de vista os problemas práticos enfrentados pelos limites atuais impostos, porque estamos debruçados sobre a questão de a coisa julgada gerar *irrevogabilidade*, *imutabilidade* ou *invariabilidade*. O que se deve extrair da evolução histórica do conceito são as implicações concretas a respeito de seus limites, e, basicamente, a proibição de submeter a novo julgamento questão (no sentido vulgar do termo) já julgada. Neste sentido:

Como se não bastasse, a doutrina foi acumulando os conceitos de firmeza, irrevogabilidade, invariabilidade, imutabilidade, etc., criando uma série de categorias sobrepostas que apenas tornou obscura a noção inicial, que me desculpo por repetir uma vez mais: que a coisa julgada não é mais do que uma proibição de reiteração de juízos.(grifo nosso)²

1.1. Fundamentos e escopos da coisa julgada

Há que pontuar: toda demanda causa perturbação social, primeiramente porque o conflito não pôde ser resolvido aquém do judiciário, e também pela incerteza gerada pelo processo em aberto, enquanto não é resolvido. Isto nos remete ainda à necessidade de que os conflitos se resolvam *em tempo hábil* a estabelecer a paz social, já que processos que se prolongam por 20, 30 anos acabam perdendo a essência de pacificação, muitas vezes ocasionando mais tensão que a que havia antes do ingresso no judiciário. O processamento da lide acarreta uma alteração do *status* social dos indivíduos, “notando-se o reconhecimento de uma certa ‘posição de vantagem’ para quem se situa no pólo ativo, ao passo que ao contraditor cabe suportar o ‘ônus’ de ser chamado de ‘réu’”.³ A coisa julgada, concorde ou não as partes com o resultado, “desarma” seus espíritos belicosos, que já não podem mais impugnar o *decisum*⁴, pondo fim à controvérsia e proclamando a *definitividade* da decisão prolatada.

² FENOLL, Jordi Nieva. “A coisa julgada: o fim de um mito”, in *REPD*, vol X, p. 243. Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_10a_edicao.pdf> acessado dia 01/08/2013.

³ MANCUSO, Rodolfo. “Coisa julgada, collateral estoppel, e eficácia preclusiva secundum eventum litis”, in *Revista de Processo* n° 608. São Paulo: RT, Jun. 1986, p. 23.

⁴ No mesmo sentido, CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 54.

Ainda neste sentido, a função do juiz precisa ir além da aplicação mecânica da lei. Há expectativa social de o provimento estatal ser justo e coerente. Como norma concreta, de caráter individual, espera-se que contribua para a construção de um ordenamento jurídico *completo e coeso*. Assim, a decisão precisa coadunar com as regras e princípios de Direito, e também com outras decisões jurídicas – daí decorre: situações jurídicas semelhantes devem ser decididas da mesma forma; e não se pode admitir que a relação entre Fulano e Ciclano, considerada existente numa demanda, seja em outra considerada inexistente, por exemplo.

(...) ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, duas normas jurídicas. Uma de caráter individual, que constitui sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para análise, e outra de caráter geral que é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao direito positivo⁵

Não podemos perder de vista que, nesta construção do Direito, os jurisdicionados esperam encontrar um juiz humano, um membro da sociedade, que aplique o Direito conformando-o ao contexto social, à verdade da causa, analisando-a com *humanidade*.⁶ Este diálogo humano, evidenciado por Greco⁷, significa travar a relação jurídica segundo uma expectativa de, ao longo do processo, os sujeitos envolvidos contribuir para a persecução de decisão definitiva compatível com o mundo dos fatos, minimamente justa e coerente,

⁵Retirado de MADEIRA, Daniela Pereira. "A força da jurisprudência", in FUX, Luiz (coord). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 529/530. Esta ligação intrínseca impõe que sejam compatíveis, ou representará a criação de Direito aleatório, que não contribui para a construção do sistema jurídico – muito pelo contrário. Claramente, a decisão deve se adaptar aos fatos trazidos em discussão, podendo até mesmo atuar *contra legem* – mas dentro de um permissivo legal. As normas concretas individuais devem ser adaptadas, mas é imperativo que sigam as linhas ditadas pelas diretrizes legais. Podemos diferenciar uma decisão adaptada e uma decisão desconforme.

⁶“O jurisdicionado compreende o Poder Judiciário como uma função do Estado, desempenhada por pessoas. Assim, tem a legítima expectativa de que sua pretensão, quando posta em juízo, seja apreciada por alguém que tenha conhecimento técnico, sensibilidade humana e imparcialidade. O cidadão quer a chance de um *diálogo humano* com a pessoa que, ao final, decidirá uma parte de sua vida. É *justa* essa expectativa.” MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. "A atuação do juiz na direção do processo", in FUX, Luiz (coord). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 183.

⁷Greco trata, de um diálogo humano sob o ponto de vista do contraditório participativo: “Esse é o contraditório participativo, que não se limita a assegurar a marcha dialética do processo e a igualdade formal entre as partes, mas que instaura um autêntico e fecundo diálogo humano entre as partes e o juiz, indispensável para que tal conjunto de prerrogativas possibilite às partes influir eficazmente nas decisões judiciais, por meio da intervenção no curso de toda a atividade de aquisição do conhecimento fático e jurídico de que se originam e da sua repercussão no entendimento do julgador.” Entendemos que Gustavo Quintanilha, com uma precisão louvável, releu a expressão “diálogo humano” num sentido menos formalista e mais completo do termo, expandindo para a noção de humanidade que tratamos supra. GRECO, Leonardo. "A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa, in *Revista CEJ*, v. 35. Brasília: Revista CEJ, 2006, p. 20-27, *apud* MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. "A atuação do juiz na direção do processo", in FUX, Luiz (coord). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 185.

podendo assim tornar-se imutável e resolver *definitivamente* o conflito. Espera-se que a decisão resolva todos os pontos da demanda e que não possa ser reaberta e desfeita, por um mandamento de segurança jurídica.

Sob o viés político, a coisa julgada é uma *afirmação do poder estatal*. A decisão de mérito, que se cristalizará em coisa julgada, pode ser vista por dois aspectos: é o resultado de um instrumento posto à disposição dos cidadãos, já que *provocam* a jurisdição quando necessitam, ou seja, é atuação estatal a que o sujeito escolhe submeter o conflito de interesses que vive; mas é também uma afirmação do poder político do Estado, porque os vincula às normas e aos procedimentos da demanda, submetendo-os às regras de ônus, provas e, uma vez formada a *res iudicata*, seu viés coercitivo determina que se atenda à ordem judicial. O Estado-juiz substitui a voz e a vontade das partes para decidir, e sobrepõe sua manifestação a qualquer outro ato de poder. Consequentemente, o modo como se desempenha a prestação jurisdicional, sua efetividade e sua “justiça” (incluindo-se aí o sentido de que as decisões do sistema devem ser logicamente compatíveis) são reflexo do Estado que é, *governo eleito pelo povo e construído sob a égide dos valores mais caros a seus jurisdicionados*.⁸ É uma expressão de sua força e de sua legitimidade. O provimento deve consolidar os valores morais, e o processo deve revelar os preceitos e garantias contidos na Constituição e projetá-los sobre a realidade social.

Ainda seguindo este raciocínio, podemos ir além e considerar que a evolução jurisprudencial e a repetição de julgados que conduzam a mudanças constitucionais e legais não são expressão da força do Estado, agindo através do juiz, mas são *imposições do próprio sentimento nacional*.⁹

O atraso na adaptação do sistema processual se deve, em muito, ao “preconceito consistente em considerar o processo como *mero instrumento técnico* e o direito processual como *ciência neutra* em face das opções axiológicas do Estado”¹⁰. Isto porque o modo como se desenvolveu o estudo da matéria lembrou-nos sempre da instrumentalidade formalista pura

⁸ “O Estado projetará sobre a sociedade uma imagem positiva ou negativa, conforme seja o desempenho, capacidade e prestígio de seu aparelho judiciário, especialmente no que tange ao acatamento e cumprimento das determinações dos magistrados” (grifo nosso). MANCUSO, Rodolfo. *Coisa julgada...*, ob.cit, p. 24. Ainda neste sentido, podemos acrescentar DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 15ª ed. Brasil: Malheiros, 2013, p. 46: “assim inserido nas estruturas estatais de exercício do poder, o juiz é legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos”, explorando o conceito de *juiz autêntico* trazido por Habscheid, de tal sorte que o juiz faz as escolhas desejadas pela população, como instrumento verdadeiro de concretização do Direito e de realização do que o homem comum entende por Justiça – para nós, principalmente em seu aspecto mais amplo: decisões logicamente compatíveis.

⁹ Expressão empregada por DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade...*, ob. cit., p. 48.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade...*, ob. cit., p. 39.

do processo, que somente com o decorrer do tempo, através de autores como Dinamarco, pôde ser revista¹¹. O contexto atual de acesso ao Judiciário, a noção de jurisdição como serviço, conduzem-nos à necessidade de revisitar o ideário de que o processo serve somente aos profissionais do foro, e foge ao conhecimento do homem comum. Ora, a partir do momento em que passam a perpetuar injustiças claras, em virtude do modo de operar-se o judiciário, afronta a crença do homem comum na Justiça e na máquina Estatal posta à sua disposição.

O aspecto jurídico da coisa julgada diz respeito a propósitos relacionados tanto aos sujeitos da lide quanto às funções do processo.

Em relação à primeira abordagem, a coisa julgada é o comando que incorpora o bem da vida ao *status* jurídico do sujeito, dissolvendo a situação de incerteza em relação à lide e ao direito discutido, possibilitando um reclame incisivo de realização deste direito no mundo dos fatos, haja vista sua imutabilidade – é o que transporta a decisão para a realidade fática. Ademais, num desdobramento garantístico do instituto, “(...) quer o Estado evitar que uma pessoa seja reconduzida ao Pretório pelo mesmo motivo precedente”¹², para consolidar definitivamente a situação jurídica dos jurisdicionados, comprometendo-se a não submeter o indivíduo novamente à *via crucis* judicial.

Ressalta Cabral que, no contexto de Estado Democrático de Direito, a coisa julgada atua como “expectativa de resultado ou de implementação de direitos”¹³, relacionando-se à tutela jurisdicional efetiva, porque inaugura o momento a partir do qual o indivíduo pode usufruir do *direito reconhecido pelo Estado*, não estando mais sujeito a argumentações e discussões em juízo. A coisa julgada emprestaria *segurança ao gozo de bens reconhecidos judicialmente*, na expressão de Chiovenda.¹⁴

Tratando-se das funções do processo, a coisa julgada atua como mecanismo apto a *evitar decisões contraditórias sobre a mesma lide*, como ensina Mancuso¹⁵, operando em favor da coerência sistêmica e do máximo aproveitamento da atuação jurisdicional, já que reduz os custos globais de litigância ao impedir sua reprodução em outros procedimentos, salvaguardando “tempo e dinheiro” do Estado e dos particulares.

¹¹“Se houvesse a consciência arraigada da identidade ideológica entre processo e direito substancial, sentir-se-ia mais rapidamente e de modo mais firme a necessidade de atualização do sistema processual”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade...*, ob. cit., p. 39.

¹² Dizeres de MANCUSO, Rodolfo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 25.

¹³ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 56.

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, com anotações do Prof. Enrico Tullio Liebman, 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 310.

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 26.

1.2. Coisa julgada: conceito e legislação pátria

A legislação brasileira a respeito do tema não adotou uma concepção uniforme, ocasionando em intensa discussão doutrinária. Conceitua a LICC: “Art. 6, §3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

A concepção, de forte influência alemã, encabeçada por Hellwig¹⁶, sustenta ser a *coisa julgada um efeito da decisão*. A sentença não cria, somente declara direitos pré-existentes ao processo, previstos no ordenamento jurídico. Toda sentença traria, por isso, um conteúdo declaratório e a coisa julgada seria “eficácia da declaração”. Nada apaga o que o juiz declarou, de modo que a coisa julgada seria uma força vinculante da declaração da sentença, tornando-a imutável. Barbosa Moreira¹⁷, em crítica pertinente, aponta que a teoria deixa a desejar completude para a prática forense, já que não serve à estabilidade se não abarcar também os conteúdos não declaratórios da sentença.

Liebman, contrariando este entendimento, considera a sentença publicada ato jurídico perfeito, que produz naturalmente seus efeitos. Diferencia-se a eficácia natural da sentença e imutabilidade que se adere a ela. A imutabilidade é um *plus* que se adere à sentença, unindo-se aos seus efeitos (não se configurando, portanto, como um mero efeito) para reforçá-los e qualificá-los.¹⁸ A eficácia natural da sentença, com essa nova qualidade, fica intensificada e potencializada. Assim, a *coisa julgada é uma qualidade* que se adere aos efeitos da decisão.

Liebman foi duramente criticado¹⁹, pois não são os efeitos que se tornam imutáveis, mas o conteúdo da decisão; é o ato judicial fixador da norma individual reguladora do caso concreto que se torna imutável. Não é a eficácia da sentença que adquire a imutabilidade, mas a própria sentença. Isto fica muito claro se atentarmos para o fato de que os efeitos são mutáveis e disponíveis por natureza: se condenado ao pagamento de quantia certa, com o adimplemento da obrigação não sobrevive este efeito da sentença; uma sentença que declare a certeza de relação jurídica pode ser surpreendida se a relação deixa de existir, dissipando a certeza oficial, efeito da sentença declaratória. Em regra, com a satisfação do comando decisório, exaurem-se os efeitos da sentença.

¹⁶Sobre a tese de Hellwig, CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 70.

¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 72.

¹⁸ Explica MANCUSO, Rodolfo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 25.

¹⁹ Doutrinadores nacionais como Barbosa Moreira e Antônio do Passo Cabral reconhecem o grande avanço conceitual de Liebman ao mudar o foco sobre a coisa julgada: as teorias anteriores relacionavam a coisa julgada ao próprio conteúdo da sentença, sua eficácia ou seus efeitos, ou seja, defendendo uma teoria conteudística. Liebman traz uma teoria adjetiva, porque relaciona a qualidade da decisão, e não seu conteúdo, à coisa julgada. Neste sentido CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 75. Contudo, não deixam de criticá-lo. O que não é surpresa, já que sua teoria foi elaborada em 1945.

A redação do vigente CPC deixa dúvidas a respeito de qual teoria foi adotada:

“Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Neste viés, Didier Júnior pugna pela adoção da teoria alemã, haja vista o legislador definir a coisa julgada como *eficácia*, mas muitos processualistas brasileiros entendem em outro sentido. Mancuso, por exemplo, ressalta a adoção do conceito liebmaniano de coisa julgada pois na redação dada pelo legislador “(a coisa julgada) vem concebida como um **quid**, um **plus** que se adere à sentença (...)”²⁰. A própria exposição de motivos, lavrada por Buzaid, contraria a defesa de Didier Júnior: “O projeto tentou solucionar esses problemas, perfilhando o conceito de coisa julgada elaborado por Liebman e seguido por vários autores nacionais”²¹.

Uma terceira teoria, apontada por Didier Júnior,²² refere-se à coisa julgada como *situação jurídica do conteúdo da decisão*. A norma jurídica concreta, a parte dispositiva da sentença, entendida como conteúdo da decisão, fica coberta pela imutabilidade. Este posicionamento respeita a característica mutável dos efeitos, já que não tenta engessá-los. A situação jurídica existente anterior ao processo judicial é então revista na sentença, que trabalhará norma jurídica concreta adequada ao caso, amoldando o comando judicial a uma *nova situação jurídica*, que deve ser preservada pelo ordenamento jurídico, e assim tornada *imutável e indiscutível*.

Partimos para a conceituação da coisa julgada formal e material.²³ A coisa julgada formal é um fenômeno endoprocessual, porque consiste na imutabilidade da decisão dentro do processo em que foi proferida, em razão da irrecorribilidade da sentença. Atua como preclusão máxima no processo, por consistir na perda da possibilidade de impugnar a decisão no processo em que foi proferida. A coisa julgada material, por outro lado, é fenômeno exoprocessual, pois impede a rediscussão da decisão no processo em que foi proferida e em *qualquer outro*, ressalvados os motivos ensejadores da ação rescisória. A imutabilidade neste

²⁰ MANCUSO, Rodolfo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 25.

²¹ Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, publicado em 02 de Agosto de 1972, Brasília. Disponível em <<http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/CODIGOS/CODIGOPROCESSOCIVIL.PDF>> acessado em 03/07/2013. Fazem coro à adoção da teoria Liebmaniana pelo legislador brasileiro também José Frederico Marques e Pedro Batista Martins.

²² DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil – vol II: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela*. 8ª ed. [S.l.]: JusPodivm, 2013, p. 472.

²³ Conceitua-se a coisa julgada formal como a imutabilidade do ato processual sentença, enquanto a coisa julgada material é a imutabilidade da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, relativamente às mesmas partes. Ver CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria...*, ob. cit., p. 306.

caso vai para além do processo. A coisa julgada formal é pressuposto lógico para a formação da coisa julgada material, porque impossível a formação desta a despeito daquela.²⁴

Como nos preocupamos com a decisão a respeito da questão prejudicial *em outro processo*, trataremos neste trabalho sempre da coisa julgada material, que é a que nos interessa, exatamente por ser a coisa julgada formal uma imutabilidade somente para dentro do processo

Dinamarco traz à lume um ponto de vista interessante: a coisa julgada formal e a material seriam não institutos distintos, mas sim dois aspectos da imutabilidade. A diferença residiria apenas no objeto – veja-se, a coisa julgada formal, inerente a qualquer sentença, é a imutabilidade de um comando que extingue somente o procedimento, é um “ponto final” nos atos daquele processo; por outro lado, a coisa julgada material representaria a invariabilidade do próprio direito material, pois que serviria à “firmeza das relações jurídicas”²⁵, tornando imutável a *situação subjetiva*. Este entendimento parece coadunar com a terceira teoria, festejada por Didier Júnior, de coisa julgada como situação jurídica do conteúdo da decisão, e auxilia na análise a que este trabalho se propõe: a “firmeza das relações jurídicas” não exigiria, igualmente, imutabilidade das questões prejudiciais decididas?

1.3. Limites objetivos da coisa julgada

A questão referente aos limites objetivos da coisa julgada aponta quais elementos da demanda se tornarão imutáveis. Sua definição representa a tentativa de conciliar dois valores caros a todos os sistemas jurídicos – o prestígio da justiça e a estabilização das situações jurídicas, intimamente relacionados à paz social e à efetividade da prestação jurisdicional, impondo que o decidido não pode ser posteriormente infirmado.

Savigny incluía na proteção da coisa julgada as questões prejudiciais, excluindo da proteção da coisa julgada somente os elementos subjetivos contidos na sentença, e seu raciocínio foi aceito no Brasil durante muito tempo, consagrado no CPC de 1939.²⁶

A partir do CPC de 1973, acompanhando a tendência global ditada pela doutrina alemã, a coisa julgada foi restringida à parte dispositiva da sentença. Assim, na concepção

²⁴ LIEBMAN, Enrico. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, notas de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 60.

²⁵ Neste sentido, CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada...*, *ob. cit.*, p. 60.

²⁶ “Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão”.

atual o limite objetivo se identifica com o objeto do processo, que assume o papel de resposta imediata ao pedido do autor, formulado na inicial.²⁷ Fica excluída da disciplina da coisa julgada a massa lógica construída para chegar à conclusão: os fatos analisados pelo juiz, a resolução de questões de direito, preliminares e prejudiciais, tudo fica sujeito a novo debate e nova decisão, se os jurisdicionados assim desejarem.

O sistema proposto pelo Novo CPC altera positivamente o cenário, ao tornar indiscutíveis também as questões prejudiciais, nos termos e requisitos que serão expostos ao longo deste trabalho.

Art. 484. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas.

Art. 485. Não fazem coisa julgada:

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

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

Fenoll, num entendimento mais abrangente que o que pretendemos adotar neste trabalho, trata da fundamentação ideológica por trás da problemática dos limites objetivos da coisa julgada:

(...) a determinação dos julgamentos que requeiram estabilidade, para não desvirtuar a sentença, será a chave para definir que partes da sentença se revestirão dos efeitos de coisa julgada. E simplesmente serão todas as partes que precisem manter sua estabilidade, para que a sentença não careça de fundamento. Desse modo, uma citação de jurisprudência realizada para maior reforço pode ser considerada perfeitamente prescindível. No entanto, a fixação de um fato provado ou a declaração de propriedade sobre um bem, por exemplo, formam parte do conjunto incindível de fato e de direito que constituirá a base e sustentação de uma sentença, e que deve, portanto, integrar a matéria que se revestirá dos efeitos de coisa julgada.²⁸ (grifo nosso)

Isto porque considera o autor espanhol que a necessidade de tornar imutável parte da fundamentação será analisada caso a caso, o que é, ao nosso ver, ampliação excessiva. Muito ao contrário da definição atual que restringe a coisa julgada à parte dispositiva da sentença por razões utilitaristas (é mais fácil de se verificar e exclui qualquer discussão), também não se pode deixar a problemática à mercê de uma indeterminação indesejada, já que as partes terão que argumentar a respeito de a questão de fato ou de direito ser ou não incindível ao comando da sentença. Numa visão um pouco menos ambiciosa, e mais prática, pretende-se estender a

²⁷«Na aceção dominante, os limites objetivos da coisa julgada são, em última análise, os limites colocados pelas partes no pedido.» CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 88.

²⁸FENOLL, Jordi Nieva. *A coisa julgada...*, ob.cit., p. 251.

coisa julgada à questão prejudicial, que é indiscutivelmente importante para o provimento jurisdicional, já que o resultado da questão prejudicial é que dita como será decidida a questão principal. Exclui-se, assim, a necessidade de se perquirir se a questão é incidível ou não.

1.4. Teoria da *tria eadem* e a coisa julgada

As sentenças que julgam o mérito da causa, ficando portanto protegidas pelo manto da coisa julgada material, vedam a cognição do juiz a respeito de causa com a qual haja *as três identidades*, porque adotamos a teoria do *tria eadem*: se a nova demanda contempla as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo objeto, há identidade de demandas e a posterior não poderá ser apreciada, haja vista a primeira litigância ter sido solucionada, transitada em julgada e resolvido o mérito, configurando-se verdadeira repetição. Assim, haverá extinção do novo processo, ditame do art. 267, CPC.

O problema que se impõe e deve ser solucionado é que demandas materialmente idênticas, mas que não se enquadram na tripla identidade, não serão extintas. Veja: se A, buscando sentença declaratória, ingressa em juízo contra B, para que se decida a existência ou não de crédito em seu favor; se B comprova o pagamento, A terá seu pedido rejeitado. Após o trânsito em julgado, se A propõe uma ação condenatória, em face de B, de pagamento do débito, os pedidos formulados serão distintos, mas a relação jurídica deduzida é a mesma. O novo processo deverá ser extinto por aplicação da *teoria da identidade da relação jurídica*, em respeito à coisa julgada formada, impedindo nova apreciação de uma questão já resolvida. Nas palavras de Freitas Câmara:

(...) se surgir um processo em que haja uma questão prejudicial que já tenha sido objeto de resolução por sentença transitada em julgado, tal questão não poderá ser discutida no novo processo, cabendo ao juiz, tão somente, tomar o conteúdo da sentença transitada em julgado como verdade. Assim, por exemplo, numa ‘ação de despejo’ não será possível discutir a existência ou inexistência da locação, se uma sentença anterior, transitada em julgado, declarou existente aquela relação jurídica.

Esta teoria é uma construção doutrinária e representa a influência das prejudiciais. Perceba que Câmara demonstra a vinculação ao julgamento se a questão prejudicial *transitou em julgado*. Nos termos da legislação atual, isto só será possível se a questão que no segundo processo figura como prejudicial era questão principal no primeiro processo, ou por meio de ação declaratória incidental requerida num primeiro processo, deixando em aberto um

importante instrumento consolidador da segurança jurídica. Ao nosso ver, a adoção da identidade da relação jurídica é útil ao ordenamento jurídico e deveria ser estendida: que o juiz possa determinar, juntamente com as partes, no curso do processo, que certa questão prejudicial fará coisa julgada, sem que para isso se tenha que compor uma ação declaratória incidental, o que pode ser oportunamente feito no despacho saneador.

2 CONCEITUAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DAS QUESTÕES

Definir o objeto da cognição é antes de tudo perguntar sobre o que incide a atividade cognitiva do juiz, que pode ser definida, nas palavras de Watanabe:

Um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *iudicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.²⁹

É, pois, uma técnica para apreciar e valorar o que consta nos autos para atingir o provimento solicitado. É exatamente a cognição que permite a “adequação do processo às necessidades do direito material”.³⁰

A doutrina ainda não foi capaz de definir com precisão qual o objeto da cognição, já que autores como Chiovenda postulam ser os pressupostos processuais e as condições da ação; a doutrina dominante, encabeçada por Buzaid, Dinamarco e Watanabe, considera serem os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito, enquanto Neves aponta serem estes últimos, somados aos supostos processuais³¹. Independentemente da teoria adotada, são as questões que configuram o objeto da cognição judicial. Não analisaremos todos os tipos de questão, mas somente as essenciais ao estudo.

Questão é termo que pode ser definido como ponto controverso, de fato ou de direito, que demande pronunciamento judicial.³² A questão será objeto de cognição do juízo, mas não necessariamente objeto de julgamento.

Importante observar que as questões podem ser solucionadas com dois enfoques distintos, adquirindo diferentes status para a resolução do processo. As questões resolvidas *incidenter tantum* não ficam cobertas pela coisa julgada, exatamente por constituírem passo necessário à resolução da lide, de sorte que são conhecidas, mas não decididas. O vigente CPC enumera no art. 469 as questões que formam a fundamentação, mas não são decididas: motivos, a verdade dos fatos e as questões prejudiciais.³³

²⁹ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

³⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275.

³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições...*, ob. cit., p. 276.

³² DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – vol I: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12ª ed. [S.l.]: Podivm, 2010, p. 305.

³³ Art. 469. Não fazem coisa julgada:

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

As questões decididas *principaliter tantum* são conhecidas e decididas, protegidas então pela coisa julgada. A referência a que faz o art. 468 do CPC³⁴ elucida que a decisão abarca as questões decididas e os “limites da lide”, que correspondem aos contornos do pedido definidos pelas partes, por força do princípio dispositivo.

Quanto à classificação das questões, primeiramente há que tratar das questões de fato e de direito. Será questão de fato aquela relacionada aos pressupostos fáticos da hipótese de incidência da norma, ligados às características do suporte fático concreto; enquanto as questões de direito se relacionam a norma, fato jurídico ou efeito jurídico.³⁵

Se há relação de subordinação entre as questões, a questão subordinante é prévia. Questões prévias podem ser prejudiciais ou preliminares. O conceito de prejudicial e preliminar é relativo: uma questão não é prejudicial/preliminar *per se*, mas prejudicial/preliminar em relação a outra.

Há que se observar, para diferenciar prejudiciais e preliminares, a influência que terão sobre a questão vinculada. A questão preliminar é aquela cuja solução cria ou remove obstáculo à apreciação da outra³⁶, então o resultado da preliminar dirá *se será apreciada* a questão vinculada, ou não. Exemplificando, na ação rescisória o pedido de rescisão é preliminar ao pedido de rejuízo da causa. Por outro lado, a questão prejudicial influi *no modo como* a segunda questão será apreciada, direcionando a solução desta. É o antecedente lógico e necessário da prejudicada, e que vincula a solução deste, podendo ser objeto de demanda autônoma. A solução da questão influencia o resultado do objeto do processo. Exemplo claro é o de ação de alimentos, em que A alega ser filho de B, e B nega relação de parentesco. Primeiramente, o juiz deve decidir se A é filho de B (questão prejudicial), o que determinará o julgamento do pedido.

A prejudicialidade é um fenômeno lógico evidenciado pela influência que certa decisão exerce sobre outra. O raciocínio do juiz compõe o elemento lógico da sentença, que se relaciona de forma incindível ao elemento imperativo da decisão, qual seja, o provimento previsto na parte dispositiva.³⁷ Assim relacionados os motivos e a norma individual

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

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

³⁴ Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

³⁵ Ensina DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* – vol I: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12ª ed. [S.l.]: Podivm, 2010, p. 310. Esta classificação será importante mais adiante para que se possa definir as questões prejudiciais suscetíveis de fazer coisa julgada, e a razões para que tal evento ocorra.

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1967, p. 75.

³⁷ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *A prejudicialidade no processo civil*. 2006. 257f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Largo São Francisco, São Paulo, 2006, p. 5.

reguladora do caso concreto, alguns motivos são a verdadeira razão de decidir, de tal sorte que retirando-a, a decisão já não faria qualquer sentido – porque as prejudiciais, em verdade, compõem o conteúdo da decisão.

Nas palavras de Dinamarco: “Há prejudicialidade lógica entre duas causas, questões ou pontos quando a coerência exige que o pronunciamento sobre um deles seja tomado como precedente para o pronunciamento sobre o outro”.³⁸

O problema mais evidente neste caso é que, pela redação do atual CPC, a questão prejudicial não consiste em objeto litigioso, e o juiz não a julga, mas somente a conhece, ficando desamparada pela imutabilidade da coisa julgada. Isto porque é conhecida *incidenter tantum*, não *principaliter*, o que dá azo a incongruência sistêmica, já que estas questões, como visto, podem ser objeto de demanda autônoma e não ocorre, neste caso, a exceção de coisa julgada.

As questões de mérito, *lato sensu*, dividem-se em: questões de mérito *strictu sensu*, que configuram fundamento da causa – são as defesas do réu, exame da questão prejudicial e exame da causa de pedir; e a questão de mérito propriamente dita, que é a questão principal, objeto da lide. Nas palavras de Didier Júnior, “Não podem ser confundidas uma e outra, pois somente a decisão acerca destas (questões principais) é que pode ficar imune pela coisa julgada.”³⁹ Uma leitura mais profunda desta conceituação demonstra claramente a fragilidade do sistema atual, que se obriga à análise das prejudiciais – já que não pode se furtar a decidir a causa (princípio da inafastabilidade da jurisdição) e por ser impossível julgar o litígio sem examiná-las e decidi-las – mas inutiliza seus próprios esforços ao permitir rediscuti-las em novo processo, desde que seja posta como questão prejudicial ao mérito ou questão principal.

2.1. Questão prejudicial: caracterização e tipologia

Em minuciosa análise, o trabalho de Leite⁴⁰ nos permite apontar as características essenciais à configuração da questão prejudicial, primeiro passo para delimitarmos propriamente a matéria.

Inicialmente, antecedência lógica. Não é simplesmente uma antecedência cronológica, que relaciona as questões com um vínculo de mera coordenação, pois uma solução não teria o condão de influenciar a decisão a ser dada à outra; o antecedente lógico liga-se ao

³⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Intervenção de terceiros*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 84.

³⁹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito...*, ob. cit., p. 315.

⁴⁰ LEITE, Clárisse Frechiani Lara Leite. *A prejudicialidade...*, ob. cit.

consequente por um vínculo de *condicionamento*. No exemplo de Barbosa Moreira⁴¹, não há sentido em se apreciar o recurso antes de responder, afirmativamente, à indagação sobre a tempestividade deste.

Pergunta-se então: se vários caminhos lógicos conduzem à mesma conclusão, ainda será prejudicial a questão que não precisou ser enfrentada pelo juiz? A doutrina aponta que só será questão prejudicial aquela que for caminho necessário para solução da controvérsia. Se a dependência da questão é simplesmente possível, não é uma verdadeira prejudicial.⁴² Contudo, a verificação desta característica não é tarefa fácil, pois, como aponta a mesma autora, se o réu vier a apresentar duas defesas aptas a eximi-lo de certa obrigação, como a nulidade de contrato por ilicitude do objeto e a incapacidade da parte, teremos prejudiciais concorrentes – cada uma sozinha é apta a influenciar a decisão e elas se excluem, porque o acolhimento de qualquer uma das duas exclui a apreciação da outra, por serem alternativas. Não parece certo entender que nenhuma das duas seja questão prejudicial porque não sejam *necessárias*, haja vista que a essência do conceito está presente. Assim, “(...) a adoção do requisito da *necessariedade* para definição do fenômeno da prejudicialidade (...) acabaria por trazer mais incerteza que precisão ao raciocínio.”⁴³ Isto porque, nestes termos, ter-se-ia que admitir uma série de questões, no curso da lide, que fossem *possivelmente* prejudiciais, e só poderia ser verificada a prejudicialidade em ocasião da sentença, momento único e final em que se analisa o mérito, de sorte que não seria possível determinar antes dela o que seria ou não levado em consideração a título de *necessariedade*. Visto isso, prejudicial é todo antecedente lógico da decisão, analisado no momento de seu surgimento no processo, (e não no momento de sua decisão), procedendo-se ao exame da prejudicialidade desde o aparecimento da questão no processo.

Não é também a prejudicialidade puramente uma prioridade entre juízos, mas uma *vinculação*. “O pré juízo é um juízo judicial que vincula um juízo posterior. A prejudicialidade é essa relação que se estabelece entre os juízos e que, portanto, tem sede no processo, ainda que determinada em grande medida por normas de direito material.”⁴⁴ Pode ocorrer o vínculo entre juízos eminentemente processuais, como por exemplo a questão atinente à prevaricação do juiz, que condiciona o teor da decisão na ação rescisória. A prejudicialidade também se liga às relações de direito material, quando influencia a decisão de

⁴¹ MOREIRA, Barbosa. *Questões prejudiciais...*, ob. cit., 76.

⁴² TORNAGHI, Helio. Instituições de processo penal, v. II, 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 365-366 apud LEITE, Clárisse Frechiani. *A prejudicialidade...*, ob. cit., p. 32.

⁴³ LEITE, Clárisse Frechiani Lara. *A prejudicialidade...*, ob. cit., p. 35.

⁴⁴ LEITE, Clárisse Frechiani Lara. *A prejudicialidade...*, ob. cit., p. 51.

mérito. Pode-se incluir a prejudicialidade no conceito de institutos bifrontes⁴⁵, haja vista estar profundamente arraigada nas relações de direito material, de onde advém a vinculação entre situações e relações jurídicas, mas sendo ela mesmo uma relação entre juízos judiciais.

Discute-se a respeito do aspecto jurídico da prejudicialidade: se aplica-se o critério da autonomia ou o critério subsuntivo. A corrente da autonomia, representada primeiramente por Böhmer, prega que só há questão prejudicial se esta for apta a constituir objeto de um processo independente. O autor considera que tanto pretensões, relações jurídicas e direitos podem ser objeto de processo autônomo. Em relação a fatos jurídicos, só existem em função de relações jurídicas e direitos, por isso não poderiam ser objeto de demanda autônoma.⁴⁶ Por este conceito, não é prejudicial a controvérsia a respeito de ocorrência de certo fato jurídico. Alguns autonomistas chegaram a exigir uma efetiva decisão em separado para que se configurasse a prejudicial, o que cinde a decisão e não serve aos propósitos deste trabalho, já que limitaria o conceito a uma questão procedimental: o que o ordenamento jurídico determinar que precise ser autuado em apartado, será prejudicial. Este conceito vai na contramão até da atual regulação legislativa da matéria: a declaratória incidental se desenvolve dentro do processo principal e é decidida na mesma sentença, objetivando economizar atos processuais e unificar a demanda. Este critério demanda que se considerem prejudiciais somente as questões que o ordenamento jurídico exija que sejam autuados em apartado.

Menestrina, por outro lado, defende a posição de que deve ser igual a natureza dos juízos: a atividade referente à prejudicial deve ser da mesma natureza do juízo final, ou seja, atividade de subsunção⁴⁷. Assim, tanto as pretensões, relações jurídicas e direitos, mas também fatos jurídicos são submetidos a uma atividade de subsunção desenvolvida pelo julgador, de modo que todos eles serão considerados prejudiciais, apesar de fatos jurídicos não poderem ser objeto de demanda autônoma. Assim, serão prejudiciais jurídicas os juízos subsuntivos que influenciem na decisão final do processo.

“A caracterização jurídica da prejudicialidade, mais do que atender à necessidade de fixação de uma base para a disciplina procedimental da suspensão do processo, serve à

⁴⁵ Construção de Dinamarco: são influenciados por normas e princípios de direito material, mas não perdem sua natureza processual. É o caso da ação, competência, fontes e ônus da prova, coisa julgada e responsabilidade patrimonial.

⁴⁶ Clarisse Frechiani Lara Leite examina minuciosamente a discussão acerca do aspecto jurídico da prejudicialidade em sua obra, outrora citada.

⁴⁷ Nos moldes tradicionais: premissa maior (norma), aplicada à premissa menor (circunstância de fato), donde se extrai a consequência jurídica.

identificação da extensão objetiva da coisa julgada.”⁴⁸. Barbosa Moreira adota critério semelhante a Menestrina, expandindo o conceito para abarcar também pressupostos processuais e condições da ação, por exemplo. Quaisquer questões advindas de atividade subsuntiva que exerçam influência condicionante no conteúdo de outras questões serão prejudiciais. O critério da natureza subsuntiva se traduz, para ele, na prejudicialidade de questões relativas à *valoração jurídica de fatos*, excluídas então somente questões que nunca possam dar azo a pronunciamentos acobertados pela coisa julgada material, que vem a ser as questões unicamente fáticas e as unicamente jurídicas. Toda aquela sobre a qual cabe pronunciamento jurisdicional apto ao trânsito em julgado deve ser entendido como prejudicial jurídica.

A doutrina majoritária⁴⁹ filia-se à corrente que aponta a autonomia, e não a atividade de subsunção, como requisito à prejudicialidade jurídica. Ademais, a definição de Barbosa Moreira se mostra extensa demais para ser adotada para este trabalho. No sentido em que queremos abordar, não se configura imprescindível à justiça da decisão que sejam cobertas pela imutabilidade as condições da ação ou as questões processuais. Isto porque não se relacionam propriamente com o conteúdo da decisão de mérito e com a relação jurídica discutida. Sua verificação é mais objetiva e a discussão a seu respeito se aproxima muito mais de questões de direito puras.⁵⁰

Assim, passemos para a classificação de Chiovenda das questões prejudiciais⁵¹. *Fatos jurídicos* serão questões prejudiciais somente quando puderem ser objeto principal de declaração, como por exemplo a declaração de falsidade de certo documento. Exclui-se, dentre os fatos jurídicos, aqueles referentes aos atributos de pessoas, coisas ou atos, já que não poderiam ser objeto de demanda autônoma (como referente à idade de certa pessoa, se é homem ou mulher, se a coisa é divisível ou imóvel, se o ato é comercial ou civil). Por outro lado, as questões relativas a *estado jurídico*, ou seja, ligado à condição jurídica do sujeito haja vista certa relação jurídica, como o estado de cidadania, família, matrimônio, serão

⁴⁸ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *A prejudicialidade...*, ob. cit., p. 58.

⁴⁹ Trabalhos de Ada Pellegrini Grinover, Didier Júnior e Alexandre Freitas Câmara partem do pressuposto de que o requisito é pacificado, de modo que nem apresentam a concepção de Barbosa Moreira.

⁵⁰ Este entendimento parece coadunar com a tratativa dispensada pelo Código de Processo Civil às questões processuais. Veja, mesmo uma sentença final que pugne pela ilegitimidade *ad causam*, transitada em julgado, estará coberta somente pela coisa julgada formal, por ser questão puramente processual. “Ora, significa então que a mesma questão pode ser levada novamente ao Judiciário, desde que em outro procedimento? A doutrina brasileira majoritária responde afirmativamente (...)”. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 260. Com mais razão serem conhecidas somente incidentalmente em caso de se apresentarem como questão prejudicial.

⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito...*, ob. cit., vol I, p. 468.

prejudiciais. Deste modo, uma vez julgada a filiação, não se poderá rediscuti-la em novo processo, pela letra do Novo CPC, por ser prejudicial relativa ao estado de família.

Será também prejudicial a questão a respeito de *existência de uma relação jurídica complexa*, quando se alega direito oriundo dessa relação, como em caso de um fato ensejador de reparação por dano moral e material. Complementamos a teoria de Chiovenda, estendendo o postulado também para *relações jurídicas simples ou não complexas*⁵². Será ainda questão prejudicial a questão sobre a existência de *relação jurídica que envolva obrigações com quotas periódicas* (é um tipo de relação complexa). Isto porque cada prestação pode ser objeto de demanda e processo autônomos, e não se trata de caso de litispendência porque o pedido é distinto. Contudo, não faz sentido que se discuta a cada processo a relação jurídica, o que justifica a questão prejudicial fazer coisa julgada.

Questão sobre a existência de uma *relação jurídica condição da principal*, como em caso de sublocação, que é relação dependente da de locação, será questão prejudicial. Será também aquela relativa à existência de uma *relação jurídica incompatível com a principal*, que é o caso em que, citado para o pagamento de um aluguel, o réu não só nega a locação, como afirma-se como proprietário em sede de reconvenção. Entendemos que nesta hipótese temos *novo pedido*, que redesenha os limites da lide, não se configurando pois como questão prejudicial.

Visto isto, podemos dividir as prejudiciais em cinco tipos de questões: a) referentes a *fatos jurídicos*, desde que não se refiram a atributos de pessoas, coisas e atos; b) referentes a *estado jurídico*; c) referentes à existência de *relações simples ou complexas*; d) referentes à existência de *relações que ensejam obrigações com quotas periódicas*; e) existência de uma *relação jurídica condição da principal*.

2.2. Questão prejudicial e legislação pátria

No Brasil, o instituto foi tratado de maneira heterogênea ao longo do tempo. Anteriormente ao CPC de 1939, grande parte da doutrina filiava-se a um conceito de coisa

⁵² Neste ponto Chiovenda distingue as relações jurídicas que se esgotam num único direito, como empréstimo em dinheiro, ocasião em que aponta que a existência da relação jurídica consiste no próprio objeto da obrigação, de modo que esta questão (da existência) fica protegida pela coisa julgada. Quanto a relações jurídicas complexas, de que derivam múltiplos direitos e obrigações, a existência da relação jurídica configura causa de pedir, de modo que será questão prejudicial, passível de ser rediscutida em processo posterior. Chiovenda parte do princípio de que “questões prejudiciais são decididas em regra sem efeitos de coisa julgada”, daí o modo como as analisa. Não partilhamos da mesma crença de modo que incluímos a questão sobre a existência de relação jurídica “simples”, que se esgota num único direito, no rol das questões prejudiciais. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito...*, ob. cit., vol I, p. 474.

julgada que abrangesse as questões prejudiciais, numa inclinação clara à adoção da teoria de Savigny, “Teoria da Ficção da Verdade”, segundo a qual a coisa julgada seria uma ficção criada pelo direito, ou seja, admite-se que no mundo dos fatos ocorra algo que não corresponda à figura jurídica eleita. A crítica mais evidente é relaciona-la com a verdade, pois o ponto de partida é equivocado: a coisa julgada não imuniza a sentença porque seu conteúdo é a verdade dos fatos; fica blindada porque o Estado assim o determina através de uma norma externa à própria sentença.⁵³

A redação do Código de Processo Civil de 1939:

Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas.

Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão.

Como a doutrina européia, por outro lado, passou a rechaçar a teoria, doutrinadores nacionais como Barbosa Moreira e Adroaldo Furtado Fabrício buscaram sintonizar a interpretação do dispositivo com o novo entendimento. Além disso, a discussão sobre o que seria “premissa necessária” era infértil e a indefinição do termo, obviamente, acarretava muitos problemas.

O Código de Processo Civil de 1973 optou explicitamente pela tese restritiva, limitando a coisa julgada ao dispositivo da sentença, excluindo do véu da imutabilidade as questões prejudiciais. Vigorava a fórmula carnellutiana.⁵⁴

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

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

⁵³ Cabral, Antonio do Passo. *Coisa Julgada...*, ob. cit., p. 65.

⁵⁴ Perceba-se contudo que tanto Carnelutti quanto Savigny eram adeptos do que Cabral, Antonio do Passo. *A coisa julgada...*, ob. cit., p. 63, chama de “Teorias Materiais da coisa julgada”, voltada para uma discussão muito recorrente em Direito Comparado, se a coisa julgada seria um fenômeno material ou processual. As teorias materiais ligam diretamente a coisa julgada ao direito material, de modo que com a coisa julgada haveria uma “novação” na relação jurídica, pois as partes seriam a partir de então regidas por uma nova norma material de comportamento. As teorias processuais, por outro lado, acreditam numa conexão apenas indireta, há “imunização do direito por meio de um vínculo processual dos juízes de processos futuros, proibindo-os de decidir novamente sobre o tema”. Assim, a vinculação ocasionada pela coisa julgada, para a teoria processual, não advém da criação de uma norma que reflete uma presunção de verdade (Teoria de Ulpiano), ou uma ficção dela (Teoria de Savigny), mas porque regras processuais de Direito vinculam os sujeitos a um resultado obtido no processo, de sorte que a rediscussão é uma vedação processual com implicações para o Direito material. As variantes da teoria processual são as mais aceitas até hoje, encabeçadas por Hellwig (Coisa julgada como eficácia da declaração), Liebman (coisa julgada como qualidade da sentença), abarcando inclusive a doutrina mais aplaudida atualmente, de “coisa julgada como situação jurídica nova”.

- II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

2.3. Questões prejudiciais e o Novo CPC

O Projeto do Novo Código de Processo Civil, por outro lado, altera a solução atual:

Art. 20. Se no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, o juiz, assegurado o contraditório, a declarará na sentença, com força de coisa julgada

Art. 490. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas.⁵⁵

Como visto, as questões prejudiciais não se restringem àquelas referentes à existência de relação jurídica, abarcando também os *atos jurídicos*, desde que pudessem ser objeto de demanda autônoma, e *estado jurídico*. Assim, a redação do art. 20 elucida os casos em que a relação jurídica será declarada existente ou não, imutavelmente, mas não restringe ao campo desta espécie de questão prejudicial, pois o art. 490 se refere à todas as prejudiciais, incluindo as que dizem respeito a fatos jurídicos e estado jurídico.

Deve-se ressaltar que o art. 470 do CPC de 1973 previa requisitos à questão prejudicial poder ser objeto de coisa julgada – deve a parte requerer, o juiz ser competente em razão da matéria e a questão ser pressuposto necessário à lide –, que não foram reproduzidos no novo CPC, mas alterados, de modo que as hipóteses em que a questão prejudicial poderão de fato fazer coisa julgada serão delineados no decorrer deste trabalho, tanto em relação à competência, rito procedimental e definindo-se o próprio conceito de questão prejudicial.

A redação final dos dispositivos referentes à matéria no novo CPC parecem responder às dúvidas doutrinárias e estabelecer uma série de requisitos satisfatórios à aplicação devida do instituto da coisa julgada. Vejamos:

Art. 513. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Art. 514. 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 da questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

- I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;

⁵⁵ Disponível em

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8DDDDA73D646B7314844F2BD00F00031.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010> acessado em 06/08/2013

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.⁵⁶

Primeiramente, percebe-se que a redação quanto à definição de coisa julgada foi alterada para caracterizá-la como *autoridade*, numa tentativa de neutralizar as discussões a respeito de sua natureza, adotando um conceito intermediário e destituído de superdefinições jurídicas, privilegiando o sentido mais amplo da coisa julgada.

Adota claramente a coisa julgada a respeito das prejudiciais, mas estabelece requisitos. O primeiro, se dela depender o julgamento do mérito, é característica ínsita ao próprio conceito de prejudicialidade, como visto, de modo que só reforça a idéia, não restringe dentro das prejudiciais aquelas de que dependa o mérito. Todas as prejudiciais apontadas neste trabalho têm o condão de afetar o conteúdo da decisão de mérito. Quanto ao contraditório, foi importante afirmar a impossibilidade de formar coisa julgada se decidido à revelia, respeitando a imposição determinada também para a ação declaratória incidental. Ressalta também o imperativo de ter o juiz competência absoluta para julgá-la, e que não haja restrição à cognição, de modo que o procedimento seja sempre aquele referente à cognição exauriente.

⁵⁶ Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2013/07/Substitutivo-ADOTADO-versao-FINAL.pdf>> acessado dia 08/08/2013.

3 SEGURANÇA JURÍDICA E LEGITIMIDADE

3.1. Segurança Jurídica

A segurança jurídica é consagrada como um valor na Constituição da República, no art. 5º, caput, ladeada pela igualdade e liberdade. Foi incorporada também a dispositivos como “art. 5º, II, CF. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei.”, expressa também na garantia de devido processo legal (art. 5º, LIV) e na proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI).

Alguns a relacionam ao princípio da dignidade da pessoa humana, porque a segurança é imprescindível à realização plena do indivíduo. No cenário atual, mesmo que não esteja expressamente previsto, este valor é amplamente aplicado por entender-se ser uma derivação da cláusula do Estado de Direito.⁵⁷

Isto significa que os parâmetros atuais de Estado de Direito são de vínculo de coordenação e cooperação, de incitação de condutas construtoras, socialmente úteis. Transpondo para o Direito Processual Civil, o Estado deixa de inquirir as partes, ou de administrar a discussão passivamente, e passa a construir, junto com elas, a verdade do processo e uma decisão que seja útil para as partes e para os objetivos a que a máquina estatal se presta, como os de dirimir conflitos com justiça e *completude*. Uma decisão incompleta ou discutível não serve como base a um ordenamento jurídico consolidador de direitos. “O que eterniza a litigiosidade é a descrença na justiça da decisão e a facilidade de prolongá-la ou renová-la sem motivos consistentes e sem riscos”.⁵⁸

Ensina Cabral⁵⁹ que a continuidade jurídica, relacionada ao Estado de Direito, insere o princípio da segurança jurídica na ótica de segurança-continuidade. A continuidade atua como um pêndulo entre o estatismo e a alterabilidade. Isto significa que a alteração de posições jurídicas estáveis só se justifica se houver uma ruptura das circunstâncias. Este conceito pode ser aplicado em relação à política, à atividade jurisdicional, à interpretação de

⁵⁷ Esta cláusula revela estruturas estatais guiadas pelo ideário de um poder público definido e controlado pelos valores consagrados na Constituição e pelos valores fundamentais, composto por normas que sejam materialmente e formalmente realizadoras de segurança. Ver Cabral, Antonio do Passo. *A coisa julgada...*, ob. cit., p. 284.

⁵⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil – vol I: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 301.

⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *A coisa julgada...*, ob. cit., p. 289.

leis. Isto porque os doutrinadores modernos⁶⁰ visualizam que o ordenamento jurídico como um todo e sua atuação precisa ser flexível no sentido de que os institutos jurídicos não precisem ser desconstruídos a cada momento, a cada variação no mundo dos fatos. O direito precisa ser adaptável para acompanhar a realidade e não destoar dela.

A continuidade jurídica pode ser dividida em *previsibilidade* e *calculabilidade*. A continuidade, como se propõe a construir uma estabilidade equilibrada dos elementos normativos, possibilita o “cálculo” do agir do sujeito, de modo que a conduta humana possa ser mais coerente com os objetivos da sociedade, consolidadora das normas e dos valores éticos e morais desejados por ela. A confiabilidade das normas permite que se faça prognoses seguras quanto à sua aplicação prática, contribuindo para o desenvolvimento da segurança nas relações intersubjetivas.

A confiabilidade geralmente é relacionada à produção normativa. Mas veja, se o juízo produz norma jurídica individual, estas precisam também ser *confiáveis*, de tal sorte que o sujeito possa orientar suas atitudes por uma base segura que lhe indique qual sua situação jurídica (dada pela coisa julgada), como o ordenamento jurídico reage diante de suas circunstâncias e o que decide a respeito da causa que lhe é posta a julgar. Daí se infere que o sujeito precisa acreditar que, a mesma questão, posta perante um outro juiz, por um mandamento de eficiência do sistema jurídico, coerência e lógica, seria *analisada da mesma forma*. Quer dizer, que num outro juízo, amanhã, se trazidas as mesmas provas, feitas as mesmas alegações, deve o processo atingir um mesmo resultado.

Sabemos que juízes são, antes de tudo, humanos, e que o Direito é variável e flexível exatamente por procurar corrigir seus próprios erros e acompanhar a evolução social. Todavia, um conteúdo mínimo precisa ser estável para os sujeitos, imodificável. Isto porque afetar sua confiabilidade na norma jurídica individual produzida num ponto tão essencial à causa quanto à questão prejudicial, na verdade, *desconstrói esta confiança*. Não há justificativa para permitir que parte tão importante da decisão seja contradita por outra; teremos somente incoerência e desmoralização do Judiciário. Para assegurar que isto não

⁶⁰ Entendemos que o próprio neoprocessualismo demande mais manutenção das situações jurídicas e das posições e postulados jurídicos adotados pelo sistema legal que a ruptura e a reconstrução de conceitos. Atualmente o que se percebe é que os doutrinadores pretendem amoldar a letra da lei às necessidades sociais, e não reescrevê-la constantemente, até porque tendemos a nos apegar ao extremo oposto. O direito processual vivencia uma fase de aprimoramento, e não mais de reconstrução. Neste sentido, podemos transpor esta posição para a tratativa das demandas: é perigoso analisar somente “partes estanques” de relações jurídicas porque postas deste modo em juízo, já que uma nova demanda intimamente ligada ao pedido transitado em julgado *romperá* com este primeiro pronunciamento judicial, passando por cima de sua autoridade e descontinuando a norma individual ditada pelo Estado. Certamente é importante observar o princípio da demanda e respeitá-lo, mas é importante também que a divisão da questão ligada àquela situação jurídica particular seja razoável, para que a atuação do Estado possa ser coerente e contínua.

ocorra, deve o sistema jurídico se proteger e tornar irretocáveis os pontos fundantes da decisão.

De fato, o conceito de coerência pressupõe uma coesão interna no sistema que mostre que existe uma longa cadeia de elementos a sustentar um ponto do ordenamento. Se utilizarmos este conceito para um sistema jurídico de estabilidades, veremos que uma posição jurídica será estável se diversos outros pontos do sistema forem consonantes (i.e., não contraditórios) com aquela estabilidade.(CABRAL, 2013, p. 292)

Exatamente reconhecendo, pois, que o Direito não é uma ciência exata, o sistema precisa se precaver e estabelecer mecanismos que vedem incongruências. É preciso extrair da mentalidade do homem médio que deve contar com a sorte e com os bons ventos, porque “a justiça é uma loteria”. Nos pontos em que se puder vedar esta atuação, isto certamente deverá ser feito. Assim, precisamos que decisões a respeito de um mesmo fato, que por razões processuais possam ser cindidas (por ensejar dois pedidos distintos, por exemplo), sejam *coerentes, complementares, interligadas*. A extensão dos limites objetivos da coisa julgada tem papel importante a este respeito. Não se deve estendê-la demais, pois as partes teriam que atuar em contraditório e defender-se a respeito de qualquer alegação, e a decisão ficaria irremediavelmente imutável. Por outro lado, não se pode deixar ao arbítrio de revisão toda e qualquer questão discutida judicialmente, ainda que não tenha sido alvo de pedido.

Quanto à durabilidade ou permanência, outra característica da continuidade jurídica, deve haver garantia de *realização das posições jurídicas estáveis*⁶¹; ou seja, além de as decisões serem executáveis, é preciso que as normas não possam ser facilmente alteradas, incluídas aí, no nosso entendimento, as normas individuais criadas em sentença. O direito produzido precisa ser constante, assim também as normas produzidas pela atividade jurisdicional. Assim como não se admitem leis contraditórias, porque precisam ser *compatibilizadas*, este raciocínio deve ser transposto para a normativa individual criada pela sentença.

3.2. Legitimidade

Muito se fala a respeito da legitimidade da motivação da sentença. Neste sentido, a motivação atua como um mecanismo de *controle* e também de *legitimação*.

⁶¹ Expressão de CABRAL, Antonio do Passo. *A coisa julgada...*, ob. cit., p. 294.

A controlabilidade se expressa numa exigência de modo de ser do emprego que os órgãos estatais fazem de seu poder, e advém de uma noção mais geral de controlabilidade que é inerente à noção moderna de Estado de direito. A ideologia democrática de jurisdição demanda que a motivação seja uma garantia de controle externo e difuso, a respeito da justiça e legalidade do provimento jurisdicional. Assim, o juiz demonstra que construiu um raciocínio lógico-racional, de acordo com as normas de direito, que conduz àquela decisão final, na parte dispositiva. As partes poderão recorrer da decisão se verificarem que a lógica não se perfaz se há violação a norma jurídica, e nesta última hipótese teremos um controle de legalidade.

A motivação se traduz também num controle de legitimidade. A legitimação precisa estar contida nas razões de decidir pois os juízes não são eleitos, de tal sorte que por meio da demonstração do raciocínio que o levou à conclusão do pleito, comprova que foi fiel aos valores éticos e morais que se pretende assegurar através do Direito, atuando também como mecanismo de convencimento das partes e da sociedade – precisa provar que sua decisão é boa, justa, de acordo com o Direito, e por isto deve ser seguida. A coerção pura nem sempre é capaz de garantir que o direito consagrado se efetive, e deve estar acompanhada de razões lógicas, uma cadeia de premissas que conduza àquele resultado. Uma decisão formalmente executável mas ilegítima não se sustenta porque não aplaca a litigiosidade. Num sentido mais amplo, a produção judicial só será legítima se apesar da divisão estanque de um mesmo fato, por razões de competência, procedimento ou oportunidade, em vários processos distintos, a normatização criada for coesa e apontar num sentido único, e o melhor modo de fazê-lo é proteger o núcleo da decisão, incluindo as questões prejudiciais, que contém constatações e declarações intimamente ligadas ao resultado da lide. Assim, a pura coercitividade não pode garantir a coexistência de decisões contraditórias, porque serão, numa visão sistemática, ilegítimas exatamente pela contraditoriedade. A litigiosidade só poderá ser verdadeiramente aplacada se as decisões seguirem uma lógica argumentativa coesa e “se respeitarem”. O próprio mandamento de autoridade do ordenamento jurídico determina que o valor de justiça ultrapasse o âmbito da decisão e seja uma medida de coerência com o sistema normativo como um todo e com as decisões com que se relacione. Destitui-se de autoridade e do valor de legitimidade os pronunciamentos que se permita serem excludentes.

Entendemos também que a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais atua como medida de controle num outro viés, distinto da controlabilidade da motivação judicial. A extensão da coisa julgada se revela como um controle de coesão e complementariedade no

sistema jurídico como um todo, porque garante que a decisão criada, norma jurídica individual, seja compatível com outras decisões judiciais com que se relacione diretamente. Isto porque as normas gerais e abstratas tem seu próprio modo de *excluir-se*, e sua variação se justifica pela necessidade de adaptar-se à nova realidade fática e aos novos entendimentos doutrinários, num controle de legalidade e de legitimidade, restrito apenas por normas relativas à forma de alteração e respeito à substância trazida pela Constituição Federal. A norma individual criada em sentença só é controlada por acórdão de tribunal que a substitua, sentença do juiz *a quo* que a complemente ou em havendo as razões para ajuizamento de ação rescisória. Estes mecanismos de revisão, contudo, não visam excluir decisões que coexistam mas sejam contraditórias. E por uma questão de lógica e legitimidade, não poderão coexistir. Como não se pode revogar decisão judicial, haverá que se fazer o controle de outra maneira, qual seja: a proibição de reanalisar as questões prejudiciais, criando um vínculo de unicidade entre as decisões judiciais que perpassem aquele antecedente lógico.

A motivação se revela ainda por uma necessidade de justificação do ato estatal. Há dois níveis de justificação: interna e externa. A justificação interna é aquela inferida das próprias premissas ditas na decisão; enquanto a externa depende de critérios valorativos indefiníveis: neste aspecto, a motivação é justificada na medida em que os valores em que assenta são reconhecidos como próprios por quem efetua o seu controle. A primeira verifica se é racional, a validade e a correção; a segunda avalia se as escolhas feitas pelo juiz correspondem às expectativas e finalidades do observador. Mais importante, *o próprio conteúdo da motivação varia de acordo com quem se considera seu destinatário*: as partes, a classe dos juristas ou a opinião pública em geral. Quanto às partes, o foco vai para a coerência em relação ao caso concreto apresentado; quanto aos juristas, o foco é na autoridade do decidido e seu *status* no plano jurídico; e quanto à opinião pública, a *motivação se liga aos valores ético políticos*.⁶² Daí a importância que destacamos de se adotar a sociedade como destinatário final da atividade jurisdicional, porque somente assim as normas criadas em sentença e a atuação do magistrado poderão ser consideradas verdadeiramente legitimadas, por se despirem do formalismo puro ditado pelo processo e pelas construções doutrinárias e passa a se relacionar diretamente, com a realidade, concretizando os valores que se quer preservar.

⁶² TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975.

4 AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL E SISTEMA ATUAL DE COISA JULGADA

“Trata-se de remédio legal que visa à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, em atenção ao duplo interesse da economia processual e da prevenção de decisões conflitantes.”⁶³

A ação declaratória incidental nada mais é que uma demanda própria, conexa com a demanda originária por um vínculo de prejudicialidade.⁶⁴

O instituto está previsto no art. 5º e 325 do CPC.⁶⁵ Surgindo no seio do processo questão prejudicial que, como tal, demande análise do julgador da causa, a prejudicial será somente *conhecida* pelo juiz, que se limitará a decidir o objeto litigioso.

Contudo, para que melhor se possa aproveitar a discussão acerca da questão prejudicial, de modo a evitar demanda autônoma reabrindo-a, foi elaborada a ação declaratória incidental. Esta ação expande os limites do pedido, e assim, pelo princípio da correlação⁶⁶, expande também o próprio mérito da causa, imutabilizando uma “porção maior” da problemática posta em juízo. O âmbito de discussão será o mesmo, mas a extensão da coisa julgada se altera porque se expande o próprio pedido.

Se inicialmente a apreciação da questão prejudicial seria apenas fundamento da decisão, ficando excluída da imutabilidade da coisa julgada – e deste modo, passível de reanálise em ação posterior –, a partir da ação declaratória incidental, o exame da questão, que seria *incidenter tantum*, passa a ser *principaliter*, integrando o objeto da lide, transpondo-a da apreciação na fundamentação da sentença para a parte dispositiva da mesma.

Bem se percebe que, reconhecendo o legislador o problema que este trabalho ora se propõe a esmiuçar, de esmerar-se o julgador no *mero conhecimento* da questão prejudicial,

⁶³ FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 60.

⁶⁴ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *A prejudicialidade...*, ob. cit., p. 143.

⁶⁵ Art. 5º Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.

Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.html> acessado na data de 18/07/2013.

⁶⁶ Por este princípio, o pedido é uma projeção da sentença que se pretende: ampliando o pedido, ampliam-se as questões a serem decididas pelo juiz. “(...) decisão guarda intrínseca relação com a demanda que lhe deu causa. Há entre elas um nexo de referibilidade, no sentido de que a decisão deve sempre ter como parâmetro a demanda e seus elementos.” DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil – vol II: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela*. 8ª ed. [S.l.]: JusPodivm, 2013, p. 342.

sem contudo garanti-la através da autoridade da coisa julgada, quis solucioná-lo criando tal incidente. Apontaremos em seguida os problemas práticos causados por esta escolha e as razões pelas quais repetidamente enfrentamos a ineficiência do dispositivo. Por hora, cabe esclarecer que este instrumento, dirigido a uma maior economia processual, visa a evitar a instauração de um segundo processo que desse uma decisão *principaliter* acerca da questão prejudicial⁶⁷. Deste modo, a declaração incidental vem para *ampliar o objeto do processo*⁶⁸, incluindo uma questão que a princípio não o integrava, decidindo sobre a existência ou inexistência da relação jurídica prejudicial. Mas há que atentar para o fato de que na verdade a declaração incidental não só amplia o pedido, como se constitui na verdade em pedido novo, “nova pretensão veiculada em processo que já se encontrava em curso”⁶⁹.

Os dispositivos presentes no CPC de 1973 ora analisados não encontram correspondência no projeto de lei PL 8046/2010, aprovado pela Câmara dos Deputados, de tal sorte que a ação declaratória incidental será extinta em Direito Brasileiro com a entrada em vigor da norma.

4.1.Requisitos para ação declaratória incidental e modo de aplicação

Qualquer das partes poderá ajuizar a declaração incidente, conquanto seja o juízo da causa também competente para decidir a questão prejudicial e seja a questão pressuposto necessário para resolução da causa, requisitos ditados pelo art. 470, do CPC.⁷⁰

A exigência em relação à competência configura-se na verdade como requisito de admissibilidade da demanda declaratória incidental, de modo que o juiz precisa ser competente em razão da matéria, além da competência funcional⁷¹, por serem estas absolutas e inderrogáveis. Competências em razão do valor ou do território são derogáveis, em regra geral, daí a possibilidade de estenderem-se, possibilitando julgamento da prejudicial por parte do magistrado competente para o pedido inicial.

O requisito de ser pressuposto necessário parece redundante, já que a questão prejudicial, por definição, é caminho lógico necessário para a questão principal.

⁶⁷ Sabedoria de CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições...*, ob. cit., vol I, p. 350.

⁶⁸ Expressão de CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições...*, ob. cit., vol I, p. 350.

⁶⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória...*, ob. cit., p. 99.

⁷⁰ Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

⁷¹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória...*, ob. cit., p. 148/149.

A ação declaratória incidental tramita nos autos em que foi ajuizada, e não em autos apartados. Esta medida pretende simplificar o procedimento, mas na prática forense gera muitos problemas, que serão pontuados mais adiante.

É uma providência preliminar, e por isso tem o autor dez dias para demandá-la, quando a controvérsia tiver surgido em ocasião da contestação. É tranquilo o entendimento de que, em relação ao réu, este terá que oferecê-la no prazo em que dispõe para contestação.

Há corrente doutrinária, encabeçada por Fabrício, Didier Júnior e Moreira que considera a declaração incidente com caráter reconvenicional, se ajuizada pelo réu. Nesta hipótese, aplica-se o previsto no art. 299, do CPC⁷², o oferecimento deve ser simultâneo à contestação. Corrente doutrinária oposta, como de Fornaciari Júnior e Câmara, nega o caráter reconvenicional: na reconvenção o objeto da cognição é ampliado, trazendo questões novas que não seriam analisadas; na declaratória incidental o objeto não é ampliado, pois que aquelas questões já seriam analisadas, alterando apenas o objeto do processo, que passa a ser maior. Mas sendo ainda resposta do réu, conclui Câmara que demandará, da mesma forma, interposição simultânea à contestação, posto que antes da resposta não haverá controvérsia, e assim falta interesse de agir, e após a resposta estará extinto o prazo para resposta do réu.⁷³

Em sendo revel o réu, discute-se a possibilidade de o autor propor demanda incidental. Perceba-se que na ausência de contestação, não há controvérsia sobre a prejudicial, que é em verdade um requisito de admissibilidade da demanda de declaração incidente. Contudo, o art. 321 expressamente prevê tal possibilidade⁷⁴, e ademais, é preciso considerar a possibilidade de que alguma prejudicial se torne controvertida mesmo à revelia, ou pela contestação de curador especial ou, por exemplo, em havendo pluralidade de réus, um deles contesta suscitando a prejudicial. Nestas hipóteses será possível a existência de declaração incidental, e o réu deverá ser citado para o oferecimento de sua resposta.

⁷² Art. 299. A contestação e a reconvenção serão oferecidas simultaneamente, em peças autônomas; a exceção será processada em apenso aos autos principais.

⁷³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições...*, ob.cit., vol I, p. 353.

⁷⁴ Art. 321. Ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de 15 (quinze) dias.

5 DIREITO AMERICANO: A TRATATIVA DO TEMA NO SISTEMA DE *COMMON LAW*

Tanto o *collateral estoppel* quanto a coisa julgada⁷⁵ atuam como uma garantia ou segurança para o jurisdicionado de que o que foi decidido pelo Estado passa a ser imutável e indiscutível, propiciando a estabilidade das relações jurídicas e a crença no Judiciário. No sistema de Common Law, a *res judicata* possui duas dimensões: *claim preclusion* e *issue preclusion* ou *collateral estoppel*.

A *claim preclusion* impede a rediscussão de um pedido já julgado, tornando imutável (*preclusion*) a decisão a respeito da pretensão (*claim*) formulada pelo autor. A *claim* é justamente decidida na parte dispositiva da sentença, aproximando-se muito dos critérios de coisa julgada no sistema romano-germânico, adotado pelo Brasil. Através desta dimensão, indo agora além do nosso entendimento de definitividade da coisa julgada, “o autor da ação fica obrigado a veicular em uma só demanda todas as pretensões que tenha contra o réu, em relação ao mesmo fato ou a um conjunto de fatos”⁷⁶.

(...) com igualdade processual e menos preclusões internas para alegações e produção de prova, a *claim preclusion* aumentou sua intensidade, acompanhando a concepção de que não apenas o que foi efetivamente decidido, mas também o que poderia ter sido, deveria adquirir estabilidade. Essa idéia levou a uma concentração do debate sobre a lide em uma litigância única. Assim, por meio do desenvolvimento de regras contra a divisão da causa de pedir (*rule against splitting the cause of action*), acompanhada de pressões sistêmicas para que o réu alegue obrigatoriamente certas questões no mesmo processo, a *res iudicata* encontrou terreno fértil para se expandir e cobrir não apenas a específica demanda proposta, mas o conflito *in natura*.⁷⁷ (grifo nosso)

A *issue preclusion* (ou *collateral estoppel*) vem a expandir a vinculação a outros julgamentos de matérias discutidas e oportunamente decididas em um processo, mas que não

⁷⁵ O *collateral estoppel* não equivale nos estados Unidos à coisa julgada em nosso ordenamento, mas se aproximam em muitos pontos e têm o mesmo objetivo: blindar a decisão. A coisa julgada impede que se proponha ação com pedido que já tenha sido objeto de decisão judicial, enquanto o *collateral estoppel* se apresenta como uma preclusão extraprocessual de certas questões de fato, já decididas em processo anterior. “*Estoppel* pode ser entendido, ainda, como preclusão, caducidade, prescrição, renúncia expressa ou tácita de direito material. Sua principal característica procedimental é o fato de ser apresentado com o intuito de obstaculizar uma pretensão no curso do processo”. ALVIM, Arthur da Fonseca. *Coisa julgada nos Estados Unidos*. Repro n. 132. São Paulo: RT, Fev. 2006, p. 80.

⁷⁶ Ensinam GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. *Limites objetivos da coisa julgada no projeto de código de processo civil*. RePro 194. São Paulo: RT, 2011. Vol I, p. 111.

⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 182.

configuram pedido, apresentando-se como fundamentação. Estas questões são apresentadas na causa de pedir e, como tal, compõem posteriormente a motivação da decisão. A grosso modo, postula que não se rediscute em outro processo a mesma questão, já controvertida e decidida em processo anterior. Então questão relevante, que seja objeto de controvérsia e apreciada em sentença não poderá ser novamente objeto de litígio.⁷⁸ Deve preencher certos requisitos, contudo, para que possa ser aplicada a *issue preclusion* em ocasião de rediscussão – a questão deve ter sido essencial para o resultado do julgamento, expressamente decidida e ter havido contraditório efetivo sobre o assunto (por um imperativo de previsibilidade) e ainda ser previsível sua importância para outros julgamentos⁷⁹.

É neste ponto, dos requisitos para alegação da *issue preclusion* em outro processo, que a doutrina tende a extremismos. Entendemos que, de fato, no formato em que se apresentam, estes requisitos conduzem a discussões infundáveis num processo que inicialmente não seria nem tão longo, nem tão difícil, sob o ponto de vista da carga probatória⁸⁰. Contudo, há que sopesar a importância destes valores para o direito processual – será que a aplicação da *issue preclusion* realmente precisa demandar tanto esforço? Para privilegiar o valor de decisões coerentes e logicamente compatíveis, que contribuem em muito para o prestígio do Judiciário (aspecto este que precisa ser reforçado no Brasil) não podemos encontrar um terceiro caminho entre os parâmetros radicais em que se aplica o *collateral estoppel*, e o sistema brasileiro atual, tão engessado no temor de tornar decisões realmente definitivas, não só em nível da dimensão processual, mas também fática?

As semelhanças entre o instituto da coisa julgada no Brasil e a disciplina do *collateral estoppel* no ordenamento norte-americano tornam imprescindível a análise comparativa de ambos⁸¹, de modo a resgatar o que pode ser aperfeiçoado no sistema brasileiro à luz do imperativo social de atingir mais substancialmente o postulado de eficiência que orienta a processualística nacional e enquadrar da melhor maneira possível os limites objetivos de nossa coisa julgada aos propósitos concretos de realização da segurança jurídica.

Isto porque concordamos que a exclusão de questões prejudiciais contidas na sentença da indiscutibilidade trazida pela coisa julgada dão azo à proliferação de processos aptos a

⁷⁸ Neste sentido, Cabral, Antonio do Passo. *A coisa julgada...*, ob. cit., p. 181.

⁷⁹ Quanto aos requisitos, vide GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. *Limites objetivos...*, ob. cit., p. 111-112.

⁸⁰ “As partes, ao proporem uma ação ou ao se defenderem, não teriam mais nenhuma certeza sobre os limites e o alcance da lide; e seriam forçadas a preparar um esforço de ataque e de defesa efetivamente desproporcionado à sua intenção.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições ...*, ob. cit., vol I, p. 476.

⁸¹ “No caso da coisa julgada sobre questões prejudiciais, a experiência prática e a construção teórica do direito norte-americano é, sem dúvida, a mais enriquecedora, em face da massiva experiência desse país com o tema.” GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. *Limites objetivos...*, ob. cit., p. 113.

debater e a rediscutir pontos de controvérsia já decididos em outro processo.⁸² Demonstra a inteligência da disciplina do *collateral estoppel* que esta insegurança não precisa – e não deve ser admitida por um sistema jurídico que se pretenda cada vez mais adaptado às demandas sociais e à evolução histórica do Direito.

A análise feita pelo Relator Geral da Comissão Especial, formada para emitir parecer sobre o Projeto de Lei n.º 8.046, de 2010 serve perfeitamente ao nosso estudo:

“(No projeto) Resgata-se, assim, a ideia que prevalecia antes do Código de Processo Civil de 1939. A proposta de alteração inspira-se no ideal de economia processual.

Segundo se extrai da exposição de motivos que acompanha o projeto: ‘o novo sistema permite que cada processo tenha maior rendimento possível. Assim, e por isso, estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais’.

Em estudo dedicado ao tema, publicado no volume 194 da Revista de Processo, de abril de 2011, os professores Antonio Gidi, José Maria Rosa Tesheiner e Marília Zanella Prates fazem uma comparação entre o modelo brasileiro atual e o modelo norte-americano. O modelo americano adota disciplina idêntica à proposta no PL n.º 8.046, de 2010, prevendo a *issue preclusion*, que é justamente a extensão da coisa julgada material às questões prejudiciais.

Em tal estudo, os referidos professores, partindo de dados concretos, demonstram a inefetividade da *issue preclusion* e as críticas feitas pela doutrina norte-americana ao instituto.

Em termos pragmáticos, a ideia causa mais demora no andamento do processo, não alcançando a alvitrada economia processual. Com informações extraídas da experiência norte-americana, os mencionados doutrinadores demonstram as dificuldades da análise, nos processos judiciais, quanto à identificação das questões prejudiciais que tenham sido objeto de controvérsia em processo anterior e que, por isso, tenham efetivamente sido alcançadas pela coisa julgada.

Ademais, diante do risco de a coisa julgada alcançar todas as questões prejudiciais, as partes, no sistema norte-americano, estendem-se, desnecessariamente, na discussão de várias questões, causando intoleráveis atrasos no desfecho dos processos judiciais.”⁸³

O voto do Deputado Paulo Teixeira se baseia no artigo publicado por Antonio Gidi, José Maria Rosa Tesheiner e Marília Zanella Prates, ora analisado neste trabalho, para apontar

⁸²Sobre a extensão vinculativa da coisa julgada nos Estados Unidos, cabe acrescentar: “esta construção teórica (o *collateral estoppel*) tem como pilar a utilização dos precedentes no sistema de *common law*, uma vez que neste sistema os precedentes, desde que cumpridos certos requisitos, obtêm o poder de vincular as decisões em outros processos. E quando se fala em vinculação de precedentes, deve-se ter em vista que a parte vinculante dos precedentes não se encontra na parte dispositiva da sentença, mas sim na motivação.” SOARES, Marcos. *O collateral estoppel...*, ob. cit., p. 121. Ou seja, não se restringe a decisão a fazer lei entre as partes, como no Brasil, mas tem também *efeito vinculante* sobre as decisões subseqüentes, atuando como fonte de direito, apta a regular o novo caso concreto.

⁸³Voto do relator-geral, Deputado Paulo Teixeira, p. 285, disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/substitutivo_paulo_teixeira_08maio2013.pdf> acessado em 24/07/2013.

a ineficiência que a solução trazida no projeto acarretará. Por todo o dito, entendemos que a análise do Deputado é equivocada, pois apontam os próprios autores que o grande problema na aplicação do *collateral estoppel* se relaciona com a verificação dos requisitos para sua configuração. Os requisitos adotados são difíceis de provar e geram muita discussão, o que pode ser evitado no sistema brasileiro através da delimitação do conceito de questão prejudicial e estabelecimento de critérios objetivos para que seja abarcada pela coisa julgada.

5.1. Requisitos para aplicação da *claim preclusion*

Para que se possa alegar a *claim preclusion*, numa atuação semelhante à “exceção” de coisa julgada no sistema pátrio, há que preencher certos requisitos, os quais pretendem provar que foi dada possibilidade de debate sobre as outras pretensões, que precluíram no primeiro processo, de modo que não possam ser alegadas numa segunda oportunidade.⁸⁴

Ensina Cabral que a decisão precisa ser válida, final e de mérito.⁸⁵ A validade diz respeito ao contraditório e à competência para a causa, em relação à matéria e em relação às pessoas. “Decisão final” deve ser entendida decisão de que não caiba alteração na mesma instância, ou em outras palavras, seja provimento coberto pela coisa julgada formal ou material. Em relação ao mérito, é necessário que o conflito não tenha sido resolvido baseado somente em fundamentação de natureza processual. Transpondo para o direito brasileiro, não cumpriria o requisito a sentença sem julgamento de mérito. Este último requisito tem sido revisitado, já que parte da jurisprudência daquele país admitiu a vinculação preclusiva da coisa julgada se ainda que não tenha havido efetivo julgamento do mérito, os litigantes tenham debatido as questões principais da lide.

A aplicação da *claim preclusion* só é afastada em dois casos, autorizados pela jurisprudência e por certas disposições legais: se as partes acordaram pelo fracionamento da pretensão, o que é permitido em direito norte-americano; ou se houve mudança na lei que cause alteração normativa que altere um grande grupo de casos, ou ainda uma mudança jurisprudencial significativa. A justificativa para esta flexibilização é movida pelo postulado de igualdade geral, buscando resguardar a isonomia entre litigantes que disputaram, em processos diversos, a respeito de uma mesma questão.⁸⁶

⁸⁴ Ocorre “preclusão dos pedidos possíveis”. ALVIM, Artur. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 78.

⁸⁵ Cabral, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 186.

⁸⁶ Cabral, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 188.

5.2. Requisitos para aplicação do *collateral estoppel*

O instituto está intimamente relacionado à proibição de comportamento contraditório no processo, advenha este comportamento das partes ou do órgão julgador – é o princípio do *estoppel*, relacionando-se ao princípio da confiança ou da não-surpresa e numa realização da boa-fé objetiva.⁸⁷ Pode ser definido como “vedação de alegar algo que tenha sido anteriormente negado, ou negar algo que tenha sido anteriormente afirmado em decisão judicial”.⁸⁸ Sua função é obstaculizar uma pretensão ou uma alegação, porque já discutida e decidida em processo anterior. É um modelo de vinculatividade extraprocessual de questões prejudiciais, compostas na motivação da sentença. Entendemos que a motivação pode fazer coisa julgada desde que o juiz aponte isto expressamente em juízo.

O instituto da *issue preclusion* não proíbe a repetição integral do litígio (como a *res iudicata*), mas torna preclusas apenas certas *issues* resolvidas no processo anterior, sem qualquer consideração sobre se as partes eram as mesmas ou se a causa de pedir era idêntica. Assim, ao contrário da *res iudicata*, em que o impedimento à rediscussão verifica-se porque estamos diante da mesma causa de pedir, o *collateral estoppel* observa-se quando a decisão invocada para impedir a rediscussão foi proferida em litígio anterior com *causa de pedir diversa*.⁸⁹

Assim, cabe lembrar que a aplicação da coisa julgada no modelo pátrio requer a identidade dos três elementos: pedido, partes e causa de pedir. Em sede de *collateral estoppel*, a causa de pedir e o pedido podem ser diversos, de modo que havendo identidade entre as mesmas partes ou uma das partes e um terceiro, mas causas de pedir distintas, ainda admite-se a aplicação do instituto.⁹⁰

A *issue preclusion* se orienta pela mesma ideia de que a causa é una e deve ser aproveitado o julgamento de mérito na maior medida possível. Primeiro, porque não é dado ao juiz decidir novamente o que já foi decidido; segundo, para privilegiar os postulados de economia processual e segurança jurídica.

Observa-se que a *claim preclusion* é que atua naquele país como coisa julgada, abarcando também a eficácia preclusiva da coisa julgada, e o *collateral estoppel* funciona como uma preclusão estanque das questões. A jurisprudência, neste caso, coloca limites mais

⁸⁷ SOARES, Marcos José Porto. *O collateral estoppel...*, ob. cit., p. 116.

⁸⁸ Cabral, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 190.

⁸⁹ Cabral, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 190.

⁹⁰ Para autores como Shapiro e Taruffo, nem mesmo a identidade de partes precisa ser observada. “Posteriormente passou-se a admitir a aplicação da *issue preclusion* sobre terceiros. Posicionamento este que foi firmado no Restatement Second § 29.” SOARES, Marcos José Porto. *O collateral estoppel...*, ob. cit., p. 121.

fortes à sua aplicação exatamente por não ser demanda idêntica e não se submeter aos critérios de análise da *res iudicata*. É neste momento, dos requisitos rígidos, que o instituto peca em aplicabilidade: sua verificação é muito custosa e precisa ser provada em juízo, atrasando o processo. O formato com que se apresentam as questões prejudiciais no Brasil dispensa este tipo de verificação.

Primeiramente, há que observar se há identidade de questões, debruçando-se sobre a consideração de similitude fática ou jurídica da questão, e ainda o nível de cognição e de ônus da prova que pesou sobre as partes nos dois processos.

Esta verificação parece transpor os parâmetros de análise do que é essencial à aplicação do instituto – verificando-se que o juízo tem competência para analisar a questão, não se deve perguntar se o ônus da prova foi maior ou menor no segundo processo.

Quanto aos requisitos, a parte que se utiliza do *collateral estoppel* deve demonstrar que a questão foi devidamente discutida e decidida. A “efetiva litigância” não exige que conste expressamente nas razões da decisão, basta que fique demonstrado que as partes desejavam incorporar a questão ao debate. Fica claro que a abertura gerada por este critério é excessiva, e de difícil comprovação. Ficam excluídos do efeito preclusivo os casos de julgamento à revelia, infringência de regras de competência e causas decididas por confissão e acordos⁹¹. A decisão apta a ensejar o efeito preclusivo não precisa ser de mérito, basta que uma decisão interlocutória tenha se pronunciado conclusivamente sobre a questão.

O segundo requisito diz respeito à exigência de que a questão fosse “essencial” ao julgamento, atuando como uma garantia para que não sejam consideradas preclusas questões que as partes consideram satélite, e sobre as quais não desejam, de fato, litigar. Para tanto, o juízo não pode observar as alegações e atitudes processuais das partes isoladamente – é a dinâmica do debate em contraditório que ditará o nível de importância da questão para a demanda.

Vige ainda o requisito de “previsibilidade do vínculo em processos futuros”, ou seja, se as partes tiveram ciência ou efetiva oportunidade de trazer as alegações ao juízo.⁹² Isto porque a questão pode ter sido entendida como “de pequena importância”, considerando que os casos de descuido da parte não poderão prejudicá-la futuramente, perdendo a oportunidade de discutir a questão. Geralmente a técnica empregada era a de dividir as questões de acordo com a natureza dos fatos, em questões principais e questões secundárias, mas a dificuldade

⁹¹ KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem deutschem und japanischem Recht*. Tubingen: mohr Siebeck, 1996, p. 42 apud CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 194.

⁹² CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 197.

em operá-la substituiu-a pela possibilidade de a parte prever que a questão pudesse ser invocada em outros litígios⁹³.

Quanto às exceções na aplicação do *collateral estoppel*, ele não se aplica se o procedimento utilizado limitava as condições do debate, restringindo uma discussão e carga probatória ampla, como no caso dos tribunais voltados a litígios menores, *limited jurisdictions*, de semelhante função à dos Juizados Especiais no Brasil. Também uma questão decidida numa corte que não seja a especializada não ficaria preclusa em razão da especificidade da matéria. A última exceção diz respeito ao grau de convencimento do juiz na causa, pois se o ônus de convencimento seria muito maior na segunda demanda, não ocorre efeito preclusivo. Isto fica claro quando se analisa *collateral estoppel* do processo civil para o processo penal: a carga argumentativa precisa ser muito maior para condenar o réu em sede de juízo criminal que em juízo cível. Assim, se o réu foi absolvido em processo penal, estava submetido a ônus de convencimento menor que para sua responsabilização cível, de modo que não haverá preclusão de certas questões no processo cível.

Outro problema na aplicação do *collateral estoppel* é o que de sua verificação não enseja a extinção do processo, como a exceção de coisa julgada, oportunidade em que o segundo processo é extinto mesmo antes de se instaurar ou prosseguir – ocorre uma preclusão estanque da questão outrora decidida no primeiro processo.

Transpondo esta observação para o Direito brasileiro, primeiro pontua-se que a questão prejudicial não preclui, mas faz coisa julgada. Se a questão, no segundo processo, é o mérito da causa por inteiro, o reconhecimento do julgamento perfeito e eficaz no primeiro processo fará com que o segundo seja extinto por uma aplicação de exceção de coisa julgada, já que a questão prejudicial foi discutida em juízo competente e decidida, impedindo um segundo processo. Se a questão prejudicial é perquirida como parte do objeto litigioso, como no novo CPC a questão estará abarcada pela coisa julgada, sua análise será excluída no segundo processo, e a causa será julgada como dependente do mérito do primeiro processo, numa mera transposição da sentença. Exemplificando: A adquiriu imóvel em construção da empresa B, e esta atrasa em dez anos a entrega do imóvel, A ajuíza ação requerendo rescisão contratual e danos materiais; mais tarde, A ajuíza nova ação pretendendo o recebimento de danos morais. A causa de pedir é a mesma (o descumprimento do contrato) e mesmas as partes envolvidas, mas o pedido é diferente e por isto as duas decisões não estariam vinculadas. Contudo, se o juiz se pronuncia em sede de fundamentação, no primeiro processo,

⁹³ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 198.

no sentido de que “a prova documental e o depoimento pessoal demonstraram que houve descumprimento da obrigação por culpa do réu”, definindo na parte dispositiva: “condeno o réu ao pagamento de X a título de danos materiais”, o princípio de segurança jurídica demanda que a questão referente à culpa, já resolvida no primeiro processo, seja indiscutível no segundo, ainda que os pedidos sejam diversos. Assim, ambos os provimentos jurisdicionais precisam caminhar num mesmo sentido: partindo-se do pressuposto de que a) houve o descumprimento; e b) réu pode ser responsabilizado porque houve descumprimento por culpa.

Perceba que os parâmetros propostos pelo novo CPC nos furtam de verificar os requisitos que precisam ser analisados em sede de *collateral estoppel*, porque já foi objeto de análise, no primeiro processo, se o juiz era competente para decidir a questão; em sendo esta prejudicial, também não é necessário perguntar se é essencial ao julgamento, assim como em tendo sido decidida, se houve efetiva litigância. A definição pelo juiz no primeiro processo de que a questão é prejudicial e fará coisa julgada nos exime das análises subjetivas quanto se as partes tinham consciência da importância da questão para a causa ou se debruçaram-se numa efetiva litigância.

6 APROXIMAÇÃO DO SISTEMA AMERICANO E BRASILEIRO

Pelas razões outrora apresentadas, de semelhança entre ambos os sistemas, cabe analisar detidamente cada um dos institutos e seus pontos de contato.

6.1. *Claim preclusion*

Apresentados com a devida atenção os institutos de *claim preclusion* e *collateral estoppel*, cabe esmiuçar os pontos de contatos de ambos os sistemas jurídicos.

Em relação à eficácia preclusiva da coisa julgada, no Brasil, o art. 474 do CPC pretende atingir os mesmos objetivos da *claim preclusion*, imunizadas as questões deduzidas e deduzíveis.⁹⁴ Contudo, restringe-se ao núcleo do *thema decidendum*, ou seja, somente ao objeto litigioso.⁹⁵ A aplicação restrita do dispositivo faz com que o ordenamento jurídico seja vítima de suas próprias previsões, já que permite o “desligamento” da causa para pedidos distintos, mas baseados num mesmo fato, como, por exemplo, relativamente a danos morais e materiais. Tratando-se de direito americano, como regra geral, e em decorrência de o próprio sistema incentivar a concentração das alegações, os juízes consideram abarcado no processo a maior “quantidade do conflito” quanto possível, evitando que a questão seja fracionada.

Um caso importante neste contexto é *Rush v. City of Maple Heights*, no qual a autora pretendia condenação por danos pessoais do município réu depois de ter acionado e obtido condenação por danos materiais. O juiz de primeiro grau, no Estado de Ohio, entendeu estarem preclusas as alegações do Município porque já tinha sido fixada sua responsabilidade no primeiro processo. (...) O Tribunal de Ohio, apreciando o recurso, negou-lhe provimento e superou o precedente do caso *Vasu*, entendendo que a demanda era inadmissível porque já tinha sido compreendida na primeira

⁹⁴ Nas palavras de Barbosa Moreira, a eficácia preclusiva faz “considerar implicitamente decididas” todas as questões, mesmo que não explicitamente analisadas, cuja solução pudesse alterar o conteúdo do provimento jurisdicional. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais...*, ob. cit., p. 89. É uma ficção que põe estas questões num limbo entre a autoridade da coisa julgada, já que poderão ser rediscutidas posteriormente em outro processo, mas ficam abarcadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, o que não nos traz efeitos práticos positivos às estabilidades processuais. Ainda neste sentido, LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *A prejudicialidade...*, ob. cit., p. 128: “(os efeitos produzidos pela motivação) são imutabilizados no sentido de não se admitir a discussão de qualquer outro motivo para alterar a decisão proferida”.

⁹⁵ Didier Júnior apresenta a discussão a respeito do objeto litigioso: se consiste somente no pedido ou também na causa de pedir. Originariamente o objeto litigioso era relacionado ao pedido; doutrina mais recente, encabeçada por Rogério Cruz, Tucci e o próprio Didier Júnior têm considerado abarcada a causa de pedir. Mas, em sede de verificação da coisa julgada, precisam ser, ao mesmo tempo, idênticos o pedido e a causa de pedir, de tal sorte que a eficácia preclusiva da coisa julgada está adstrita a um campo muito restrito.

decisão, ou seja, a partir de novo entendimento, fixou-se a tese de que não se pode postular dano pessoal separado do dano material.⁹⁶

A tratativa global dada à questão através da obrigatoriedade da alegação das pretensões relacionadas ao processo demonstra um inequívoco avanço frente ao sistema brasileiro. O direito brasileiro tem sido “boicotado” por seu próprio formalismo, ao privilegiar um modelo recheado de garantias processuais nem sempre justificáveis. O que se percebe é que a demanda é grande, muitos os processos e as varas, e muitas as possibilidades para ajuizar uma mesma causa. Assim, parece razoável que se restrinja a discussão da matéria a *um único processo*, que será decidido *por inteiro*, já que as partes precisam apresentar todas as suas alegações sobre a causa de uma só vez, de modo que não poderá, no futuro, utilizando-se de uma permissão excessiva do ordenamento jurídico, reingressar na causa.

Podemos exemplificar: se A ajuíza ação ordinária contra uma transportadora, requerendo indenização por danos morais decorrentes de um atropelamento causado por culpa do motorista da empresa, obtém sentença que julga procedente o pedido, fixando a indenização. Após o trânsito em julgado, A ajuíza nova demanda, contra a mesma empresa, desta vez requerendo indenização por danos materiais. Neste caso, a empresa não poderá suscitar a exceção de coisa julgada porque o pleito é considerado pedido diverso. Mas perceba: no primeiro processo a empresa é responsabilizada, mas debruçar-se-ão as partes sobre as provas de culpa, novamente, em ocasião de um segundo processo, de tal sorte que neste o pedido pode ser julgado improcedente se entender o juízo que *a empresa não pode ser responsabilizada pelo ocorrido*.

Isto porque a eficácia preclusiva neste caso concreto atua somente em relação a “fatos simples ou circunstâncias que não alterem a causa de pedir”⁹⁷, fatos que pudessem ser arguídos em defesa da tese de cada uma das partes, que figurariam como fundamento do pedido. A eficácia preclusiva não tem o condão de abarcar a maior quantidade de conflito possível, como a *claim preclusion*.

⁹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 199.

⁹⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições...*, ob. cit., p. 175. Este posicionamento do direito brasileiro voltado a preservar causas de pedir diversas fica ainda mais explícito pela análise do dispositivo correspondente no Novo CPC: “Art. 495. Transitada em julgado a sentença de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido, ressalvada a hipótese de ação fundada em causa de pedir diversa”. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8DDDDA73D646B7314844F2BD00F00031.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010> acessado em 06/08/2013.

6.2. *Collateral estoppel* e a produção de efeitos externos a partes da motivação no direito brasileiro

A transposição de questões decididas para outros processos é admitida em hipóteses legais expressas em Direito brasileiro.

No art. 935, CC não se questiona sobre a existência de fato ou quanto a quem seja o autor se isto já ficou decidido na esfera penal. A afirmação quanto à ocorrência do fato ou se o réu é autor são feitas na motivação da sentença. Ainda tratando-se de matéria penal transposta para o juízo cível, o art. 65, CPP, define que o reconhecimento das excludentes de ilicitude de estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito, apesar de também constarem da motivação, vinculam o juízo cível.

Já o art. 55, CPC prevê que o assistente não poderá em processo posterior, discutir a justiça que tenha certa decisão, de modo que as afirmações feitas no fundamento da sentença, a respeito de autor e réu, em situações de interesse do assistente, terão efeitos sobre outros processos de que este participe, numa extensão da eficácia preclusiva da coisa julgada.

A tese de transcendência dos motivos determinantes vem sido amplamente apoiada em sede de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Propugna-se pelo efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos em que se faça controle abstrato de normas, numa aproximação do sentido dado aos precedentes em direito norte-americano.

Fica assim demonstrado que a idéia de que a decisão a respeito de certa questão prejudicial possa vincular o resultado de outro processo não é conceito absolutamente desconhecido em direito brasileiro, apesar de somente as situações de aproximação de juízo criminal e juízo cível serem verdadeiramente hipótese de vinculação por prejudicialidade de questões, próxima então do conceito de *collateral estoppel*. O caso é que a lei tem aplicado essas possibilidades somente quando se tratam de esferas jurisdicionais distintas. Mas não há razão para que não se estenda este efeito em relação a processos de mesma natureza. Se encontramos modo de aplicá-los a despeito de principiologia, regramento e modo de se desenvolver o processo em contraditório tão distintos, com mais razão cabe aplicar para questões prejudiciais muito próximas substancialmente à questão principal (veja, com os requisitos que propomos – ser prejudicial, mesma competência e mesmo procedimento nos restringimos a uma classe de prejudiciais intimamente relacionada à relação jurídica discutida) e referentes a processos de mesma natureza.

6.3. Conclusões parciais

A *claim preclusion* funciona, ao mesmo tempo, como coisa julgada, essencialmente como a conhecemos, e também como a eficácia preclusiva da coisa julgada, apresentada supra.

O *collateral estoppel*, por outro lado, funciona como uma preclusão de questões prejudiciais com efeitos exoprocessuais, ou seja, como uma verdadeira “coisa julgada” limitada à decisão referente à questão.

Visto isto, fica claro que os conceitos aplicados em sede de Direito norte-americano não são muito distantes dos parâmetros de estabilidade que empregamos atualmente.

Entendemos que o legislador brasileiro através do Projeto da Lei 8046/2010 fez escolhas que possibilitam uma aplicação devida da extensão da coisa julgada. Assim, filtramos os benefícios advindos de um entendimento mais amplo do que deve ficar protegido pela imutabilidade em sede processual, como visto nos institutos de direito norte-americano, realizando em maior medida a segurança jurídica e a legitimidade das decisões, sem contudo trabalhar requisitos excessivamente abertos – e, sob certo ponto de vista, intransponíveis, que inviabilizam a extensão da coisa julgada. Neste viés, o processamento das prejudiciais não se delonga na discussão de previsibilidade de sua importância para a causa, se foi controvertida, que são questionamentos desnecessários uma vez que se delimite bem as características das questões prejudiciais. É essencial à boa aplicação do instituto que a verificação da prejudicial seja objetiva e concreta, e que o juiz se esmere mais na delimitação dos pontos controvertidos à lide, de modo que o contraditório jamais fique prejudicado e não incorramos mais na abertura excessiva de “refutar tudo a todo momento”. Um processo bem delineado realiza melhor seus objetivos de pacificação social, capaz assim de resolver o conflito *por inteiro*. Esta é uma demanda relativamente nova e própria de uma evolução jurídica que já pode se preocupar, por seu grande avanço, com uma sintonia fina com os propósitos últimos do processo. A legitimação das decisões requer que se preserve a coerência externa do julgado, de modo que este valor encontrou na extensão da coisa julgada mecanismo apto a consolidá-la.

7 CRÍTICAS À EXTENSÃO DA COISA JULGADA ÀS QUESTÕES PREJUDICIAIS

7.1. Relativo ao princípio dispositivo

Historicamente, o principal argumento a favor da tese restritiva de coisa julgada remetia à necessidade de nos atermos ao princípio dispositivo, ligado a um modelo adversarial de estruturação processual, e preza pela máxima de que o processo está “a cargo das partes”, em que o juiz assume o papel, de certa forma passivo, de simplesmente decidir o conflito a ele submetido, sem ser, como no modelo inquisitorial, o grande protagonista e destinatário do processo.⁹⁸

Contudo, o processo se propõe a realizar aspectos éticos, e ainda por uma questão de justiça, não poderá ser deixado ao puro arbítrio das partes.

Com o aspecto ético do processo não se compadece o seu abandono à sorte que as partes lhe derem, ou uma delas em detrimento da mais fraca, pois isso desvirtuaria os resultados do exercício de uma atividade puramente estatal e pública, que é a jurisdição.⁹⁹

Neste sentido, Barbosa Moreira apontava o inconveniente de estarem sujeitas a julgamento definitivo relações jurídicas não incluídas no âmbito do pedido. Isto porque as partes podem estar despreparadas para produzir as provas necessárias, ou podem não querer uma discussão exaustiva das questões prejudiciais. A extensão da coisa julgada feriria o princípio dispositivo e a correlação necessária entre o pedido e a decisão. Assim, quando houvesse interesse, as partes poderiam lançar mão da ação declaratória incidental.

Esta crítica recai também sobre o sistema americano de *collateral estoppel*, pois as partes não poderiam estar sujeitas a “discutir toda e qualquer questão a todo momento”. Mas a verdade é que o juiz não fixa os pontos controvertidos – na prática, todos refutam tudo; e muitas vezes as partes, por uma questão de falta de manejo das questões jurídicas, fazem como pedido imediato somente o provimento final que pretendem, e passam o processo todo discutindo e provando a questão prejudicial sem se dar conta que ao final, obterão decisão

⁹⁸ Nos dizeres de Dinamarco, ao argumentar a favor do aspecto publicista do processo: “é preciso, de um lado, reprimir a inquisitorialidade que dominou o processo penal autoritário; e, de outro, abandonar o comportamento desinteressado do juiz civil tradicionalmente conformado com as deficiências instrutórias deixadas pelas partes no processo”. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ed. Brasil: Malheiros, 2013, p. 62. Isto se tomarmos como premissa substancial a noção de que o sistema processual precisa funcionar como instrumento do Estado, apto a realizar objetivos a serem alcançados mediante seu emprego, que traduzem-se nos escopos sociais, políticos e jurídicos já tratados neste trabalho.

⁹⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ed. Brasil: Malheiros, 2013, p. 63.

sobre o provimento, mas a questão controvertida poderá ser rediscutida a posteriori..Se tomarmos por base o homem médio, ele lhe dirá que é absurdo rediscutir se há relação de locação entre os sujeitos, se isto teve que ser *provado em processo anterior*, para que se pudesse decidir acerca de parcelas locatícias serem devidas ou não. O que já foi analisado a fundo, julgado deve estar.

Neste ponto, o mandamento de acesso à justiça deixou a desejar pois abriu espaço para que os cidadãos pudessem, de fato, resolver seus conflitos judicialmente, mais seguros agora por estar o seu direito calcado em provimento jurisdicional, imutável, a que não se pode furtar de cumprir e não se pode contestar, deixa em aberto uma questão que lhes foge da percepção: que pode ser reproposta a questão, agora numa ação principal, pois o discutido não fez coisa julgada. Culpará a ineficiência de seu advogado e dirá que o judiciário é falacioso e traiçoeiro. Não se pode culpá-lo. Ademais, parece um despropósito o ordenamento jurídico dar azo a situações desmoralizantes da lei e do Direito como estas, contando com a perícia dos advogados em propor declaratórias incidentais.¹⁰⁰

Declaratórias incidentais estas também muito mal delineadas nos parâmetros em que se aplicam atualmente. Os pontos controvertidos muitas vezes não são expressamente delimitados, e as partes se esmiúçam em provas tantas quantas forem as alegações da outra parte.

Além disso, não se pode admitir que se queira provimento A, que depende de B, e não queira a parte que B seja julgado em definitivo. Não se pode pretender obter reparação de danos sem o antecedente lógico de responsabilização do réu.

Não se pode deixar de perceber também o prejuízo causado por uma nova demanda: primeiramente, e mais alarmante, a indignação da parte, que acreditava que a questão já estava *decidida* no primeiro processo em que foi controvertida; além disso, a reabertura da questão desfaz o que a coisa julgada pretendeu resolver no primeiro processo – pacificar os ânimos. É trazida à tona toda a discussão novamente, e acirra-se a litigiosidade entre as partes. Além disso, os custos de reingresso no Judiciário recaem tanto para as partes quanto para a máquina estatal, e lá se vão mais alguns anos de pendência da ação.

¹⁰⁰Não estamos sozinhos nesta observação. “parte expressiva das pessoas que litigam em juízo no nosso país não têm consciência dos riscos que lhes possam resultar das suas ações ou omissões. Nem mesmo os advogados, muitas vezes, são capazes de antever esses riscos e os que os antevêm são frequentemente induzidos a uma conduta pouco colaborativa, em que negam tudo, não concordam com nada, recorrem de tudo.” O ilustre professor chama atenção para o fato de que a vontade das partes é que definirá o nível de cognição do juiz, mas nem sempre estão os sujeitos aptos a compreender as implicações de sua atuação em juízo. GRECO, Leonardo. *Cognição sumária e coisa julgada*. REPD, vol. X, p. 290. Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_10a_edicao.pdf> acessado em 24/07/2013.

O argumento de que as partes se sentiriam desencorajadas a propor a demanda, receosas de ficarem vinculadas a questões incidentais ao interesse que pretendem, pode ser desconstruído pelo fato de que a questão, por ser prejudicial e anterior ao mérito principal da causa, terá que ser provada. A extensão que se pretende dar à coisa julgada não é excessiva o suficiente para prejudicar o interesse restrito da parte: indubitavelmente seu interesse já perpassa a questão. Não se pode querer obter alimentos de alguém se não for primeiramente provada a relação que dá aso à obrigação requerida.¹⁰¹

A concepção restritiva de coisa julgada ora apresentada é entendimento adotado pelo CPC de 1973. Esta exaltação do princípio dispositivo traduz concepção liberal, de um processo calcado no paradigma individualista. “O juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e alegações em que se fundamentará a decisão”¹⁰²; este fragmento demonstra que este princípio se liga a um *juízo de conveniência* ou inconveniência que faz a parte em relação ao quanto se dispõe a demonstrar em via judicial. Contudo, uma vez que o autor deseja o provimento, que perpassa questões prejudiciais e questões satélite, terá que aceitar a imutabilidade das questões prejudiciais, porque intimamente ligadas à principal. Não há como haver uma sem a outra, são dependentes, e por isso o juízo de conveniência precisa ser afastado.

Ainda que fosse considerada a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais uma afronta ao princípio dispositivo, por entender que a parte teria que fazer prova do que não queria, os novos tempos têm exigido enfoque no caráter publicista do processo. “A maior sensibilidade do processo civil aos influxos privatistas, fruto da própria relação de instrumentalidade ao direito privado, vai sendo neutralizada e a tendência, hoje, é a tomada de consciência para os objetivos estatais a serem realizados através dele (processo).”¹⁰³ O novo

¹⁰¹Chiovenda talvez não se aflija com o fato de as questões prejudiciais serem somente conhecidas, e não decididas, por acreditar que em situações como esta a análise a respeito da existência da relação jurídica seja objeto da demanda, e não mera prejudicial, de tal sorte que será efetivamente *decidida*. “Quando uma relação jurídica se esgota num único direito (por exemplo, empréstimo em dinheiro, sem juros), não pode haver questão propriamente prejudicial. Poderá haver, antes, uma questão sobre a existência da relação distinta da questão sobre a existência do direito (por exemplo, vencimento da obrigação de restituir o mútuo), mas será necessariamente objeto, também, da demanda de restituição a declaração de existência da relação” (grifo nosso). CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...*, ob. cit., vol I, p. 469. Esta questão, que Chiovenda considera parte do pedido, no modelo de coisa julgada a que se propôs o CPC de 1973, não ficará abarcada pela imutabilidade.

¹⁰² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral...*, ob. cit., p. 64.

¹⁰³DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade...*, ob. cit., p. 61. Também neste sentido: “Todavia, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e do próprio Estado.” CINTRA, Antonio

Código de Processo Civil, como se sabe, pretende privilegiar a economia processual e a coerência através da extinção da ação declaratória incidental, realizando objetivos estatais de estabilização de situações jurídicas e resolução de conflitos na maior medida possível.

7.2. Violação do princípio da correlação

Seguindo ainda a ideologia de que o juiz deveria ser “sujeito inerte e passivo”, na expressão de Didier Júnior¹⁰⁴, o individualismo reinante no Estado liberal demandava a regra de correlação entre a decisão e o pedido.

“Daí se vê que a decisão guarda intrínseca relação com a demanda que lhe deu causa. Há entre elas um nexó de referibilidade, no sentido de que a decisão deve sempre ter como parâmetro a demanda e seus elementos. É por isso que já se disse que a petição inicial é um projeto da sentença que se pretende obter.”¹⁰⁵

Não decidir nos limites da lide significa decidir aquém deles (*citra petita*), fora deles (*extra petita*) ou além deles (*ultra petita*).¹⁰⁶

Quanto ao julgamento *citra petita*, revela-se na ausência de manifestação acerca do pedido, de fundamento de fato ou de direito trazido pela parte ou de pedido formulado contra determinado sujeito do processo. Nenhum desses casos se relaciona à pretensa violação da coisa julgada extensiva às questões prejudiciais.

Em relação ao julgamento *extra petita*, a decisão tem natureza diversa ou concede coisa diferente da que foi pedida, leva em conta fundamento de fato não trazido por nenhuma das partes, ou atinge sujeito externo à relação jurídica processual. Também não diz respeito ao nosso trabalho.

Tratando-se do julgamento *ultra petita*, a decisão considera fatos ou pedidos não discutidos no seio do processo, ofendendo o contraditório e o devido processo legal. A extensão da coisa julgada, pela crítica, seria enquadrada neste caso, pois “na decisão *ultra petita*, o magistrado *analisa* o pedido da parte ou os fatos essenciais debatidos nos autos, *mas*

Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral...*, ob. cit., p. 65.

¹⁰⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito...*, ob. cit., vol. II, p. 342.

¹⁰⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 3, p. 155 apud DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito...*, ob. cit., p. 342

¹⁰⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito...*, ob. cit., vol. II, p. 343.

*vai além deles, concedendo um provimento ou um bem da vida não pleiteado (...)*¹⁰⁷(grifo nosso), ou seja, consistiria em dar “coisa que não foi pedida”.

Contudo, devemos encarar o pedido de julgamento da questão principal como um pedido prejudicado por um pedido anterior. Isto porque, quando a parte apresenta suas razões, e dentre elas o fundamento da prejudicial, trocando em miúdos diz-se “considerando que eu sou filho do réu, desejo receber pensão alimentícia”. Não existe provimento final sem a constatação da relação jurídica que enseja a obrigação. Dos exemplos já apresentados neste trabalho, fica claro que primeiro se pede que a relação seja considerada existente, para depois pedir o direito derivado desta relação; ou, como seja falso certo documento, que a obrigação seja declarada inválida. Não existe um pedido sem o outro. Ora, se a prejudicial será controvertida, comprovada, e “decidida” pelo juiz para que possa chegar ao objeto principal, porque não deveria ser considerada julgada?

Não se pretende aqui considerar que o pedido seja implícito ou derivado, mas que verdadeiramente, há um vínculo de prejudicialidade entre o pedido de julgamento da questão principal e a questão prejudicial. Nem por isso poderá o juiz tornar coisa julgada a prejudicial sem notificação das partes (apesar de o art. 514, §1º do novo CPC definir que todas as questões prejudiciais no seio do processo ficarão protegidas pela coisa julgada, sem discricionariedade do juiz ou das partes), pois o efetivo contraditório determina que, mais que nunca, sejam especificamente fixados os pontos controvertidos da lide e expressamente sejam advertidas as partes sobre a estabilidade da questão prejudicial, para que se esmiúcem em provas tanto quanto necessário.

7.3.Os problemas de competência e adequação procedimental

Aponta também a doutrina a violação de normas relativas à competência e à incompatibilidade dos procedimentos mais céleres com um julgamento, que fosse considerado definitivo, em sede de análise somente incidental. Aponta Leite: “Seria flagrantemente ilícito estender a autoridade da coisa julgada a pronunciamento emanado de juiz incompetente para conhecer da questão quando veiculada *principaliter* ou proferido em procedimento inadequado.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito...*, ob. cit., vol. II, p. 344.

¹⁰⁸ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *A prejudicialidade...*, ob. cit., p. 126.

O juízo deverá ter competência absoluta para conhecer a questão prejudicada e a prejudicial; em não tendo, o processo terá somente o conhecimento da questão prejudicial, e não efetivo julgamento.¹⁰⁹

Em relação ao procedimento, se ambas as questões puderem ser processadas no rito ordinário, não haverá problema; assim como também não haverá se a questão prejudicial demandar rito sumário e a prejudicada, rito ordinário. Em sendo o rito referente à questão prejudicial especial, ou exigir a prejudicial rito especial distinto para o adotado para o processo, entendemos que não deverá ficar coberto pela coisa julgada, sendo analisada apenas *incidenter tantum*. A preocupação neste caso se refere à preservação do regime probatório previsto em lei para discutir a questão, concordando que o prejuízo seria irreversível.¹¹⁰

Não se pretende estender a autoridade da coisa julgada para questões a respeito das quais não tenha competência o juiz, ou em não sendo o procedimento adequado. Deste modo, restringimo-nos a uma certa classe de questões prejudiciais muito intimamente ligada à relação jurídica discutida, o que garante que não ocorram os desvios previstos, como o de imprevisibilidade de discussão profunda da questão e inadequação processual para discussão da matéria. Assim como a ação declaratória incidental foi disciplinada nestes termos, de ser compatível a competência e o procedimento, pretendemos dar-lhe um outro enfoque haja vista a extinção da ação em si, supridos contudo seus objetivos pela extensão da coisa julgada à questão prejudicial, nos moldes do novo art. 484. Entendemos válida a intenção do legislador e útil o fim de um “novo pedido dentro de um mesmo processo”: primeiramente, porque não cabe dar arbítrio à parte quanto a isto, pois não pode querer o provimento final e denegar o julgamento que declare existente ou inexistente a relação que deu ensejo à obrigação, por exemplo; e segundo porque a inserção do pedido dentro do processo causa confusão quanto às provas e às alegações, pois nem as partes nem o juiz conseguem distinguir se estão peticionando/pronunciando-se a respeito da questão principal ou da questão prejudicial. O mais adequado é a delimitação pelo magistrado da questão prejudicial a ser julgada em definitivo, de modo que o contraditório ocorrerá normalmente, em função de todo o campo de discussão da causa, mas estabilizado, desde o início, que a questão ficará julgada em definitivo, apesar de apresentada na fundamentação da sentença.

¹⁰⁹ Como por exemplo em se tratando de ramos do direito distintos, como processo que pretenda declaração de validade do casamento, tendo em vista suposta bigamia. O crime de bigamia só poderá ser propriamente apurado em sede de processo penal, de modo que o juiz conhecerá desta questão somente incidentalmente sem a formação de coisa julgada material.

¹¹⁰ “Não seria razoável atribuir a força de coisa julgada a pronunciamento emitido sobre tal ou qual questão, em regime probatório diferente daquele que se reputou apropriado à discussão dela. Ter-se-ia escancarado a porta à *fraus legis*.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais...*, ob. cit., p. 94.

7.4. O problema da morosidade

Nossa argumentação neste sentido já foi extensamente trabalhada nos capítulos anteriores, de sorte que a questão terá de ser debatida de qualquer maneira, melhor é que o seja por inteiro, numa medida de cognição exauriente (já que o juízo é competente e o rito é adequado) e fique estável para garantir segurança jurídica e legitimidade da decisão.

Cabe acrescentar que nos termos em que se apresenta a ação declaratória incidental no CPC de 1973, o modo de progredir no processo é dificultoso e confuso, o que, na mesma medida, atrasa o resultado. Esta ação pretendia dar completude ao provimento jurisdicional e resolver os problemas quanto aos limites reduzidos de coisa julgada, mas só gerou novos problemas.

Assim, acreditamos que no campo teórico, atrasaria o processo, mas na prática não haverá prejuízo substancial neste sentido.

7.5. Contradição meramente lógica

Barbosa Moreira enxerga a problemática aqui tratada sob outro aspecto:

Ademais – e aqui se toca no nervo da questão -, o ordenamento jurídico em regra se esforça ao máximo por evitar a contradição *prática* dos julgados, mas não se inquieta no mesmo grau com a contradição puramente *lógica* ou *teórica*. O que a lei não quer, acima de tudo, é que uma decisão judicial negue a determinada pessoa o “bem da vida” que outra decisão lhe atribuiu, ou vice-versa. Em perspectiva diferente, caberia dizer que a “regra jurídica concreta” disciplinadora de certa relação não pode ter ora tal teor, ora teor contrário. A uniformidade, por este ângulo, é essencial à certeza do direito, à segurança da vida social; e garanti-la é justamente a função precípua do instituto da coisa julgada.

Que este pronunciamento, entretanto, adote premissas lógicas incompatíveis com as daquele outro, semelhante eventualidade não a encara o ordenamento com igual repulsa.¹¹¹

Primeiramente, o autor desconsiderou a contradição prática que terá diante de si se a questão prejudicial conhecida num primeiro processo for contrariada por uma decisão que se dê num segundo processo, que discuta o assunto como *causa prejudicial*. Também desconsiderou o autor o desprestígio que tal situação acarreta para a atividade jurisdicional. A respeito de a contradição ser meramente teórica, e por isso admissível: “tal explicação é

¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais...*, ob. cit., p. 95/96.

cerebrina e de difícil entendimento para o jurisdicionado”¹¹², ensinamento de uma clareza que não precisa ser retocada.

Além disso, a prejudicial não é apenas uma das premissas lógicas que compõe a motivação da decisão, mas uma premissa *necessária* à decisão, ligada ao mérito da causa. Ainda, poderá ser objeto de demanda autônoma, o que significa que, ainda mais grave que ser contrariada em sede de questão prejudicial em outro processo, poderá ser posta a máquina judiciária em atividade num processo exclusivamente voltado para rediscuti-la.

A redação do novo CPC soluciona esta problemática satisfatoriamente: já que a questão prejudicial será decidida com força de coisa julgada, outro processo que perpasses a mesma questão será obrigado a considerar a premissa nos mesmo sentido que o primeiro julgamento, e estará obstada a ação autônoma para discutir a causa prejudicial.

Segundo o entendimento de Moreira, a contradição é meramente teórica e absorvida pelo sistema. Ora, um combate direto entre decisões judiciais que se contradizem não pode ser classificado como uma “contradição a ser absorvida pelo sistema”. Em sede de controle legislativo, são postos à disposição remédios legais de controle de normas conflitantes, que poderão ser revogadas ou revistas. Neste caso, teremos duas normas individuais, criadas por juízos distintos, que não poderão ser analisadas conjuntamente para resolução do confronto. Nesta medida, a extensão da coisa julgada atua como uma proteção, um controle à produção jurisdicional e assegura necessária *referibilidade* de uma decisão em relação à outra.

7.6. Cognição

Argumenta-se que o nível em que se dará a cognição da questão prejudicial poderá ser insuficiente (porque em sede de questão principal seria mais profunda), de modo que não seria plausível a formação da coisa julgada sobre a questão.

Primeiramente, teríamos o mesmo problema em ação declaratória incidental. A solução preconizada era a de possibilitar o pedido de extensão do objeto do processo somente se compatível o procedimento, que relaciona-se com o tipo de cognição empregado na lide.

Em sede de procedimento sumário, de jurisdição de conhecimento, aponta a doutrina que há formação de coisa julgada, enquanto para procedimento de jurisdição cautelar e voluntária não há.

¹¹²GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. *Limites objetivos...*, ob. cit., p. 106.

O procedimento ordinário é, em abstrato, apto à cognição exaustiva de qualquer tipo de causa, independentemente de seu grau de complexidade. Quanto ao procedimento sumário e Juizados Especiais, a lei reserva-os para causas que não exijam atividade cognitiva complexa.

Para a formação da coisa julgada exige-se que não tenha havido restrições às alegações de certas matérias, ou a produção de certas provas, para que a cognição do juiz seja suficientemente profunda, e aí sim, possa alcançar a coisa julgada. Assim, em havendo restrições, entendemos que não pode a questão prejudicial ficar acobertada pela coisa julgada material, pois teríamos uma estabilidade quase intransponível. Deve ser dado à parte a oportunidade de propor ação que se esmere na cognição exauriente do ponto controvertido.

A clássica exemplificação que “demonstra” a inviabilidade da extensão da coisa julgada fica então rechaçada, pois uma questão prejudicial decidida no âmbito do Juizado Especial Cível, que traz procedimento simplificado, e limitada instrução probatória, não poderá, por óbvio, ser considerada definitivamente julgada, a ponto de não poder ser rediscutida em sede de procedimento ordinário, porque a coisa julgada deve atuar como *garantia para as partes* e não como limitação ao seu direito de prova, ou à ampla defesa e ao contraditório. Caberá a questão prejudicial acobertada pela coisa julgada, contudo, quando o procedimento for de cognição exauriente, e apto o procedimento.

8 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, entendemos que a expectativa social exige que o provimento seja justo e coerente com princípios de Direito e outras normas individuais concretas, pois não se pode permitir que provimentos contraditórios coexistam. Como não há meios de se garantir que a questão, se reproposta posteriormente, em outro juízo, chegaria ao mesmo resultado, em virtude do pressuposto de que os juízes são humanos e a aplicação do Direito não é exata, então o sistema precisa se blindar contra incongruências através de mecanismos objetivos, resguardando deste modo a autoridade do primeiro provimento judicial na maior medida possível.

Por consistir o processo na construção de um diálogo humano, espera-se que a aplicação seja mais adaptada à realidade e consentânea à situação concreta, e não uma aplicação mecânica e *isolada*. Assim, a elaboração humana traz a vantagem de poder aproximar-se mais de um provimento substancialmente bom e verdadeiramente aplicável, de modo que podemos preservar a lógica e a coerência. Neste caso, a produção de normas jurídicas deve ultrapassar o mandamento de coerência sistêmica aplicada às normas abstratas e atuar na produção normativa como um todo, englobando os provimentos judiciais. A permissão meramente formalista de poder rediscutir a questão prejudicial revela uma lacuna própria de uma regulamentação mecânica e incompleta, que teme aproximar-se de uma construção muito humanizada e realista e recair na máxima “o juiz determinará de acordo com o caso concreto”, abertura excessiva e inadmissível em sede de coisa julgada. Permitir que o arbítrio puro do juiz determine o âmbito da coisa julgada significa ter que garantir, por outro lado, mecanismos mais fortes de controle desta atuação judicial, o que também não resolve o problema em questão. Por outro lado, deixar a extensão da coisa julgada somente a cargo das peculiaridades da causa, e estabelecer a preclusão da questão prejudicial apenas em um segundo processo se alegada como defesa, como faz o Direito norte-americano, traz mais insegurança às partes, que “provam tudo o tempo todo”, temendo a preclusão, sem contar a dificuldade de aplicação dos requisitos já que nada foi estabelecido na primeira demanda, a respeito do que ficaria precluso e quando. Neste viés, o Novo CPC se revela como uma disciplina criteriosa da matéria, que equilibra os princípios dispositivo e o respeito aos níveis de cognição, grandes preocupações dos doutrinadores, e a necessidade de uma atuação lógica e coerente do judiciário.

Isto porque em tempos de considerar-se o cidadão destinatário do Judiciário e do Direito em virtude do amplo acesso à justiça, da jurisdicionalização da política, da atuação

ativa e maciça do Judiciário na vida das pessoas, esta ciência precisa entrar em sintonia fina com as necessidades de seu público alvo. O Direito precisa ser substancial, justo, e atuar como um todo, em uníssono, cada vez mais completo e coerente. No estágio em que estamos quanto à evolução do Direito Processual, não cabe mais admitir restrições formalistas excessivas. O modo de ser da prestação jurisdicional é um reflexo da força política do Estado, e como tal não pode ser facilmente alterada, sem razões suficientes, sob pena de abalar sua própria autoridade. O judiciário precisa se aproximar das pessoas, e é o que se tem procurado fazer através da celeridade, da assistência judiciária gratuita, da conciliação, ou continuará como mera forma, mero escrito, sem contato com a realidade. Um Direito que não sirva aos seus jurisdicionados, para quê serve?

A atuação estatal só será legítima se for coerente com normas jurídicas e decisões, que consagram normas individuais, para que se resguarde o poder do Estado e a própria coercitividade de sua atuação. Se o direito não se realiza ou se os provimentos são contraditórios, fica subtraída a crença no Judiciário como expressão do Poder do Estado, que faz cumprir o que determina e decide de acordo com o *ethos* da sociedade, tornando-se apenas “o judiciário é uma loteria”. Realizar os valores sociais envolve, acima de tudo, preservar a segurança jurídica, e através dela provimentos coerentes, que se completem, e não que se excluam. O processo não é mero instrumento do Direito material, mas ele próprio precisa ser reflexo da aplicação do Direito material.

Restringir excessivamente a coisa julgada, como nos moldes do CPC de 1973, desnatura a qualidade da coisa julgada de garantir que o sujeito usufrua de seu direito, reconhecido pelo Estado, porque abre para novas discussões em juízo e para a eternização da litigiosidade.

Assim, os termos estabelecidos no Novo CPC respeitam estes valores e garantem uma definição dos limites objetivos da coisa julgada harmoniosa com os princípios constitucionais e processuais. Em se firmando um momento único para pontuar os pontos controversos, e também as questões prejudiciais, o despacho saneador passa a ser, mais que nunca, momento oportuno para por ordem ao processo, torná-lo claro para as partes e apto para a instrução e julgamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Artur. *Coisa julgada nos Estados Unidos*. Revista de Processo n° 132. São Paulo: RT, Fev. 2006, p. 76-80.
- BARBOSA, Andrea Carla [et al], coordenador Luiz Fux. *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol I. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14 ed. Brasil: Malheiros, 1998.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol I, II e III – tradução do original italiano, “Instituzioni di Diritto Processuale Civile” por Paolo Capitanio, com anotações do Prof. Enrico Tullio Liebman. 1 ed. Campinas: Bookseller, 1998.
- Código de Processo Civil, lei 5869/73. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.html> acessado na data de 18/07/2013.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – vol I: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12 ed. Salvador: Podivm, 2010.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil – vol II: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela*. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 15 ed. Brasil: Malheiros, 2013
- _____. *Intervenção de terceiros*, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, publicado em 02 de Agosto de 1972, Brasília. Disponível em <<http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/CODIGOS/CODIGOPROCESSOCIVIL.PDF>> acessado em 03/07/2013.
- FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FENOLL, Jordi Nieva. *A coisa julgada: o fim de um mito*. REPD, vol X. Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_10a_edicao.pdf> acessado dia 01/08/2013, p. 239-257.

GARCIA, André Luis Bitar de Lima et al. *O Projeto do Novo Código de Processo Civil*. 1 ed. [S.l.]: JusPodivm, 2011.

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 nº 194*. São Paulo: RT, Abril 2011, p. 102-138.

GRECO, Leonardo. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. Brasília: Revista CEJ, vol. 35, 2006, p. 20-27. Disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/733/913>> acessado dia 06/07/2013.

_____. *Cognição sumária e coisa julgada*. REPD, vol X. Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_10a_edicao.pdf> acessado dia 07/08/2013, p. 275-301

_____. *Instituições de Processo Civil – vol I: Introdução ao Direito Processual Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

Íntegra do Novo Código de Processo Civil, Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8DDDDA73D646B7314844F2BD00F00031.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010> acessado em 06/08/2013.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *A prejudicialidade no processo civil*. 2006. 257f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Largo São Francisco, São Paulo, 2006.

LIEBMAN, Enrico. “Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada”, traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, notas de Ada Pellegrini Grinover. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

MANCUSO, Rodolfo. “Coisa julgada, *colateral estoppel*, e eficácia preclusiva *secundum eventum litis*”. *Revista de Processo nº 608*. São Paulo: RT, Jun. 1986, p. 24-33.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1967. 125f. Tese de concurso para a docência

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975.

SOARES, Marcos José Porto. “O *collateral estoppel* no Brasil”. *Revista de Processo* n° 211. São Paulo: RT, Set. 2012, p. 116-140.

Voto do relator-geral, Deputado Paulo Teixeira, p. 285, disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/substitutivo_paulo_teixeira_08maio2013.pdf> acessado em 24/07/2013.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.