

Por isso mesmo convém frisar que se trata de ordem mais *lógica* do que *cronológica*: pode ocorrer, e não raro ocorre, que o órgão judicial se haja de pronunciar sobre as duas questões vinculadas *num único ato processual* — por exemplo, que as aprecie *na mesma sentença*. Pouco importa: no raciocínio do juiz terá sempre havido um *prius* (questão subordinante) e um *posterius* (questão subordinada) (3).

2. A partir dessa fundamental colocação, assente na idéia de prioridade, irradiaram-se duas principais tendências doutrinárias. A primeira, que dominou até época recente, dava ampla extensão ao conceito de “questões prejudiciais”, nêle incluindo, *in genere*, tôdas as questões cuja solução devesse preceder logicamente a de outras (4). Nessa corrente, ou pelo menos em vários de seus representantes, a regra é o uso promiscuo dos adjetivos “prejudicial” e “preliminar”, indiscriminadamente aplicados a qualquer questão prévia: nenhuma preocupação de distinguir entre uma noção e outra (5).

A segunda tendência, que nos últimos anos se vem impondo com mais força, partiu da diferenciação, modernamente afirmada com grande ênfase pela ciência processual, entre o *mérito* e a *matéria* a êle estranha. Em semelhante perspectiva, restringiu o conceito de

dade existe em encadeamento lógico impartível”; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2.^a ed., vol. I, pág. 468; menos recentemente, e com terminologia imprecisa, CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil interpretado*, 2.^a ed., vol. IV, pág. 114. Este último autor, no verbete *Ação prejudicial*, in *Rep. Ena. do Dir. Bras.*, vol. 2, pág. 104, ainda definia as questões prejudiciais pela só característica da *prioridade*, como aquelas “que devem ser decididas antecipadamente à solução a ser dada a outras”, sem realçar a *influência*, a *relação de dependência*, de *subordinação*, que é, entretanto, a própria *razão de ser* da prioridade, simples consequência lógica. Assim também COSTA CARVALHO, *Direito Judiciário Civil*, 3.^a ed., 1.^o vol., pág. 296: “...prejudiciais se dizem somente aquelas questões que, no juízo, devem ser decididas preliminarmente às soluções de outras”.

(3) Ressalta êsse aspecto, entre nós, com relação às prejudiciais, HÉLIO TORNAGHI, *Instituições de processo penal*, vol. II, pág. 864.

(4) CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I, pág. 302; C. SANTOS, verb. e lug. ult. cit. (o qual, porém, alhures se inclina para o outro critério; v. acima, nota 2); C. CARVALHO, ob. e lug. cit.; ainda hoje, J. F. MARQUES, ob. cit., vol. III, págs. 291/2. Também MOACIR AMARAL SANTOS, *As condições da ação no despacho saneador*, págs. 89 e 101, parece sinonimizar “questões prévias” e “questões prejudiciais”.

(5) É o caso, *v.g.*, de J. F. MARQUES, ob. e lug. cit., o qual identifica “preliminares” e “prejudiciais”, distinguindo embora entre prejudiciais ou preliminares “de rito” e “de mérito”. Menos recentemente, adotavam também a sinonímia, entre outros, PAULA BATISTA, *Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial*, 6.^a ed., pág. 50; CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *Curso de prática do processo*, vol. I, pág. 248. Cf., na literatura italiana, REDENTI, *Derecho Procesal Civil*, t. I, pág. 247.

QUESTÕES PREJUDICIAIS E COISA JULGADA (*)

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA.
Procurador do Estado da Guanabara

PRIMEIRA PARTE

CONCEITO LÓGICO DE QUESTÃO PREJUDICIAL

I — Apresentação do problema.

1. Está longe de ser unívoca a acepção em que costuma aparecer na literatura processual, brasileira e estrangeira, a expressão “questões prejudiciais”. Nem é menos equívoca, bem ao contrário, a linguagem das leis. Se procurarmos reduzir ao mais simples esquema possível a extensa gama de matizes que a pesquisa doutrinária revela, identificaremos o traço comum às principais formulações adotadas pelos autores no reconhecimento de certa *ordem* que necessariamente vincula a atividade jurisdicional e que se traduz no fato de precisar o juiz resolver algumas questões *antes* de outras.

Nem sempre se aprofundou suficientemente tal noção, para evidenciar com a desejável nitidez a *razão lógica* dessa prioridade. A melhor doutrina, porém, não escapou a compreensão de que o fenômeno constituía mero corolário da existência de uma relação de *subordinação* ou *dependência*: as questões prévias (1) são tais por causa da influência que a sua solução exerce sobre a de outras questões (2).

(*) Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil, apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil.

(1) Assim lhes chama PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., t. IV, págs. 62/3. Outros, como LIEBMAN, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, págs. 187 e segs., usam essa expressão em sentido diverso, para indicar as questões não abrangidas pelo mérito.

(2) V., com referência expressa às prejudiciais, LIEBMAN, ob. cit., págs. 166, 175; P. DE MIRANDA, ob. cit., t. XI, pág. 373: “... por definição, a prejudiciali-

“questões prejudiciais” para fazê-lo abranger apenas as questões prévias de mérito, isto é, aquelas que, já pertinentes à própria *res in iudicium deducta*, influem na solução final da controvérsia ajuizada (6). E reservou em geral a designação de “preliminares” para as questões referentes ao processo e às chamadas “condições da ação” (*rectius*: condições do legítimo exercício do direito de ação).

3. A essas duas posições preponderantes é lícito opor um reparo fundamental, que adiante se formulará (7). São claros, todavia, os esquemas que as traduzem. É também compreensível que, em fase já mais remota, se deparasse com frequência o adjetivo “prejudicial”, em tema de classificação das ações (e das exceções), para qualificar as relativas ao estado das pessoas (8). Embora fôsse pouco razoável enfileirar as “ações prejudiciais” ao lado das “reais” e das “pessoais”, como se se tratasse de denominações forjadas segundo critério homo-

(6) LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 2.^a ed., vol. I, págs. 55/7; SATTI, *Diritto Processuale Civile*, 6.^a ed., pág. 86 (implicitamente); RANIERI, *Manuale di Diritto Processuale Penale*, 2.^a ed., págs. 118/9, 339; FOSCHINI, *La pregiudizialità nel processo penale*, págs. 47/9; ALBERTO ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, págs. 5 e 119; SALEMI, *La pregiudiziale amministrativa nel processo penale*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. I, 1924, parte II, pág. 321; IGNAZIO SCOTTO, verbete *Pregiudiziale*, in *Diz. Prat. di Dir. Priv.* de V. SCIALOJA, vol. V, parte II, pág. 839; PAOLO CURATOLO, verbete *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in *Encic. Forense*, vol. IV, pág. 22; MAURIZIO STECCANELLA, verbete *Questioni pregiudiziali e incidentali (diritto processuale civile)*, ob. e vol. cit., pág. 35; ODILON DE ANDRADE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4.^a ed., vol. IX, pág. 388; DE PLÁCIDO E SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4.^a ed., vol. II, págs. 281/2; H. TORNAGHI, ob. e vol. cit., págs. 355 e segs., especialmente 366/8; ADEMAR RAIMUNDO DA SILVA, *Questões prejudiciais no processo penal*, in *Rev. de Dir. Proc. Civ.*, 3.^o vol., pág. 202. P. DE MIRANDA, em certos trechos, parece aderir a esse critério (v. ob. cit., t. IV, págs. 62/3), mas noutros o desfigura (na pág. 68, escreve que “as questões prejudiciais são, quase sempre, questões de mérito”, e na pág. 64, mais explicitamente, que tais questões “ou são de ordem necessariamente processual (...), ou têm, também, conteúdo material” — grifamos); e alhures dele se afasta por completo, para caracterizar a questão prejudicial como aquela que “pode excluir a obrigação de sentenciar sobre a questão principal” (pág. 60).

(7) V. abaixo, ns. III e IV.

(8) V., na literatura luso-brasileira, CORREIA TELES, *Doutrina das ações*, ed. de P. DE MIRANDA, pág. 29; P. BATISTA, ob. cit., págs. 14 e 50; C. DE OLIVEIRA FILHO, ob. e lug. cit.; JOÃO MENDES DE ALMEIDA JR., *Direito Judiciário Brasileiro*, 3.^a ed., págs. 104, 124; MANUEL AURELIANO DE GUSMÃO, *Processo civil e comercial*, 2.^a ed., vol. I, págs. 907/8; ALMÁQUIO DINIS, *Teoria geral do processo*, pág. 74; CÂMARA LEAL, *Teoria e prática das ações*, vol. I, pág. 20; DRONÍSIO GAMA, *Das ações prejudiciais*, pág. 10; SAMUEL MARTINS, *Ações prejudiciais, passim*.

(9) M. A. DE GUSMÃO, que conhecia a crítica procedente de MANFREDINI à classificação (v. ob. e vol. cit., pág. 309), mantinha-a, todavia, com justificação sem qualquer consistência. Quanto às razões históricas da limitação do conceito, v. abaixo, n.^o 7, nota 6.

gêneo (9), a limitação do conceito de prejudicialidade facilmente se explicaria à luz de razões históricas.

Menos justificável já é o alvitre de fundar a noção de “questão prejudicial” em aspecto secundário, derivado e contingente, qual o da suspensão — prevista em alguns casos pela lei — do processo em que se discute a questão subordinada, até o desate da subordinante (10). Trata-se de matéria concernente, apenas, à *disciplina processual* da prejudicialidade, mas que de modo nenhum se liga à *essência* da figura. Quanto a outros critérios encontrados na literatura para fixar os limites conceptuais daquela classe de questões, a falta de precisão ou a pura arbitrariedade de que se revestem tornam dispensável um exame circunstanciado (11).

4. Na verdade, o desconcerto doutrinário assumiu tais proporções, nesse capítulo das questões prévias, que não surpreende a manifestação de vozes assaz prestigiosas, no sentido de radical pessimismo gnoseológico: mais valeria desistir de qualquer tentativa para estabelecer um conceito nítido, e banir em definitivo da terminologia do processo, para evitar confusões, a expressão “questão prejudicial” (12).

Não nos parece aceitável esse modo de pensar. O fenômeno da prejudicialidade, quer do ponto de vista teórico, quer nas suas repercussões práticas, é por demais importante para autorizá-lo. O que impende é tentar purificar a fórmula das ambigüidades correntias, é procurar, por sob o caos aparente, o fio condutor que nos permita chegar à *essência* da figura e construir dela um conceito lógico e juridicamente coerente. Tal o objetivo que se terá em vista nas páginas seguintes.

(10) Assim, entre nós, JOÃO MONTEIRO, *Teoria do processo civil*, 6.^a ed., t. I, pág. 94, nota 1 (iniciada na pág. 93). Na doutrina francesa, o critério ainda modernamente prevalece; v., por exemplo, PAUL CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*, 10.^a ed., pág. 251, nota 3; CLAUDE DURAND, *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*, pág. 230.

(11) Sirva de exemplo o conceito exposto por JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 2.^a ed., 1.^o vol., págs. 435/6, e 4.^o vol., pág. 98, onde se definem as questões prejudiciais como as relativas “à composição do juízo”, nomeadamente a da suspeição, a da incompetência, a da ilegitimidade das partes. PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., vol. III, pág. 271, ministra noção idêntica das prejudiciais, mas na página seguinte, contraditoriamente, refere-se às “prejudiciais de estado” — ou seja, a questões capazes de interessar ao próprio mérito.

(12) ALFREDO BUZARD, *Do agravo de petição*, 2.^a ed., págs. 116/7; ELIÉZER ROSA, *Dicionário de processo civil*, verbete *Questão prejudicial*. O primeiro desses autores, noutra obra, *Ação declaratória no direito brasileiro*, págs. 195/6, inclinara-se para a corrente que põe o traço característico das prejudiciais na pertinência ao *meritum causae*.

II — Dados históricos.

5. Penas muito conspícuas têm inculcado a esterilidade da pesquisa histórica para o esclarecimento do conceito de questão prejudicial e para a construção científica, em geral, do instituto da prejudicialidade (1). Até certo ponto, as dubiedades encontradas nos textos antigos e as curiosas flutuações semânticas que inegavelmente experimentaram, através dos tempos, expressões como *praeiudicium*, *actio praeiudicialis*, *questio praeiudicialis* e outras que tais, explicam a atitude pessimista de parte da doutrina. Não parecem, contudo, desprezíveis as luzes que o exame atento daquela trajetória é capaz de projetar sobre a matéria.

6. Acêrca dos *praeiudicia* romanos, a despeito de obscuridades e contradições que se apontam nas fontes, algumas noções precisas podem ter-se por assentes, à vista das conclusões a que chegaram os mais autorizados estudiosos do assunto. Na sua feição mais característica, o instituto visava precipuamente à fixação judicial da *certeza jurídica* em torno de certa relação ou estado. A *formula praeiudicialis*, desprovida de *condemnatio*, reduzia-se à *intentio* (2).

Na literatura processual dos nossos tempos, não tem faltado quem chame a atenção para a analogia entre êsse aspecto do instituto e a moderna classe das ações meramente declaratórias (3). Mas há

(1) MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, pág. 6 (com reservas); FOSCHINI, ob. cit., págs. 5/6.

(2) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. V, págs. 20, 75/6; BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, vol. I, pág. 95; BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano — Il processo civile*, vol. I, pág. 314, e vol. II, pág. 152; V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, pág. 113; WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, pág. 135; ARANGIO-RUIZ, *Cours de droit romain (Les actions)*, pág. 48; VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, pág. 625; HUMBERTO CUENCA, *Proceso civil romano*, pág. 68; BETTI e STERNHEIM, *verbete Processo civile romano, in Nuovo Dig. Ital.*, vol. X, pág. 626, nota 3; MENESTRINA, ob. cit., pág. 2; CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1.^a ed., vol. I, página 181; A. PALERMO, *Studi sulla "exceptio" nel diritto classico*, pág. 138; *id.*, *Il processo di formazione della sentenza civile*, pág. 208; MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza*, pág. 144; I. SCOTTO, verb. cit., pág. 335; TORQUATO CASTRO, *Ação declaratória*, pág. 29.

(3) WENGER, ob. cit., págs. 135/6; BETTI e STERNHEIM, verb. e lug. cit.; ALFREDO ROCCO, *La sentenza civile*, pág. 123; CHIOVENDA, ob. e vol. cit., págs. 304/5 (já a mesma concepção, por exemplo, em *L'idea romana nel processo civile moderno, in Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. IX, 1932, parte I, págs. 319/23); GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, pág. 104; ZANUCCHI, *Diritto Processuale Civile*, 5.^a ed., vol. I, pág. 130; A. PALERMO, *Il proc. cit.*, pág. 207; I. SCOTTO, verb. e lug. cit.; PEREIRA BRAGA, *Exegese do Código de Processo Civil*, vol. II, páginas 145/6; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil brasileiro*, 2.^a ed., vol. I, págs. 124/5; GUILHERME ESTELITA, *Da ação declaratória no direito brasileiro*,

outro, fortemente sublinhado pela doutrina, que assume particular interesse para a pesquisa aqui empreendida: a decisão que se proferisse no *praeiudicium* era capaz de irradiar efeitos *ad futurum*, em ordem a tornar-se normativa de juízos supervenientes. Não se dirá que tal função fôsse necessariamente exercida em todos os casos: nem sempre sobrevinha, de fato, outro processo em que se houvesse de resolver questão logicamente subordinada à que se decidira no *praeiudicium*; mas a simples possibilidade de tal ocorrência já fazia emergir, bem nítida, a idéia de condicionamento que dava ao instituto, segundo a maioria dos especialistas, o seu colorido peculiar e a própria razão de seu nome (4).

7. Das *formulae praeiudiciales*, ao que se deduz das fontes mesmas, não ministram os textos romanos enumeração exaustiva (5). A importância das *actiones praeiudiciales*, que lhes sucederam no direito justiniano, reduziu-se, a partir de certa época, às questões de estado (6). O que importa, contudo, é assinalar que o exame cuidadoso dos exemplos mais conhecidos traz à plena luz a noção, sempre presente, de uma possível influência em eventual juízo posterior; ou, mais precisamente, de uma relação de dependência, de vinculação lógico-jurídica entre dois pronunciamentos judiciais.

pág. 12; T. CASTRO, ob. e lug. cit.; A. BUZAD, *A ação declar. cit.*, págs. 15/6; H. TORNAGHI, ob. e vol. cit., pág. 356; CELSO AGRÍCOLA BARBI, *A ação declaratória no processo civil brasileiro*, 2.^a ed., pág. 19; com restrições, H. CUENCA, ob. cit., págs. 279/81. Atribuí pouco valor à semelhança PRIETO-CASTRO, *La acción declarativa*, págs. 10/11.

(4) SAVIGNY, ob. e t. cit., págs. 20, 76; BUONAMICI, ob. e vol. cit., pág. 189; BERTOLINI, ob. cit., vol. I, pág. 314; V. SCIALOJA, ob. e lug. cit.; EMILIO COSTA, *Perfilho storico del processo civile romano*, pág. 45; WENGER, ob. cit., pág. 136; VOCI, ob. e lug. cit.; BETTI e STERNHEIM, verb. e lug. cit.; MENESTRINA, ob. cit., págs. 8, 5; CHIOVENDA, *Instit. cit.*, vol. I, págs. 181, 304; A. PALERMO, *Studi cit.*, págs. 139/40, 143; I. SCOTTO, verb. e lug. cit.; PRIETO-CASTRO, ob. cit., pág. 11; T. CASTRO, ob. cit., pág. 30; A. BUZAD, *A ação declar. cit.*, pág. 16. MARRONE, ob. cit., pág. 148, chega a negar, pelo menos em relação ao período clássico, a autonomia processual dos *praeiudicia*, que para êle "foram geralmente remédios judiciais de caráter incidental": de qualquer modo, acentua-lhes o papel *instrumental*: "*era comunque in vista ad in funzione di un altro giudizio che venivano istituiti*" (sem grifo no original).

(5) "*Et aliae complures*", acrescenta GAIO, ao fim da enumeração, em passagem célebre (*Instit.*, IV, 44), citada por quase todos os autores que versam o tema.

(6) SAVIGNY, ob. e t. cit., pág. 21; MENESTRINA, ob. cit., pág. 3; CHIOVENDA, *Instit.*, vol. cit., pág. 304; P. DE MIRANDA, ob. e t. cit., pág. 62; T. CASTRO, ob. cit., pág. 33; A. BUZAD, ob. ult. cit., pág. 14; C. A. BARBI, ob. cit., pág. 21. De tal fenômeno, sem dúvida, constitui resíduo histórico o emprego, pela doutrina menos recente, do termo "prejudiciais" para designar as ações referentes ao estado das pessoas (v. acima, n.º 3, nota 8).

Assim, *v. g.*, (a) a decisão proferida no *praeiudicium de partu agnoscendo* condicionaria necessariamente a que se houvesse de proferir em processo ulterior sobre pretensão fundada na suposta relação de filiação. Às vezes, a questão subordinante era resolvida incidentalmente pelo mesmo juiz competente para decidir a subordinada; se, por exemplo, (b) se reclamavam as *operae* de alguém dado como liberto e surgia a prévia controvérsia acêrca do *status* do demandado, a decisão no *praeiudicium an libertus sit* funcionava como preparatória do pronunciamento sobre a pretensão do suposto patrono (7). Em outros casos, sobretudo no terreno das relações entre o processo penal e o civil, a solução da prejudicial ficava condicionada a possibilidade mesma da instauração válida de processo subsequente: (c) queria alguém acusar outra pessoa, e esta alegava ser o acusador seu escravo, faltando-lhe, pois, capacidade para acusar; cumpria resolver primeiro a questão do *status*, e do desate que se lhe desse logicamente resultaria a admissibilidade ou a inadmissibilidade da acusação (1 C. 7. 19).

8. Duas observações importantes ocorrem neste ponto. A primeira é a de que o tipo de relação existente entre as duas questões implicava na influência da solução dada a uma delas sobre o teor da solução que à outra se daria. Fosse a prejudicial resolvida neste ou naquele sentido, de forma alguma se preexcluiria a decisão da questão subordinada, nem simplesmente se abria caminho para decidi-la de qualquer modo, senão que ficava logicamente predeterminado o conteúdo mesmo do segundo pronunciamento.

A outra observação é a de que o fenômeno tanto podia verificar-se no âmbito do *meritum causae*, como nas hipóteses (a) e (b), acima lembradas, quanto no concernente a matéria que, na terminologia moderna, se localizaria entre os pressupostos processuais, como na hipótese (c), relativa à *legitimatō ad processum* (8).

9. Tais noções gravemente se turvaram no direito intermédio. Impressionados pela circunstância de que, em certos casos, o surgimento de uma questão prejudicial era capaz de provocar a suspensão do processo, os juristas medievais tomaram o acidente pela substância, ou antes o efeito pela causa, e passaram a enxergar a essência da prejudicialidade nesse particular e contingente aspecto de sua disci-

(7) A. PALERMO, *Studi cit.*, pág. 140.

(8) Cf. H. TORNAGHI, ob. e vol. cit., pág. 367 (v. porém, n.º 17, nota 7).

plina prática. Daí a conclusão, que se generalizou através de prolongadas vicissitudes doutrinárias, segundo a qual entraria na classe das “prejudiciais” toda questão suscetível de constituir obstáculo à marcha do processo (9).

Para ter-se uma idéia clara de como o fio das cogitações sobre a matéria se afastou da direção originária, basta recordar a profunda transformação semântica experimentada pela palavra *praeiudicium*: no curso da Idade Média, chegou-se a difundir o seu emprêgo para indicar qualquer espécie de dano. Conforme registram os estudiosos, tal evolução marca a passagem ao uso vulgar de uma expressão antes peculiar ao vocabulário técnico jurídico (10). E realmente, até hoje, a sinonímia entre “prejuízo” e “dano” subsiste na linguagem comum.

10. Algumas centúrias decorreriam antes que viessem a surgir, na doutrina germânica, ao tempo do retôrno às fontes clássicas, as primeiras tentativas, ainda tateantes, de dissipar os equívocos e imprecisões que cercavam o conceito. Mas os autores que se ocuparam do tema, a partir do início do século XIX, focalizaram o fenômeno da prejudicialidade sob um ângulo que fatalmente os devia levar à valorização excessiva de aspectos secundários, acidentais, contingentes, em detrimento da investigação em profundidade sobre a essência da figura. Interessava-lhes, acima de tudo, o problema da disciplina processual dos casos em que a decisão de uma *causa* dependia logicamente da decisão de outra *causa*. A prejudicialidade foi encarada, de modo predominante, como forma de *connexitas causarum* (11). E o que mais seduzia os juristas, em geral, era a formulação de regras práticas para estreimar as hipóteses em que a existência dessa especial modalidade de conexão devia acarretar a suspensão do processo onde se discutisse a questão subordinada, ou até constituir óbice à sua instauração, enquanto no outro processo não se tivesse decidido a questão subordinante.

Como é fácil de compreender, o problema assumia particular relevo no campo das relações entre causas civis (*lato sensu*) e criminais. Assim, desde o século XVIII, a jurisprudência francesa, para

(9) MENESTRINA, ob. cit., pág. 6, com ricas indicações bibliográficas em a nota 19; FOSCHINI, ob. cit., pág. 9; I. SCORTO, verb. e lug. cit.; H. TORNAGHI, ob. e vol. cit., págs. 361/2.

(10) MENESTRINA, ob. cit., pág. 8.

(11) Assim na obra de MARTIN, a quem MENESTRINA, ob. cit., pág. 9, atribui a primazia no esforço de reconstrução do conceito, e cuja influência na doutrina posterior foi profunda e duradoura.

evitar que os interessados conseguissem obter um pronunciamento judicial acêrca de questão de estado sem se sujeitarem às restrições vigentes, quanto à prova, em sede civil, tomara a orientação de impedir a propositura da ação penal antes de decidida, ali, a questão de estado. Essa tendência viu-se consagrada, no terreno legislativo, pelos arts. 326 e 327 do *Code Civil*, e a ela se liga a distinção doutrinária, que tanto se difundiu na França, entre as “prejudiciais da ação” — verdadeiras condições de procedibilidade — e as “prejudiciais do julgamento”, questões logicamente condicionantes do pronunciamento sobre o mérito (12).

Como a francesa, a literatura italiana por muito tempo se manteve aferrada à tradição medieval e tolhida pelo êrro de perspectiva consistente em tomar o efeito pela causa. Da prejudicialidade só se via o fenômeno da suspensão de um processo para aguardar a decisão proferida noutro. Por isso mesmo, o tema era principalmente versado a propósito das relações entre processos civis e penais (13). E no campo do direito processual penal é que surgiram, na península, as primeiras contribuições importantes, modernamente, acêrca da matéria (41), nas quais ainda não se depara, todavia, um tratamento lógico e sistemático do instituto da prejudicialidade na sua inteireza, continuando os autores mais preocupados em discutir se a existência de uma prejudicial civil (*lato sensu*) devia ou não provocar necessariamente a abstenção do juiz criminal, até que o juiz civil a decidis-

(12) V. por exemplo, HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. I, páginas 457/61; HOFFMAN, *Traité théorique et pratique des questions préjudicielles*, t. I, págs. 336 e 349; t. II, págs. 15 e segs. Cf. H. TORNAGHI, ob. e vol. cit., pág. 362. A classificação subsiste em França; v. o verbete *Question préjudicielle*, in *Nouveau Répertoire de Droit DALLOZ*, t. III.

(13) MENESTRINA, ob. cit., págs. 19/22. Ainda recentemente, tratando das questões prejudiciais em trabalho sobre *Giurisdizione ecclesiastica matrimoniale e giurisdizione penale* (*Jus*, 1961, fasc. I), reduz GERARDO MORELLI a prejudicialidade a mero “fenômeno de interferência entre jurisdições diversas” — opinião que dá como “prevalecente na doutrina penalística italiana” (pág. 127). Na literatura pátria, a diretriz a que alude o texto é bem ilustrada pelo livro de VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, *As questões prejudiciais no processo penal brasileiro*, onde se define *prejudicial* como a “questão prévia de direito civil levantada no curso da ação penal, tendo por objeto elemento constitutivo do crime; cuja natureza, ou cuja averiguação determine a incompetência do juízo criminal e a consequente suspensão do procedimento” (págs. 26/7; cf. pág. 107, onde se nega a determinada questão o caráter de “prejudicial, no sentido exato, jurídico” — grafamos — simplesmente porque a arguição dela “não tem a consequência de suspender o procedimento criminal”).

(14) *Foram a Sposizione compendiosa della procedura criminale*, de PESCATORE (1871), e a monografia de MANZINI sobre as *Questioni pregiudiziali di diritto civile, commerciale ed amministrativo nel processo penale* (1899).

se. Só no princípio do nosso século é que o problema das questões prejudiciais viria a inspirar uma obra de amplas perspectivas sistêmáticas, onde o assunto foi afinal examinado a luz suficientemente intensa para revelar-lhe as verdadeiras proporções (15).

11. Entretanto, mesmo na doutrina européia, a despeito dos passos decisivos que se deram no sentido da clarificação do conceito, o ângulo visual em que se colocaram os estudiosos não lhes permitiu ressaltar com a necessária ênfase o aspecto essencial da questão. O tratamento doutrinário das prejudiciais não logrou, assim, cristali-
zar-se num esquema imune a objeções de ordem lógica.

Em nosso país, a tarefa de revisão não tem despertado, em regra, o entusiasmo dos especialistas. Nas próprias controvérsias suscitadas — e até hoje não encerradas — quanto à interpretação do art. 287 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil, bem como na exegese dos dispositivos onde aparece o *nomen iuris* de “questão prejudicial” (arts. 282, 877, 878), sente-se nos autores certa timidez em aprofundar a pesquisa. A mais valiosa contribuição da ciência jurídica brasileira ao estudo do nosso problema surgiu também no campo do direito processual penal (16). O panorama doutrinário, numa visão geral, permanece todavia, consoante se mostrou acima, toldado de equívocos e contradições que importa dissipar.

III — Reconstrução do conceito.

12. A reconstrução do conceito de “questão prejudicial” exigê antes de mais nada a fixação do critério lógico que deverá presidir à sua delimitação e permitirá, em consequência, distingui-la de qualquer figura afim. Sem êsse inicial cuidado, toda tentativa estará de antemão condenada a enredar-se em dificuldades insuperáveis. É exatamente a pouca nitidez dos eixos de referência escolhidos, ou a falta de justificação cabal para a escolha, que nos faz parecer insuficientes os esquemas até aqui propostos pela doutrina, ainda a mais autorizada.

(15) Referimo-nos, obviamente, ao trabalho fundamental de MENESTRINA, dado à luz em 1904, tantas vezes aqui citado e do qual, ainda em data recente, pôde afirmar-se que é “l'única monografia di lingua italiana di ampio respiro sul tema” (A. ROMANO, ob. cit., pág. 15). Mais: trata-se na verdade, como bem escreveu CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. I, 1924, parte I, pág. 221, de “uno dei contributi piu conspicui dati alla scienza processualistica dall'intelletto italiano”.

(16) É o ensaio de H. TORNAGHI, também freqüentemente citado nestas páginas e inserto no vol. II de suas *Instituições de processo penal*, págs. 355 e segs.

Assim, por exemplo, é obviamente ilegítimo fundar a sistematização da matéria em considerações pertinentes apenas à sua disciplina processual, que é derivada e contingente (1). A circunstância de impor ou permitir a lei, em certos casos, que se impeça ou suspenda um processo para aguardar o julgamento de outro pode estar intimamente ligada, é claro, ao reconhecimento da existência de um vínculo de subordinação lógica entre as questões debatidas naquele e neste; mas surge *por via de consequência*, e ainda assim de modo *não necessário*, pois noutras hipóteses, substancialmente iguais, pode e costuma o legislador entender, à luz de razões de conveniência e oportunidade, que mais vale facultar a apreciação da questão subordinada com plena independência em relação à da subordinante. O problema é de política processual, e a variedade das soluções que se lhe têm dado através do tempo e do espaço mostra, de maneira eloqüente, o caráter *accidental* do fenômeno.

Há patente *inversão lógica* na tentativa de apoiar a construção dogmática do conceito de prejudicialidade na função impeditiva ou suspensiva que ela possa vir a desempenhar com respeito a determinado processo. O caminho razoável é o oposto: qualquer discussão sobre a melhor forma de regular praticamente os efeitos procedimentais da prejudicialidade há de *pressupor* a fixação do conceito desta. Uma questão não será prejudicial porque impeça ou suspenda o curso de certo feito, senão que, ao contrário, poderá impedi-lo ou suspendê-lo por ser prejudicial. Nem sequer se trata, aliás, de condição necessária, e muito menos suficiente: há impedimentos à marcha do processo totalmente estranhos à questão da prejudicialidade, e pode haver prejudicialidade sem que dela resulte obstáculo ao desenvolvimento do *iter* processual.

13. Se tivermos em mente o aspecto fundamental, acima recordado, dos *praecudicia* romanos, podemos haurir naquela indicação histórica uma primeira e valiosa sugestão quanto ao sentido em que se deve orientar o nosso trabalho construtivo. É sobre a idéia de *influência*, de *condicionamento*, que merece aqui ser projetado o foco luminoso. Se a solução de uma questão influi necessariamente na de outra, e se em razão de tal influência é que se lhe vai atribuir tal ou qual *nomen iuris*, parece óbvio que a investigação deva concentrar-se no escl-

(1) V. a crítica desse critério, entre outros, em MENESTRINA, ob. cit., páginas 19/20; FOSCHINI, ob. cit., págs. 11/12; SALEMI, trab. cit., pág. 322; I. SCOTTO, verb. cit., pág. 388.

recimento da *relação* que liga as duas questões, como dado principal para fundar qualquer esquema classificatório.

À melhor doutrina não escapou essa consideração. Faltou-lhe, porém, de modo geral, aprofundar a pesquisa para diferenciar dois tipos absolutamente irreduzíveis de influência e, portanto, duas espécies perfeitamente distintas de relação. Com efeito, a solução de certa questão pode influenciar a de outra: (a) tornando dispensável ou impossível a solução dessa outra; ou (b) predeterminando o sentido em que a outra há de ser resolvida. Veja-se um exemplo muito simples: em processo onde se demanda o cumprimento da obrigação do fiador, este, na contestação, argúi a ilegitimidade *ad causam* do autor e, em seguida, para o caso de não ser aceita a arguição, alega a nulidade da obrigação principal, por motivo outro que não a incapacidade pessoal do devedor (Código Civil, art. 1.488). Se o juiz acolhe a primeira alegação, abstém-se de julgar o mérito da causa e põe fim ao processo, normalmente por ocasião do saneamento, mediante decisão meramente terminativa (Código de Processo Civil, art. 294, I). Se a rejeita, o exame da outra arguição, seja qual for o resultado a que o leve, jamais o eximirá de pronunciar-se sobre o pedido; mas, reconhecida que seja a nulidade, improcedente há de ser julgada a demanda, ao passo que, não reconhecida — limitando-se a ela, *ex hypothesi*, a matéria em debate —, o julgamento será no sentido da procedência (2).

Os dois casos são inteiramente diversos, e só no segundo é que se pode reconhecer aquela característica fundamental que os estudio-

(2) Como lucidamente já ensinava MENESTRINA, ob. cit., pág. 54, "con una decisione si scioglie dunque la questione dell'ammissibilità d'un'altra decisione, si determina l'essere o non essere" di quest'ultima. Ma nulla più: una volta assunto che la via alla sentenza definitiva è aperta, resta ancora da percorrerla tutta. La decisione anteriore si limita ad attestare la mancanza di un impedimento che possa costringere il giudice a retrocedere, *infectis rebus*, dalla ricerca del merito; ma nulla gli offre di positivo, nulla che possa venir immesso nell'ingrignaggio logico della decisione da pronunciarsi, nulla che si rispecchi nel tenore della stessa". Cabe apenas uma ressalva: é a de que a ligação — ao contrário do que pode fazer crer o modo como se expressa o mestre nesse passo — não se aplica unicamente dentro do âmbito do mérito: o fenômeno, com efeito, é genérico, e seu campo de manifestação não está limitado, como adiante se verá, pela natureza de qualquer das duas questões vinculadas, *em si mesmas*. A objeção é válida igualmente para a maneira por que A. ROMANO, ob. cit., pág. 119, expõe a distinção entre as questões cuja solução "riguarda solo l'esistenza dei presupposti di applicazione della funzione giurisdizionale nel merito della domanda dell'attore, e, perciò, condiziona la possibilità di questo esame di merito", e aquelas cuja solução, "invece, concerne (...) quegli elementi in base al quali la domanda dell'attore deve essere accolta o respinta nel merito: e, cioè, condiziona il contenuto del provvedimento decisivo relativo". O discrimine entre os dois tipos de influência está formulado com toda a precisão; mas a referência constante ao *meritum causae* restringe indevidamente a sua esfera de aplicação.

tos trazem a lume nos *praeiudicia*. Realmente: a solução que se desse à controvérsia sobre ser ou não liberto o acusador influiria na solução que se houvesse de dar à questão da admissibilidade da acusação; mas influiria no sentido de condicionar-lhe o teor, o conteúdo, não no sentido de eventualmente *preexcluir* um pronunciamento a respeito dela. De forma análoga, o modo como se resolvesse, no *praeiudicium de partu agnoscendo*, a questão da existência ou inexistência da relação de filiação, longe de poder dispensar ou impedir a apreciação da demanda nela fundada, condicionaria necessariamente, isto sim, o teor ou o conteúdo da decisão subsequente.

14. Ora, se assim é, as sugestões da história e da lógica vêm convergir aqui na indicação de um rumo diverso daquele outro, seguido até algum tempo atrás pela doutrina predominante, que encambulava na mesma classe, promiscuamente rotulada de “questões prejudiciais” ou “preliminares”, tôdas as questões logicamente antecedentes a outras, *qualquer que fosse o tipo de influência* exercido por aquelas sobre estas. Aberra dos princípios lógicos mais elementares a reunião de entidades heterogêneas no mesmo item de uma classificação. E se a denominação de “prejudiciais”, do ponto de vista histórico — a despeito das flutuações e incertezas que enevoaram o conceito ao longo dos séculos —, melhor corresponde, em última análise, a uma espécie determinada e inconfundível de questões prévias, tudo aconselha a reservar-lhe o uso para designar exclusivamente as hipóteses que nela se enquadrem.

Por outro lado, cumpre advertir que, para o surgimento de uma relação do tipo (b), acima descrito, é irrelevante a natureza de cada uma das questões vinculadas, quando consideradas *em si mesmas*. O fenômeno pode ocorrer, sem nenhuma variação de suas características essenciais, no âmbito do *meritum causae*, no plano das “condições da ação” ou no terreno puramente processual. Pouco importa que ambas as questões — a subordinante e a subordinada, ou, como agora já se pode dizer com melhor técnica, a *prejudicial* e a *principal* ou *prejudicada* (3) — sejam regidas pelo direito substantivo ou pelo direito

(3) V. em H. TORNAGHI, ob. e vol. cit., pág. 366, a explicação do paradoxo que aparentemente existe em chamar-se “principal a uma questão subordinada a outra”. Escreve esse autor: “... se a prejudicada é o objeto da ação penal, não há dúvida que tôdas as outras questões são de importância secundária, embora delas possa depender a solução daquela”. Só se considera aí o caso da prejudicial civil (*lato sensu*) em processo penal, e no domínio do mérito. Mas o esclarecimento, *mutatis mutandis*, é extensível às outras hipóteses de prejudicialidade.

processual, ou que a primeira o seja por aquêle e a segunda por éste, ou vice-versa. Na perspectiva adotada, que nos parece a única satisfatória, o elemento decisivo é a configuração do particular *modo de influência* a que se aludiu (4).

Assim, por exemplo, a solução da questão relativa à competência, tipicamente processual, pode ficar condicionada *no seu teor* à solução de outra questão logicamente antecedente, qual a da validade da cláusula em que as partes hajam escolhido fóro especial para as demandas oriundas do contrato; a solução da questão concernente à *legitimatío ad processum* (pressuposto processual) dependerá da que se der à questão da validade do ato constitutivo da pessoa jurídica que ingressa em juízo. Por outro lado, no plano das “condições da ação”, a *legitimatío ad causam* ativa, para a ação popular, exige o *status* de cidadão brasileiro (Constituição Federal, art. 141, § 38; Lei número 4.717, de 29-6-1965, art. 1.º), de modo que a solução da questão a ela referente se condicionará à da questão suscitada acerca da validade do ato de naturalização do autor. Quanto ao mérito, o fenômeno é por demais corriqueiro para reclamar exemplificação; lembre-se de novo, em todo caso, a influência necessária que exercerá a solução da questão atinente à validade da obrigação principal sobre a maneira como se há de pronunciar o juiz a respeito da demanda formulada contra o fiador.

15. É bem verdade que o grau de predeterminação pode variar. Às vezes, a solução dada à prejudicial *em certo sentido* não basta para que se possa prever com segurança o modo como será resolvida a prejudicada. Ter-se-á uma condição *necessária*, mas não *suficiente*. Se o juiz acolhe a alegação de nulidade da obrigação principal, *ipso facto* está adstrito a rejeitar a demanda contra o fiador; mas se não a acolhe, a influência da solução dessa questão não será tão decisiva,

(4) Em sua clássica obra, já MENESTRINA tocara de leve nesse ponto, justificando a circunstância de limitar-se em geral ao âmbito do mérito o estudo da prejudicialidade pela maior atenção e pelo “tratamento privilegiado” que sempre se deu, nas leis e na doutrina, às decisões definitivas (pág. 50). Noutra passagem, de índole casuística, inclui o mestre na esfera da prejudicialidade “as relações jurídicas de que deriva a legitimidade ativa ou passiva” (pág. 115). Não desenvolva, entretanto, esse aspecto da questão, como tampouco o fizeram, na medida que seria de esperar, os processualistas posteriores aos quais não passou despercebida a *índole genérica* do fenômeno. v. g. CHIOVENDA, *Instit.*, vol. cit., págs. 541/2, e ZANZUCCHI, ob. e vol. cit., pág. 196. Mais recentemente, depara-se em A. ROMANO, ob. cit., págs. 125/6, referência, também de passagem, à possibilidade de uma visão *unitária*, que abarque as manifestações da prejudicialidade no terreno do mérito ou fora dele. É a essa visão unitária que tendem os esforços de elaboração refletidos no presente trabalho.

porque o réu pode ter outras defesas bastantes, por si sós, para infirmar a pretensão do autor.

De qualquer sorte, contudo, o ponto é aqui irrelevante, já que a referida variação de grau se manifestará indiferentemente nos diversos planos onde se possam inscrever as questões vinculadas. De maneira alguma cinge-se ao âmbito do *meritum causae*. Se o juiz dá por válida a cláusula contratual em que se escolhera outro fóro, necessariamente acolherá a arguição de incompetência; mas, se a der por inválida, nem por isso estará afastada a hipótese de reconhecer-se incompetente por outro fundamento. A predeterminação é mais intensa no primeiro caso do que no segundo. E trata-se de questão *processual*, como no outro exemplo se tratava de questão *de mérito*.

16. Por todo o exposto se vê quão insatisfatória é a doutrina que pretende encontrar o traço distintivo essencial das questões prejudiciais na circunstância de dizerem respeito à *res in iudicium deducta*. Embora louvável como tentativa de arrancar a matéria do puro empirismo que antes dominava, ela não atingiu, na verdade, o nervo do problema.

Assinale-se que nem tôdas as questões prévias embutidas no *meritum causae* mantêm com a decisão da questão principal o tipo de relação de que aqui se cuida: a questão da prescrição, por exemplo (5), ou antes a solução que se lhe dê, seja qual fór, pode apenas erguer ou remover um impedimento à apreciação, pelo juiz, da questão concernente à efetiva exigibilidade da obrigação cujo cum-

(5) No sentido do texto, considerando a prescrição matéria de mérito, v., entre outros, LIEBMAN, *Estudos* cit., pág. 196; P. DE MIRANDA, ob. cit., t. XI, pág. 374; L. DA COSTA, ob. cit., vol. III, pág. 50; J. F. MARQUES, ob. cit., vol. III, pág. 292; A. BUZARD, *Do agr. de pet. cit.*, págs. 134/5 (v. bibliografia e jurisprudência cit. em nota por este autor, e acrescentem-se aos julgados de que dá notícia, sempre a título exemplificativo, estes acórdãos mais recentes: do Supremo Tribunal Federal, em 29-10-1959, *Rev. For.*, vol. 193, pág. 165; do Tribunal de Justiça do ex-Distrito Federal, em 6-7-1956, *Arq. Jud.*, vol. 120, pág. 465; do Tribunal de Justiça de S. Paulo, em 18-6-1951, *Rev. For.*, vol. 142, pág. 255; em 13-5-1955, *Rev. dos Trib.*, vol. 238, pág. 294; em 2-9-1959, *Rev. dos Trib.*, vol. 292, pág. 533; do Tribunal de Alcáda de S. Paulo, em 16-4-1953, *Rev. For.*, vol. 151, pág. 306; em 25-8-1953, *Rev. For.*, vol. 159, pág. 259; em 9-11-1959, *Rev. dos Trib.*, vol. 293, pág. 518; em 11-12-1959, *Rev. dos Trib.*, vol. 302, pág. 484); SEABRA FAGUNDES, *Dos recursos ordinários em matéria civil*, págs. 258/4; GALENO LACERDA, *Despacho saneador*, pág. 150; JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, *Do recurso de apelação*, pág. 207. Contra, no sentido de inscrever-se a prescrição na área das "condições da ação", LUIZ MACHADO GUIMARÃES, verbete *Carência de ação*, in *Rep. Enc. do Dir. Bras.*, vol. 7, pág. 249. O Anteprojeto de Código de Processo Civil, art. 299, IV, classifica a pronúncia judicial da prescrição como "julgamento de mérito".

primento se pede; nada mais. Reconhecida a prescrição, fica o juiz dispensado de prosseguir na sua atividade cognitiva, mas nenhuma indicação daí se tira quanto ao modo por que êle decidiria, se tivesse de prosseguir. Negada a prescrição, a via fica igualmente aberta ao acolhimento ou à rejeição da demanda. Chamar "prejudiciais", portanto, às questões prévias de mérito, com exclusão de tôdas as outras, é separar figuras homogêneas e juntar figuras heterogêneas (6).

17. A perspectiva aqui proposta, além do mais, parece-nos corresponder com mais exatidão às sugestões históricas emanadas das próprias origens romanas do instituto. Sem dúvida, como se frisou com grande autoridade, o direito romano muitas vezes impunha a solução prévia da questão prejudicial porque esta, versando sôbre o estado das pessoas, condicionava a capacidade processual. É igualmente certo que, embora a incapacidade ligada à filiação ou à escravatura fôsse desaparecendo com o tempo, o fenômeno da prejudicialidade subsistiu porque não era apenas a tal respeito que surgia a necessidade lógica de resolver-se uma questão antes de outra (7).

Tudo isso é indiscutível, mas daí não se infere que a ocorrência da figura se haja reduzido, modernamente, ao âmbito do mérito, e por conseguinte a êste se deva limitar o uso do *nomen iuris* "prejudicial". O que cumpre reconhecer é que, tanto no direito romano, como no moderno, o particular *tipo de relação* acima descrito pode configurar-se indiferentemente entre questões que se situem no plano do *meritum causae* ou fora dêle. Se se quer adotar um critério *essencial* de caracterização, não parece razoável identificá-lo senão na *espécie de influência* que a solução de uma questão exerce sôbre a de outra, independentemente, repita-se, de qualquer consideração acêrca da *natureza* de cada uma das questões vinculadas, em si mesmas. A denominação de "prejudiciais", à essa luz, será aplicável às questões de cuja solução depender necessariamente o *teor* da solução que se haja de dar a outras questões.

(6) Pelas razões expostas no texto, parece-nos inaceitável a interessante construção sugerida por H. TORNAGHI, ob. e vol. cit., págs. 355 e segs., especialmente 366/8, onde, partindo da tríplice distinção entre *processo*, *ação* e *mérito*, se propõe uma classificação igualmente tríplice das questões prévias em "preliminares" (referentes ao processo), "intermédias" (relativas às "condições da ação") e "prejudiciais" (concernentes ao mérito) (cf., do mesmo autor, já anteriormente, *Processo penal*, pág. 9).

(7) São os argumentos de H. TORNAGHI, *Instit.* cit., pág. 367. Mas as próprias expressões usadas pelo autor ("muitas vezes", ... "não é apenas" ...) levam a conclusão diversa da que êle sustenta.

IV — Questões prejudiciais e questões preliminares.

18. Assim caracterizada — ainda numa primeira aproximação, que oportunamente se beneficiará de ulteriores esclarecimentos — a figura da “questão prejudicial”, é indispensável fixar agora a distinção conceptual que permite estremá-la com segurança de outra figura afim, com a qual anda não raro confundida, na legislação e na doutrina. Impõe-se, neste passo, o confronto entre “questões prejudiciais” e “questões preliminares”.

Segundo já se assinalou, até certa época preponderava o emprego promíscuo dessas duas expressões, indiferentemente usadas para designar quaisquer questões *prévias*, isto é, questões cuja solução deve anteceder logicamente a de outras (1). Resquício dessa atitude depara-se na redação dos arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil, onde aparecem como sinônimos os termos “prejudicial” e “preliminar” (2), e no art. 282, em que o *nomen iuris* de “questão prejudicial” está igualmente empregado para abranger qualquer questão *prévia* — com a imprescindível ressalva de que, num caso e noutro, a lei só cogita de prioridade em relação à decisão de mérito (3).

Mais recentemente, tende a doutrina a relacionar a dicotomia “prejudiciais” — “preliminares” com a distinção entre o *meritum causae* e tudo que lhe seja estranho. Aquelas questões se apartariam destas por entenderem com a própria *res in iudicium deducta*, e não com o processo ou com as “condições da ação” (4). Semelhante critério,

(1) Assim, entre nós, P. BATISTA, ob. cit., pág. 50; C. DE OLIVEIRA F.º, ob. e vol. cit., pág. 248; ainda hoje, J. F. MARQUES, ob. cit., vol. III, págs. 291/2, distinguindo entre prejudiciais ou preliminares “de rito” e “de mérito”. O mesmo esquema e a mesma distinção surgem, na literatura italiana moderna, em RIDENTI, ob. cit., vol. I, pág. 247 (v. também págs. 321, 322, 354, 411). As vezes, prefere-se usar apenas a expressão “prejudicial”, no sentido amplo que o texto indica: assim CALAMANDREI, *Instit.* cit., vol. I, pág. 302.

(2) Neste sentido: A. BUZAI, *A ação declar.* cit., pág. 196, nota 24; menos explicitamente, J. F. MARQUES, ob. cit., vol. IV, págs. 108/9, este aliás coerente com o esquema que adota (v. acima, nota 1). Contra, mas sem explicar a diferença que existiria, no texto legal, entre “preliminar” e “prejudicial”, O. DE ANDRADE, ob. e vol. cit., pág. 388.

(3) Também na lei italiana ocorre a expressão “*pregiudiziale*” com o sentido genérico a que alude o texto: v. o art. 276 do *Codice di Procedura Civile*. Nesta matéria, é bom que se note, não leva grande vantagem sobre o nosso, quanto à precisão terminológica, o legislador peninsular; a mesma denominação é empregada alhures em outras acepções: cf. arts. 34, 187, 279.

(4) V., na doutrina italiana, os autores cit. em o n.º 2, nota 6. Entre nós, já O. DE ANDRADE, conquanto falasse de “questões preliminares” para designar o género (preliminares = prévias), classificava-as em “preliminares processuais” e “preliminares de mérito”, reservando para estas últimas, propriamente, o nome de “prejudiciais” (ob. e lug. cit. na referida nota). Também DE P. E SILVA aludia

embora assente em base muito mais sólida que os outros correntios, não nos parece atingir a medula do tema, porque se satisfaz em considerar a natureza das questões vinculadas, focalizando-as em si mesmas, quando o elemento decisivo, na matéria, há de ser a natureza do próprio vínculo.

Outros critérios, ao nosso ver ainda menos razoáveis, aparecem na literatura. Assim, v. g., o que denomina de “prejudiciais” as questões relativas “à composição do juízo” — como tais entendidas a da suspeição, a da incompetência, a da ilegitimidade das partes —, e de “preliminares” as concernentes às nulidades processuais e ao mérito, incluídas entre estas últimas a questão da coisa julgada, a da litispendência e as exceções em sentido material (5).

19. Na perspectiva que este trabalho adota, o critério discretivo entre prejudiciais e preliminares há de ser buscado na diferenciação entre os dois tipos de influência acima descritos. Cabendo a qualificação de “prejudiciais” às questões de cuja solução dependa o teor ou conteúdo da solução de outras, reservar-se-á a expressão “questões preliminares” para aquelas de cuja solução vá depender a de outras não no seu modo de ser, mas no seu próprio ser; isto é, para aquelas que, conforme o sentido em que sejam resolvidas, oponham ou, ao contrário, removam um impedimento à solução de outras, sem influírem, no segundo caso, sobre o sentido em que estas outras hão de ser resolvidas. Assim, e. g., a solução da questão concernente à *legitimitatio ad causam* será preliminar em relação à decisão de *meritis* (6): se o

a “questão preliminar” em sentido genérico (ob. cit., vol. V, pág. 323, *verbis* “... toda questão que se deve resolver, preferencialmente, ou antes que se decida a questão principal”), e noutra passagem caracterizava as prejudiciais como aquelas questões que, devendo ser julgadas em primeiro lugar, influem na decisão de mérito (ob. cit., vol. II, págs. 281/2). Daí se poderia concluir pela igualdade substancial entre o seu esquema classificatório e o de O. DE ANDRADE; mas nem todos os exemplos que DE P. E SILVA oferece ajustam-se à doutrina exposta. P. DE MIRANDA, ob. cit., t. IV, págs. 62/3, adota o *nomen iuris* de “questões prévias” para o género, de que seriam espécies as “preliminares” e as “prejudiciais”. Nesse passo, entretanto, não fica muito clara a nota distintiva entre estas e aquelas; e em vários outros trechos a caracterização das prejudiciais vem formulada em termos imprecisos e até contraditórios (v. acima, n.º 2, nota 6, e adiante, n.º 19, nota 7).

(5) J. AMERICANO, ob. e lug. cit. em o n.º 3, nota 11. Deixando de parte a inclusão, para nós inaceitável, da coisa julgada e da litispendência na esfera do mérito, fica sobretudo difícil de apreender, na classificação do autor, o critério lógico, a *directriz fundamental* esboçada.

(6) Naturalmente, a formulação do exemplo pressupõe aceita a tese que situa fora do *meritum causae*, em plano especial, a legitimação para agir, como as outras “condições da ação” (v., a respeito, entre nós, para não multiplicarmos

juiz acolher a arguição de ilegitimidade, ficará barrado o caminho para a definição do mérito; se a rejeitar, o caminho estará aberto, mas nada será lícito inferir daí no tocante ao desfecho da controvérsia — a demanda tanto poderá ser julgada procedente como improcedente (7).

O *nomen iuris* de “preliminar” não será decerto tão expressivo quanto o de “prejudicial”: se nêle está insita a idéia de *prioridade*, de *antecedência*, não transparece a de *vinculação lógica*, de *dependência*, que aqui também existe, conquanto sob diversa forma, como no terreno da prejudicialidade. Todavia, se em linha de princípio se justificaria a tentativa de procurar outra denominação, que melhor traduzisse a significação profunda do fenômeno, razões de ordem prática

desnecessariamente as citações, as páginas fundamentais de A. BUZAD em *Do Agr. de pet. cit.*, págs. 87/91 e 122 e segs.). Se se partisse, ao contrário, da consideração da *legitimitas ad causam* como matéria de mérito, ter-se-ia de rever a linguagem do texto. Mas, ainda assim, a questão serviria como exemplo de “preliminar”, porque continuaria a ser o mesmo o *tipo de influência* sobre a solução da questão principal. Estaríamos diante de uma “preliminar de mérito” (v. abaixo, n.º 20 e nota 9).

(7) Na doutrina, às vezes, os termos do problema aparecem curiosamente — e, ao nosso ver, injustificavelmente — invertidos. F. DE MIRANDA, por exemplo, em passagem que contradiz outras de sua pena (v. acima, n.º 2, nota 6, e n.º 18, nota 4), afirma ocorrer a prejudicialidade “quando alguma questão se interpõe que pode excluir a obrigação de sentenciar sobre a questão principal” (ob. e t. cit., pág. 60). Ora, tal é justamente a característica apontada em nosso texto como nota essencial das questões preliminares. Mas pouco adiante, na pág. 69, o ilustre autor trata, como *prejudicial*, da questão de inconstitucionalidade da lei cuja aplicação se reclama. É fácil ver que, diante dela, não fica o juiz, em absoluto, *dispensado* de decidir a questão subordinada: terá de enfrentá-la quer que lhe pareça a lei constitucional, quer não. Fica, isto sim, adstrito a decidí-la *num ou noutro sentido*, conforme a solução que houver dado à questão subordinante. O exemplo condiz perfeitamente com a orientação adotada neste trabalho para a caracterização das questões prejudiciais. Também na literatura italiana depara-se a noção de “prejudicial” ligada à possibilidade de *excluir* a decisão *de meritis*: assim UGO ROCCO, que põe as “prejudiciais” como espécie do gênero “questões incidentais” (a que chama, igualmente, “preliminares”, em sentido lato, como *previas*): v. *Trattato di Diritto Processuale Civile*, vol. III, págs. 200/1, 219, 226 (mas cf. os exemplos de “prejudiciais” dados na pág. 227, os quais não se compadecem com o conceito anteriormente expostos e, ao contrário, serviriam de ilustração ao que no presente trabalho se adota). Mais ou menos no mesmo sentido, CARNELUTTI, *Diritto e processo*, págs. 191/4: as “prejudiciais” seriam espécie do gênero “questões incidentais” (= questões *de ordem*, em oposição às *de mérito*) e teriam o seu traço característico na circunstância de poder a solução delas impedir o próprio processo (pág. 198). A noção de “prejudicial” aí formulada já se encontra nas *Institutiones del nuovo proceso civile italiano*, pág. 88: é a questão “que se refere não tanto ao *quomodo* quanto ao *an* do processo, e portanto deve ser resolvida para saber-se se o processo pode existir”. Ainda anteriormente, com maior desenvolvimento, cf. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. IV, págs. 157 e segs., especialmente 161. As sugestões da história e da lógica, segundo já se frisou, não abonam a escolha de tais critérios de classificação.

vêm torná-la desaconselhável. Já é tal, com efeito, a confusão terminológica nessa matéria, que a introdução de novo rótulo não deixa de afigurar-se temerária. Além do mais, não parece haver maior inconveniente em manter-se a expressão tradicional, pois o emprêgo que para ela se sugere não fará variar muito, *praticamente*, o campo de aplicação que lhe reservava a melhor doutrina. Em verdade, são na maioria estranhas ao mérito as questões cuja solução pode erguer ou afastar um obstáculo à apreciação judicial de outras. O conceito de preliminar que se está propondo é sem dúvida distinto, na sua *compreensão*, daquele abraçado pela maior parte dos autores contemporâneos; mas um e outro, em boa medida, coincidem na *extensão*.

20. Por outro lado, é muito freqüente, assim na linguagem forense como em obras doutrinárias, a expressão “preliminares de mérito”. No esquema que parte justamente da oposição entre o *meritum causae* e o que lhe é exterior, para fundar a distinção entre “prejudiciais” e “preliminares”, não há lugar para tal modo de dizer: nêle se aperfeiçoa verdadeira *contradictio in adiecto*. A construção ora sugerida, no entanto — é outra vantagem prática alegável a seu favor —, permite salvá-lo, dando-lhe sentido preciso.

Quais as questões a que se poderá aplicar, a justo título, a denominação? Não, em nosso entender, as que tocam com as “condições da ação”, situadas fora do âmbito do mérito. Essas questões, cuja solução pode levar à admissibilidade ou à inadmissibilidade do julgamento da lide (8), merecem com inteira propriedade a qualificação de “preliminares”; não, porém, a de “preliminares de mérito” (9). Esta última há de ficar reservada para aquelas outras questões que, dizendo respeito já à própria *res in iudicium deducta*, podem tornar supérfluo, se resolvidas de certa maneira, o exame dos restantes aspectos da lide — e, por isso mesmo, são apreciadas em primeiro lugar. É o caso da questão referente à prescrição (10).

21. Duas observações complementares aqui se impõem. Uma é a de que, mormente no terreno das relações interjurisdicionais, a lei às vezes faculta ou determina ao juiz a suspensão do processo, para aguardar a solução que noutra sede se venha a dar a certa questão,

(8) A. BUZAD, ob. ult. cit., págs. 122 e segs.

(9) “Preliminares ao conhecimento do mérito” chama-lhes, com perfeita adequação, L. M. GUIMARÃES, verb. cit., pág. 247.

(10) Quanto à pertinência da prescrição à matéria de mérito, v. acima, n.º 16, nota 5.

da qual dependerá o sentido em que elle há decidir a controvérsia levada à sua apreciação. Assim, por exemplo, nas hipóteses de que tratam os arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal.

A primeira vista, pode parecer que se esteja aí diante de questões *preliminares*, já que o seu surgimento é capaz de ocasionar a paralisação da atividade judicial cognitiva. Fácilmente nos convence do contrário o exame atento da espécie. A solução da questão civil (*latu sensu*) vai influir no teor, no conteúdo da solução da questão penal. Diante da primeira, não fica o juiz criminal, de modo algum, dispensado ou impedido de julgar a segunda; corre-lhe apenas o dever ou a faculdade, conforme o caso, de esperar que a primeira seja resolvida pelo juiz civil — *mas exatamente para, à luz dessa solução, decidir a segunda.*

A suspensão do processo penal, ora obrigatória, ora facultativa, é mero fenômeno accidental, que a lei cria em atenção a considerações de ordem prática, de conveniência, de política processual, em suma. De qualquer maneira, porém, *suspender o procedimento* não é o mesmo que *encerrar a atividade cognitiva*. As questões de que ora se cuida merecem, pois, dentro do esquema adotado neste trabalho, a denominação de “prejudiciais” que lhes dão a doutrina e a lei mesma.

21. A outra observação é puro corolário de tudo quanto se disse acêrca da necessidade de fundar na própria natureza da relação o conceito e a distinção das questões prejudiciais e das questões preliminares. Nessa óptica, abandonada a idéia de procurar o eixo de referência na índole de cada questão, olhada de per si, qualquer alusão a “prejudicial” ou a “preliminar” há de ser imediatamente seguida de um complemento esclarecedor. Os conceitos são essencialmente relativos: da questão *x* não se dirá que seja, *em si mesma*, “prejudicial” ou “preliminar”, mas que é prejudicial da questão *y*, ou preliminar da questão *z*. Nada impede até, em princípio, que seja *simultaneamente* prejudicial de *y* e de preliminar de *z*; com efeito, pode a lei condicionar à solução de uma única questão, ao mesmo tempo, o sentido em que se resolverá outra e a própria possibilidade de resolver-se uma terceira.

Pode-se igualmente conceber que entre três questões — *x, y e z* —, ou até entre número maior delas, se estabeleçam relações sucessivas de dependência, de tal sorte que, por exemplo, a solução de *x* condicione o teor da solução de *y*, e a de *y* condicione a possibilidade da solução de *z*, caso em que *x* será prejudicial de *y* e esta preliminar

de *z*; ou, ao contrário, que da solução de *x* dependa a possibilidade da solução de *y*, e da solução desta dependa o conteúdo da solução de *z*, e em semelhante hipótese *x* será preliminar de *y* e esta prejudicial de *z*; ou, ainda, que cada uma das duas primeiras seja, respectivamente, prejudicial ou preliminar da seguinte. Para tornarmos ao exemplo da ação popular, a questão suscitada sobre a validade do ato de naturalização do autor é prejudicial da questão referente à *legitimitatio ad causam*, e esta, por sua vez, preliminar da questão de mérito. E não seria difícil exemplificar os vários outros tipos possíveis de combinações.

SEGUNDA PARTE

CONCEITO JURÍDICO DE QUESTÃO PREJUDICIAL

I — Enquadramento sistemático do fenômeno da prejudicialidade.

22. Em seus modernos esforços para arrancar o tratamento da prejudicialidade ao puro empirismo que, com toda a seqüela de equívocos e contradições, o sufocara por séculos a fio, cedo sentiu a doutrina a necessidade de afastar o biombo das formas procedimentais, no qual se detinha, em regra, o olhar dos juristas, e, para lá da disciplina prática do fenômeno — ou antes, dos seus revestimentos accidentais —, lançar uma visão mais penetrante às raízes. Não admira que ao reagir contra o vêzo, por tanto tempo dominante, de reduzir a matéria aos aspectos mais superficiais e contingentes, e até de turvar-lhe o conhecimento com a introdução, no seu âmbito, de elementos histórica e logicamente estranhos, haja uma corrente doutrinária optado por abandonar o plano processual e transportar a investigação para o terreno do direito substantivo. Este, com efeito, parecia oferecer base mais sólida para uma construção sistemática em que o instituto da prejudicialidade ganhasse, na explicação de sua *ratio essendi*, o rigor lógico desejável.

Semelhante orientação, que remonta à ciência jurídica alemã da primeira metade do século XIX, foi retomada em época recente na Itália, onde alcançou interessante desenvolvimento (1). Seu ponto de

(1) Sobretudo na obra de ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, págs. 68 e segs. Das págs. 813/4 do *Diritto Processuale Tributario* pode inferir-se que o autor permaneceu fiel a essa concepção. O principal precursor fôra

partida é a observação, tantas vezes feita, de que as relações jurídicas, longe de existirem ilhadas, cada qual com vida própria e independente, apresentam-se, ao contrário, imbricadas umas nas outras, unidas por laços mais ou menos apertados de dependência, de subordinação. Não raro, ao atribuir certos efeitos à reunião de tais ou quais pressupostos de fato, abstratamente previstos, inclui a norma nesses esquemas, necessários para a sua incidência, além de fatos materiais, elementos já integrados no mundo jurídico, mercê da incidência prévia de outra norma. Assim é que, para a constituição de determinada relação jurídica, pode ser condição *sine qua non* a anterior existência (ou inexistência) de relação jurídica distinta. Por exemplo, a obrigação de ressarcir as perdas e danos resultantes do inadimplemento do contrato pressupõe necessariamente a existência do vínculo contratual; a obrigação do vendedor de prestar ao comprador a garantia da evicção está radicada na inexistência do direito de propriedade do vendedor sobre a coisa vendida, ao realizar-se o negócio.

A verdadeira essência da prejudicialidade residiria, então, num liame de dependência *entre duas relações jurídicas*. Nessa perspectiva, pôde definir-se “relação jurídica prejudicial” como aquela que integra o pressuposto de fato de outra relação jurídica. E distinguiu-se entre a prejudicialidade “em sentido positivo”, que ocorre quando a existência da relação prejudicial é condição da existência da relação subordinada, e a prejudicialidade “em sentido negativo”, que se verifica quando a existência da última depende, ao contrário, da inexistência da primeira. Ademais, chamou-se a atenção para a circunstância de que o nexo de prejudicialidade pode configurar-se entre relações jurídicas subjetivamente diferentes: assim, a relação de crédito entre A e B é prejudicial da relação de garantia entre A, credor, e C, fiador de B (2).

De todas essas realidades substanciais, o aspecto processual da prejudicialidade não seria mais do que fenômeno reflexo: a relação jurídica subordinante teria de ser previamente apreciada sempre que se ajuizasse controvérsia atinente à relação subordinada. Daí se irradiariam, como é natural, problemas de disciplina prática, estes, sim — e só eles —, concernentes ao processo. Quanto às raízes, jamais deixariam de estar imersas no terreno do direito material.

BRACKENHOEFT, em *Die Identität und materielle Connexität der Rechtsverhältnisse* (1839). Cf. MENESTRINA, ob. cit., págs. 10 e segs.

(2) Sobre tudo isso, ALLORIO, *La cosa giudicata* ... cit., págs. 69/71.

23. Não obstante as ricas sugestões que trouxe à elaboração da problemática da prejudicialidade, não se dirá de semelhante colocação que haja conseguido impor-se como vitoriosa. A maioria dos autores que se ocupam da matéria continua a preferir, para focalizá-la, o ângulo processual. Já desde o século passado, aliás, provocara a tendência substancialista enérgicas reações, que em certos casos, e precisamente de início, assumiram feição radical: com o olhar detido nas fontes romanas, ou antes nas suas ocasionais contradições e obscuridades, houve quem sustentasse até a impossibilidade de explicar *logicamente* o fenômeno, à luz delas, e a necessidade de nos contentarmos com a noção puramente *cronológica* de uma *ordem de prioridades* a que deviam obedecer os vários pronunciamentos judiciais (3).

A rejeição de tais exageros não nos obriga a aceitar a formulação substancialista como chave adequada para a compreensão global do fenômeno da prejudicialidade. Exige o problema consideração mais atenta. Não nos parece exato — diga-se logo — que a escolha da noção substancial ou da processual seja, no fundo, irrelevante e dependa da livre opção por um ponto de vista (4); para nós, ao contrário, essa opção deve fluir, como consequência necessária, de prévia investigação que nos revele qual dos dois prismas é mais apto a captar aquela “visão unitária” do instituto, a que acima nos referimos. Menos relevante se nos afigura, por isso mesmo, uma primeira objeção que pode ser feita à doutrina substancialista: ao conceber a prejudicialidade como vínculo entre *relações jurídicas*, ela desprezaria o fato de que, tanto no direito romano quando no moderno — e naquele com caráter de absoluta preeminência —, a prejudicial surge a propósito do *status* da pessoa, ao qual não se mostra adequada a etiqueta de “relação jurídica” (5). A isso ainda é possível respon-

(3) É a posição atribuída por MENESTRINA, ob. cit., pág. 14, a PLANCK, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht* (1844).

(4) Tal o parecer de A. ROMANO, ob. cit., pág. 188.

(5) Como reconhece o próprio ALLORIO, ob. ult. cit., pág. 70, nota 8. (Cf. páginas 295 e segs., especificamente dedicadas ao esclarecimento do conceito de *status*; na literatura pátria, v. um resumo recente das controvérsias sobre a matéria em JORGE SALOMÃO, *Da coisa julgada nas ações de estado*, págs. 74 e segs.). Decerto para escapar à objeção lembrada no texto, BETTI, *Diritto Processuale Civile italiano*, pág. 467, nota 13, fala de um “nesso di dipendenza fra i rapporti (o stati) giuridici”, “che lega l’uno all’altro alla stregua del diritto sostantivo”, e do qual seria mero reflexo o “nesso di pregiudizialità fra le questioni”. V. igualmente em LIEBMAN, *Sulla sospensione propria ed “impropria” del processo civile*, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. XIII, 1953, págs. 154/5, a explicação do fenômeno da prejudicialidade como “l’effetto delle relazioni di collegamento e di interferenza, quanto mai varie, che possono sussistere tra i rapporti e gli stati giuridici” (sem grifo no original).

der que, de qualquer modo, como o *status* é também instituto de direito substantivo, uma pequena ampliação dos termos em que costuma ser formulada a tese bastaria para pô-la fora do alcance da crítica.

24. É noutra perspectiva que se evidencia, ao nosso ver, a insuficiência da doutrina em foco. Aceita a idéia de que não se restringe à área do mérito o âmbito de manifestação da prejudicialidade, mas ao contrário se estende à das “condições da ação” e à do processo mesmo, não é difícil verificar que, no último desses planos, aquele especial tipo de influência caracterizado na primeira parte deste trabalho é às vezes exercido por questões que em absoluto não versam sobre a existência ou a inexistência de relações jurídicas, e que não obstante condicionam, por sua solução, a maneira pela qual hão de ser resolvidas outras questões. No sistema do Código de Processo Civil, *v. g.*, o recurso cabível da decisão definitiva de primeira instância varia conforme seja o valor da causa superior ou não ao dobro do salário-mínimo vigente: no primeiro caso, será a apelação (art. 820); no segundo, o recurso de embargos (art. 839, com a redação dada pela Lei n. 4.290, de 5-12-1963). Ora, se em determinado processo se suscitar dúvida quanto ao cabimento deste ou daquele recurso, o teor da solução que a tal questão se há de dar dependerá, à evidência, da solução que se tiver dado à questão porventura levantada acêrca do valor da causa. Esta é, pois, ao menos logicamente, prejudicial daquela; no entanto, não tem por objeto a existência ou inexistência de qualquer relação jurídica.

Adotar a visão substancial da prejudicialidade importaria, assim, declinar da conclusão a que se chegou na primeira parte, e que ao nosso ver indica a única via segura para superar as perplexidades ainda refletidas na doutrina e nas leis a propósito do conceito de questão prejudicial. Não há dúvida de que os elementos hauridos no direito material e, em particular, a consideração dos vínculos de dependência que se costumam formar entre relações jurídicas podem constituir valiosos instrumentos de investigação para explicar a gênese de certos casos de prejudicialidade. A lição da teoria substancialista não é falsa, é apenas insuficiente. Sobretudo no que tange às prejudiciais da decisão *de mérito*, muito esclarecedor se torna o recurso às luzes do direito substantivo. Nem é por acaso que se vê acolhida, justamente pelo autor que, nos tempos modernos, com mais energia sustenta aquela tese, a opinião segundo a qual “o problema da

prejudicialidade só se põe útilmente em relação ao juízo final do processo” (6).

25. Obviamente inaceitável, por outro lado, é a posição radical dos que não querem ver na prejudicialidade senão um fenômeno acidental de obrigatória prioridade na solução de tais ou quais questões em relação à de outras. Em primeiro lugar, a lei às vezes estabelece certa ordem para o *iter* processual unicamente em atenção a motivos de conveniência, sem que haja qualquer razão de *necessidade lógica* a impor essa particular disciplina. *A priori*, seria por exemplo indiferente que o órgão judicial se houvesse de pronunciar sobre a dúvida suscitada quanto ao valor da causa *antes* de apreciar a contradita da parte a alguma testemunha, ou *depois*, ou *ao mesmo tempo*. A lei, entretanto, sensível às sugestões da *política processual*, determina que uma dessas questões seja resolvida previamente. Estender a tal prioridade, acidental e contingente, o âmbito conceptual da prejudicialidade seria transformá-la, pela diluição dos contornos, em figura tão indistinta e vazia de significação jurídica, que mal se poderia justificar a sua manutenção no equipamento doutrinário do direito processual.

Importa, ao contrário, isolar os casos em que a ordem de preferência decorre logicamente da existência daquele vínculo de subordinação entre as questões, daquela influência necessária que a solução de uma vai exercer sobre a de outra. Trata-se, já agora, de ordem reclamada pela própria natureza das coisas (7); a prioridade, aqui, não poderia o legislador, a seu talante, cancelá-la a qualquer momento. Não basta, porém: a mencionada influência, como anteriormente se viu, comporta duas maneiras distintas de exercer-se. Se se quer dar sentido preciso às classificações tradicionais e respeitar o princípio lógico da homogeneidade na delimitação das classes, cumpre ir além e juntar ao *fato* da dependência o *modo* específico por que a solução de uma questão depende da solução da outra.

26. A prejudicialidade toma assim aos nossos olhos a feição de instituto *pertinente ao direito processual*, sem que isso exclua o reconhecimento dos subsídios ministrados, em muitos casos, pelo direito

(6) ALLORIO, *ob. ult. cit.*, pág. 69.

(7) Como já dizia com inteira propriedade MENESTRINA, *ob. cit.*, pág. 100, “l'ordine cronologico non è che un effetto della dipendenza logica in cui i giudizi vicendevolmente si trovano”.

substantivo, para a explicação de sua gênese; mas instituto que não se deixa reduzir a simples fenômeno de ordenação procedimental, senão que postula, em sua essência, uma prioridade *logicamente necessária* na solução de determinadas questões, em razão do *condicionamento* que daí resulta para a de outras e que se refletirá especificamente no *sentido* em que essas outras hão de ser, por sua vez, resolvidas.

A noção de prejudicialidade, antes de ser jurídica, é basicamente lógica, e por tal ângulo a encaramos na primeira parte deste trabalho. É tempo de buscarmos, a outra luz, elementos para precisar melhor a significação *própriamente jurídica* da figura da questão prejudicial.

II — Prejudicialidade lógica e prejudicialidade jurídica.

27. Desde os primeiros esforços de reconstrução sistemática, nos tempos modernos, do conceito de questão prejudicial, sentiu-se a necessidade de distinguir, no tratamento da matéria, o aspecto puramente *lógico* e aquele em que seria lícito identificar, de maneira específica, uma relevância *própriamente jurídica*. Já se havia chegado, embora sem desenvolver-lhe tôdas as potencialidades, à percepção de que a essência da prejudicialidade devia ser procurada na *relação de dependência* entre duas questões, ou melhor, na *influência* que a solução de uma exerce sobre a de outra. Mas também se percebeu que, se se quisesse resolver o problema nessa perspectiva estritamente lógica, a significação do conceito acabaria por perder muito de seu interesse jurídico, na mesma medida em que se alargariam os limites de sua extensão.

Com efeito — restringindo provisoriamente o nosso campo visual, para comodidade da exposição, ao âmbito do mérito, já que foi em relação a êle, quase com exclusividade, que se preferiu armar e se tentou resolver a problemática doutrinária do instituto —, é fácil verificar que o juiz, para se pronunciar sobre o pedido, tem às vezes de enfrentar, ao longo de sua operação intelectual, uma série complexa de questões, tôdas capazes de condicionar a decisão final, mas profundamente diversas entre si, quanto à sua natureza jurídica. Basta atentar na diferença existente entre as questões *de fato* e as questões *de direito*. Quando o juiz resolve a dúvida suscitada acerca da veracidade de certa testemunha, pode estar, com isso, dando passo decisivo

para julgar, por fim, neste ou naquele sentido: aceito ou rejeitado o depoimento, acolhidos como verdadeiros ou desprezados como falsos os fatos que nêle se contenham, ter-se-á de qualquer modo pôsto um antecedente lógico do pronunciamento sobre a demanda (1). Todavia, atenta à conveniência de não diluir o conceito de prejudicial, esforçou-se a doutrina por fixar um aspecto que servisse de traço discreto, cuja presença ministrasse uma base razoável para isolar, dentre tôdas as questões surgidas no curso do processo e capazes de influir, por sua solução, no julgamento, aquelas a que se devia reservar o correspondente *nomen iuris*.

28. Essa preocupação nada tinha em comum, é oportuno registrar, com a que levaria à caracterização das questões prejudiciais como questões prévias *pertinentes ao mérito*, até porque as elaborações a que ela deu origem nasceram e se desenvolveram em contexto onde a limitação da prejudicialidade ao âmbito do *meritum causae* era geralmente *pressuposta*. As duas linhas de especulação partiam de pontos diversos e correspondiam a diferentes necessidades. Uma não excluía a outra.

Da mesma forma, não impede nem dispensa êsse complementar esforço dogmático a extensão do âmbito do fenômeno aos planos do processo e das "condições da ação", à qual se procurou dar na primeira parte deste trabalho, com fulcro em sugestões da anterior doutrina, até então insuficientemente aproveitadas, desenvolvimento sistemático. A construção ali sugerida tem fundamento essencialmente *lógico*: é na pauta lógica, antes de tudo, que se inscreve a distinção entre os dois *tipos de influência* exercidos pela solução das questões subordinantes sobre a das subordinadas. E, se se insiste numa visão *unitária* da prejudicialidade, é exatamente porque, do ponto de vista lógico, nenhuma diferença se pode vislumbrar entre as manifestações de cada um daqueles tipos de influência — no caso das prejudiciais, influência sobre o *teor*, o *conteúdo*, da questão prejudicada — em razão da pertinência ao mérito, às "condições da ação" ou ao processo.

(1) "Nel campo della pura logica può considerarsi pregiudiziale tutto ciò che comunque si pone in situazione di antecedenza con la conclusione finale qualunque sia la qualità e la quantità della influenza che spiega per la produzione di detta conclusione finale (...). È logicamente pregiudiziale cioè tutto quello che ove fosse non esistente o variato importerebbe la non esistenza o la variazione del giudizio finale", escreve FOSCHINI, ob. cit., págs. 43/4, para logo em seguida acrescentar: "Questa ampia, varia e duttile essenza della antecedenza logica, come è evidente, non può essere assunta a base della nozione di pregiudizialità giuridica".

O vínculo de dependência que se identifica entre a solução da questão relativa à existência da obrigação acessória e a da referente à existência da obrigação principal, em sua natureza lógica, é precisamente o mesmo que se descobre entre a solução da questão atinente à competência e a da concernente à validade do *pactum de foro prorogando*. Mantida, pois, a generalização do conceito de prejudicialidade, comum aos três planos em que se distribui o material submetido ao conhecimento do juiz, a todos êles se aplicarão, com igual propriedade, os resultados que se obtiverem nesta nova etapa da pesquisa; em todos êles caberá distinguir, na massa das questões *logicamente* prejudiciais, aquelas em que tal qualidade assume relevância específica do ponto de vista *jurídico*.

29. Na primeira grande tentativa feita em nosso século para tratar cientificamente a matéria, buscou-se o critério de diferenciação na circunstância de que, enquanto a atividade judicial, na definição da lide, consiste essencialmente numa aplicação da norma geral e abstrata ao fato singular e concreto, entre os elos preparatórios dessa decisão final alguns há que consistem em operações intelectuais dotadas da *mesma natureza íntima*, ao passo que outros são heterogêneos: embora se insiram na cadeia silogística através da qual se desenvolve o raciocínio do juiz, apresentam estrutura diversa — uma inferência, por exemplo, que se tire de fatos conhecidos e provados quanto à probabilidade de ter ocorrido outro fato. Propôs-se, então, limitar o campo da prejudicialidade *em sentido jurídico* aos casos em que a inserção do anel lógico resultasse de atividade mental idêntica àquela que dá nascimento à sentença definitiva, ou seja, de atividade também consistente em *aplicar norma a fato* (2).

É bem de ver que a aplicação de tal critério *pressupõe* a existência do vínculo de dependência lógica, sem o qual de prejudicialidade não se pode falar. O elemento jurídico seria um *plus*, a completar o lógico, não a excluí-lo. Fica perfeitamente claro que de uma questão qualquer só tem sentido indagar se constitui prejudicial no plano jurídico *depois* que se lhe reconheça tal qualidade no plano lógico (3).

(2) MENESTRINA, ob. cit., págs. 97 e segs. O critério foi aceito por SALEMI, trab. cit., pág. 320, e HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, pág. 201.

(3) Bem explícito MENESTRINA, ob. cit., pág. 103: "La pregiudizialità giuridica nasce dall'unirsi di un nuovo elemento alla pregiudizialità logica: e il nuovo elemento è l'eguale natura del giudizio pregiudiziale e del finale. Da ciò segue che tutto quello che è giuridicamente pregiudiziale è tale anche logicamente, ma non viceversa". Cf. A. ROMANO, ob. cit., págs. 19/20; I. SCOTTO, verb. cit., pág. 338; G. MORELLI, trab. cit., pág. 130.

Por aí logo se verifica a superficialidade de certa crítica, segundo a qual, na perspectiva sugerida, a moldura da prejudicialidade teria de conter *todos* os casos em que, na atividade judicial, houvesse aplicação de norma a fato, e por conseguinte seria inexplicável a exclusão de algumas questões resolvidas por decisões interlocutórias (4). É fácil responder: nem sempre a solução dessas questões influi na solução da questão final; a decisão proferida, *v. g.*, sobre o valor da causa, ante impugnação do réu, não influi no desate da controvérsia, quer no sentido de poder dispensar o pronunciamento definitivo, quer no de condicionar-lhe o conteúdo. Destarte, mesmo que se não distinguíssem os dois tipos de influência anteriormente caracterizados, e se quisesse dar ao conceito de prejudicialidade extensão bastante para abrangê-los a ambos, ainda assim não seria razoável, *já do ponto de vista lógico*, arrolar entre as prejudiciais tôdas as questões resolvidas em decisões interlocutórias. Ora, repita-se, *não há prejudicial jurídica que não seja antes prejudicial lógico*.

30. Outra objeção é digna de mais atento exame: sustentam alguns que o critério exposto se revela inútil sob o ângulo *própriamente* jurídico, por não ministrar base válida para a construção sistemática da disciplina positiva da prejudicialidade. Tratar-se-ia de caracterização formulada, ainda, em nível essencialmente lógico, sem aplicação prática ao processo (5). Em substituição, propõe-se que a noção jurídica da prejudicial se funde na idoneidade da questão para ser objeto de *juízo autônomo*, em processo diverso daquele em que aparece como elo da cadeia lógica percorrida pelo raciocínio do juiz (6). Uma

(4) Assim FOSCHINI, ob. cit., pág. 62.

(5) FOSCHINI, ob. cit., pág. 61; A. ROMANO, ob. cit., pág. 186.

(6) FOSCHINI, ob. cit., pág. 69; A. ROMANO, ob. e lug. ult. cit.; SALVATORE ROMANO, *L'ordinamento giuridico ed il sistema positivo della giurisdizione in generale e della giurisdizione costituzionale in particolare*, pág. 190; LIEBMAN, *Sulla sospensione...* cit., pág. 155; G. MORELLI, trab. cit., págs. 132/3; entre nós, H. TORNAGHI, ob. e vol. cit., pág. 366; EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, *Da prejudicialidade jurídica heterogênea no processo penal*, in *Estudos de Direito Processual in memoriam do Ministro Costa Manso*, pág. 185. Tal concepção já fôra exposta aliás, por CHIOVENDA, *Instit. cit.*, vol. I, págs. 538 e segs., com ressalvas inspiradas pelo direito positivo. Para ela, às vezes, parece inclinar-se hoje CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*: assim na pág. 70 onde recapitula os elementos essenciais da prejudicialidade (mas a leitura atenta percebe, nítida, a distinção entre a *questão* e a *causa* prejudicial, caracterizada esta pela decisão em separado, e *principaliter*, daquela); e na pág. 15, onde todavia é ainda mais explícita a referência à *causa* prejudicial. O que, em última análise, se pode inferir do contexto é, ao contrário, a adesão dêsse autor ao critério proposto por MENESTRINA, por quem, ao seu ver, foi "*eficazmente* confutada a tese", que BOEHMER sustentara, da autonomia como nota distintiva da prejudicial (pág. 12;

questão mereceria o rótulo de prejudicial em sentido jurídico se, noutro processo, pudesse vir a ser apreciada e resolvida como questão *principal*.

O aspecto crítico dessa doutrina não resiste a uma análise mais acurada. Com efeito, a mera *possibilidade abstrata* de que certa questão constitua objeto de juízo autônomo, por si só, tampouco produz necessariamente repercussão prática na disciplina procedimental. No direito brasileiro e alhures, em numerosos casos, o órgão judicial aprecia e resolve, sem qualquer especial formalidade, questão que, *em tese*, poderia ser apreciada e decidida autônomoamente; aprecia-a e resolve-a, em regra, *junto* com a própria questão subordinada (Código de Processo Civil, art. 282). Assim, para nos atermos a exemplo já utilizado, quando, em ação proposta contra o fiador, o juiz, na sentença definitiva, se pronuncia sobre a existência ou inexistência da obrigação principal e, ato contínuo, com base nessa premissa, decide a controvérsia. Que importa, do ponto de vista procedimental, a aptidão da questão subordinante para, *noutro processo*, constituir questão principal, se, naquele em que efetivamente está sendo enfrentada, a disciplina do procedimento não se altera no grau mais mínimo? Há manifesta incoerência em rejeitar o critério anteriormente exposto por inútil sob o ângulo prático e, para substituí-lo, inculcar outro não menos irrelevante por tal prisma.

Objetar-se-á que, para caracterizar a prejudicial *jurídica*, não basta a simples *possibilidade abstrata* de decisão à parte, a mera *idoneidade em tese* para ser objeto de juízo autônomo: a caracterização só se aperfeiçoará quando, à luz do direito positivo, o surgimento da questão *determine* ou, pelo menos, *faculte* a suspensão do processo, a fim de aguardar-se a solução noutra sede (7). Mas, se assim se há

v. também, aí, a nota 10; sem grifo no original). Registre-se, aliás, que, em face das peculiaridades do sistema de controle adotado na Itália, a prejudicial de inconstitucionalidade de lei tem sido considerada como *exceção* à regra segundo a qual a "autonomia" é requisito necessário à caracterização das questões prejudiciais em sentido jurídico: v., por exemplo, LIEBMAN, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale, in Problemi del processo civile*, pág. 423.

(7) Nem sempre é muito clara, a respeito, a posição dos autores que sustentam a tese da autonomia como traço essencial da questão prejudicial. FOSCHINI, *ob. e lug. cit.*, ora fala simplesmente da "natura di autonomia controversia che deve possedere la controversia pregiudiziale, cioè la sua *attitudine* a formare essa stessa oggetto principale di un autonomo processo", ora define a autonomia processual como "il fatto che la controversia pregiudiziale *deve o dovrebbe formare* oggetto principale di un autonomo processo" (grifamos). Mas evidentemente não se trata da mesma coisa. Além do mais, o trecho por último transcrito dá a impressão de que, para FOSCHINI, só haveria questão prejudicial, em sentido

de entender a construção sugerida, ela representará, no fundo, uma volta à antiga concepção da prejudicialidade, sobre a base de circunstâncias acidentais ligadas à disciplina do procedimento. Importará verdadeira renúncia à sistematização da matéria segundo princípios constantes e racionalmente justificáveis. Ademais, se noutros sistemas legislativos a suspensão do feito, para decisão em separado de questão prejudicial, adquire foros de cidadania ainda na área interna do processo civil (8), no direito positivo brasileiro isso apenas ocorre no terreno das relações interjurisdicionais, mais precisamente quando a solução de controvérsia penal depende da solução de questão extrapenal (Código de Processo Penal, arts. 92 e 93). Só nesse plano, por conseguinte, é que seria configurável, naquela perspectiva, a prejudicialidade em sentido jurídico; jamais quando ambas as questões (a subordinante e a subordinada) pertencessem ao cível.

31. O critério da suspensividade, obrigatória ou facultativa, antes se liga, aliás, à caracterização de outra figura, a da *causa prejudicial*, tal como desenhada na obra fundamental da literatura moderna sobre a matéria. Observou-se, com efeito, que a manifestação processual da prejudicialidade pode revestir formas diversas. As vezes, o juiz integra na cadeia lógica de seu raciocínio um elo sobre o qual não há controvérsia, ou já houve e foi resolvida, de tal sorte que não lhe compete reexaminar o assunto, mas tão somente aceitar o fato consumado: tem-se aí o *ponto* prejudicial. Se, ao contrário, o antecedente lógico é objeto de controvérsia sujeita à apreciação do juiz, no curso do processo, surge a *questão* prejudicial. Finalmente, se o anel lógico a ser inserido na cadeia silogística vem de fora, resulta de pro-

jurídico, quando a lei tornasse *obrigatória* a sua decisão *principaliter*, em processo à parte. Ainda noutro passo, o autor explica que a autonomia "significa non solo (...) *possibilità* della controversia di essere oggetto di un autonomo processo, ma significa anche, ovviamente, che *in via di principio essa dovrà formare* oggetto di un indipendente processo" (págs. 74/5 — sem grifo no original). A explicação parece repelir, aí, o entendimento segundo o qual bastasse a mera *idoneidade abstrata* da questão para ser decidida *principaliter* noutro processo, e reforça a impressão a que acima nos referimos; a ressalva "in via di principio", contudo, torna equívoca a proposição, autorizando a inferência de que *nem sempre* seria necessária a *efetiva* apreciação da prejudicial em processo distinto para configurar o requisito da "autonomia". Longe está o pensamento de FOSCHINI, como se vê, da clareza e coerência que seriam de desejar, nesse ponto. Análoga imprecisão em A. ROMANO, *ob. e lug. cit.* ("questioni le quali vertono su un oggetto, che può anche costituire oggetto di un autonomo giudizio"; ... "anche quelle le quali possono, almeno in via di massima, trasformarsi in cause pregiudiziali" — grifos nossos).

(8) V., por exemplo, *Codice di Procedura Civile*, art. 34.

aunciamento emitido *principaliter* em processo distinto, mas ao menos em parte contemporâneo, aparece a *causa* prejudicial, que pode ter nascido independentemente, mas também pode ter-se originado do próprio processo em que se discute a questão subordinada, acarretando, facultativa ou necessariamente, a suspensão dêste (9) e (10).

Assim, a introdução do elemento da autonomia para caracterizar a questão prejudicial em sentido jurídico leva, afinal, a apagar a distinção entre *questão* e *causa* prejudicial. Só seria questão prejudicial aquela que tivesse aptidão para constituir o objeto de uma causa prejudicial. Mas, então, uma de duas: ou a causa surge efetivamente, e nesse caso já se ultrapassou o plano da mera "questão"; ou não surge, ficando aquela aptidão em estado puramente potencial, e nesse caso não se vê como a adoção do critério proposto se avante, do ponto de vista da relevância prática, à do outro, pois a controvérsia prejudicial, sob a forma de simples "questão", em nada altera a disciplina do procedimento.

32. Há outra razão, de ordem sistemática, que nos impede de arrolar a autonomia entre os traços característicos da questão prejudicial em sentido jurídico. Na primeira parte dêste trabalho, focalizando o problema da prejudicialidade de um ponto de vista essencialmente lógico, deixamos assentado que a qualificação de *prejudicial* deve ser atribuída a esta ou àquela questão em razão da espécie de influência exercida por sua solução sobre a de outra, e que a ocorrência dêsse particular tipo de relação independe da natureza das questões vinculadas, quando consideradas em si mesmas. Pode suceder, e não raro sucede, que tenha natureza estritamente *processual* uma questão capaz de condicionar, por sua solução, o teor da solução que a outra se há de dar, e portanto mereça, em relação a essa outra, o nome de prejudicial. Assim, por exemplo, a questão suscitada acerca do valor da

(9) Sobre tudo isso, v. MENESTRINA, ob. cit., págs. 187 e segs., 151 e segs. Acerca da conceituação de *ponto* prejudicial, merece acolhida a observação de A. ROMANO, ob. cit., págs. 89/40, segundo a qual, para que ele não se transforme em *questão*, não basta a inexistência de controvérsia entre as partes, ou a circunstância de já estar ela preclusa, "ma è anche indispensabile che essa non debba (o possa) essere posta d'ufficio dal giudice". Com efeito, a noção de "questão", como a tem consagrado a moderna doutrina processual, envolve necessariamente a de *dúvida*, mas não a iniciativa das partes no suscitá-la. Cf. a definição de CARNELUTTI em *Studi di Diritto Processuale*, vol. III, pág. 104.

(10) Sobre a suspensão do processo civil, em razão da existência de *causa* (não de mera *questão*!) prejudicial, no direito positivo brasileiro, avessa da ausência de *preceito genérico expresso* no Código, v. P. DE MIRANDA, ob. cit., t. IV, págs. 64/6; TOMÁS PARÁ FILHO, *Estudo sobre a conexão de causas no processo civil*, págs. 108/11.

causa, em relação à que se levante sobre o recurso cabível da decisão definitiva de primeira instância (apelação ou embargos). Ora, é evidente que a questão subordinante, aí, só tem sentido *dentro de determinado processo*, não se concebendo que possa constituir objeto de apreciação judicial autônoma, em processo à parte. Se se quer, pois, manter a coerência lógica da construção proposta, não é razoável incluir a autonomia entre os caracteres necessários da questão prejudicial em sentido jurídico: seria, ainda aqui, renunciar à *visão unitária* da prejudicialidade, alvo essencial de nossa pesquisa.

A êsse argumento caberia talvez objetar que tal visão unitária só é possível na *perspectiva puramente lógica*, e que, ao passar-se desta para a jurídica, forçosa se torna aquela renúncia. O critério do *interesse prático*, relacionado com a disciplina procedimental, ao impor a consideração de novo elemento — a saber, idoneidade para ser objeto de juízo autônomo —, eliminaria *ipso facto*, do âmbito das prejudiciais em sentido jurídico, as questões *lógicamente* prejudiciais que, em razão de sua própria natureza, não fôssem suscetíveis de apreciação, noutra feita, como questões *principais*. Nem seria estranhável semelhante conclusão, à vista do princípio segundo o qual toda prejudicial jurídica é também prejudicial lógica, mas a recíproca não é verdadeira (11).

Já se viu, entretanto, a quão pouco se reduz, no fundo, a apreçoada vantagem prática — se existe alguma — do critério que exige a autonomia como traço distintivo da questão juridicamente prejudicial, em relação ao outro, que se contenta com o fato de precisar o juiz, para resolver a questão subordinante, tal como ocorre quanto à principal, aplicar norma genérica e abstrata a fato singular e concreto; ou, em outras palavras, com a *igual natureza* das duas operações mentais realizadas pelo juiz para resolver uma e outra questão. A êste critério, na verdade, é injusto negar interesse prático: tem-no, como em seguida se mostrará, mais saliente que o que se propõe para substituí-lo. Com efeito, a importância da caracterização jurídica da prejudicialidade não reside tanto na necessidade de fixar-se uma base para a disciplina procedimental da suspensão (obrigatória ou facultativa) do processo, quanto nas repercussões que possa ter a manifestação do fenômeno sobre a extensão objetiva da área coberta pela autoridade da coisa julgada. Êste, e não aquele, constitui ao nosso ver o grande problema ligado às questões prejudiciais.

(11) V. acima, n.º 29, nota 3.

33. Ora, se assim é, para revestir-se de interesse prático, o critério de distinção entre a prejudicialidade meramente *lógica* e a prejudicialidade *jurídica* há de atender a um requisito essencial: ser bastante para isolar as questões em relação às quais *tenha sentido indagar* se fazem ou não coisa julgada os pronunciamentos judiciais que as resolvem, sem excluir *a priori*, por outro lado, nenhuma questão a propósito da qual seja lícito suscitar o problema. O requisito fica preenchido com a negação da qualidade de prejudicial *em sentido jurídico*: (a) às questões referentes à identificação e interpretação da norma; (b) às meras *quaestiones facti*. É exatamente o resultado da aplicação do critério a que se alude: limita êle o horizonte às questões que implicam *valoração jurídica de fatos* — e são essas as questões a cujo respeito, em princípio, vale formular a indagação relativa à coisa julgada.

Quanto ao outro critério, lança a barra longe demais. O alvo da pesquisa é saber se à solução da prejudicial se há de atribuir ou não a autoridade da coisa julgada. Logo, convém excluir do campo da investigação as questões que *nunca* possam dar ensejo a pronunciamentos dotados dessa autoridade; mas *nada além disso*. Exigir a idoneidade para ser objeto principal de juízo autônomo é ultrapassar o justo limite: há questões que não satisfazem tal requisito e acêrca das quais, não obstante, se pode e costuma suscitar o problema da coisa julgada. Assim é que se versa em doutrina, amplamente, o tema da imutabilidade dos efeitos das decisões que decretam a *carência de ação*; ora, a questão pertinente à existência ou inexistência de “condições da ação” nem sempre é dotada de autonomia, no sentido de poder constituir, em processo distinto, questão principal, objeto de julgamento *per se*: não nos parece admissível, *v. g.*, ação em que se pediu a declaração judicial do interesse de alguém para propor outra ação, ou da possibilidade jurídica de pedido que noutra ação se pretendesse formular (12).

Eis porque se nos afigura preferível, ao critério da idoneidade da questão para ser autônoma resolvida, o da igualdade de natureza das operações mentais realizadas pelo juiz para resolver a condicio-

(12) Em relação às próprias questões de índole puramente processual — indôneas, também, em regra, para constituírem objeto principal de juízo autônomo — tem-se, em certos casos, suscitado o problema (que alguns sistemas jurídicos resolvem *no sentido positivo*) da aptidão para darem azo a pronunciamentos suscetíveis de adquirir a *auctoritas rei iudicatae*. V., adiante, o exame da matéria, em os números 82/83, quanto aos pronunciamentos sôbre as “condições da ação”, e 85/86, no tocante aos de conteúdo processual.

nante e a condicionada (principal). Além de preencher, como se viu, o requisito do interesse prático, em termos mais exatos que o outro, permite êle salvar o esquema unitário ministrado pela visão lógica da prejudicialidade. De tôda questão logicamente prejudicial — seja referente ao processo, às “condições da ação” ou ao mérito, sem exclusão *a priori* de qualquer classe — há de indagar-se, à luz dêle, se se eleva ou não à categoria de *prejudicial jurídica*.

34. Resta ainda, para a completa caracterização da prejudicial em sentido jurídico, examinar outro aspecto doutrinário discutido. É notório que, seja qual fôr a matéria trabalhada pelo raciocínio humano, à mesma conclusão se pode chegar através de cadeias lógicas diversas. Assim, para resolver certa questão, nem sempre se impõe ao pensamento do juiz percorrer um único itinerário determinado: por mais de uma via talvez lhe seja possível atingir a solução. Suponhamos que, numa dessas cadeias lógicas, êste ou aquêle elo seja constituído pela solução de outra questão, que demande a aplicação de tal ou qual norma genérica e abstrata a fato singular e concreto; e suponhamos que, em itinerário alternativo, não se depare elo algum dessa mesma natureza. Pergunta-se: a semelhante questão deve ser reconhecido o caráter de *prejudicial*, a despeito de *não precisar* o juiz, necessariamente, passar por ela para resolver a outra?

Colocando-se numa perspectiva centrada sôbre a sentença e sua motivação (13), o primeiro grande sistematizador da matéria em nosso século reservou a qualificação de prejudicial para a questão em cuja solução o juiz *efetivamente* se baseie, ou, em outras palavras, que de maneira *atual* (e não apenas *potencial*) se insira na cadeia lógica do seu raciocínio. Para tanto, foi preciso admitir que, a rigor, só à vista da sentença se pode saber quais foram as questões que assumiram, no processo, a posição de prejudiciais. Com efeito, no caso de existirem itinerários alternativos, é impossível adivinhar *a priori* o que o juiz mentalmente percorrerá. Todavia, como essa indeterminação prévia do campo da prejudicialidade obstará à fixação de uma disciplina procedimental estável, dever-se-iam tratar *praticamente* como prejudiciais tôdas as questões suscetíveis, à mera luz dos fatos

(13) Tenha-se em mente, aqui como alhures, a circunstância de que tôda a elaboração doutrinária da prejudicialidade concentra a sua visão no *meritum causae*; por isso, as formulações correntias valem-se de linguagem referente *in specie* à controvérsia de mérito. Impossível evitar que às vêzes a mesma restrição contamine a apreciação crítica.

narrados pelo autor e pelo réu, de inscrever-se no *iter* silogístico do juiz como *possíveis* antecedentes da decisão (14).

35. Observou-se com justeza que tal formulação implica num alargamento desmedido do âmbito da prejudicialidade, acarretando desnecessárias complicações e eliminando a utilidade prática da noção (15). Realmente, embora não se deva construir o conceito doutrinário de questão prejudicial sobre a base, acidental e contingente, da regulamentação que as leis processuais entendam de dar ao problema concreto suscitado pelo seu aparecimento, é de toda conveniência, por outro lado, armar um esquema conceptual que permita ao legislador traçar a prévia disciplina da matéria, impondo, quando o julgar necessário, tais ou quais providências de ordem procedimental, ou ligando tais ou quais efeitos à solução das questões prejudiciais, sem entender supérfluamente umas e outros a casos em que a prejudicialidade, apenas potencial, jamais chegue a manifestar-se de modo efetivo. Se, por exemplo, se quer estatuir a suspensão obrigatória do processo penal sempre que nêle surja questão prejudicial civil (*lato sensu*) de certa natureza, pouco razoável será impor *a priori* semelhante providência para tôdas as hipóteses em que a solução da controvérsia extrapenal não precise ser incorporada pelo juiz criminal ao conjunto dos antecedentes da decisão, embora possa acontecer que de fato se incorpore; em outras palavras, quando o juiz criminal tenha à sua disposição elementos suficientes para, seguindo outra linha de raciocínio, distinta da que passaria pela questão civil (*lato sensu*), decidir a causa sem recorrer às luzes que a solução desta seria capaz de ministrarlhe (16).

A circunstância de vir o juiz a escolher, entre dois itinerários alternativos e convergentes, aquêle que inclua a solução de certa questão como antecedente lógico de seu pronunciamento, fortuita que é, não pode servir de critério para a caracterização dessa questão como prejudicial. Não se há de esperar pela decisão para identificar as prejudiciais. O critério mais razoável é o que se funda na distinção entre

(14) MENESTRINA, ob. cit., págs. 109/12.

(15) FOSCHINI, ob. cit., pág. 74.

(16) Com razão FOSCHINI, ob. e lug. cit.: "Se il giudice oltre che attraverso la risoluzione di detta controversia" (prejudicial) "può anche altrimenti in base alla valutazione degli elementi acquisiti o acquisibili al processo decidere la controversia, egli ha il dovere di fare ciò e nessuna possibilità gli è data di scegliere, per giungere alla decisione finale, una via logica che complica lo svolgimento normale della attività giurisdizionale".

antecedentes lógicos *necessários* e antecedentes lógicos *contingentes*. Se, para a solução da questão *x*, o juiz simplesmente *pode*, mas não *precisa*, inserir em seu raciocínio a solução da questão *y*, esta não merecerá a qualificação de prejudicial, aplicável, ao contrário, à questão *z*, cuja solução seja por hipótese indispensável à de *x*. Aos caracteres anteriormente apontados, pois, acrescenta-se o da *necessariedade*: só será prejudicial a questão *necessariamente* posta como antecedente lógico da solução de outra (17).

III — Classificações das questões prejudiciais.

36. Delimitado assim, em traços largos, o conceito jurídico de questão prejudicial, não será inoportuno, à guisa de complementação, passar em revista, ligeiramente, os principais esquemas classificatórios que se costumam deparar na literatura processual, a êsse respeito.

Um dos critérios mais simples é aquêle de que resulta a distinção entre a prejudicialidade *homogênea* e a prejudicialidade *heterogênea*, conforme a questão prejudicial e a prejudicada (principal) sejam ou não regidas pelo mesmo ramo do direito (1). Na prática, visto que a divisão do aparelho judicial do Estado em seções especializadas nem sempre corresponde exatamente à divisão do ordenamento jurídico em seus vários ramos, a homogeneidade ou heterogeneidade das questões será apurada tendo em vista a inclusão ou não-inclusão da prejudicial e da principal na esfera atribuída ao conhecimento da mesma seção especializada, ou, como em geral se diz com menor pro-

(17) "La controversia principale deve essere tale da non potere assolutamente essere decisa altrimenti che come conseguenza della risoluzione dell' altra controversia" (FOSCHINI, ob. cit., pág. 75). Cf. G. MORILLI, trab. cit., pág. 133; na doutrina brasileira, H. TORNAGHI, ob. e vol. cit., págs. 365/6; E. C. DA SILVEIRA, trab. cit., pág. 185.

(1) P. CURATOLO, trab. cit., pág. 23; PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, t. II, pág. 197; H. TORNAGHI, ob. e vol. cit., pág. 369; E. C. DA SILVEIRA, trab. cit., pág. 179. Como nota FOSCHINI, ob. cit., págs. 64/5, a referência à *heterogeneidade* aparece principalmente na doutrina processual penal, para exprimir a circunstância de ficar a decisão criminal condicionada a antecedente lógico de natureza civil ou administrativa. E até se pretendeu limitar a tais hipóteses o âmbito conceptual da prejudicialidade: só haveria verdadeiramente questão prejudicial quando a controvérsia logicamente subordinante tivesse caráter extrapenal (v., nessa vertente doutrinária, a definição de V. P. V. DE AZEVEDO, ob. e lug. cit. em o n.º 10, nota 13). Criticando tal formulação, diz entretanto FOSCHINI ser êste o "caso più macroscópico di pregiudizialità". O mesmo autor, mais recentemente, incluindo a prejudicialidade entre as espécies do gênero *conexão*, fala em "conexão prejudicial homogênea" e "conexão prejudicial heterogênea": v. *Sistema del Diritto Processuale Penale*, 2.ª ed., vol. I, págs. 80/1.

priedade, da mesma "jurisdição". No direito brasileiro, por exemplo, será heterogênea a prejudicialidade penal no processo civil, ou a civil no processo penal, ou a trabalhista em qualquer dos dois, e assim por diante; não haverá, porém, heterogeneidade, se em processo civil surgir questão prejudicial de direito comercial, ou de direito administrativo, ou de direito constitucional, porque os órgãos da jurisdição civil podem normalmente conhecer de tais questões. *Aliter*, obviamente, nos sistemas jurídicos em que as lides administrativas, *v. g.*, escapam ao conhecimento da Justiça comum e são reservadas a órgãos especiais.

37. Outra classificação encontrada na doutrina é a que distingue a prejudicialidade *obrigatória* da prejudicialidade *facultativa* (2). Dar-se-ia a primeira quando o surgimento da questão prejudicial *impusesse* ao juiz a suspensão do processo, e a segunda quando apenas *lhe permitisse* tal providência.

Com razão se objeta, porém, que essa variação da disciplina procedimental, criada pelo legislador em atenção a motivos de oportunidade e conveniência, em absoluto não importa para que se afirme ou se negue a índole *prejudicial* da questão. A essência da prejudicialidade, como já se acentuou, consiste no especial *tipo de relação* existente entre a solução de uma questão e a de outra (ou outras). Ora, essa relação, que é *intrínseca*, ou se verifica ou não se verifica: *tertium non datur*. Ser ou não ser a solução de certa questão *præ* necessário da solução de outra, em seu teor, é coisa que independe de ocorrer ou não, por força de dispositivo legal, a suspensão do processo em que se discute esta outra. A eventual inoocorrência da suspensão não elimina o vínculo de subordinação e, portanto, a prejudicialidade. Admitir o contrário seria aceitar que, nas hipóteses de suspensão facultativa, a mesma questão pudesse assumir ou não assumir, por decisão discricionária do juiz, o caráter de prejudicial.

O que pode ser obrigatório ou facultativo é o mero *efeito* procedimental da prejudicialidade, jamais a própria prejudicialidade. A sobrevivência da classificação, nos termos em que não raro aparece

(2) Ela ocorre também, por motivos óbvios, sobretudo entre os processualistas penais: assim DE MARSICO, *Lezioni di Diritto Processuale Penale*, págs. 157/9; LEONE, *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*, vol. I, págs. 134 e 136. As prejudiciais que tornam obrigatória a suspensão do processo costumam-se igualmente chamar *absolutas*; às outras, *relativas*, ou ainda *quase-prejudiciais*: FLORIAN, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, págs. 200/1. Com melhor técnica, VANNINI, *Manuale di Diritto Processuale Penale italiano*, págs. 44/5, usa respectivamente as denominações de "prejudicial *absolutamente devolutiva*" e "relativamente devolutiva" (grifos do autor).

formulada, é resíduo da fase em que se confundia a figura jurídica da prejudicialidade com as suas manifestações exteriores e consequências (3).

38. Deve-se, todavia, acolher *cum grano salis* a afirmação, ocorrente em obras doutrinárias, de que a prejudicialidade não admite gradação (4). Ela será verdadeira ou falsa conforme o alcance que se lhe atribua. Sem dúvida, é absurdo considerar que, entre duas questões determinadas, o vínculo de dependência possa existir ou deixar de existir consoante seja ou não seja obrigatória a suspensão do processo em que se discute uma delas, para aguardar a solução da outra, à parte. Nesse sentido, são obviamente inadequados os rótulos de "prejudicial absoluta" e de "prejudicial relativa" para designar, respectivamente, as questões cujo surgimento produza aquêlo efeito de modo necessário ou em caráter facultativo (5). Tal esquema classificatório, que se inspira em peculiaridades da disciplina estabelecida na lei para as relações interjurisdicionais, deixa de fora, no direito brasileiro, a prejudicialidade homogênea, para a qual a regra é a solução da questão prejudicial pelo mesmo juiz da prejudicada, sem que se haja de cogitar, *sequer facultativamente*, de suspensão do processo. A premissa, explícita ou implícita, seria a de que só há prejudicialidade onde há suspensividade, obrigatória ou não (6). Dispensamo-nos de refazer agora a crítica dessa concepção, já analisada em páginas anteriores.

Mas que pode variar o *grau da influência* exercida pela solução da prejudicial sobre a da prejudicada, quanto a isso não parece haver lugar para dúvidas. Considerando o problema no plano do mérito — ainda aqui, para comodidade da exposição —, é fácil mostrar que, em certos casos, da solução que se der à prejudicial dependerá a maneira como há de pronunciar-se o juiz acerca de *todo* o pedido, ou seja, acerca da questão principal *na sua integridade*, ao passo que, em outros, a solução da prejudicial, ao contrário, tão somente *em parte* condicionará a da principal. Tício propõe ação contra Caio para cobrar-lhe a importância *x*; Caio, em defesa, invocando crédito que, por sua

(3) V. a crítica da classificação em FOSCHINI, *La preg. nel proc. pen.* cit., págs. 77/8; P. CURATOLO, *trab. cit.*, pág. 20; G. MORELLI, *trab. cit.*, pág. 134; A. R. DA SILVA, *trab. cit.*, págs. 201/2.

(4) M. STECCANELLA, *trab. cit.*, pág. 35.

(5) V. acima, n.º 37, nota 2.

(6) Relaciona-se com essa atitude a tendência, a que se fez menção em a nota 1 *supra*, n.º 36, a restringir o conceito de prejudicialidade aos casos de questões *heterogêneas*.

vez, supõe ter contra Tício, alega a compensação, mas Tício replica afirmando a nulidade do ato jurídico de que se teria originado esse suposto crédito. A controvérsia sobre a nulidade é, à evidência, *prejudicial* da decisão *de meritis*. Ora, se o crédito invocado pelo réu monta igualmente a *x*, a solução da prejudicial condicionará *totalmente* o pronunciamento sobre o pedido de Tício: ou Caio será condenado a pagar *x*, acolhida a prejudicial de nulidade, ou não será condenado a pagar coisa alguma, repelida a prejudicial. Se, porém, Caio invocou um crédito de valor *y*, inferior a *x*, a influência será *parcial*: no tocante à parcela *x-y* a decisão da questão principal *não dependerá* da maneira como se resolve a outra. Nesse sentido, é lícito falar de prejudicialidade *total ou plena* e de prejudicialidade *parcial* (7).

TERCEIRA PARTE

AS QUESTÕES PREJUDICIAIS E A COISA JULGADA

I — Prejudicialidade e coisa julgada.

39. É quase ocioso frisar a relevância que assume o instituto da prejudicialidade encarado pelo prisma das suas relações com a coisa julgada. Esse aspecto, por si só, justificaria de sobejo a atenção que a doutrina, salvo num ou noutro caso, inexplicavelmente se tem furtado a dedicar-lhe.

Desde que, atento à exigência de segurança no comércio jurídico, à necessidade de estabilização das situações litigiosas ou incertas, confere o legislador a certos pronunciamentos judiciais essa particular autoridade, que os imuniza a ulteriores controvérsias, põe-se o problema relativo à fixação das condições cujo implemento se há de requerer para a produção do fenômeno. A lei é dado usar de maior ou menor rigor na especificação dos requisitos necessários ao surgimento

(7) No processo penal, FOSCHINI, ob. ult. cit., págs. 52/3, dá como exemplo de prejudicialidade *parcial* o caso em que a solução da prejudicial é necessária para verificar-se não a *existência* do crime, mas a *valoração* de sua *gravidade* (existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes); outros, porém, rejeitam essa extensão do conceito de prejudicialidade ao campo das meras *circunstâncias*: assim G. MORELLI, trab. cit., pág. 132, e entre nós V. P. V. AZEVEDO, ob. cit., pág. 45. Em sentido diverso do adotado no texto, fala de *prejudicialidade parcial* e de *grau de prejudicialidade* GIUSEPPE FRANCHI, *La litispendenza*, páginas 122/3.

da *res iudicata*, ou — o que é dizer o mesmo — restringir-lhe ou dilatar-lhe o âmbito de manifestação. Nesse tópico, as soluções do direito positivo cambiam de acôrdo com os critérios discricionariamente esposados: se, em alguns casos, não podem deixar de prevalecer posições de ordem lógica, o fator decisivo, em última análise, é o que arranca das considerações práticas de conveniência.

De qualquer modo, avulta aqui, como elemento de pêsso na discriminação, o *típo de questões* resolvidas pelo juiz nos diversos pronunciamentos que emite ao longo do processo; e é a partir desse ponto que se abre a vasta problemática ligada à classificação de tais questões, com base nos vínculos de subordinação lógico-jurídica entre elas perceptíveis — muito particularmente, à existência de questões capazes de condicionar, por sua solução, o *teor* da solução de outras.

40. Limitado o nosso horizonte a tal área, que corresponde, na perspectiva adotada por êste trabalho, ao círculo conceptual da prejudicialidade, convém assinalar de início o desdobramento do tema em itens distintos, cada um dos quais suscita, na verdade, a formulação de um problema próprio, em termos específicos. Com efeito, as relações entre os dois fenômenos — o da prejudicialidade e o da coisa julgada (1) — nem sempre se apresentam sob o mesmo aspecto, mas, ao contrário, variam de feição, dando lugar ora a uma, ora a outra ordem de indagações.

Se quisermos reduzir a matéria a um esquema simples, poderemos distinguir, *prima facie*, três posições fundamentais, facilmente caracterizáveis:

(a) A controvérsia prejudicial, ao manifestar-se *como tal* em certo processo, *já foi* objeto de apreciação autônoma, *principaliter*, em processo anterior. Assim, por exemplo, se a ação de petição de herança — onde a relação de filiação é prejudicial da decisão sobre o mé-

(1) Sempre que o texto fala em “coisa julgada”, *tout court*, deve entender-se a expressão no sentido *material* ou *substancial*. Certa propensão a restringir-lhe assim o uso vem-se manifestando, aliás, na doutrina moderna — que desse modo reata, convém notar, a mais autêntica tradição romana. E, com efeito, em perspectiva filosófica, a *substancial* diversidade dos fenômenos parece contraindicar uma terminologia que limita ao *adjetivo* o sinal da distinção. Daí nossa simpatia pela tendência, que já se faz sentir na literatura pátria, a abandonar o *nomen iuris* de “coisa julgada formal”, que só *commoditatis causa* se manteve no texto. Para C. A. BARBI, *Da preclusão no processo civil*, in *Rev. For.*, vol. 158, págs. 62/3, trata-se de “conceito que se tornou impréstável e apto somente para gerar confusões”, merecendo ser absorvido pelo de “preclusão”; cf., essencialmente no mesmo sentido, L. DA COSTA, ob. cit., vol. III, pág. 423, e, em termos ainda mais explícitos, *Manual elementar de Direito Processual Civil*, pág. 195.

rito — é proposta depois de irrecorrivelmente julgada a ação de investigação de paternidade.

(b) A controvérsia surgida, com caráter prejudicial, sem anterior pronunciamento, ocasiona, de maneira obrigatória ou facultativa, a suspensão do processo em que se manifesta, a fim de ser resolvida à parte, em juízo distinto: *v. g.*, no direito brasileiro, as hipóteses previstas nos arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal.

(c) A controvérsia prejudicial, ainda sem solução, é resolvida no mesmo processo em que se resolve a prejudicada: por exemplo, a questão relativa ao valor da causa e a referente ao cabimento da apelação; a questão suscitada sobre a validade do ato de naturalização e a concernente à *legitimatío ad causam*, na ação popular; a questão atinente à existência da obrigação principal, discutida e apreciada na própria ação contra o fiador.

Sem dificuldade se verifica que as três modalidades de relações não podem dar azo a uma problemática unívoca. É variável a índole do problema que em cada caso se há de formular. Assim, em (a), a indagação que ocorre é se a coisa julgada porventura constituída no processo antecedente, onde a questão figurou *como principal*, estende sua força vinculativa ao outro processo, em que ela ressurge *como prejudicial*. Já em (c), muito ao contrário, o que importa saber é se a solução da prejudicial, *como prejudicial*, é suscetível de adquirir a *auctoritas rei iudicatae*, projetando-se inclusive sobre eventuais processos futuros, onde venha a ser ressuscitada, quer como questão principal, quer novamente como prejudicial. Quanto a (b), se a suspensão da instância é obrigatória, até que sobrevenha a decisão autônoma da prejudicial, o caso resolve-se no primeiro (a), pois ao reiniciar-se o processo já terá sido a controvérsia objeto de apreciação em separado. Facultativa a suspensão, uma de duas: ou advém, *primeiro*, a solução no processo em que a controvérsia é apreciada *principaliter*, e nesta hipótese igualmente se recai no caso (a); ou tal solução demora, e antes dela já se tem, no outro processo, o pronunciamento sobre a controvérsia, *como prejudicial* — hipótese reconduzível, na essência, a (c).

41. Haveria aqui uma ressalva a fazer. Como se assinalou no momento oportuno, os casos de suspensão prejudicial, no direito brasileiro, surgem principalmente em se tratando de prejudicialidade *heterogênea*, e sua importância se faz sentir sobretudo no terreno das chamadas “relações interjurisdicionais”. Nessa perspectiva, a questão

reveste aspectos particulares, cujo exame em pormenor deliberadamente excluimos de nossas presentes cogitações, já que o escopo deste trabalho é estudar as relações entre prejudiciais e coisa julgada *no âmbito do processo civil*.

Assim, para fins práticos, julgamo-nos autorizados a condensar em dois itens capitais a problemática com que agora nos temos de defrontar, e vale a pena, desde logo, ressaltar que em cada um dêles é inversa, em confronto com o outro, a posição recíproca dos pontos de referência que orientam a pesquisa: enquanto em (a) se está diante de um caso julgado anterior à manifestação do fenômeno da prejudicialidade, e o que se investiga é se a força vinculatória daquele se estende à solução da prejudicial, em (c), ao contrário, o problema gira em torno da aptidão, que se haja de reconhecer ou negar ao pronunciamento sobre a prejudicial, para alcançar, êle próprio, a *auctoritas rei iudicatae*. Se assim se pode dizer, lá a solução da prejudicial, a admitir-se a vinculação, estará em posição *passiva* em face da decisão antecedente, cuja influência vai sofrer; aqui, se se lhe atribuir idoneidade para gerar coisa julgada, ela estará em posição *ativa* em relação a decisões subsequentes, sobre as quais há de influir.

II — Solução da prejudicial em face de coisa julgada anterior.

42. Não oferece maior dificuldade o desate do problema acima formulado em primeiro lugar. *Por hipótese*, fêz coisa julgada a decisão, emitida *principaliter*, sobre a questão que agora ressurge, noutra processo, com caráter de prejudicialidade. Ora, se é exato que, “pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida (*res*), que foi objeto de contestação, não se pode, daí por diante, contestar” (1), essa garantia de indiscutibilidade seria ilusória se não se pudesse eficazmente invocar em *todas* as ocasiões em que se pretenda reabrir a discussão, pouco importando que, no feito posterior, isso ocorra a propósito de questão principal, ou não.

Suponhamos que, por sentença declaratória trânsita em julgado, haja sido reconhecida a existência de servidão sobre o prédio de Tício, em favor do prédio de Caio; se mais tarde Caio demanda perdas e danos por descumprimento do ônus, e Tício volta a alegar a inexis-

(1) CHIOVENDA, *Instit. cit.*, vol. I, pág. 518 (grifos do autor).

tência da servidão, semelhante defesa, de índole prejudicial, não pode ser acolhida pelo juiz, qualquer que seja, a respeito, a convicção formada em seu espírito, sob pena de negar-se a Caio um “bem da vida” cuja atribuição ao autor já recebera o selo da intangibilidade. Nada impedirá, é óbvio, que se julgue improcedente a demanda, por outro fundamento: jamais por êsse.

Tal é a tese unanimemente sustentada, com base nos princípios gerais atinentes à matéria, pelos autores que dela se têm ocupado (2). É interessante averiguar se a confirma expressamente, *de lege lata*, o direito pátrio.

43. Será invocável a norma do art. 289 do Código de Processo Civil, segundo a qual — salvo casos excepcionais, taxativamente previstos — “nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”? Uma objeção deve ser previamente afastada. Tem-se dito em doutrina que o art. 289 se refere especificamente à coisa julgada *formal* (3); a ser assim, na verdade, não teria sentido a indagação que aqui lançamos. Não obstante a autoridade de que se reveste a lição, animamo-nos, entretanto, a consignar aqui a nossa divergência.

Se o art. 289 só dissesse respeito à coisa julgada *formal*, não se justificaria a existência do inciso II, que com ela nada tem que ver: a revisão aí prevista não se pleiteia *no mesmo*, senão *em outro* processo, de modo que o problema há de pôr-se, ao propósito, em termos de coisa julgada *material*. E em relação a esta é que caberia logicamente

(2) Cf., entre outros, LACOSTE, *De la chose jugée*, págs. 88/9 (com justificação, porém, inaceitável); KISCH, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, trad. de PRIETO-CASTRO, pág. 258; ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. de ANGELA ROMERA VERA, t. II, pág. 476; LENT, *Diritto Processuale Civile tedesco*, trad. de EDOARDO F. RICCÌ, págs. 244, 251; *id.*, *Streitgegenstand und Rechtskraft*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. II, págs. 321/2; POHLE, *Gedanken über das Wesen der Rechtskraft*, *ibid.*, pág. 396; HEINITZ, *ob. cit.*, pág. 229; LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença*, trad. de ALFREDO BUZAI e BENVINDO AIRES, pág. 44; *id.*, *Sulla sospensione ... cit.*, pág. 156 (onde, aliás, com esteio no art. 337, 2.^a alínea, do Código italiano, se sustenta que a sentença anteriormente proferida sobre a questão vincula o segundo juiz mesmo que ainda não tenha passado em julgado); MARIO VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, pág. 121; CORRADO VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, pág. 41; GIOVANNI FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell' intervento adesivo*, págs. 112, 114, 163/4; L. DA COSTA, *Dir. Proc. Civ. bras.*, vol. III, págs. 426/7, 435; *id.*, *Manual cit.*, págs. 197/8; em relação ao processo tributário, mas com alcance genérico, ALLORIO, *Dir. Proc. Tribut. cit.*, págs. 315/8.

(3) P. DE MIRANDA, *ob. cit.*, t. IV, págs. 115, 125; J. AMERICANO, *ob. cit.*, vol. I, pág. 447; JORGE LAFAYETTE PINTO GUIMARÃES, *verbete Coisa julgada*, in *Rep. Encicl. do Dir. Bras.*, vol. 9, pág. 281.

perguntar, aliás, se a possibilidade da revisão importa mesmo, ou não, derrogação dos princípios atinentes à matéria. Assim, entender o art. 289 como se o seu campo de incidência coincidissem com o da coisa julgada *formal* é tornar supérflua, inoportuna e impertinente a ressalva do inciso II; e, *ipso facto*, atentar contra a boa hermenêutica.

Sem dúvida, na fonte de que emanou o dispositivo (o art. 291 do Projeto italiano de 1926 e, antes dêle, o art. 301 do Projeto preliminar, do qual o outro é mera reprodução), figura a norma — com redação mais extensa, mas quase idêntica no que o Código de Processo Civil conservou — sob a rubrica *Cosa giudicata in senso formale*. A razão é fácil de compreender, tendo-se em mente as peculiaridades do sistema doutrinário armado, nesse tópico, pelo mestre a quem se deveu a redação do Projeto preliminar: para êle, com efeito, a noção de coisa julgada *formal* correspondia à da *imutabilidade* do julgamento, em termos gerais, dentro do mesmo processo ou em outro posterior, por obra do mesmo juiz ou de juiz diverso (4).

(4) Bem expressiva a redação do art. 301 do Projeto preliminar, onde, sob a rubrica *Cosa giudicata in senso formale*, fica perfeitamente clara a intenção do projetista de estender a outros juízos, com as ressalvas expressas, a proibição de tornar a decidir o que já foi decidido:

“Art. 301 — Nessun giudice può tornare a decidere le questioni già decise con una sentenza, quando riguardano la medesima lite, salvo che:

- a) la legge consenta allo stesso giudice di sostituire a una decisione con riserva una decisione definitiva; oppure
- b) la legge consenta alle parti di impugnare avanti allo stesso giudice o a un giudice diverso la sentenza già pronunziata; o infine
- c) il primo giudice abbia regolato secondo equità un rapporto continuativo fra le parti e una di queste ne chieda la modificazione per causa di un mutamento sopravvenuto nello stato di fatto.

La domanda di una nuova decisione, fuori dai casi previsti al comma a), b), c), deve essere rigettata di ufficio”.

Em tal contexto, ressalta com clareza solar o valor da expressão “nessun giudice”, usada no *caput*, e que, traduzida literalmente no art. 289 do nosso Código, já constituía, de per si, indicio contrário ao acerto da interpretação corrente: se o legislador brasileiro quisesse restringir o alcance da norma à coisa julgada *formal*, teria razoavelmente preferido dizer: “O juiz da causa”, ou “o juiz do processo”, ou “o juiz”, *tout court*, em vez de “nenhum juiz”. O argumento, aparentemente preso à letra da lei, e que como tal se reputaria talvez merecedor de escasso interesse, revela aqui, iluminado pelo histórico do dispositivo, o verdadeiro porte de sua significação.

Para o conceito carneluttiano de coisa julgada *formal*, como imutabilidade em sentido amplo, v. *Sist. cit.*, t. I, págs. 349 e segs.; *Instit. cit.*, págs. 96/7; *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. VI, 1929, parte I, pág. 80 (com expressa referência ao art. 301 do Projeto preliminar); e, em tom particularmente categórico, os trabalhos pertinentes à polémica com LIEBMAN, publicados naquela revista e coligidos nos *Studi cit.*, vol. III, onde vale a pena, sobretudo, consultar a pág. 73 (na qual

Ora, a doutrina tradicional, uniformemente professada entre nós, prefere ver nessa influência sobre juízos posteriores um aspecto da coisa julgada *material*, limitando o conceito de coisa julgada *formal* ao de *irrecorribilidade*, isto é, de impossibilidade de modificação no próprio processo em que a decisão foi proferida (5). Destarte, a rubrica italiana não poderia legitimamente prevalecer no Código de Processo Civil: seria demasiado estreita, na perspectiva do nosso direito, para enquadrar a matéria disciplinada pelo art. 289, que é a mesma do art. 301 do Projeto preliminar carneluttiano e do art. 291 do Projeto da Subcomissão.

43-a. Estudemos, pois, o problema, inicialmente, à luz do art. 289. Para incidir a proibição que êle estatui, é mister a ocorrência de três requisitos: (a) que a questão, ao ressurgir, já tenha sido *decidida*; (b) que haja de ser objeto de nova *decisão*; (c) que diga respeito, agora, à *mesma lide* antes julgada. Quanto ao primeiro requisito, está, por hipótese, satisfeito; outro tanto, porém, não se pode afirmar dos restantes.

Com efeito. De um lado, a palavra “decidir”, na melhor técnica processual, não se deve usar indiferentemente para aludir a todos os casos em que o juiz se pronuncia sobre alguma questão. Seria prematuro, obviamente, avançar desde já qualquer conclusão sobre a propriedade ou a impropriedade que exista em falar de “decisão”, a propósito do exame de prejudicial: é ponto de que se tratará adiante, no

o autor, criticando o “falso conceito da coisa julgada formal” esposado pelo adversário, pergunta enfático: “Ma chi ha insegnato al LIBBMAN che la nozione del giudicato formale sia limitata solo all' interno del processo?” — grifado no original), e a pág. 80 (em que CARNELUTTI expressamente reconhece: “così lo estendo il concetto comune di *giudicato formale*, mentre prima di me questo si riferiva alla immutabilità della sentenza nel medesimo processo e il giudicato *materiale* alla *immutabilità in processi diversi*” — grifos do autor).

(5) Para nos cingirmos à literatura posterior ao Código, v., entre outros: P. DE MIRANDA, ob. e t. cit., págs. 116, 124; P. B. MARTINS, ob. cit., vol. III, t. II, págs. 291/2; J. AMERICANO, ob. cit., vol. I, pág. 447; AMÍLCAR DE CASTRO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., vol. X, t. I, pág. 29; L. DA COSTA, *Dir. Proc. Civ. bras. cit.*, vol. III, pág. 423; JOÃO BONUMÁ, *Direito Processual Civil*, 2.^a ed., vol. III, págs. 53/4; J. F. MARQUES, ob. cit., vol. V, págs. 40/1; M. A. SANTOS, *Direito Processual Civil*, vol. III, págs. 49/50; JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Curso teórico e prático do processo civil*, 2.^a ed., t. III, pág. 40; J. LAFAYETTE, verb. e lug. cit.; J. SALOMÃO, ob. cit., pág. 21, nota 26; ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA, *Da preclusão processual civil*, págs. 164/5, nota 267, e 182; ORLANDO DE SOUSA, *Doutrina e prática das execuções de sentenças*, págs. 89/40; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, pág. 409; E. ROSA, *Meditações sobre alguns conceitos fundamentais do processo civil*, pág. 40 da separata.

lugar adequado. Mas basta, por ora, admitir que nem todos os pronunciamentos judiciais são “decisões”, em sentido técnico, para tirar a ilação necessária no tocante à exegese do art. 289. Ali se proíbe que a questão já decidida seja objeto de nova decisão; mas não se proíbe, *expressis verbis*, que ela seja objeto de novo pronunciamento *sem caráter de decisão*. Se se aceitar — em via meramente *hipotética*, por enquanto — o pressuposto de que, ao pronunciar-se sobre a prejudicial, o juiz a rigor *não decide*, torna-se inevitável a inferência de que o art. 289, por si só, não obstará a que, no segundo processo, a questão ressuscitada *como prejudicial* recebesse solução diferente da que antes lhe houvesse sido dada *como principal*.

Por outro lado, tem-se de considerar que, se a questão principal no processo antecedente passou a simples prejudicial no subsequente, é que a lide, neste, já não é a mesma. Efetivamente, o conflito de interesses surgido em torno da servidão, que Caio pretende existente e Tício inexistente, não se identifica com o conflito de interesses manifestado a propósito da indenização que Caio reclama e Tício não quer pagar. A questão da servidão interessa, é claro, a *ambas* as lides, se bem que não de forma igual, num e noutro caso, pois ali a solução dela conduz de modo *imediato* à definição da lide, ao passo que aqui será apenas um dos fundamentos *mediatos* da decisão (6). Seja como fôr, a só circunstância de terem as lides uma (ou mais de uma) questão comum não as faz, é claro, idênticas. Fica-se, portanto, fora do âmbito de incidência do art. 289, que não se contenta com a identidade *das questões*, mas também postula a *das lides*.

(6) É oportuno lembrar a lição de CARNELUTTI, *Instit. cit.*, págs. 38/9: “La distinción entre cuestión y litis ha de entenderse en el sentido de que no sólo una litis puede abarcar varias cuestiones, sino también una cuestión interesar a varias litis. Para comprender este último principio, piénsese en que hay hechos jurídicos de *efectos complejos* y no *simples*, en el sentido de que derivan de ellos no una sola, sino mas situaciones jurídicas; ejemplo de tales hechos es el matrimonio; la cuestión sobre la existencia o la validez del matrimonio afecta a todas las litis que puedan surgir entre los conyuges acerca de cada una de las situaciones jurídicas que derivan de él. Cuando en una litis se presenta una cuestión que puede extenderse a otras, esta cuestión se llama también *prejudicial*, pero con un significado distinto del que se indicó hace poco: en senti lo estricto, la cuestión prejudicial es *aquella cuya resolución sirve de premisa para la decisión de otras litis*” (grifos do autor). Caberia somente acrescentar que a prejudicial pode figurar como questão *principal* em processo distinto, interessando nêle *imediatamente* à definição da lide; assim, para retomarmos o exemplo carneluttiano, a existência ou a validade do casamento pode ser apreciada *principaliter*, em si mesma, e não apenas em relação às lides eventualmente suscitadas “acerca de cada uma das situações jurídicas que dêle derivam”. *Mutatis mutandis*, é o que se dá com a servidão, no exemplo do texto.

E note-se que, no exemplo figurado, a questão anteriormente decidida reaparece como prejudicial *de mérito*. A incidência do art. 289 teria de excluir-se *a fortiori* quando a prejudicada, no segundo feito, respeitasse às “condições da ação” ou ao processo. Aí, a diversidade das lides ressalta com ofuscante nitidez. Nada de comum existe, por exemplo, entre a controvérsia relativa à validade do ato que se diz lesivo ao patrimônio público e a controvérsia — já decidida, *ex hypothesi*, por sentença trânsita em julgado, mas ressuscitada no processo da ação popular — concernente à validade do ato de naturalização do autor desta. A solução da última, aqui, nem sequer constitui fundamento mediato da definição da lide, mas apenas condição (positiva ou negativa, conforme o seu teor) de admissibilidade do julgamento *de meritis*.

44. E o art. 287? Dir-se-ia que, se a influência da *res iudicata* em eventuais processos posteriores é matéria versada no art. 289 — como esperamos ter demonstrado —, não há que buscá-la alhures: seria imputar ao Código a indesculpável redundância de traçar dois dispositivos ao menos parcialmente superpostos. O que se deve enxergar no art. 287 é outro aspecto da coisa julgada substancial, o correspondente à “*imperatività*” carneluttiana, ou seja, a propriedade, assumida pela decisão, de estabelecer, de modo incontrovertível, a disciplina a que se há de submeter a relação jurídica litigiosa (7). Assim, se no art. 289 não se descobriu apoio expresso para a tese em foco, seria vão ir procurá-lo no art. 287.

Impende considerar, todavia, que os dois aspectos, embora *distintos*, não são *independentes*. É exatamente porque firma, com imperativa autoridade, a regra jurídica concreta para a espécie, que a *res iudicata* exerce aquêle peculiar efeito vinculativo em relação aos juizes de quaisquer processos futuros: isto não é senão uma consequência daquilo. Do ponto de vista ontológico, o primeiro aspecto tem óbvia primazia sôbre o segundo. A rigor, a cogente incontrovertibilidade da decisão já importa, necessariamente, o obrigatório acatamento — inclusive em juízos diversos — do que ficou decidido. A

(7) Sôbre a identificação, na teoria de CARNELUTTI, entre coisa julgada material e imperatividade, v. *Sist. cit.*, t. I, págs. 321 e segs.; *Instit. cit.*, págs. 98/6; *Studi cit.*, vol. III, pág. 80. Interessante notar que, em seus últimos livros, o autor abandonou definitivamente as denominações de “coisa julgada material” e “coisa julgada formal”, falando apenas de “*imperatività*” e “*immutabilità*” ou “*irrevocabilità*” (*Dir. e proc. cit.*, págs. 276/7; *Principi del processo penale*, pág. 265 e nota 1).

lei pode distribuir a matéria por duas normas formalmente separadas, mas, no fundo, a que dispuser sôbre a obrigação de respeitar-se, em juízos diversos, o *decisum*, será mera explicitação de algo que está insito na outra.

Logo, se por hipótese a questão foi decidida, com força de coisa julgada, em processo anterior, onde constituíra objeto principal do julgamento, a disciplina que ao propósito imperativamente se estabeleceu há de ter a virtude de impor-se ao juiz de outro processo, em que ela venha a ser ressuscitada. E, aqui, é indiferente que tal reproposição se faça de nôvo *em via principal*, ou apenas *em caráter prejudicial*: em ambos os casos, a vinculação decorrente da *res iudicata* fará sentir-se com a mesma intensidade (8). O art. 287, destarte, se não resolve *expressamente* o problema de que ora se cuida, ministra, ao nosso ver, elementos bastantes para que se chegue, mediante um esforço de raciocínio, à conclusão enunciada: o segundo juiz, ante a questão reproposta *como prejudicial*, tem de acatar a coisa julgada do feito onde ela foi apreciada *principaliter*.

Bem pesadas as coisas, mais exato será entender-se que, no segundo processo, a prejudicial a rigor não assume o contôrno de verdadeira *questão*. O juiz, a bem dizer, não tem porque examinar de nôvo a controvérsia e emitir a seu respeito outro pronunciamento: já a encontrando resolvida, limita-se, na verdade, a inserir tal solução na cadeia do seu raciocínio, a pô-la como antecedente lógico da decisão que lhe compete proferir. Nessa perspectiva, melhor se dirá que a *questão principal* do primeiro feito aparece no outro não própria-mente como *questão prejudicial*, mas como *ponto prejudicial* (9).

(8) Inexiste simetria entre o problema estudado neste passo do texto e o que consiste em saber se a solução de uma questão *como prejudicial* vincula os juizes de eventuais processos subseqüentes, em que ela ressurja quer *como principal*, quer outra vez *como prejudicial*. Este será oportunamente enfrentado, ao longo de todo o capítulo III desta 3.^a parte (v., especialmente, os números 74 e segs.). A diferença capital que nos parece haver entre as duas hipóteses é que, na primeira, *já se pressupõe* revestido o pronunciamento da *autoritas res iudicatae*, e só se indaga se esta se fará sentir inclusive no caso especial de que se cogita; na outra, muito ao contrário, o *punctus dolens* consiste precisamente em verificar se o pronunciamento é suscetível de adquirir tal autoridade (cf. acima, números 41 e 42). Isso explica a diversidade de perspectivas em que lá e cá se coloca o intérprete, diante do art. 287.

(9) Recorde-se a definição de MENESTRINA, *ob. cit.*, pág. 139: “Il punto pregiudiziale è dunque il precedente logico su cui le parti non sollevano una controversia — sia che non possano sollevarla sia che non vogliano — o su cui la controversia è già stata risolta” (sem grifo no original). Impróprio também seria, em casos tais, dizer que no primeiro processo se teria decidido *causa prejudicial* da que se decide no segundo: o conceito de prejudicialidade *entre causas* exige, “anche per un brevissimo tempo, contemporaneità di pendenza.

45. O problema aqui se liga a outro, de grande interesse teórico, a cujo respeito muito se tem discutido em doutrina: o da maneira pela qual opera a força vinculativa da coisa julgada, no juízo posterior. Enquanto uma corrente vê de preferência, na *res iudicata*, função *positiva* — no sentido de que o segundo juiz teria de emitir *novo pronunciamento de conteúdo igual ao do anterior* —, outra antes lhe reconhece função *negativa*, entendendo que o segundo juiz fica pura e simplesmente *impedido de rejulgar* (10). Não falta, até, quem adote

.Se dunque la causa sul precedente logico s'è già chiusa prima del sorgere dell'altra, non si potrà dirla pregiudiziale, perchè il rapporto in cui la decisione sta con l'argomentazione di una futura sentenza non si manifesta nè nell'intenzione giuridicamente rilevante delle parti, nè nello svolgimento del processo" (*id.*, *ibid.*, pág. 152). Exatamente SARGIO COSTA, *La pregiudiziale della validità del matrimonio nell'azione di separazione personale*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. VI, 1929, parte II, págs. 90/1, aludindo a causas já julgadas, cuja decisão pode influir na de outras futuras: "Tali cause però non sono cause pregiudiziali, secondo la terminologia oggi usata; le sentenze che le chiudono costituiscono altrettanti punti pregiudiziali sulle cause future che su esse si basano; e l'influenza che le sentenze esercitano sulle azioni che sorgono in seguito si manifesta non attraverso la pregiudizialità, ma attraverso la cosa giudicata sostanziale" (grifamos). Menciona também a contemporaneidade (embora parcial), como característica necessária da causa prejudicial, SALEMI, *trab. cit.*, pág. 323, e *La pregiudiziale penale nel processo amministrativo*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. II, 1925, parte I, pág. 99.

(10) V., entre os processualistas modernos, no primeiro sentido, GOLDSCHMIDT, *ob. cit.*, pág. 387; SCHÖNKE, *Derecho Processal Civil*, trad. esp., pág. 269; ALLORIO, *La cosa giudic. cit.*, págs. 32/5; HEINITZ, *ob. cit.*, págs. 92/4; GUASP, *Derecho Processal Civil*, pág. 572; no segundo sentido, CHIOVENDA, *Institt. cit.*, vol. I, pág. 523; ROSENBERG, *ob. e vol. cit.*, pág. 475; U. ROCCO, *ob. cit.*, vol. II, págs. 305 e segs., especialmente 315; BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, págs. 212/3; G. FABBRINI, *ob. cit.*, págs. 91/3; FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, pág. 60; SEGNI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario del Codice Civile* de SCIALOJA e BRANCA, livro VI, vol. II, págs. 285/6, 295/6; *id.*, *Regiudicata civile*, in *Scritti giuridici*, vol. I, págs. 622 e segs.; MICHELLI, *Considerazioni in tema di competenza e di conflitto di giudicati*, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. IX, 1954, parte II, págs. 19/20; VALTIÇOS, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, pág. 50 (ressalvando, precisamente, a hipótese com que se relaciona o título da obra, e na qual, segundo o autor, "la fonction positive de la règle prend le dessus"). A questão remonta ao direito romano e foi amplamente debatida, com referência a elle, na famosa obra de KELLER, *Über Litiscontestation und Urtheil*; v., a respeito, COGLIOLO, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata*, vol. I, págs. 53 e segs., 98 e segs. (em sentido crítico, no tocante à legitimidade da distinção); WENGER, *ob. cit.*, págs. 214 e segs.; HEINITZ, *ob. cit.*, págs. 87 e segs.; na literatura brasileira, G. ESTELITA, *Da coisa julgada*, págs. 19/22. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, pág. 282, estabelece uma dupla correspondência entre a acentuação da função positiva e a chamada *teoria substancialista* da coisa julgada, de um lado, e entre a acentuação da função negativa e a chamada *teoria processualista*, de outro. Sem entrarmos aqui na discussão, que nos levaria muito longe, das duas tradicionais doutrinas, notaremos apenas que a correlação não nos parece necessária; basta, aliás, um rápido olhar ao elenco dos autores que se têm ocupado da matéria, para evidenciar que nem sempre coincidem as respectivas posições com o esquema armado por FAZZALARI; cf., ao propósito, HEINITZ, *ob. cit.*, pág. 93.

posição eclética: a função da coisa julgada seria *negativa* quando a questão já decidida ressurgisse *como principal*, e positiva quando viesse a reaparecer *como prejudicial* (11). A importância prática da controvérsia fica evidenciada pela sua repercussão no tratamento que se há de dar à decisão posterior, se o juiz, para proferi-la, torna a apreciar a questão: caso se considere meramente *negativa* a função da *res iudicata*, a nova decisão estará viciada *ainda que se conforme*, no seu teor, com a primeira, ao passo que, na perspectiva oposta, só haverá vício se o segundo pronunciamento fôr dado *em sentido contrário* ao do antecedente.

Sem nos aprofundarmos aqui na análise da *vexata quaestio*, que por sua delicadeza reclamará atenção especial noutra oportunidade, convém deixar assinalada a nossa adesão ao argumento capital com que se pode objetar, no plano dos princípios, à doutrina que prefere ver na coisa julgada uma função essencialmente positiva. Parece-nos verdadeiro contra-senso admitir que o segundo juiz haja de reexaminar a questão, e ao mesmo tempo considerar que tal reexame tenha de conduzi-lo, por força, a conclusão igual à que tirara o primeiro juiz. Se o resultado da investigação está fixado *a priori*, não se vê que utilidade teria a autorização para investigar. Convencendo-se o segundo juiz, por hipótese, do desacerto da anterior decisão, mas não podendo contradizê-la, ver-se-á constrangido a julgar contra a lógica do seu próprio raciocínio, que o levaria a ilação diversa. Assim, a reapreciação, inútil em qualquer caso, produziria neste uma esdrúxula cisão entre o elemento lógico e o elemento volitivo da sentença — absurda consequência, que bem realça o erro da premissa (12).

(11) Assim LENT, *Dir. Proc. Civ. ted. cit.*, págs. 243/4; M. VELLANI, *ob. cit.*, pág. 121: "... in quanto non può più decidere su ciò che ha già costituito oggetto di precedente giudicato, il giudice deve uniformarsi a quest'ultimo quando sia invece chiamato a pronunciarsi su rapporti dependenti da quello deciso". Aproximadamente no mesmo sentido, já antes, U. ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, págs. 404/5, para o qual, todavia, as duas funções nada mais são, a rigor, que dois aspectos da mesma e única realidade (v. nota 2, iniciada na pág. 405). Menos explicitamente, S. COSTA, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, págs. 216/7. V. em SEGNI, *Regiudic. civ. cit.*, págs. 624/6, e *La natura dell'eccezione di cosa giudicata e il procedimento per le controversie individuali di lavoro*, na mesma coletânea, vol. I, págs. 646/7, a crítica do apêlo à função positiva para explicar a vinculação do segundo juiz no caso de questão ressuscitada como prejudicial. Em sentido contrário, POHLE, *trab. e lug. cit.*: "... das Wiederholungsverbot die Präjudizwirkung nicht zu erklären vermag" (grifado no original).

(12) Como acertadamente nota SEGNI, *Della tutela ... cit.*, pág. 296, "un obbligo di giudicare conforme non è che un obbligo di astenersi dal giudicare sul merito della questione già decisa: in quanto il giudice affermi il suo obbligo

46. Na Itália, pretendeu-se impugnar, no plano exegético, a tese da mera função negativa, com argumento extraído do dispositivo que só concede a *revocazione* na hipótese de sentença “*contrária a outra anterior, com autoridade de coisa julgada entre as partes*” (13). O raciocínio é o de que, se a lei assim restringe o âmbito de cabimento do remédio, é porque não reputa viciada a sentença de conteúdo *igual* ao da antecedente, trãnsita em julgado. Não existiria irregularidade, pois, no fato de o segundo juiz *tornar a julgar*, senão unicamente no de *julgar em desconformidade com o primeiro*.

Porventura se tiraria, entre nós, argumento análogo do art. 798, I, b, do Código de Processo Civil, que diz “nula” (*rectius*: rescindível) a sentença “proferida com ofensa à coisa julgada”? Ao nosso ver, seria gritante a petição de princípio: para limitar o campo de incidência do dispositivo ao caso de decisão *divergente* da anterior, passada em julgado, já se teria de partir do pressuposto de só haver a “ofensa” a que alude o texto quando os dois pronunciamentos se contradigam. Ora, é justamente êsse pressuposto que não aceitam os que preferem considerar negativa, na essência, a função da *res iudicata*. Para êstes, consuma-se a “ofensa” ainda quando a decisão posterior se conforme com a outra (14).

Nem se objete que, aí, a ação rescisória seria inadmissível por falta de *interêsse* na desconstituição da segunda sentença. À primeira vista, realmente, não parece tê-lo o vencedor, já que a nova decisão também lhe é favorável, nem o vencido, porque, rescindida ela, sub-

di conformarsi al precedente giudicato, questo obbligo solo è l'oggetto del giudizio, non il rapporto, sul quale il giudicato si è formato e sul quale il giudice si astiene dall'emettere un giudizio: perchè non è giudicare ripetere (perchè vincolato) il precedente giudizio”. Outro argumento, que, interessante embora, nos parece menos decisivo, é tirado por êsse autor da *exigência de certeza* que é a própria razão de ser do instituto da coisa julgada, e que para êle só fica satisfeita de modo absoluto mediante “il divieto di discutere e di decidere su una questione già decisa”, ou, em outras palavras, “il divieto di nuovamente giudicare dove si è formato il giudicato” (trab. cit., pág. 286). De acôrdo, MANDIOLI, *L'azione esecutiva*, pág. 282, nota 5 (iniciada na pág. 280).

(13) *Codice di Procedura Civile*, art. 395, n.º 5. Já sob o direito anterior, dos arts. 494, n.º 5, e 517, n.º 8, do Código revogado, tirava LIEBMAN, *Eficácia* ... cit., pág. 56, argumento contrário. *de lege lata*, à tese da função puramente negativa da coisa julgada. Esse autor, coerente aliás com a sua sistemática, ponderava entretanto que a chamada função positiva, a rigor, nada tinha que ver com a *res iudicata*, representando “simplesmente a eficácia natural da sentença” (ob. e lug. cit.).

(14) Parece espocar tal entendimento LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL, *Da ação rescisória dos julgados*, pág. 85, quando, sem qualquer ressalva quanto ao teor da segunda decisão, ensina que “o juiz ofende a coisa julgada quando profere sentença sobre matéria que já foi objeto de sentença anterior, passada em julgado, entre as mesmas partes”.

sistiria a primeira, que também lhe fôra contrária. Mas basta pensar, por exemplo, nos eventuais juros da mora — fluentes, em cada caso, a partir de uma data diversa —, ou nas custas processuais, que podem não ser equivalentes nos dois feitos, para verificar como se erraria em negar, *a priori*, o interêsse.

Destarte, se algum argumento se haveria de extrair do art. 798, I, b, antes seria no sentido oposto. Com efeito, se é razoável admitir a viabilidade do pedido de rescisão ainda quanto a sentença que simplesmente *reitere* o comando de outra, a interpretação do dispositivo só poderá ser a que inclua no conceito de “ofensa à coisa julgada” *tôda e qualquer hipótese* de nôvo pronunciamento sobre a mesma espécie — seja ou não seja diferente o seu teor. O que ressalta, nessa perspectiva, não é a proibição de *rejulgar diversamente*, mas a de *rejulgar, tout court*.

47. Seja como fôr, no direito positivo brasileiro não se afigura lícito reeditar a discussão surgida na península, pelo menos quanto à maneira por que opera o vínculo da coisa julgada quando se trata de questão ressuscitada *como principal*. Veda-o, categòricamente, o artigo 289 do Código de Processo Civil, sem correspondente na lei italiana. Esse dispositivo não obsta apenas a que qualquer juiz emita pronunciamento *diverso* do anterior, sobre o qual se formou a *res iudicata*; impede-o *expressis verbis* (com as ressalvas dos incisos I e II) de “*decidir novamente*”, ainda para *repetir* a precedente decisão. Não pode haver dúvida, à luz do art. 289, sobre a opção do Código pela tese da função negativa, no tocante aos casos em que o segundo juiz teria de resolver *principaliter* a mesma questão.

Ficaria em aberto a solução do problema, pelas razões expostas acima (15), com referência à atitude do segundo juiz diante da questão já decidida e reformulada *como prejudicial*. Ainda nessa hipótese, todavia, se o argumento exegético é insuficiente para cortar de modo definitivo a controvérsia, a aplicação dos princípios não conduzirá a conclusão diferente daquela a que no outro se chegou: também aqui, de fato, seria inútil e injustificável o reexame pelo segundo juiz, obrigado de qualquer sorte a acatar o pronunciamento anterior. Tudo leva

(15) V. n.ºs 43 e 44: o art. 289 proíbe *nova decisão*, não proíbe nôvo pronunciamento *sem caráter de decisão*, no sentido técnico desta palavra; quanto ao art. 287, dêle se pode inferir a *subsistência* do vínculo no caso em foco, mas não o *modo* (positivo ou negativo) por que êle se manifesta.

a crer que a explicação do vínculo pela função *negativa* melhor corresponda, na verdade, à natureza do fenômeno.

Nem é outra, assinala-se, a razão da opinião predominante, entre nós, quanto ao recurso cabível da decisão que acolhe a *exceptio rei iudicatae*. Se, ao fazê-lo, reiterasse o juiz a precedente decisão, isto é, voltasse a pronunciar-se, no mesmo sentido, sobre a demanda, é fora de dúvida que estaria julgando *de meritis*, proferindo decisão *definitiva*. Assim, no sistema do Código, caberia o recurso de *apelação* (art. 820), ou, nas causas de alçada, o de *embargos* (art. 839). Há, com efeito, quem pense desse modo, mas a grande maioria, na doutrina e na jurisprudência, ao nosso ver com acerto, sustenta o cabimento do *agravo de petição*, recurso típico das decisões que “impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito” (art. 846) (16).

III — Fôrça do pronunciamento sobre a prejudicial.

§ 1.º — GENERALIDADES

48. Eis-nos chegados à etapa culminante da presente investigação. Vimos que, no caso de questão primeiramente resolvida *como principal*, a *re iudicata* que se tenha formado sobre a decisão antecedente vincula o juiz do segundo processo. Resta pesquisar o que ocorre na hipótese inversa: se o pronunciamento sobre questão prejudicial apreciada *como prejudicial* é suscetível de obter a autoridade da coisa julgada, eficazmente invocável em eventual processo subsequente, onde

(16) Assim, *v.g.*, P. DE MIRANDA, *ob. cit.*, t. III, pág. 147; DE P. E SILVA, *ob. cit.*, vol. II, pág. 72; AFONSO FRAGA, *Instituições do processo civil do Brasil*, vol. III, pág. 206; G. DE RESENDE FILHO, *ob. e vol. cit.*, pág. 141; J. F. MARQUES, *ob. cit.*, vol. IV, pág. 199; M. A. SANTOS, *ob. ult. cit.*, vol. II, pág. 150, e vol. III, pág. 129; J. DA S. PACHECO, *ob. e t. cit.*, pág. 160; A. BUZARD, *Do agr. de pet. cit.*, págs. 119, 123 (*v.*, na primeira, em a nota 9, abundantes subsídios jurisprudenciais, a que se podem acrescentar, entre outros, os Acórdãos do Trib. de Just. do ex-D.F., em 21-9-1951, *Arg. Jud.*, vol. 102, pág. 191, e em 18-6-1954, *apud* ALEXANDRE DE PAULA, *O processo civil à luz da jurisprudência*, vol. XIV, pág. 693, n.º 20.721; do Trib. de Just. de S. Paulo, em 23-2-1950, *Rev. dos Trib.*, vol. 190, pág. 797; em 20-4-1950, *Rev. dos Trib.*, vol. 186, pág. 630; e em 22-6-1954, *Rev. dos Trib.*, vol. 228, pág. 183; do Trib. de Just. de M. Gerais, em 26-6-1950, *Rev. For.*, vol. 146, pág. 388, e em 7-12-1959, *apud* A. DE PAULA, *ob. cit.*, vol. XXIII, pág. 640, n.º 31.306-A); COSTA CARVALHO, *Do agravo no processo brasileiro*, págs. 155/61; ULDERICO PIRES DOS SANTOS, *Dos prazos e recursos no processo civil*, pág. 270. No sentido contrário, S. FAGUNDES, *ob. cit.*, págs. 255, 320, 358, nota 237; J. C. DE O. e CRUZ, *ob. cit.*, pág. 207; *id.*, *Dos recursos no Código de Processo Civil*, pág. 312.

aquela reapareça como questão principal ou como condicionante de outra questão principal, que não a do primeiro feito.

A sistemática adotada nas duas partes anteriores deste trabalho exige aqui uma distinção prévia habitualmente omitida. Ao versar o problema, que tantas e tão notórias controvérsias tem suscitado, traga-lhe a doutrina, em regra, limites estreitos, condizentes com a visão parcial, até hoje dominante, do fenômeno da prejudicialidade. Só se preocupam os estudiosos da matéria com a determinação da natureza e dos efeitos dos pronunciamentos sobre as questões cuja solução condicione, em dado processo, o teor da solução que se há de dar à questão principal *de mérito*. Fora dessas raias, a indagação nem sequer costuma pôr-se.

Ora, se são exatas as conclusões a que chegamos, acima, no tocante ao conceito *unitário* da prejudicialidade, impõe-nos agora a coerência lógica ampliar tal perspectiva, para dar ao problema formulação compatível com as suas verdadeiras dimensões. No vínculo de subordinação que caracteriza a prejudicialidade, tanto podem figurar como prejudicadas (principais) questões *de mérito*, quanto questões *relativas ao processo ou às “condições da ação”*. Sem dúvida, o caso mais freqüente e mais importante é o primeiro; mas os outros existem, e não de ser levados em consideração. Indispensável, assim, examinar as várias hipóteses, cada qual de per si.

49. É de toda conveniência explicitar, desde já, um princípio geral de certa utilidade para a solução do problema. Nada nos obriga a conceber, *a priori*, a autoridade do pronunciamento sobre a questão prejudicial como necessariamente idêntica à do pronunciamento sobre a principal; mas é inconcebível que o primeiro tenha jamais autoridade *superior* à do segundo. Não se pode ainda afirmar, a esta altura da investigação, que em algum caso o pronunciamento sobre a principal adquira a *auctoritas rei iudicatae* sem que a adquira o pronunciamento sobre a prejudicial; pode-se, todavia, afirmar pelo menos que não haveria absurdo nisso, ao passo que absurda seria, indubitavelmente, a suposição inversa — a saber, a de que o pronunciamento sobre a prejudicial fôsse suscetível de revestir aquela autoridade quando não o fôsse o pronunciamento sobre a principal.

A razão é intuitiva: o juiz resolve a prejudicial como quem usa de *meio* necessário para atingir o *fim* colimado. A solução da prejudicial tem valor *instrumental* em relação à da prejudicada. Não seria lógico

atribuir à solução da *questão-meio*, em qualquer hipótese, tutela mais forte que a atribuída à solução da *questão-fim*.

Convirá, pois, verificar previamente, em cada caso, se é capaz de fazer coisa julgada o pronunciamento sobre a questão principal. Se não o fôr, excluída ficará, *ipso facto*, a possibilidade da *res iudicata* no pronunciamento sobre a prejudicial. Mas não se suponha verdadeira a proposição contrária: da mera circunstância de gerar coisa julgada o pronunciamento sobre a principal não se concluirá, necessariamente, que também a gere o referente à prejudicial.

*
* *

§ 2.º — QUESTÕES PREJUDICIAIS RELATIVAS AO MÉRITO

A) *Distinções prévias*

50. Se a questão prejudicial diz respeito ao mérito, não apresenta dificuldade a verificação inicial a que acima se aludiu. É pacífico que, em princípio, as sentenças definitivas são suscetíveis de produzir coisa julgada. Exclui-a o Código de Processo Civil no que tange às proferidas "em processos de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios, e de desquite por mútuo consentimento" (art. 288), conquanto não tenham os intérpretes do dispositivo logrado uniformidade na determinação do seu exato sentido e alcance, e haja quem sustente, ao nosso ver com boas razões, que o texto só se refere à coisa julgada *material* (1).

Não precisamos entrar a fundo, aqui, no exame da matéria, porque a nossa pesquisa não entende senão, justamente, com a autoridade *material* da *res iudicata* — a que se projeta para fora do processo e cria vínculo *ad futurum*. É irrelevante, assim, para os fins deste trabalho, saber se fazem ou não coisa julgada *formal* as decisões de

(1) P. DE MIRANDA, ob. cit., t. IV, págs. 110/1; *id.*, *Tratado de Direito Privado*, t. VI, pág. 408; *Tratado da ação rescisória*, 4.ª ed., págs. 162, 272/4, 369; A. DE CASTRO, ob. e lug. cit.; L. DA COSTA, *A administração pública e a ordem jurídica privada*, pág. 143; *id.*, *Medidas preventivas*, 2.ª ed., pág. 49; J. LAFAYETTE, verb. cit., pág. 287. Quanto às decisões em processos de jurisdição voluntária, cf., na jurisprudência, entre outros, os Acórdãos do Trib. de Apel. de S. Paulo, em 3-4-1948, *Rev. dos Trib.*, vol. 147, pág. 556; do Trib. de Apel. do R. G. Sul, em 26-4-1945, *Rev. For.*, vol. 104, pág. 289; do Trib. de Just. de S. Paulo, em 17-11-1950, *Rev. dos Trib.*, vol. 190, pág. 686; em sentido contrário, J. F. MARQUES, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, 2.ª ed., pág. 304.

que trata o art. 288. Desde que não fazem coisa julgada *substancial*, eliminada fica, *a priori*, a possibilidade de que a façam os pronunciamentos acaso emitidos, naqueles processos, sobre questões prejudiciais.

51. Afastados êsses casos excepcionais, o exame dos regulares exige outra distinção prévia. A controvérsia prejudicial pode ser levantada como simples artigo da defesa: o fiador, *v. g.*, alega na contestação, previamente, a inexistência da obrigação principal. Mas pode também constituir o objeto de *ação distinta* que, por circunstância especial, notadamente *connexitatis causa*, corra com a outra, em *simultaneus processus*. É o que sucede, por exemplo, quando o autor propõe, em cumulação sucessiva, ação de investigação de paternidade e de petição de herança: ou quando, citado para ação em que se pede o cumprimento de contrato, o réu, além de opor, na contestação, a *exceptio non adimpleti contractus*, reconvém pleiteando a anulação do negócio; ou ainda quando, no processo da ação reivindicatória movida por A. contra B, antes da audiência de instrução e julgamento, intervém C como oponente, pedindo para si a coisa vindicada. Em todos êsses exemplos, que poderiam multiplicar-se, haverá necessariamente prejudicialidade na solução das questões: a que se der a uma delas condicionará o teor da que se há de dar à outra (2).

A propósito de semelhantes hipóteses, a rigor, deveria antes falar-se de *causas* que de *questões* prejudiciais (3). Apenas, nota-se aqui a peculiaridade de não haver suspensão do procedimento para apreciação, em separado, da prejudicial, como se dá noutras espécies. O mesmo juiz processa e julga as duas causas, e em regra profere sentença *formalmente una* (*v. arts. 105 e 195 do Código de Processo Civil*), pôsto que nela caiba distinguir, para vários efeitos, as partes correspondentes a cada uma das *decisões*.

De qualquer modo, não pode haver dúvida sobre a aptidão do pronunciamento referente à prejudicial, aí, para revestir-se da *autoritas rei iudicatae*. É que, na verdade, a prejudicial não se vê resolvida *como prejudicial*, mas *como questão principal* da causa subordinante. O pronunciamento emitido numa das ações cumuladas tem, obviamente, por êsse prisma, a mesma natureza e eficácia do emitido na outra, a despeito do vínculo de subordinação lógica que haja entre ambos.

(2) V. em MENESTRINA, ob. cit., págs. 111 e 197/8, respectivamente, expressas referências à oposição e à reconvenção como vias de manifestação da prejudicialidade.

(3) V. acima, n.º 31.

Ao julgar a reconvenção, ou a opposição, que também são *ações*, não estará o juiz julgando *menos* do que ao julgar a ação primitiva, a que veio reunir-se a reconvenção ou a opposição. Análogo é o caso da *ação declaratória incidental*, nos sistemas que a consagram; aliás, a sua própria razão de ser consiste precisamente em fazer que a controvérsia prejudicial seja resolvida com força de coisa julgada (4).

B) *Dados históricos*

52. Passando agora ao exame da questão mais tormentosa, que diz respeito aos pronunciamentos emitidos sobre questões prejudiciais de mérito, *como prejudiciais*, começaremos por ligeira recapitulação das vicissitudes pelas quais passou a matéria, na história do direito moderno, para depois focalizarmos o tema sob ponto de vista puramente teórico, à luz dos princípios, e afinal expor a solução do direito brasileiro, à vista do estatuto vigente e do Anteprojeto de novo Código.

Até o segundo quartel do século XIX, era extremamente confusa a posição da doutrina sobre a força dos motivos em que se baseia a decisão do juiz. Diversas correntes digladiavam-se, propondo soluções as mais das vezes inspiradas em critérios empíricos e arbitrários. A enorme variedade de matizes dificulta a classificação das opiniões, que, aliás, não raro apenas em pontos secundários e acidentais se diferenciavam entre si. Em todo caso, é possível distinguir: (a) a tese que negava radicalmente aos motivos, quaisquer que fossem, a *auctoritas rei iudicatae*; (b) a que só lhes reconhecia essa autoridade quando fôsse indispensável levá-los em consideração para esclarecer o dispositivo equívoco; (c) a que entendia fazerem coisa julgada os motivos quando insertos na parte decisória da sentença; (d) a que lhes reconhecia, sempre, a autoridade da coisa julgada, vendo nêles a "*anima et quasi nervus*" da decisão (5).

(4) V., por exemplo, Z.P.O., § 280; *Codice di Procedura Civile*, art. 84. Não obstante a ausência de norma expressa no Código de Processo Civil, já se sustentou em doutrina, também quanto ao nosso direito vigente, a admissibilidade genérica desse tipo de ação: L. DA COSTA, *Dir. Proc. Civ. bras. cit.*, vol. III, págs. 439/40; A. BUZARD, *A ação declar. cit.*, págs. 189/92; JOSÉ INÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença*, pág. 70, nota 2 (com a ressalva "mediante acôrdo entre as partes"). Cf., adiante, n.º 80.

(5) V. SAVIGNY, *ob. cit.*, t. VI, págs. 898 e segs., onde aliás se englobam numa classe única as opiniões (a) e (b); J. MONTEIRO, *ob. cit.*, vol. II, pág. 770; MANUEL AURELIANO DE GUSMÃO, *Cosa julgada*, pág. 69; P. DE MIRANDA, *Coment. cit.*, t. IV, pág. 98.

A essa altura, pela pena autorizadíssima de um dos maiores juristas que o mundo já conheceu, fêz sua entrada em cena uma teoria destinada a produzir intensa e duradoura influência, embora, paradoxalmente, menos talvez na terra de origem que alhures, inclusive em nosso país (6). Sobre a maioria das anteriores tinha ela a grande vantagem de ser clara e ministrar base mais sólida para a solução de dificuldades antigas. Apresentou-a o autor como a que logicamente mais condizia com os princípios gerais relativos ao instituto da coisa julgada, tentando, por outro lado, demonstrar que já tivera acolhida, em suas linhas essenciais, entre os romanos (7), não obstante reconhecesse que nem os textos, nem a prática judiciária permitiam afirmar categoricamente a subsistência de tal prestígio no direito comum (8).

53. A pedra angular da famosa doutrina é a distinção entre motivos *objetivos* e *subjetivos* da decisão: aquêles seriam os elementos ou partes constitutivas das relações jurídicas cuja afirmação ou negação põe os fundamentos do *decisum*; êstes, os móveis que influenciam o espírito do juiz e o levam a semelhante afirmação ou negação — ou, em outras palavras, as razões do seu convencimento, à luz das regras de direito e das provas produzidas pelas partes. A *auctoritas rei iudicatae* estender-se-ia aos motivos objetivos, não aos subjetivos (9).

Para justificar tal extensão, afirmou-se que sem ela não seria eficaz, na prática, a tutela dispensada à coisa julgada. Quando o juiz rejeita uma demanda, pode fazê-lo porque haja reconhecido ou a inexistência de qualquer dos elementos constitutivos do direito do autor, ou a consistência de qualquer dos obstáculos erguidos pelo réu à eficácia da pretensão ajuizada (*exceções* em sentido material). Ademais, ainda quando acolhida a demanda, a rejeição das exceções acaso opostas pode haver resultado de diferentes considerações (*v. g.*, a compensação pode ter sido negada porque inexistente o suposto contracrédito do réu, ou porque simplesmente ilíquido). Se nos limitássemos à "expressão abstrata do julgamento", sem lhe penetrarmos o sentido, que só o conhecimento do raciocínio do juiz é capaz de aclarar, tornar-se-ia "absolutamente impossível" a invocação da *auctoritas rei iudicatae* em processo ulterior (10).

(6) Para tudo que se segue no texto, v. SAVIGNY, *ob. e t. cit.*, §§ CCXCI e CCXCIV.

(7) *Id.*, *ibid.*, págs. 373/6. O assêrto não foi recebido pacificamente pelos romanistas da época: v. MENESTRINA, *ob. cit.*, pág. 126, nota 68.

(8) SAVIGNY, *ob. e t. cit.*, págs. 400 e segs.

(9) *Id.*, *ibid.*, págs. 367/8.

(10) *Id.*, *ibid.*, págs. 361 e segs.

Eis aí, em drástica síntese, o núcleo da teoria savignyana, que, após certa fase de predomínio na doutrina e na jurisprudência do direito comum, viu-se expressamente repelida na legislação: o § 322 da *Z. P. O.* consagrou a tendência restritiva, quanto ao campo de atuação da coisa julgada (11). A mesma diretriz veio a preponderar na Áustria, na França e na Itália, sobretudo a partir do início deste século, tornando-se moeda corrente a tese de que as questões prejudiciais são resolvidas pelo juiz *incidenter tantum*, como objeto de mera *cognitio*, mas não de *iudicium*, mediante pronunciamentos inidôneos a adquirir a *auctoritas rei iudicatae* (12).

54. Teve profunda influência entre nós a doutrina acima exposta. A alusão a “motivos objetivos”, que se depara a cada instante na li-

(11) Consoante informa MENESTRINA, ob. cit., pág. 126, durante os trabalhos de elaboração legislativa não faltou quem tentasse, mas sem êxito, fazer triunfar a orientação traçada por SAVIGNY. Com referência à solução das questões prejudiciais, especificamente, os modernos processualistas alemães são unânimes na interpretação do § 322 como excludente da *auctoritas rei iudicatae*: v., por exemplo, GOLDSCHMIDT, ob. cit., págs. 388/9; KISCH, ob. cit., págs. 260/1; SCHÖNKE, ob. cit., págs. 266/8; ROSENBERG, ob. cit., t. II, págs. 471/5; LENT, ob. cit., págs. 248/9. Ressalva-se, naturalmente, a exceção aberta, *expressis verbis*, pela segunda parte do próprio § 322, no tocante à compensação; e confirma-se a tese com argumento tirado do § 280, que permite a demanda de declaração incidental e seria norma “desprovida de sentido” se a coisa julgada já normalmente devesse abranger a solução das prejudiciais (LENT, ob. ult. cit., pág. 248; cf., do mesmo autor, *Streitgegenstand und Rechtskraft* cit., pág. 319).

(12) No direito italiano, já MENESTRINA, ob. cit., pág. 127, proclamava a predominância da doutrina restritiva, que êle, aliás, subscrevia (págs. 128/31). O grande campeão da tese foi, entretanto, CHIOVENDA, que a sustentou com inextinguível vigor nos *Princípios de Direito Processual Civil*, trad. de JOSÉ CASAS Y SANTALÓ, t. II, págs. 473/5, 765, nas *Instit. cit.*, vol. I, págs. 542 e segs., e em vários escritos menores. Na literatura posterior é absoluta a prevalência de tal orientação; v., entre outros, RASSELLI, *Della cosa giudicata in rapporto alle eccezioni e alle domande riconvenzionali*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. III, 1926, parte II, pág. 243; BETTI, ob. cit., págs. 600/2 (e já anteriormente, com grande veemência, no ensaio *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, in *Riv. del Dir. Comm.*, vol. XXVII, 1929, parte I, págs. 554/5); LIEBMAN, *Eficácia...* cit., pág. 51; SATTA, ob. cit., pág. 132; JAEGER, *Diritto Processuale Civile*, 2.ª ed., pág. 111; CALAMANDREI, *Instit. cit.*, vol. I, pág. 302; *id.*, *La Casación Civil*, t. II, pág. 73; SEGNI, *trab. ult. cit.*, págs. 345/8; S. COSTA, *Manuale cit.*, pág. 219; ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, vol. I, pág. 113; *id.*, *Appunti di Diritto Processuale Civile*, pág. 231; MICHELI, *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol. I, págs. 28, 37, 294/5; ALLORIO, *Dir. Proc. Tribut. cit.*, págs. 188/9; HEINIZ, ob. cit., págs. 203 e segs.; A. ROMANO, ob. cit., págs. 153 e segs.; S. ROMANO, ob. cit., pág. 191. Quanto ao direito francês, v., em sentido substancialmente idêntico, além dos autores referidos por MENESTRINA, ob. e *lug. cit.*, nota 78, PLANIOL e RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil français*, t. VII, pág. 892; RIPERT e BOULANGER, *Traité de Droit Civil*, t. I, pág. 818; COLIN e CAPITANT, *Traité de Droit Civil*, t. I, pág. 327; VALTIOS, ob. cit., pág. 53; com ressalvas. MAZEAUD e MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, t. I, pág. 395; GABRIEL MARTY e PIERRE RAYNAUD, *Droit Civil*, t. I, págs. 315/6.

teratura menos recente, é a tal respeito bastante expressiva. Ela aparece até na obra do maior processualista brasileiro do século passado, onde, com algum laconismo, se restringe a autoridade da coisa julgada “à parte *dispositiva* do julgamento e aos pontos aí decididos, e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos *objetivos*”, sem abranger “o que é simplesmente indicado em forma de enunciação”. Em nota um tanto ambígua, acrescenta o mesmo autor não professar “a opinião daqueles que querem que na aplicação da coisa julgada se não atendam os motivos, ou fundamentos do julgamento”. E diz mais: “A comparação da questão, que se agita, com aquela, que já foi decidida, é uma operação lógica e delicada, na qual se não pode abstrair dos motivos objetivos do julgamento, que são a expressão fiel do pensamento do juiz” (13).

A lição tem sido gabada e vista como sinal de independência em face das idéias savignyanas (14). Há nela, entretanto, boa dose de ambigüidade. Não fica muito claro se o autor se limita a pretender que os “motivos objetivos” da decisão sejam levados em conta *apenas* como subsídios para esclarecer o preciso sentido desta, consoante parece inferir-se do primeiro período citado, ou se afinal reintroduz por via oblíqua, e com certa timidez, a extensão da coisa julgada ao pronunciamento sobre os antecedentes lógicos do *decisum*.

Veja-se o exemplo dado a título de ilustração: “Assim, *v. g.*, o julgamento, que tiver rejeitado uma ação de *reivindicação* pelo motivo de não haver o autor provado o seu direito de propriedade, jamais pode ter autoridade de *coisa julgada* quanto ao ponto de ser ou não o réu o verdadeiro proprietário: pelo que, se o antigo autor tornar-se depois possuidor da mesma coisa, e se o antigo réu quiser a seu turno propor a *reivindicação*, êste não pode valer-se do primeiro julgamento; mas está rigorosamente obrigado a provar o seu direito de propriedade” (15). Ora, a conclusão é sem dúvida verdadeira, mas para chegar a ela não parece necessário adotar a posição do autor quanto à importância dos “motivos objetivos” para a compreensão exata da decisão: concluiria da mesma forma quem, sem remontar a motivos de qualquer espécie, pura e simplesmente excluísse a possibilidade de gerar *res iudicata* o que não tenha sido objeto do pedido

(13) P. BATISTA, ob. cit., págs. 250/1 (grifos do autor).

(14) Assim LIEBMAN, *Eficácia...* cit., pág. 51, nota i; J. F. MARQUES, *Instit. cit.*, vol. V, pág. 53; J. I. B. DE MESQUITA, ob. cit., pág. 30.

(15) P. BATISTA, ob. cit., pág. 251 (grifos do autor).

(16); ao passo que a formulação do velho mestre dá a entender, implicitamente, que se no primeiro processo a reivindicação fôsse rejeitada por ter o réu provado que êle, e não o autor, era o verdadeiro dono, a tal ponto se estenderia a autoridade da coisa julgada, e no segundo feito aproveitaria ao antigo réu, agora autor — opinião que só em perspectiva savignyana seria pacificamente acolhida.

Ecos bem reconhecíveis daquelas mesmas idéias ressoam, com nitidez ainda maior, em autores do início dêste século, nos quais, por vêzes, a distinção entre “motivos objetivos” e “subjetivos”, bem como a conceituação de cada uma dessas classes, aparecem cristalizadas em fórmulas que refletem com inteira fidelidade o pensamento do jurista alemão (17). Tal a orientação prevalecente no Brasil, como em outros países latinos (18), até a nossa época.

(16) Na verdade, a questão de ser ou não o réu proprietário do bem vindicado, a rigor, nem sequer constitui antecedente lógico *necessário* da decisão que rejeita a demanda. Esta há de ser julgada improcedente desde que se não prove o domínio do autor, ou a posse do réu. Pode acontecer, é claro, que a convicção de não tocar ao autor o domínio, venha o juiz a adquiri-la por ter-se convencido de que êste, ao contrário, toca ao réu, e que assim declare na sentença. Se daí adviria coisa julgada com força vinculativa para o juiz do segundo processo imaginado por P. BATISTA, é questão sôbre a qual seria prematuro opinar neste passo. O importante é esclarecer que, nos termos do exemplo, jamais se poderia cogitar de *res iudicata* sôbre o suposto domínio do réu, pois ali se trata de reivindicação desacolhida “pelo motivo de não haver o autor provado o seu direito de propriedade” — coisa diferente de *haver o réu provado o seu*.

(17) Deve haver equívoco na afirmação de J. F. MARQUES, ob. e lug. ult. cit., quando situa J. MENDES JR. na corrente oposta à de SAVIGNY, quanto à extensão da coisa julgada aos motivos. O antigo professor de S. Paulo *expressamente* invoca, a respeito, a autoridade do escritor germânico, de quem não se distancia um passo; v. ob. cit., págs. 483/6: “Entre os motivos que determinam a decisão do juiz, uns são *objetivos*, isto é, são elementos ou partes constitutivas da relação de direito, — outros são *subjetivos*, isto é, são razões de decidir que levam o espírito do juiz a afirmar ou negar a existência desses elementos. Os motivos *subjetivos* são pessoais do juiz e não têm autoridade de *coisa julgada*; os objetivos são elementos da causa e, por isso, como conteúdo da relação litigiosa, têm autoridade de *coisa julgada* (SAVIGNY, *Direito Romano*, VI, § 291)” (grifos do autor). Já LIEBMAN não primara pela exatidão ao apontar o pensamento de J. MENDES JR. como “análogo”, “em essência”, ao de P. BATISTA (*Eficácia...* cit., pág. 52, nota 1, começada na pág. 51): êste, apesar de sua ambigüidade, está longe de seguir tão fielmente as idéias savignyanas, que, reformuladas por COELHO, ressoam ainda em J. MONTEIRO, ob. cit., págs. 770/1. À reformulação de COELHO adere expressamente M. A. DE GUSMÃO, ob. ult. cit., págs. 70 e segs.

(18) No Uruguai, v. g., a valiosa fiança de COUTURE, *Fundamentos do Direito Processual Civil*, trad. de RUBENS GOMES DE SOUSA, págs. 857 e segs., especialmente 860, deu grande prestígio à tese de que a coisa julgada abrange os antecedentes lógicos apreciados como questões prejudiciais. Quanto ao direito português, do art. 360, parágrafo único, do Código de Processo Civil (texto de 1939), tem-se dito que vai além de SAVIGNY, consagrando a extensão do julgado não só às

C) *Discussão teórica do problema*

55. Antes de examinarmos o problema à luz do direito brasileiro, é oportuno focalizá-lo em perspectiva puramente teórica e analisar — ainda que *per summa capita* — os argumentos a que, no plano dos princípios, têm recorrido os partidários de uma e outra solução. Começaremos por aquêle de que principalmente se valeu o grande sistematizador da doutrina segundo a qual a autoridade da coisa julgada deve estender-se aos motivos da decisão, a saber: a impossibilidade de suscitar-se útilmente, em processo posterior, a *exceptio rei iudicatae*, se não reconhecida tal extensão. A fim de demonstrar a procedência do argumento, três exemplos foram trazidos à colação: um concernente à ação reivindicatória, o segundo à petição de herança, e o terceiro a uma ação de cobrança em que o réu opõe a exceção (material) de compensação (19).

Vejamos, pois, o caso da reivindicação. Para que a demanda seja favoravelmente julgada, hão de estar satisfeitos dois requisitos positivos — a propriedade do autor e a posse do réu —; ademais, devem ter sido repelidas, por infundadas, tôdas as defesas que o réu eventualmente haja oposto, v. g., a existência de transação, de um contrato de locação ou de penhor sôbre a coisa vindicada. Para o julgamento desfavorável, contudo, basta que o juiz se tenha convencido da inexistência de um dos requisitos positivos, ou da procedência de uma das alegações do réu, sendo possível, aliás, que dentre êsses diversos motivos de rejeição êle tenha acolhido *mais de um*, ou até *todos*.

Análoga é a hipótese da *petitio hereditatis*, que também pode ser rejeitada ou porque não exista um (ou mais de um) dos pressupostos positivos (ser herdeiro o autor; possuir o réu coisas determinadas; estarem tais coisas incluídas no acervo hereditário), ou então porque seja fundada alguma das defesas opostas pelo réu, ou várias delas, ou tôdas. O exemplo da compensação surge a propósito de ação

questões condicionantes da principal, mas também às que logicamente dependam da solução desta (P. DE MIRANDA, *Coment. cit.*, t. IV, págs. 100/1; J. F. MARQUES, ob. ult. cit., vol. V, pág. 54); mas, na opinião do seu maior comentador — que não importante papel já exercera, também, na própria elaboração do diploma —, não se pode inferir do texto que fique coberta pela *auctoritas rei iudicatae*, conquanto existente aquêle nexó lógico, a solução das questões não suscitadas no processo: JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, vol. V, págs. 58 e segs. (v., sobretudo, os exemplos dados nas págs. 66/7).

(19) A êsse respeito, e sôbre tudo que se segue, SAVIGNY, ob. cit., t. VI, págs. 360 e segs.

(20) *Id.*, *ibid.*, pág. 364.

de cobrança em que o juiz, repelindo a exceção, acolhe o pedido do autor: isso tanto pode ocorrer porque êle se tenha convencido da inexistência do suposto contracrédito, como apenas porque não o haja considerado líquido. Ora, afirmou-se, em todos êsses casos “a expressão abstrata do julgamento não nos revela qual o pensamento do juiz”, e sem conhecê-lo “é absolutamente impossível aplicar a processo ulterior a autoridade da coisa julgada” (20).

56. Sem embargo da imensa autoridade de quem a subscreve, não parece exata a conclusão. Basta ter em mente que a *exceptio rei iudicatae* pressupõe, entre outros requisitos, a *identidade dos pedidos*, e sua utilidade consiste em ministrar às partes do primeiro processo, *coeteris paribus* (21), um meio expedito para se furtarem a eventuais investidas contra a estabilidade do resultado prático a que nêle se chegou — ao autor, em particular, para impedir perturbações no gozo do “bem da vida” que a decisão trãnsita em julgado lhe reconheceu. Ora, tal finalidade, pode a exceção preenchê-la mesmo que se abstraia dos motivos — e até seria lícito dizer: *sobretudo* quando se abstrai dos motivos —, inclusive daqueles em que se corporifica a solução de questões prejudiciais (22).

(21) A ressalva é necessária para deixar patente que a eficaz oponibilidade da *exceptio rei iudicatae* unicamente subsiste enquanto permaneça inalterada a situação de fato em que se fundara a pretensão deduzida em juízo. No caso contrário, já não haverá identidade na *causa petendi*, e por conseguinte será descabido falar em coisa julgada. A matéria aqui se desloca para o âmbito de outro problema, cujo tratamento *ex professo* não encontraria lugar neste trabalho: o dos *limites temporais da res iudicata*, ou o da subordinação desta à cláusula *rebus sic stantibus*. V., a respeito, o que já ensinava o próprio SAVIGNY, *ibid.*, pág. 384; ainda no século passado, com absoluta nitidez, EUGÈNE LACOMBE, *De l'autorité de la chose jugée*, págs. 60 e segs.; na literatura mais recente, cf., entre outros, LACOSTE, *ob. cit.*, págs. 145/6; GOLDSCHMIDT, *ob. cit.*, pág. 390; SCHÖNKE, *ob. cit.*, pág. 273; ROSENBERG, *ob. cit.*, vol. II, págs. 476/7; LENT, *Dir. Proc. Civ. ted. cit.*, págs. 253/4; BERTI, *Dir. Proc. Civ. ital. cit.*, págs. 183/4 (e já anteriormente, com toda a clareza, *Cosa giudicata ... cit.*, págs. 554/6: “La cosa giudicata non concerne l'avvenire, ma solo il passato”); HEINITZ, *ob. cit.*, págs. 224, 235 e segs.; LIEBMAN, *Eficácia ... cit.*, págs. 27/8; GUASP, *ob. cit.*, pág. 580; P. DE MIRANDA, *ob. ult. cit.*, t. IV, pág. 102; JOSÉ ALFONSO ABETIA ARZAPALO, *De la cosa juzgada en materia civil*, págs. 155 e segs.

(22) Convém notar que está longe de ser pacífica em doutrina a opinião segundo a qual a controvérsia sobre a propriedade, na reivindicatória, constitui questão prejudicial da decisão sobre o pedido. Predominante na literatura alemã (v., modernamente, GOLDSCHMIDT, *ob. cit.*, pág. 389; ROSENBERG, *ob. e t. cit.*, pág. 473; LENT, *ob. cit.*, pág. 248), sustentou-a na Itália MENESTRINA, *ob. cit.*, págs. 105/6. Para essa corrente, o objeto do juízo, na referida ação, não é o alegado domínio do autor, mas a *pretensão à restituição* da coisa, “vero rapporto obbligatorio che sotto date circostanze cresce a lato del diritto reale, il cui contenuto è pienamente diverso” (MENESTRINA, *ob. e lug. cit.*, o qual todavia ex-

Com efeito: a argumentação acima exposta dá a entender que a invocabilidade da coisa julgada no segundo processo se subordinaria à condição de serem as mesmas *as questões* debatidas em ambos. Nessa perspectiva, o reivindicante vencedor só ficaria protegido pela *auctoritas rei iudicatae* nos limites da matéria que, no primeiro feito, o réu tivesse *efetivamente* suscitado como defesa, isto é, nos limites das questões ali *efetivamente* discutidas e resolvidas. Assim, ao réu que tivesse visto repelida, por exemplo, a alegação de não ser possuidor, ficaria ressalvada a possibilidade de reabrir em juízo a controvérsia, argüindo a qualidade de locatário, ou de credor pignoratício (23). E a conclusão análoga, *mutatis mutandis*, chegar-se-ia quanto

pressamente reconhece não ter sido tal a concepção vitoriosa nem em Roma, nem no direito comum). A ela parecem filiar-se, entre nós, P. DE MIRANDA, *Trat. de Dir. Priv. cit.*, t. XIV, págs. 45/6, e T. CASTRO, *ob. cit.*, pág. 14 e nota 2. Em sentido contrário manifestou-se na península CHIOVENDA, *Instit. cit.*, vol. I, págs. 536/7 (... “a reivindicação não é, em realidade, senão o mesmo direito de propriedade que se faz valer *inteiramente* contra o possuidor atual, o que se exprime com a asserção de que o direito de propriedade não é simplesmente prejudicial à reivindicação, mas se faz valer com ela” (grifo do autor). A lição chiovendiana foi criticada por HEINITZ, *ob. cit.*, págs. 156/8, que aderiu à tese alemã, distinguindo entre o domínio e a pretensão reivindicatória, e classificando expressamente como prejudicial a questão concernente à propriedade (v. págs. 155 e 213). De ambas as posições, diametralmente opostas, distingue-se a de ALLORIO, *La cosa giudic. ... cit.*, págs. 55/8, para quem a relação de domínio, na reivindicação, não é deduzida em juízo na sua integridade, mas apenas num aspecto particular, em face daquela pessoa determinada que se supõe a tenha violado: noutras palavras, como o *poder de excluir* o réu do gozo e da senhoria da coisa. A relação entre tal poder e a propriedade não deve, porém, ser vista como relação entre o efeito e sua causa, senão como a da parte para o todo: “Il rapporto bilaterale tra le parti non è (...) che la stessa proprietà, considerata da un punto di vista particolare”. Substancialmente assimilável à de ALLORIO é a concepção de FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, segundo o qual o direito real “non entra nel processo con tutta la coorte delle facoltà e del doveri di astensione adibiti alla sua realizzazione, bensì soltanto con uno, in relazione ad uno dei molteplici doveri di astensione che costituiscono istrumenti della sua realizzazione: precisamente in relazione al dovere che non è stato adempiuto e al cui adempimento coattivo occorre, pertanto, provvedere” (págs. 124/5); assim se explica, para êsse autor, “il frequente e in sé esatto rilievo che nel giudizio di rivendica il diritto si presenta nello schema del diritto relativo” (...), “senza bisogno, tuttavia, di negare (...) che si tratti del diritto reale e di configurare, all'uopo, un nuovo e distinto diritto di credito che, in quel giudizio, ne prenderebbe il posto” (pág. 126; cf. pág. 90). Semelhante modo de ver, que, sem relegar para o campo da prejudicialidade a questão do domínio, reconhece a êste, na reivindicatória, a posição de *objeto do juízo*, mas sob o aspecto particular de que se trata, é o que nos parece mais compatível com o direito brasileiro, para o qual a *pretensão à restituição*, em face do injusto possuidor, é insita no direito de propriedade e corresponde a uma de suas *faculdades elementares* (Código Civil, art. 524; cf. ORLANDO GOMES, *Direitos reais*, t. 1.º, pág. 123; já no regime anterior, LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das coisas*, vol. I, págs. 106/8).

(23) É verdade que SAVIGNY, no seu exemplo, se refere a ação reivindicatória julgada *improcedente*. Mas aí se torna ainda menos compreensível a

à petição de herança. Em ambos êsses casos, o que ressalta do exposto, com nitidez cristalina, é que a extensão da coisa julgada aos motivos, longe de reforçar-lhe a autoridade, em última análise a enfraquece — pelo menos, atenua a proteção dispensada ao vencedor.

Quanto à ação de cobrança em que se rejeitou a compensação alegada pelo réu, a *auctoritas rei iudicatae* fica a salvo desde que se exclua a possibilidade de, em novo processo, negar-se ao autor o seu crédito, reconhecido pela sentença. Mas tal exclusão não se condiciona, em absoluto, à consideração do motivo pelo qual se repeliu, ali, a defesa do réu: pouco importa que se reputasse inexistente, ou apenas ilíquido, o contracrédito. É outra questão indagar se, na primeira hipótese, a parte vencedora poderá opor eficazmente a exceção de coisa julgada em feito posterior, no qual o vencido pretenda cobrar, por sua vez, o crédito de que se supõe titular (24).

alegada necessidade de estender aos motivos a autoridade da coisa julgada; para preservá-la em subseqüente processo não importa saber se a demanda foi repelida, no primeiro, por não ser proprietário o autor ou por qualquer outra razão: fôsse como fôsse, estaria preexcluída a possibilidade de tentar-se outra vez, com êxito, a reivindicação, a não ser com base em fato diverso e, portanto, com mudança da *causa petendi*. Por outro lado, se SAVIGNY tinha em vista a eventualidade de processo futuro em que a relação dominial viesse a ser deduzida como prejudicial, forçoso é considerar sob que aspecto ela se apresentaria nesse novo juízo, pois, a aceitar-se a formulação preconizada em a nota 22 acima, a autoridade do julgado anterior somente abrange a questão da propriedade nos limitados termos em que esta ali figuraria como objeto do juízo (pretensão do autor, na qualidade de suposto dono, à restituição da coisa pelo réu), deixando de fora todos os outros aspectos pelos quais ela possa vir a ser judicialmente apreciada. Considerações análogas seriam cabíveis no tocante à petição de herança.

(24) A essa questão responde positivamente P. DE MIRANDA, *Trat. de Dir. Priv.* cit., t. XXIV, pág. 421, e negativamente L. DA COSTA, *Dir. Proc. Civ. bras.* cit., vol. III, págs. 436/8, e J. B. DE MESQUITA, ob. cit., pág. 70. No direito alemão, a *auctoritas rei iudicatae* estende-se ao pronunciamento sobre o contracrédito declarado inexistente, até o montante dêste; mas isso em virtude de disposição legal expressa (§ 322, 2.^a parte, da Z.P.O.) cujo caráter excepcional, em face dos princípios, a doutrina é unânime em sublinhar (v. GOLDSCHMIDT, ob. cit., pág. 390; KISCH, ob. cit., pág. 261; SCHÖNKE, ob. cit., pág. 268; ROSENBERG, ob. e t. cit., pág. 474; LENT, ob. cit., pág. 248). Naturalmente, qualquer controvérsia é descabida com referência à hipótese de já ter sido antes declarada *principaliter* a inexistência do contracrédito: a coisa julgada que sobre tal decisão se formou vincula, à evidência, o juiz do processo em que se alega a compensação (cf. P. DE MIRANDA, ob. e t. cit., pág. 428, e o n.º 42 dêste trabalho), como vinculará o juiz de todo processo subseqüente em que se queira ressuscitar a questão, como principal ou como prejudicial. Tenha-se em mente, ainda, a possibilidade de haver sido a compensação objeto de *pedido reconvenicional*, ou — nos sistemas que a admitem — de *ação declaratória incidental*: são outros tantos casos em que, emitida *principaliter*, a decisão alcança, sem dúvida possível, a autoridade da coisa julgada (v., acima, n.º 51).

57. Não resiste, assim, a uma análise cuidadosa o argumento fundamental que se invocou para justificar a extensão da autoridade da coisa julgada aos motivos — ainda aos “objetivos” — da decisão, supostamente indispensável para preservar de maneira plena aquela autoridade.

A teoria pode ser vista, em termos genéricos, como o natural corolário da tendência a sobrepor, na sentença, o elemento lógico, intelectual, representado pelo itinerário mental que o juiz percorre ao desenvolver seu raciocínio, sobre o comando concreto a que dá corpo o dispositivo; e, no caso particular de que vimos tratando, como o fruto das idéias savignyanas sobre a *res iudicata*, em que se quis ver uma “ficção de verdade” (25). Ora, estas idéias hoje se podem considerar definitivamente sepultas; e aquela tendência de há muito ceidou o passo à contrária, que valoriza de preferência o elemento imperativo ou volitivo nas decisões judiciais, considerando que a missão do juiz, como órgão do Estado, consiste, de modo precípua, em atuar concretamente a vontade da lei, e, uma vez atingido êsse resultado, com o comando emergente da sentença, o trabalho intelectual realizado para chegar a êle, por maior que tenha sido o seu valor *instrumental*, só conserva interêsse prático na medida em que ministre subsídios para iluminar e precisar o sentido e o alcance da norma concreta fixada, e assim contribuir para assegurar-lhe plena eficácia (26).

Ademais, suscitaram-se em doutrina outros argumentos ponderáveis, no sentido de restringir ao *decisum* pròpriamente dito o campo de atuação da coisa julgada. Cumpre passar agora em revista os principais.

(25) V. a exposição da conhecida doutrina em SAVIGNY, ob. e t. cit., págs. 268 e segs.; resumo e crítica em U. ROCCO, *L'autorità* cit., págs. 29 e segs.; na literatura pátria, em G. ESTRELA, ob. ult. cit., págs. 33 e segs.

(26) Sobre êsse ponto, v., por todos, CHIOVENDA, *Instít.* cit., vol. I, págs. 81, 127, 268, 514/5 (cf., já anteriormente, o ensaio *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. II, págs. 399 e segs., especialmente 406/7). Minoritária ficou, em nossos dias, a antítese, brilhantemente sustentada no princípio do século por A. ROCCO, ob. cit., págs. 28 e segs., e U. ROCCO, ob. ult. cit., págs. 157 e segs. Recordem-se, entretanto, as ponderações de CALAMANDREI, *La Cas. Civ.* cit., t. II, pág. 54: “Quando se dice que en la sentencia se contiene un mandato, un acto de voluntad, el cual da un carácter de proclamación oficial a la decisión del juez y la diversifica de la simple conclusión lógica de un razonamiento jurídico que cualquier particular puede llevar a cabo, se quiere decir no ya que el juez tenga un poder de mandato autónomo, sino que el juez puede, en su sentencia, formular, caso por caso, cuál es el imperativo concreto que ha nacido, en virtud de haberse verificado el hecho específico controvertido, del imperativo abstracto contenido en la ley”.

58. O mais importante deles, em nosso entender, é o que decorre do tradicional princípio da correlação necessária entre o pedido e a decisão. *Sententia debet esse conformis libello*, afirma velha parêmia, cujo prestígio até hoje não se põe em dúvida, e que as modernas elaborações doutrinárias sobre o tema do “objeto do juízo” só vieram reforçar (27).

Com efeito, cabe a quem quer obter a prestação jurisdicional fixar os limites do pedido e, correlativamente, os da decisão. Tirante casos excepcionais, preocupam-se as leis, de maneira toda especial, em impedir o alargamento, *invito actore*, do *thema decidendum*, proibindo o juiz de julgar fora ou além do pedido. Quanto ao papel desempenhado pelo réu, nesse particular, ainda que se admita, em homenagem ao princípio da “bilateralidade da ação”, a extensão do conceito de pedido à contestação (28), não há como não ver que o que nesta se “pede”, a rigor, é pura e simplesmente uma *resposta negativa* à demanda do autor: no caso mais comum, a declaração da inexistência da relação jurídica de direito substantivo por êle afirmada. Ainda assim, não se pode reconhecer à contestação o efeito de dilatar os contornos daquilo *que vai ser julgado*: quando muito, levantando questões de índole vária, ampliará a *área lógica* sobre a qual há de exercer-se a atividade cognitiva do órgão jurisdicional (29).

(27) A respeito, poderiam as citações multiplicar-se *ad infinitum*, sendo aliás, a rigor, supérfluas, já que toda a doutrina é substancialmente concorde na afirmação do princípio, embora nem sempre o seja quanto ao alcance das ilações que dêle se hão de tirar. Cf., em todo caso, MENESTRINA, ob. cit., pág. 129 (“la petizione è la domanda, la sentenza è la risposta: questa non è pensabile senza il di là di quella”); A. ROCCO, ob. cit., págs. 98 e segs.; CHIOVENDA, *Instit. cit.*, vol. II, págs. 460 e segs.; BETTI, *Dir. Proc. Civ. ital. cit.*, págs. 304 e segs.; CALAMANDREI, *Instit. cit.*, vol. I, págs. 403 e segs.; JAEGER, ob. cit., pág. 115; ZANZUCCHI, ob. cit., vol. I, págs. 374/5; ANDRIOLI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, págs. 167 e segs.; L. DA COSTA, ob. e vol. ult. cit., pág. 433; J. F. MARQUES, *Instit. cit.*, vol. III, págs. 92, 214/5; M. A. SANTOS, ob. ult. cit., vol. II, pág. 67; etc.

(28) CHIOVENDA, ob. ult. cit., vol. I, págs. 461/3; CALAMANDREI, ob. e vol. ult. cit., págs. 237 e segs., especialmente 239; L. DA COSTA, ob. e vol. ult. cit., pág. 354: “No libelo, o autor pede que o juiz julgue procedente sua pretensão. Pede o réu na contestação que tal pretensão seja rejeitada” (grifos do autor, que, noutro passo da mesma obra, vol. I, págs. 83/4, esclarece: “É certo que, na contestação, o réu não faz pedido, em sentido técnico. Mas, sem dúvida, afirma ter razão e pois, pretende ter sentença favorável. E por isso, em essência, há na contestação como que um pedido de ação declaratória negativa...” — aqui, sem grifo no original); aproximadamente no mesmo sentido, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, pág. 288.

(29) HEINITZ, ob. cit., págs. 144/5, 224/5; LIEBMAN, *Estudos cit.*, pág. 136 e nota 23; P. DE MIRANDA, *Coment. cit.*, t. I, pág. 164; J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., págs. 130/1.

Não poucas vêzes, seria de todo em todo inconveniente para as partes a extensão do julgamento, a seu malgrado, a relações ou situações jurídicas que, estranhas ao âmbito do pedido, sejam todavia condicionantes da pretensão deduzida. Quem pede um pronunciamento sobre a relação condicionada nem sempre tem interesse em ver transpostos os limites em que, de caso pensado, confinou o *thema decidendum*, sem que, por outro lado, se possa contrapor ao da parte qualquer interesse público dotado de força bastante para tornar necessária a produção do efeito que ela quis evitar. A parte pode estar despreparada para enfrentar uma discussão exaustiva da questão subordinante, *v. g.*, por não lhe ter sido possível, ainda, coligir todas as provas que, potencialmente, a favoreceriam, e no entanto, achar-se na contingência, por êste ou aquêle motivo, de ajuizar desde logo a controvérsia subordinada, em relação à qual já dispõe dos elementos indispensáveis; seria pouco razoável que, ao fazê-lo, ficasse obrigatoriamente sujeita a ver estender-se aos antecedentes lógicos da pretensão formulada a autoridade da decisão que sobre esta última se venha a emitir (30). Mais vantajoso parece o expediente de permitir-se que o juiz, decidindo *principaliter*, com força de coisa julgada, a questão condicionada, conheça *incidenter tantum*, ao contrário, da condicionante, sobre a qual ficará livre às partes, quando o julgarem oportuno, pleitear novo pronunciamento, por via principal, desta vez com aquela força (31).

59. Objetar-se-á que, em certos casos, para logo se caracteriza o interesse do autor ou do réu na definição solene e duradoura da re-

(30) Como já exatamente notava MENESTRINA, ob. cit., págs. 129/30, “chi mai, cominciando un processo per una pretesa d'esiguo valore, non sentirebbe come un peso ingiustificato quel complesso di cautele che gli derivasse dal pericolo d'una decisione definitiva del rapporto giuridico condizionante che è forse di sommo rilievo? Il processo sarebbe una valanga, che più va avanti e più spaventa con la mole enorme del materiale travolto; è vero che il giudice non tornerebbe più in avvenire su quella questione e che dunque s'avrebbe una certa economia di lavoro: ma anche il terreno reso sterile dalla valanga si sottrae al lavoro del contadino”. No mesmo sentido, CHIOVENDA, ob. e vol. ult. cit., págs. 548/4; HEINITZ, ob. cit., págs. 205, 210.

(31) Figura-se aqui, evidentemente, a hipótese de correrem entre as mesmas pessoas a relação condicionante e a condicionada; quanto à possibilidade de configurar-se entre relações *subjetivamente diversas* o nexo de prejudicialidade, ministraria um argumento a mais contra a extensão da coisa julgada à solução da prejudicial, entre partes que não se identificariam com os *legitimi contraditores* para a sua discussão em via principal. Tal raciocínio, entretanto, necessariamente teria de articular-se com a indagação sobre a medida em que a autoridade de semelhante julgado seria invocável em face do sujeito da relação condicionante que não houvesse participado do processo. Não cabe enfrentar aqui o problema, que já se desloca para o terreno dos *limites subjetivos da res iudicata*.

lação ou situação jurídica subordinante, ao passo que, em outros, é o próprio Estado que, por alguma razão de conveniência, quer impedir o conhecimento judicial dessa relação por outra forma que não seja a da decisão *principaliter*. Pode ocorrer, com efeito, que se repete sobremaneira indesejável a eventualidade de julgados *lógicamente* contraditórios acerca desta ou daquela questão — a tal ponto indesejável que, acaso suscitada, se prefira vê-la resolvida de uma vez por todas, com plena e intangível autoridade.

Para atender a tais emergências, é dado à lei criar remédios especiais, e costuma fazê-lo. Havendo interesse público em que a questão, surgida como prejudicial, seja objeto de solução imune a futuras impugnações e controvérsias, é possível determinar-se a sua transformação em *causa* prejudicial, na qual venha a ser decidida *principaliter*, com todas as consequências regulares (32). Respeita-se, assim, o princípio relativo à cognição *incidenter tantum*, evitando-se, com o simples expediente de vedá-la onde ela não constituiria solução satisfatória, o mal maior que seria atribuir à mera *cognitio* efeitos peculiares e exclusivos do verdadeiro *iudicium*.

No que tange à possibilidade de existir interesse *para as partes* em que desde logo se defina com autoridade de coisa julgada a relação ou situação jurídica subordinante, o remédio adotado por várias legislações é o de facultar ao interessado que, suscitando-se a questão como prejudicial, requeira um pronunciamento declaratório a respeito dela (33). Trata-se de autêntica *ação declaratória incidental*, dando-se aqui também a conversão da simples *quaestio in causa* prejudicial: destarte, a decisão que se profira sobre a controvérsia condicionante exercerá a força vinculativa da coisa julgada em quaisquer processos subsequentes nos quais se pretenda, por via principal ou prejudicial, ressuscitar a questão.

60. Outro argumento ponderável, no mesmo sentido, é o que diz respeito à competência. Observa-se com justeza que reconhecer a *auctoritas rei iudicatae* ao pronunciamento sobre a prejudicial significaria,

(32) É o que se dá, por exemplo, sob certas condições, no direito italiano, com relação à *prejudicial de inconstitucionalidade*, a cujo respeito consulta-se sobretudo a importante monografia de CAPPELLUCCI, cit. em a nota 6 do n.º 80, acima. Aliás, o *accertamento incidentale* de que trata o art. 34 do *Codice di Procedura Civile* pode também, tanto quanto da vontade das partes, resultar de determinação legal.

(33) V. g., Z. P. O., § 280; *Codice di Procedura Civile*, art. 34. Quanto às legislações que, como a nossa, não prevêm expressamente, com alcance genérico, expediente análogo, v. adiante, n.º 80.

em muitos casos, permitir que a questão fôsse assim decidida, com tal força, por órgão no entanto incompetente para decidí-la *como principal* (34). Gritante, sem dúvida, o contra-senso. Por outro lado, podendo ocorrer pendência simultânea, perante o juízo competente, de processo onde se houvesse de resolver *principaliter* a questão, caso chegasse o outro feito à fase decisória antes de definida a controvérsia subordinante por sentença trânsita em julgado, e portanto inexistente ainda o vínculo desta resultante, palpável seria o risco de decisões *praticamente* (e não apenas *lógicamente*) contraditórias.

Não se objeté que êsse risco ficaria preexcluído pelo expediente da reunião dos processos, a fim de que o mesmo juízo conhecesse de ambas as causas: nem sempre a conexidade é razão bastante para derrogar as regras comuns sobre competência (35). Até poderia suceder que, ao iniciar-se o segundo processo, já estivesse o primeiro em fase recursal.

61. A única alternativa, para fugir a semelhantes inconvenientes, consistiria em determinar-se a suspensão do processo onde a questão se apresenta como prejudicial, até que transitasse em julgado a decisão proferida, *principaliter*, no outro, pelo órgão competente. Tal solução, não há porque rejeitá-la *a priori*, e a ela por véses recorrem as leis; não parece, todavia, que se possa considerar sempre satisfatória, e por mais de uma razão.

Em primeiro lugar, a suspensão do processo P, em que é prejudicial a questão *x*, e principal a questão *y*, até o encerramento do processo P', onde a questão *x* é principal, importará necessariamente retardar, talvez de muito, a solução da questão *y* — e as desvantagens dêsse retardamento podem ser tão graves que não se afigurem compensáveis pelas vantagens. Além disso, nem sempre ocorrerá, na pendência do processo P, a instauração do processo P', isto é: pode subsistir, até o fim, a mera *questão*, sem que surja a *causa* prejudicial. Ora, é pouco razoável suspender um processo até o término de outro que não só ainda não se instaurou, mas *nem sequer se sabe*, ao certo, *se vai ou não instaurar-se*: com efeito, apenas em hipóteses especiais é concebível que a questão prejudicial se converta em causa prejudicial por determinação *da própria lei* (36); normalmente, teria de es-

(34) MENESTRINA, ob. cit., pág. 130; CHIOVENDA, ob. e vol. ult. cit., pág. 544; L. DA COSTA, ob. e lug. cit. em a nota 27, acima.

(35) P. DE MIRANDA, *Coment. cit.*, t. IV, pág. 64.

(36) Como acontece, v. g., no direito italiano, quanto à prejudicial de inconstitucionalidade (v. acima, nota 32).

perar-se a iniciativa de algum dos legitimados, e talvez nenhum estivesse disposto a tomá-la.

Tolerável às vezes como mal menor, porém jamais merecedor de grande simpatia, quando se tem em mente a conveniência de simplificar e acelerar o andamento dos processos — e, vice-versa, a inconveniência de acrescentar novas razões de demora às muitas que, com tão lamentáveis conseqüências, já se fazem sentir —, deve o expediente da suspensão ficar reservado para casos excepcionais, em que se queira evitar o conhecimento da prejudicial, mesmo *incidenter tantum*, por juízo diverso do competente para resolvê-la por via principal. Nas hipóteses restantes, a solução mais prática é, pura e simplesmente, negar ao pronunciamento sobre a prejudicial idoneidade para revestir-se da *auctoritas rei iudicatae*: dela conhecerá o juiz, resolvendo-a conforme lhe parecer acertado, tão somente como etapa indispensável para atingir a meta que se lhe propõe, e sem outro efeito que não o de integrar, com um elo necessário, a cadeia lógica do seu raciocínio (37).

62. *Last but not least*: o procedimento adequado à causa em que a questão se põe como prejudicial nem sempre será o mesmo que se teria de seguir para a causa em que ela se pusesse como principal. E as diferenças podem ser muito relevantes, por exemplo, se num dêles a lei estabelece determinadas restrições à prova, insubsistentes no outro. 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* (38). A amplitude mesma do contraditório pode ser maior num dos procedimentos que no outro, com as conseqüências que intuitivamente se percebem.

63. A favor da extensão da *auctoritas rei iudicatae* à solução das questões prejudiciais tem-se argumentado com a conveniência de obstar à formação de julgados contraditórios. Realmente, se se admite que o juiz do processo onde se haja de decidir, *principaliter*, a questão concernente à relação jurídica subordinante, não fique vinculado pelo pronunciamento sobre ela emitido, em processo anterior, como

(37) Cf. S. COSTA, *La pregiudiziale* ... cit., pág. 89.

(38) Como já se registrou oportunamente, liga-se a tal problema, em matéria de relações interjurisdicionais, a origem dos arts. 326 e 327 do *Code Civil* (v. acima, n.º 10). A solução francesa, nesse tópico, foi a mais radical: proibir o ajuizamento da causa prejudicada antes da decisão, em sede própria, da prejudicial. Mas trata-se de expediente que não haveria vantagem em generalizar.

antecedente lógico necessário da solução de questão atinente à relação jurídica subordinada, não há como afastar a possibilidade de que, num dos feitos, se declare existente, e no outro inexistente, a relação subordinante: a filiação, afirmada na ação de alimentos, poderá ser negada na ação de investigação de paternidade, ou vice-versa. A contradição reduzir-se-á às premissas na hipótese de duas causas com prejudicial *communis*, resolvida aqui num sentido, ali no sentido oposto: assim, por exemplo, se se cobra em juízo, do mesmo contribuinte, tributo idêntico, de incidência periódica, em exercícios subsequentes, e, sem qualquer alteração no sistema vigente, ora se acolhe, ora se rejeita a arguição, feita pelo réu, de inconstitucionalidade da lei tributária.

A semelhante argumentação pode-se responder, antes de mais nada, ponderando que, na prática, o risco apontado não será talvez tão grave quanto se suporia se se fizesse abstração de certos fatores que, *de fato*, costumam influir nas decisões judiciais, ainda sem regra jurídica que torne obrigatória, *de direito*, essa influência. Um dêles, e dos mais sensíveis, é precisamente a natural reverência com que, ao proferir uma decisão, o órgão jurisdicional tende a inclinar-se ante a conclusão assentada, no tocante a relação conexa com a que lhe cabe apreciar, em anterior pronunciamento, sobretudo quando o prestigie a confirmação, em grau de recurso, por órgão superior. Em tais condições, a inexistência do vínculo característico da coisa julgada não excluirá a atenção que o juiz dê, ao formar seu convencimento, à autoridade *lógica* do pronunciamento antecedente — tanto mais forte, é claro, quanto mais consistente o raciocínio em que esteja apoiado (39). Assim, mesmo que se haja conhecido *incidenter tantum* da questão *x*, em processo onde a questão *y*, subordinada à outra, era a principal, o segundo juiz, a quem toque decidir *principaliter* a questão *x*, embora não vinculado pela *auctoritas rei iudicatae*, com maior probabilidade se pronunciará no mesmo sentido, principalmente se a discussão sobre *x*, no primeiro processo, se tiver desenvolvido com a desejável amplitude e forem boas as razões em que se baseou o respectivo juiz. E ninguém contestará que, porventura não preenchidos êsses requisitos, é preferível abrir ensejo à divergência lógica do que impor a consagração definitiva de uma injustiça.

(39) Cf. MENESTRINA, ob. cit., págs. 161 e segs.; CALAMANDREI, *La Cas. Civ.* cit., t. II, págs. 73/4; em sentido crítico, mas com pleno reconhecimento do fato da influência, id., *La sentenza civile come mezzo di prova*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. XV, 1938, parte I, págs. 108 e segs.

64. Ademais — e aqui se toca o 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* (40). 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 êsse ângulo, é essencial à certeza do direito, à segurança da vida social; e garanti-la é justamente função precípua do instituto da coisa julgada.

Que êste pronunciamento, entretanto, adote premissas lógicas incompatíveis com as daquele outro, semelhante eventualidade não a encara o ordenamento com igual repulsa. Pode considerá-la, e não raro a considera, pouco desejável; pode mesmo criar, e costuma fazê-lo, expedientes vários para impedi-la ou remediá-la. Mas entre êles não se incluirá necessariamente o da extensão da *auctoritas rei iudicatae* — que corresponde a preocupações de outra ordem — aos motivos da sentença em geral e à solução das questões prejudiciais em especial. É que os inconvenientes práticos de semelhante orientação têm-se mostrado, a olhos agudos, mais nítidos que as suas possíveis vantagens, sem falarmos no interêsse que há em pôr a salvo certos princípios, que a aceitação do alvitre feriria de morte.

*
* *

D) Direito brasileiro

65. Depois de assim retraçarmos, em linhas esquemáticas, o debate que em tórno do problema se tem travado no plano teórico, passemos a verificar qual a posição adotada, nesse particular, pelo direito brasileiro. *De lege lata*, o ponto em que havemos de concentrar

(40) “Il che si spiega” — escreve BETTI, *Dir. Proc. Civ. ital.* cit., pág. 601 — “oltre che con ovvi motivi di opportunità, col fatto che il ragionamento tenuto dal giudice per giungere alla decisione non partecipa del valore normativo di questa”. Cf., a respeito, GIOVENDA, *ob. e vol. ult. cit.*, págs. 567/8; HEINITZ, *ob. cit.*, pág. 211; A. ROMANO, *ob. cit.*, págs. 166/8.

nossa atenção é a interpretação do art. 287 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil, *verbis*:

“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 tôdas as questões que constituam premissa necessária da conclusão”.

Tem constituído autêntica *pierre d'achoppement* para a doutrina a determinação do verdadeiro sentido e alcance dêsse dispositivo. A leitura cuidadosa dos textos que lhe dedicam comentadores e tratadistas, em regra, não se consegue evitar certa perplexidade. O que se depara não é apenas uma disparidade de opiniões: isso seria, em boa medida, compreensível. Nota-se mais, porém: a dificuldade, sentida pela maioria dos intérpretes, de chegar a uma definição inteiramente nítida na matéria; daí a lamentável freqüência com que se esbarra em formulações imprecisas, equívocas e muitas vezes contraditórias.

Decerto, não há porque esquecer a parcela de responsabilidade imputável ao legislador: entre tantos passos infelizes do Código, êsses talvez seja um dos mais gritantes. A redação está longe de constituir modelo de propriedade terminológica, avultando — para não omitirmos uma referência, conquanto de passagem, a ponto que não concerne diretamente ao nosso problema — aquêle “terá força de lei”, fórmula bem pouco adequada, apesar dos precedentes, a traduzir a idoneidade da sentença para gerar coisa julgada material (41). Em todo caso, os defeitos da lei poderiam ser vistos como desafio à ciência, para que tentasse uma construção dogmática apta, na medida do possível, a superá-los; é duvidoso, porém, que semelhante desafio haja encontrado, na maior parte dos casos, e sem embargo da autoridade dos que tiveram de enfrentá-lo, resposta à altura.

Dada a relevância do ponto, convém que nos demoremos um pouco na exposição das opiniões até agora emitidas ao propósito. Começaremos, pois, por analisar, embora de modo sumário, as insertas em algumas das principais obras da literatura processual brasileira posterior ao Código, para em seguida oferecermos uma tentativa de sín-

(41) V. as justas críticas de P. DE MIRANDA, *ob. ult. cit.*, t. IV, págs. 96/7, reiteradas por J. I. B. DE MESQUITA, *ob. cit.*, págs. 47/8.

tese, uma visão panorâmica do *status quaestionis*, e, afinal, esboçarmos as linhas mestras da construção que nos parece mais exata.

66. Certos comentadores do Código, já pelo laconismo com que se expressam, já pela ambigüidade de suas formulações, fracas luzes trazem para o esclarecimento da matéria. Assim, quando se diz, *v. g.*, que a *auctoritas rei iudicatae* abrange “sòmente as questões normalmente trazidas à discussão judicial, integrantes da própria demanda, que tenham sido *motivos das relações jurídicas* expressas no dispositivo da sentença” (42), com bem pouco se contribui para iluminar o sentido da lei.

Que são, com efeito, “questões normalmente trazidas à discussão judicial”? Porventura as haverá *anormalmente* trazidas a tal discussão? Que são “questões integrantes da própria demanda”? Se se pudesse entender semelhante expressão como “questões referentes à própria pretensão deduzida” — ou, como se diria em linguagem bettiana, à “*ragione fatta valere in giudizio*” (43) — estar-se-ia aqui bem perto da posição que restringe à conclusão última do juiz a aptidão para produzir coisa julgada: o autor teria afirmado, com outras palavras, que só a produz a decisão *sobre o pedido*. O trecho final citado, porém, na medida em que permite bem compreendê-lo uma linguagem positivamente distante do ideal de precisão técnica, aponta no sentido oposto, palpita de ressonâncias savignyanas.

67. As mesmas ressonâncias percebem-se neste passo de outro autorizado exegeta: “Os motivos da sentença não fazem coisa julgada, quando se aduzem como argumentação. Todavia, construindo-se a sentença como um silogismo, todos os motivos que constituíram premissas reputam-se fazer corpo com a decisão, como partes integrantes e indispensáveis à própria decisão. Faz coisa julgada o motivo que constitui fundamento da sentença de forma tal que, abstraindo dêle, a controvérsia não teria sido decidida pela forma com que se apresenta, isto é, quando nêle estiver a relação de direito como causa imediata do dispositivo da sentença” (44).

Por si, a última oração (*verbis* “como causa imediata...”) justificaria uma dúvida, que o contexto, entretanto, afasta. Aquêles mo-

(42) DE P. E SILVA, ob. cit., vol. II, págs. 290/1 (grifado no original).

(43) V. BERTI *Cosa giudicata* ... cit., *passim*; id., *Ragione e azione*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. IX, 1932, parte I, págs. 205 e segs.; *Dir. Proc. Civ. ital.* cit., págs. 63 e segs.

(44) J. AMERICANO, ob. cit., 1.º vol., pág. 443.

tivos que “se aduzem como argumentação” obviamente se identificam com os “motivos subjetivos” da doutrina savignyana; os outros serão os “objetivos”. A rigor, em sentença logicamente bem armada, não haverá *nenhum* fundamento tão supérfluo ou irrelevante que, sem êle, a controvérsia não tivesse de ser resolvida de maneira diferente. Motivos que nenhuma falta fazem não constituem, na verdade, *fundamento* do que quer que seja... A despeito, contudo, das impropriedades de expressão, entende-se aí, na essência, o pensamento do jurista.

Onde êle se torna menos claro é na interpretação do parágrafo único do art. 287, no qual, a seu ver, “supre a lei as omissões da sentença, relativas às premissas necessárias da conclusão” (45). Suprir omissões de sentenças é função, parece-nos, dos embargos de declaração. O comentador, segundo tudo indica, quis aludir nesse ponto ao “juízo implícito” de questões suscitadas mas não expressamente resolvidas. Os exemplos que dá, todavia, são desconcertantes, pois um dêles concerne a questão puramente processual (de competência), outro a preliminar de mérito (prescrição), e o terceiro a mera *questio facti* (superioridade da prova do domínio produzida pelo autor, na reivindicatória, em relação à produzida pelo réu). É duvidoso que se haja pretendido afirmar a extensão a tudo isso, sem qualquer ressalva, da *auctoritas rei iudicatae*. A impressão que se tem é a de que, ao comentar o parágrafo, o ilustre escritor perdeu de vista que estava (ou devia estar) falando da coisa julgada substancial.

68. Savignyana ainda é a interpretação que se depara noutra conhecida obra de exegese: “No sistema do nosso Código, sem dúvida, sòmente os motivos objetivos, que com a conclusão se identificam, podem ter a fôrça de coisa julgada. Nunca, porém, os motivos meramente subjetivos”. Entender-se-iam por objetivos “aquêles que contenham a preliminar decisão de ponto controvertido, forçando a que esta seja uma consequência necessária e concreta, na sua fórmula imperativa de condenação ou absolvição”; e por subjetivos “as considerações e as premissas de direito e de fato, pelas quais se orientou a convicção e a opinião do juiz” (46).

(45) *Id.*, *ibid.*, pág. 440.

(46) C. SANTOS, *Cód. de Proc. Civ. int. cit.*, vol. IV, pág. 147. É duplamente estranhável a afirmação, lançada logo no início da página, de que o Código “aceitou integralmente a doutrina de SAVIGNY, melhorada por COGLIOLO”. Primeiro, porque o jurista italiano não se limitou a “melhorar” a doutrina savignyana, mas reformulou-a em termos bem diversos, como demonstra a própria transcrição feita por C. SANTOS, *ibid.*, págs. 143/6 (o texto original está no *Trait. cit.*, vol. I, págs. 179/82): produziram coisa julgada os pronunciamentos sobre relações

Aqui tampouco seria imune a reparos a forma escolhida pelo intérprete para expressar seu pensamento. Particularmente infeliz parece-nos a alusão a motivos “que com a conclusão se identificam”. Tal identificação é inconcebível: ou os motivos não seriam motivos, ou a conclusão não seria conclusão. Muito aquém da precisão desejável, por outro lado, fica a linguagem utilizada para a conceituação dos motivos objetivos e dos subjetivos. Em todo caso, percebem-se as linhas gerais do esquema — as mesmas, inegavelmente, que traçou no século passado o mestre alemão.

69. Menos coerentes, mais contraditórios afiguram-se, curiosamente, os comentários do próprio autor do Anteprojeto do vigente Código. Começa ele por dizer que, em tese, “só as questões expressamente referidas na parte dispositiva da sentença adquirem a autoridade de coisa julgada no sentido material; outras questões porventura suscitadas no processo, mas não expressamente decididas, não passarão em julgado”, para logo depois acrescentar que “o parágrafo único (do art. 287) contém uma exceção ao princípio (...): admite o julgamento implícito de tôdas as questões que constituam premissa necessária da conclusão da sentença” (47). Em outras palavras: ainda quando não “expressamente decididas” ou “expressamente referidas” no dispositivo, fica assente de modo incontrovertível, sob o palio da coisa julgada, que elas não de ter-se, daí em diante, como resolvidas, para todos os efeitos, no sentido compatível com o da conclusão.

Reconhece o autor que “não é pacífica na doutrina” a tese da extensão da *auctoritas rei iudicatae* à solução das questões condicionantes da principal. Argumenta em seu prol com o fato de que, mesmo na legislação alemã, essa extensão foi consagrada *expressis verbis* no caso da compensação (Z. P. O., § 322, 2.^a parte) (48). Mas o argu-

jurídicas que efetivamente hajam sido objeto de controvérsia entre as partes. Segundo, porque não há no texto legal o menor indício de que se possa deduzir a aceitação desse critério. O comentador mesmo, na explanação do seu entendimento, adota perspectiva inteiramente distinta.

(47) P. B. MARTINS, *ob. cit.*, vol. III, t. II, pág. 292.

(48) *Id.*, *ibid.*, págs. 293/4. Incompreensível a invocação da autoridade de CHIOVENDA, no parágrafo seguinte, para abonar a tese de que “as questões prejudiciais também se consideram decididas e, portanto, sobre elas incide a autoridade da coisa julgada”. CHIOVENDA foi, precisamente, na Itália, o paladino da causa oposta (v. acima, n.º 53, nota 12), e basta ler *uma linha*, das muitas que sobre o tema escreveu o mestre, para avaliar o grau de inexatidão do asserto de P. B. MARTINS. O trecho do jurista italiano, que este cita, *nada tem que ver com o problema*: refere-se à controvérsia doutrinária em torno de ser ou não prejudicial, na ação reivindicatória, a questão concernente ao direito de propriedade (v. acima, n.º 56, nota 22).

mento prova em contrário, pois a regra expressa de tal dispositivo, com seu caráter *excepcional*, que o comentador mesmo proclama, só faz realçar a consagração da antítese, em termos gerais, por aquêle ordenamento.

Noutra passagem, que volta a explicar o sistema da lei brasileira, lê-se que ela “não estende a autoridade de coisa julgada aos raciocínios lógicos que precedem o dispositivo da sentença, em regra de caráter puramente subjetivo, nem mesmo aos motivos determinantes da sua conclusão”. A última oração, isolada, renderia ensejo a ilações que, contudo, encontram no trecho subsequente o mais categórico desmentido: “...desde que a questão se apresente, no silogismo a que se reduz a sentença, como premissa necessária de sua conclusão, isto é, desde que sem a aceitação da premissa inaceitável se torne a conclusão, não só esta, senão também aquela, se há de forçosamente considerar decidida, de modo implícito e virtual, pela sentença”. E mais: se o antecedente “houver revestido a característica de questão prejudicial, ou de pressuposto necessário de sentença que transitou em julgado, é claro que o juiz, dobrando-se ante o texto expresso do art. 287, há de considerá-la protegida pela autoridade da coisa julgada” (49).

Daí se tira a estranha inferência de que, para o autor, entre os “motivos determinantes da conclusão” não se inclui a solução das questões necessárias como premissas dela: aquêles escapam à *auctoritas rei iudicatae*, que a estas, ao contrário, se estende. Mas porventura não serão “determinantes” os motivos corporificados na solução de cada uma de tais questões? O critério discretivo fica, neste ponto, em total obscuridade. A não ser que se estivesse aludindo aos motivos *subjetivos* — hipótese que parece excluída, todavia, pela construção do primeiro período, onde os “motivos determinantes” claramente se contrapõem aos “raciocínios lógicos”, êstes, sim, “em regra de caráter puramente subjetivo”.

Por outro lado, mal se compreende também a expressão “de modo implícito e virtual”, na passagem que imediatamente se segue. Muitas vezes o juiz se pronuncia *explicitamente* sobre as questões que constituem premissas necessárias da conclusão da sentença; é, até, o caso mais comum. Há nesse trecho do comentário visível confusão entre dois problemas inteiramente distintos: 1.º) produz coisa julgada

(49) *Id.*, *ibid.*, págs. 295/6. A contradição que se critica, a seguir, no texto já foi apontada por J. I. B. DE MESQUITA, *ob. cit.*, pág. 57.

material a solução das questões prejudiciais? 2.º) cede a autoridade de coisa julgada, de que se reveste a solução da questão principal, quando o interessado suscita depois questões novas, não discutidas no processo e, por isso, não resolvidas de modo explícito pelo juiz? (50).

As imprecisões e ambigüidades não são tais, entretanto, que tornem impossível uma conclusão segura ao menos sobre os traços gerais da posição tomada pelo exegeta. E a conclusão, sem sombra de dúvida, é que ainda aqui ressoam os ecos savignyanos.

70. Nem mesmo o maior dos comentadores do Código de Processo Civil logrou de todo forrar-se, nesta matéria, a contradições. Até certa altura, tem-se a impressão de que o comentário vai adotar, na interpretação do art. 287 e seu parágrafo, atitude contrária à extensão da *auctoritas rei iudicatae* à solução das questões prejudiciais. Expressamente se contesta, por exemplo, que o estatuto processual haja aderido à teoria savignyana; e atribui-se aos fundamentos, tão-somente, a função de “esclarecer” o *decisum*, negando-se a possibilidade de “dispor” por si (“não seriam só motivos!”) (51).

Logo depois, no entanto, alude-se à “regra de elevação dos motivos necessários, como pressupostos, ao *decisum* expresso, à categoria de *decisa* implícitos” (52). A fórmula seria, em si, passível de entendimento que a conciliasse com a doutrina restritiva: poderia o autor, com ela, estar-se referindo apenas à inviabilidade de qualquer ataque à coisa julgada sobre o que se apreciou *principaliter*, com base em argumento capaz de corporificar questão não suscitada (e, por isso, não resolvida) no processo. Poderia, noutras palavras, estar fazendo menção ao princípio segundo o qual “a coisa julgada cobre o deduzido e o deduzível”. Nesse sentido, à primeira vista, aponta o adjetivo “implícitos” (53).

(50). A segunda questão é que consubstancia o problema do chamado “juízo implícito” — expressão, aliás, inadequada, como bem registra ALLORIO, *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. XV, 1933, parte II, pág. 245: “non tanto la risoluzione delle questioni non sollevate in giudizio è implicita nella risoluzione di quelle effettivamente discusse; quanto l'esame delle prime e delle seconde è superfluo, come esame di cosa irrelevante, dopo la sentenza, passata in giudicato, che racchiude la pronuncia sulla lite”. Acerca das relações entre essa matéria e o art. 287, parágrafo único, do Código de Processo Civil, v. abaixo, números 70 a 72 e 76/77.

(51) P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. IV, pág. 98.

(52) *Id.*, *ibid.*, pág. 99.

(53) Cf. o que se disse, em o n.º 69 *supra*, e nota 50, sobre a questão do “juízo implícito”. V. também, abaixo, números 71, 72, 76 e 77.

Todavia, outras passagens esclarecem o alcance daquele trecho, bem como o dêste que se lê na página seguinte: “As premissas ou motivos necessários à conclusão têm-se por decididos”. O esclarecimento vem sobretudo dos exemplos: a decisão favorável na ação de servidão “implicitamente inclui a de domínio se a questão de domínio foi o fundamento”; a proferida na ação de alugueres envolve pronunciamento com força de coisa julgada sobre o próprio contrato de arrendamento; a da ação de herança tem eficácia análoga quanto à relação de paternidade ou filiação (54). Aqui, cedem quaisquer dúvidas: o comentador, à evidência, e apesar do que escrevera de início, atribui ao sistema do Código sabor inequivocamente savignyano.

A confirmação vem adiante: “Se as relações constitutivas do pressuposto da relação de que se trata são atingidas pela coisa julgada, isto é, se se estende até o pretérito necessário do *decisum*, cabe às leis processuais resolver, e o art. 287, parágrafo único, deu a solução do Código. A Ordenação Processual Civil alemã e a austríaca preferiram excluir êsse efeito de atração do passado pela coisa julgada” (55). Quer dizer: para o autor, a solução do Código é a que *inclui* no âmbito de incidência da *res iudicata* “as relações constitutivas do pressuposto da relação de que se trata” (56). Mas que vêm a ser tais “relações constitutivas”, senão os “motivos objetivos” do jurista alemão?

(54) Exemplifica ainda o ilustre escritor com a ação reivindicatória, a cujo respeito seria necessário, antes de mais nada, resolver a controvérsia sobre se é ou não prejudicial a questão da propriedade. Como já se viu, P. DE MIRANDA opina no sentido afirmativo, contrariamente ao que nos parece mais exato (ver n.º 56, nota 22). De qualquer modo, porém, são ambíguos os termos em que aqui se formula o exemplo: “a ação de reivindicação, uma vez decidida a favor do autor, compreende o domínio, pôsto que não se dispense ter havido o pedido de declaração”. Ora, se tinha de haver tal pedido, é que sem êle a questão do domínio não ficaria coberta pela *auctoritas rei iudicatae*. Mas só nessa hipótese a questão poderia ser considerada — na perspectiva que P. DE MIRANDA adota — mera “prejudicial”: havendo pedido de declaração, cumulado ao de condenação, ela será indiscutivelmente resolvida *principaliter* (v. acima, n.º 51). Nada de peculiar, pois, em que a alcance, aí, a coisa julgada: todos conviriam tranquilamente nessa conclusão, fôsse qual fôsse a posição tomada na controvérsia sobre a reivindicatória. O exemplo, como formulado, não ilustra adequadamente o pensamento que se reflete nos outros, e soa até contraditório.

(55) *Id.*, *ibid.*, págs. 102/3.

(56) Contraditóriamente, ainda, afirma P. DE MIRANDA, ao comentar o art. 4.º, que “as questões prejudiciais (...) se não estiverem postas desde o pedido ou como conteúdo dêle, têm de ser tratadas como *simples motivos*, — princípio assaz relevante para a interpretação completa dos arts. 287, 288 e outros. Ou serem objeto de ação declaratória incidental” (ob. cit., t. I, pág. 156; sem grifo no original). Essa passagem, que exclui a *auctoritas rei iudicatae* no tocante às questões resolvidas apenas como *prejudiciais*, visivelmente contrasta com as examinadas no texto.

71. Na vertente oposta, uma corrente de processualistas esforça-se por fixar em termos restritivos o entendimento do texto legal. Paladino dessa hermenêutica foi, em primeiro lugar, o mestre peninsular a quem se deve, em boa parte, o impulso inicial para o moderno florescimento dos estudos processuais em nossa pátria (57). De acôrdo com essa opinião, o parágrafo único do art. 287 deve interpretar-se, à luz de sua origem (o art. 290 do Projeto italiano de 1926), como consagrador, unicamente, do chamado “julgamento implícito” para tôdas as questões que, não tendo sido discutidas no feito, já não serão suscetíveis, após a formação da *res iudicata*, “para negar ou contestar o resultado a que se chegou naquele processo”, pois “a finalidade prática do instituto exige que a coisa julgada permaneça firme, embora a discussão das questões relevantes tenha sido eventualmente incompleta” (58).

Não se tire do dispositivo, ao contrário, a ilação de que a *auctoritas rei iudicatae* cobre a própria solução das questões prejudiciais, que não constituem “objeto do processo em sentido estrito”. Essas foram “conhecidas, mas não decididas, porque sôbre elas o juiz não sentenciou, e por isso podem ser julgadas livremente em outro processo, mas para fim diverso do objetivado no processo anterior; e o resultado dêsse processo deve permanecer intangível, mas para qualquer outro efeito subsistem intactas as questões prejudiciais” (59).

Com efeito — frisa-se — a coisa julgada apenas visa a assegurar “o resultado prático e concreto do processo”, sendo “irrelevante a amplitude da matéria lógica discutida e examinada”. Ora, “a sentença representa a resposta do juiz aos pedidos das partes”, e por conseguinte “tem os mesmos limites dêsses pedidos, que ministram, assim, o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada” (60). Esta, em resumo, “abrange a questão última do raciocínio do juiz, a conclusão de seu silogismo, que constitui a premissa essencial objetiva, a base lógica necessária do dispositivo (...); não, ao contrário, as

(57) LIEBMAN focalizou a questão, principalmente, em a nota 6 à trad. das *Instit. de CHIOVENDA*, cit., vol. I, págs. 542/3, e em comentário a acórdão, publicado na *Rev. For.*, vol. 144, pág. 270, e depois inserto nos *Estudos* cit., págs. 163 e segs., bem como, com ligeiras alterações de redação, em a nota *i* à trad. de *Eficácia* ... cit., págs. 51/4.

(58) LIEBMAN, nota ult. cit., págs. 52/3 (grifos do autor). Cf., acima, sôbre o “julgamento implícito” das questões deduzíveis, mas não deduzidas, o que se disse acêrca dos comentários de P. B. MARTINS e P. DE MIRANDA (v., sobretudo, n.º 69, nota 50); abaixo, números 72, 76 e 77.

(59) *Id.*, *ibid.*, pág. 53.

(60) *Id.*, *ibid.*

questões prejudiciais em sentido estrito, relativas a outras relações ou estados jurídicos, que não foram objeto da demanda, mas, por encontrar-se numa relação de antecedente lógico com a conclusão, tiveram que ser examinadas pelo juiz, não para ser decididas em si mesmas e sim unicamente para permitir a decisão principal” (61).

72. Entre os expositores sistemáticos do nosso direito processual civil, pelo menos dois abraçaram decididamente a tese restritiva (62). Na fundamentação dessa atitude, além de reiterar os argumentos teóricos, já passados em revista, forcejam tais autores por demonstrar a incompatibilidade da antítese com o sistema do Código, revelado noutros dispositivos e em princípios gerais que do seu texto se dessumem. Invoca-se, principalmente, a proibição do julgamento *extra petita*, contida no art. 4.º (63); e alude-se, também, aos princípios de fixação da competência, que ficariam expostos a violações se se permitisse ao juiz da questão principal *decidir* sempre (com fôrça de coisa julgada) as questões prejudiciais (64). Procura-se assim, pelo caminho da interpretação *sistemática*, dar ao art. 287 e seu parágrafo único entendimento que o harmonize com a orientação predominante na doutrina e nas leis contemporâneas, em matéria de limites objetivos da coisa julgada.

Nessa óptica, o verdadeiro sentido do parágrafo único há de ser, tão sômente, o de pôr a *res iudicata* a salvo de ataques fundados em argumentos que poderiam ter sido, mas de fato não foram, trazidos à balha no processo. Noutras palavras: o parágrafo consagraria a doutrina do “julgamento implícito” em relação às questões não *resolvidas*, nos limites da matéria que tenha sido objeto de solução *principaliter*: esta — e só esta — torna-se intangível, ainda em face da demonstração, que se pudesse fazer, de que a decisão seria diferente se se houvesse levado ao conhecimento do juiz alguma (ou algumas) das questões omitidas. “Quando se diz” — escreve um dos mestres — “que a coisa julgada material abrange o deduzido e o deduzível, o que se quer afirmar é que se não podem levantar, a respeito da mesma pretensão, questões argüidas ou que o podiam ser, se com isto se

(61) *Id.*, nota 6 às *Instit. de CHIOVENDA*, cit., vol. I, pág. 543.

(62) L. DA COSTA, *Dir. Proc. Civ. bras. cit.*, vol. II, págs. 382/3, e vol. III, págs. 431 e segs.; *id.*, *Manual cit.*, pág. 197; J. F. MARQUES, *Instit. cit.*, vol. V, págs. 51 e segs.

(63) L. DA COSTA, *Dir. Proc. Civ. bras. cit.*, vol. III, pág. 433; J. F. MARQUES, *ob. e vol. ult. cit.*, pág. 54.

(64) L. DA COSTA, *ob. e lug. ult. cit.*

consiga diminuir ou atingir o julgado imutável, e, conseqüentemente, a tutela jurisdicional nêle contida” (65).

78. Se agora quisermos reduzir a esquema os resultados da análise empreendida, poderemos reunir em dois grupos, de tendências opostas, os pronunciamentos doutrinários acêrca do nosso problema. No primeiro, incluir-se-ão todos os que, de modo mais ou menos estrito, se mantêm submissos, na interpretação do Código, a diretrizes de inspiração savignyana, ainda quando — conforme se viu ocorrer em certos casos — expressamente procurem negar tal filiação. Feita abstração de divergências miúdas, de diferenças de acentuação, dêsses autores é lícito afirmar, quanto ao ponto que mais nos interessa aqui, que são concordes em atribuir força de coisa julgada material à solução das questões prejudiciais de mérito. Resolvida, num processo, a controvérsia que porventura se suscite a respeito de relação condicionante da principal, a *res iudicata* que sôbre esta se forme àquela necessariamente se estenderá, pouco importando a circunstância de tê-la o juiz apreciado tão só como passo lógico indispensável para a solução da outra, que verdadeiramente constituía o objeto da demanda (66). Apaga-se, destarte, a distinção entre *iudicium* e *cognitio*, entre decisão proferida *principaliter* e pronunciamento emitido *incidenter tantum*.

Compõem o segundo grupo aquêles que apenas enxergam no parágrafo único do art. 287 regra consagradora do “julgamento implícito” das questões não discutidas no processo, mas para o fim exclusivo de preservar a *auctoritas rei iudicatae* que se haja formado sôbre a ques-

(65) J. F. MARQUES, ob. e vol. ult. cit., pág. 59; no mesmo sentido, L. DA COSTA, ob. e vol. ult. cit., pág. 434. Cf., acima, números 69 (e nota 50), 70 e 71; abaixo, números 76 e 77.

(66) A tal concepção podem ainda reputar-se ligadas, mais ou menos estreitamente, as opiniões de A. FRAGA, ob. cit., vol. II, pág. 619; de C. CARVALHO, *Dir. Jud. Civ.*, cit., 2.º vol., pág. 819; de J. BONUMÁ, ob. e vol. cit., págs. 468/71; de G. DE RESENDE F.º, ob. cit., vol. III, págs. 71/3 (sobretudo pelo exemplo referente à ação de alimentos); de A. A. A. BARBOSA, ob. cit., págs. 170/3; e até de M. A. SANTOS, ob. ult. cit., vol. III, págs. 72/3; apesar da categórica declaração de que “o Código não se afeiçãoou à doutrina de SAVIGNY”, não se consegue perceber o alcance da distinção, simplesmente *afirmada*, entre os “motivos objetivos”, inatingidos pela *auctoritas rei iudicatae*, e as “premissas necessárias” por ela cobertas; ademais, os exemplos deixam patente a inclusão das prejudiciais, no entender do autor, entre as questões decididas com força de coisa julgada. Quanto a J. LAFAYETTE, verb. cit., pág. 285, a afirmação de que o Código “voltou, em parte, à doutrina de SAVIGNY, que atenuou” (grifos nossos), não permite inferir com segurança — tanto mais quanto o autor exclui *expressamente* de suas cogitações o problema das questões prejudiciais (pág. 286) — a adesão à hermenêutica ampliativa. Essa tendência, por outro lado, prevalece notôriamente na jurisprudência (v. exemplo recente no acórdão de 8-8-1960, do Supremo Tribunal Federal, in *Rev. Trim. de Jurispr.*, vol. 14, págs. 129/30).

tão principal. Semelhante opinião, cumpre reconhecer, é ainda minoritária (67), tamanha a influência que continuam a exercer sôbre os espíritos, à distância de mais de um século, as idéias do genial jurista alemão.

Certos argumentos esgrimidos pelos que se lhes opõem, aliás, podem ser liminarmente postos de lado, por irrelevantes: assim, é em vão que se invocará, nesta matéria, a “tradição do direito português e brasileiro”, porque, na verdade, se alguma coerência se lhe puder descobrir, ela antes apontará no sentido contrário ao que se pretende (68); por outro lado, não seria tão pouco verossímil que o Código tivesse querido “estabelecer um princípio em contraste” com tal tradição: para nos cingirmos a um único tópico, é fora de dúvida, por exemplo, que, ao definir-se pela *oralidade*, o vigente estatuto se põe em aberto contraste com a orientação secularmente tradicional do nosso direito (69). O mesmo se dirá, *mutatis mutandis*, do raciocínio baseado na predominância da tese restritiva na literatura processual e nas “mais importantes legislações modernas”: o Código bem podia — e em mais de um ponto o terá feito — adotar posição original (70).

74. A fixação do entendimento que se há de atribuir ao art. 287 e seu parágrafo único, e portanto da atitude tomada pelo Código de Processo Civil na matéria, exige prévia referência à fonte de que historicamente emanou aquêle dispositivo. Trata-se, como é notório, do art. 290 do Projeto italiano de 1926, assim redigido:

“La sentenza che decide totalmente o parzialmente una lite ha forza di legge nei limiti della lite e della questione decisa. Si considera decisa, anche se non sia risolta espressamente, ogni questione la cui risoluzione costituisca una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza”.

(67) Além dos autores citados em os números 71 e 72, acima, a ela aderem A. BUZAD, *A ação declar.*, cit., págs. 191/2 (quanto ao que se lê em *Do agr. de pet.*, cit., pág. 113, parece que aí o autor está apenas expondo, sem subscrevê-la, a doutrina carnelluttiana; para a opinião *de lege ferenda* do professor paulista, v. Anteprojeto de Código de Processo Civil, arts. 508 e 509, I e III; cf. abaixo, n.º 81); J. I. B. DE MESQUITA, ob. cit., págs. 43/5, 47, 59, 62/3, embora com fundamentação que não placitáramos sem restrições.

(68) V. acima, n.º 54.

(69) Conquanto seja oportuno assinalar, com L. M. GUIMARÃES, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, pág. 37, nota 66, que, já anteriormente ao Código, a lei dos executivos fiscais (Dec.-lei n.º 960, de 17-12-1938) consagrara, em essência, o princípio oral; cf. A. DE M. LIMA, ob. cit., pág. 66.

(70) Os dois argumentos são de LIEBMAN, nota 6 às *Institt. de CHIOVENDA*, cit., vol. I, pág. 643.

A primeira questão que se põe, na interpretação desse texto, concerne às palavras “*e della questione decisa*”, bem capazes de colocar em falsa pista o exegeta que não se demore a meditar-lhes a significação. Aparentemente, a inclusão delas só se poderia justificar pelo propósito de estender à solução das prejudiciais a autoridade da coisa julgada substancial (“*forza di legge*”). Com efeito, à primeira vista caberia argumentar que, se se tivesse querido circunscrever ao âmbito da questão principal o campo de atuação daquela autoridade, nada se haveria de acrescentar à expressão “*nei limiti della lite*”. O resto teria de ser olhado, ainda, como reminiscência savignyana, com as implicações de praxe.

75. Ao nosso ver, deve buscar-se alhures a explicação do acréscimo. Há um pormenor que nem sempre se tem levado na devida conta: o Projeto italiano, ao contrário do Código de Processo Civil, alude a “*questione decisa*”, no singular; abstraindo-se por ora de outras considerações, se o alcance da norma fôsse realmente o de introduzir as prejudiciais na esfera de incidência da *res iudicata*, o natural seria que se houvesse falado em “*questioni decise*”, no plural. Aí se lobriga um indício de que o Projeto, nesse ponto, não se refere aos eventuais pronunciamentos sobre questões relativas a antecedentes lógicos da principal.

A verdadeira inteligência do dispositivo, ao que nos parece, encontra sua chave nas palavras “*totalmente o parcialmente*”, com as quais se há de articular a menção, feita logo após, aos limites “*della questione decisa*”. Não se olvide a feitura carnelluttiana da fórmula: para bem compreendê-la, é imprescindível ter à vista o sentido particular que o vocábulo “*lite*” assume na construção doutrinária no mestre, bem como a sua concepção das relações entre a lide e o processo, e especialmente a distinção entre “*processo integral*” e “*processo parcial*” (71). A luz de tais noções, não é difícil concluir que o art. 290 do

(71) O art. 290 do Projeto revisto, acima transcrito, é com efeito reprodução *ipsis verbis* do art. 300 do Projeto preliminar de CARNELUTTI. Para este, conforme se sabe, a lide, definida como “o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”, forma o “conteúdo do processo” — ou antes, como diria mais precisamente o mestre a partir de certo momento, o conteúdo do processo contencioso — (*Sistema cit.*, vol. I, págs. 44/5; cf. *Studi cit.*, págs. 54/5, nota 2). Decide-se a lide mediante a solução das questões, isto é, das dúvidas surgidas em relação aos fundamentos da pretensão ou da contestação (*Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. IV, págs. 2/3; *Sistema cit.*, vol. I, pág. 317, e vol. II, pág. 15; *Studi cit.*, vol. III, págs. 40/1; *Instit. cit.*, págs. 37/8). No processo, todavia, nem sempre aparece a lide em suas dimensões integrais: é lícito às partes deduzi-la apenas em algum ou alguns de

Projeto, tendo previsto as hipóteses alternativas da decisão *total* ou *parcial* da lide, não podia contentar-se, ao definir a extensão da *auctoritas rei iudicatae*, com a expressão “*nei limiti della lite*”, pois nem sempre a área coberta pela coisa julgada coincidirá com a da lide, na sua totalidade. Isso apenas ocorrerá quando esta fôr integralmente decidida; se, entretanto, algum (ou alguns) de seus aspectos ficarem estranhos ao processo, as questões a êle (ou a êles) concernentes, não tendo sido debatidas nem resolvidas, permanecerão, análogamente, estranhas ao julgado. O alcance da primeira alínea, em tal óptica, é o que ela teria se dispusesse: a sentença que decidir a lide terá “*fôrça de lei*” nos limites da lide, mas, se a decisão fôr parcial, só a terá nos limites da questão decidida.

Assim se aclara o sentido desta última expressão, naquele texto: a “*questione decisa*”, em cujos limites, exclusivamente, se fará sentir a *auctoritas rei iudicatae*, não é *prejudicial*: é a própria *questão principal*, objeto da conclusão final do juiz. O acréscimo, em vez de *ampliar*, na verdade *restringe* a zona de incidência da norma: põe de manifesto que, em não coincidindo os limites da lide e os da questão resolvida *principaliter* — por ter sido “parcial” o processo —, será mister considerar não só aquêles, mas também êstes, quando se quiser verificar, *in concreto*, as dimensões objetivas da coisa julgada. Coberto por esta unicamente estará o que se houver decidido (*principaliter*), como resposta à demanda — respeitados, portanto, os termos, mais largos ou mais apertados, em que se haja levado a lide à apreciação judicial.

76. A essa interpretação provávelmente se objetará com a segunda alínea do art. 290, que considera “decidida, ainda que não resolvida expressamente, tôda questão cuja solução constitua premissa necessária da disposição contida na sentença”. Ver-se-á nesse preceito a confirmação de que o dispositivo, aludindo aos “limites da questão decidida”, tinha mesmo em vista a solução das *prejudiciais*.

seus aspectos, deixando de lado os restantes. Daí as noções de *processo integral* (em que se contém a lide tôda) e *processo parcial* (que só contém parte da lide). Esse fenômeno reflete-se, naturalmente, na extensão das questões com que se defronta o juiz: no processo parcial, como é óbvio, o número de questões a resolver será menor que no processo integral (*Lezioni cit.*, vol. IV, págs. 9/11, 13 e segs.; *Sistema cit.*, vol. II, págs. 668/9; *Studi cit.*, vol. III, págs. 41/2; *Dir. e proc. cit.*, pág. 273). V., a respeito, a crítica de LYBMAN, *Estudos cit.*, págs. 126 e segs.; já anteriormente, CALAMANDREI, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. V, 1928, parte I, págs. 92/5.

Parece-nos, todavia, que se pode explicar de outra maneira a regra da segunda alínea. O propósito de distinguir entre as hipóteses de “processo integral” e “processo parcial” conduziu o projetista, antes, àquela referência à “*questione decisa*”. Tendo-a feito, receou talvez que ela viesse a ser mal interpretada, como permissiva de eventuais ataques à coisa julgada com base em argumentos novos, suscetíveis de dar corpo a questões não levantadas (nem, pois, resolvidas) no processo. Poder-se-ia supor que, por não terem sido semelhantes questões objeto de decisão, contra elas não seria eficaz a barreira da *res iudicata*, de sorte que o próprio resultado do processo (correspondente à solução da questão principal) ficaria à mercê de investidas posteriores, que as usassem como instrumentos.

Para cortar essa possibilidade, houve por bem o Projeto, na segunda alínea, tornar explícito que todas as questões capazes de influir na decisão (da principal) se considerariam, a partir do momento em que se formasse a coisa julgada, resolvidas no sentido compatível com o pronunciamento emitido *principaliter*; e, por conseguinte, não seria lícito, mais tarde, contestar o resultado do processo tentando demonstrar que ele teria sido diverso caso houvesse o juiz tomado conhecimento de alguma (ou algumas) delas. Noutras palavras: a segunda alínea consagrou a doutrina do “juízo implícito”: declarou “supérfluo, como exame de coisa irrelevante”, o de quaisquer questões — debatidas ou não — “após a sentença, trãnsita em julgado, que contém o pronunciamento sobre a lide” (72). Irrelevante, frise-se, “nos limites da lide”, pois a interpretação da segunda alínea não pode prescindir, evidentemente, dos dados da primeira. Não terá sido a melhor, com certeza, a fórmula escolhida; mas as suas ambigüidades não vão ao ponto de autorizar entendimento diverso do que aqui se propõe, e é o único capaz de atribuir-lhe sentido global razoável e harmônico (73).

(72) ALLORIO, trab. e lug. cit. em a nota 50.

(73) Coincide com a nossa, em substância, a interpretação que do art. 290, sem desenvolver a matéria, dá LIEBMAN, *Estudos* cit., pág. 167, nota 1 (começada na pág. 166). Quanto à primeira alínea, o entendimento que expusemos parece-nos avalizado pelo próprio CARNELUTTI, quando, ao sustentar a superioridade da sua fórmula sobre a de art. 1.351 do antigo Código Civil italiano, escreve “... preso alla lettera, l'art. 1.351 dice soltanto che l'autorità della cosa giudicata ha luogo rispetto alla lite; ma dimentica così l'ipotesi del processo parziale” (*Linceamenti della riforma del processo civile di cognizione, in Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. VI, 1929, parte I, pág. 80 — sem grifo no original). Feita de passagem, nem por isso a referência é menos expressiva como confirmação de que o acréscimo final

77. O Código de Processo Civil, ao redigir o art. 287 e seu parágrafo único, impôs sensíveis deformações ao texto que lhe serviu de modelo. No *caput*, suprimiu a expressão “da lide” e aludiu, no plural, às “*questões decididas*”. No parágrafo, eliminou a cláusula subordinada “ainda que não tenha sido expressamente resolvido”.

Das modificações facilmente se infere que o redator do dispositivo não percebeu bem o alcance do art. 290 do Projeto italiano. Teria querido evitar, com o primeiro corte, a repetição, julgada pouco elegante, da palavra “lide”? Tal preocupação estilística, aliás estranha a outros e não poucos textos do Código, seria no caso particularmente inoportuna, pelo risco de mutilação que faria correr o conteúdo da norma. A “força de lei”, atribuída à sentença, já não se aterria aos limites “da lide”, mas apenas aos “das questões decididas”. A nova fórmula abreviada, à primeira vista, favorece as interpretações tributárias do pensamento savignyano, como as favorece a referência a “questões decididas”, no plural — sintoma nítido da incompreensão do legislador pátrio quanto à razão por que se inserira, no texto peninsular, o acréscimo “*e della questione decisa*”, e quanto às relações entre eles e a expressão “*totalmente o parzialmente*”.

Menos grave a supressão no parágrafo. O próprio art. 290 do Projeto italiano a suportaria, sem notável alteração de sentido, na segunda alínea. Naturalmente, a *mens legis* fica mais clara com a alusão explícita às questões não resolvidas; de qualquer modo, porém, *lege non distinguente*, também a essas — a despeito da influência que pudessem ter, caso suscitadas, na decisão — se estenderia a impossibilidade de ministrar, após o trãnsito em julgado, instrumentos eficazes de ataque à sentença (74).

78. Se os dados do art. 287 e seu parágrafo se afigurassem decisivos no sentido de impor, sem dúvida possível, a conclusão ainda subscrita pela maior parte da nossa doutrina, no tocante à extensão da

(“... e della questione decisa”), no art. 290 do Projeto revisto e em sua fonte, o art. 300 do Projeto primitivo, nenhuma relação tem com o problema das questões prejudiciais.

(74) Sem razão J. I. B. DE MESQUITA, ob. cit., págs. 43/4, quando supõe que o parágrafo único do art. 287 se refira a questões *insuscetíveis* (caso debatidas) de modificar a solução da lide, “que permaneceria sempre idêntica à contida no dispositivo da sentença”. A irrelevância dessas, que repousa na natureza das coisas, não precisaria ser declarada pela lei, para assegurar a intangibilidade da *res iudicata*. O que se quer e se precisa vedar é, justamente, a posterior contestação do resultado do processo com base em questões que, sem tal vedação, seriam relevantes.

auctoritas rei iudicatae aos pronunciamentos sobre questões prejudiciais, prontamente nos curvaríamos ao império da lei, por mais graves que nos parecessem, *de iure condendo*, os inconvenientes teóricos e práticos do sistema. Ao nosso ver, no entanto, o texto mesmo do Código — suscetível nesse ponto, como se mostrará, de entendimento diverso — apresenta no art. 4.º óbice de vulto à aceitação daquela tese, *verbis* “O juiz não se pronunciará sobre o que não constitua objeto do pedido”.

Esse preceito, consagrador da tradicional doutrina da correspondência entre a demanda e a sentença, diz respeito, naturalmente, ao *meritum causae*. Não se veja nêle impedimento a que o juiz profira, *v. g.*, decisões de conteúdo meramente processual capazes de produzir, pelo menos, coisa julgada *formal* (75), sem provocação de qualquer das partes: os requisitos postos pela lei para o regular exercício da atividade jurisdicional são, em regra, controláveis de officio. No âmbito, porém, da *res in iudicium deducta*, o art. 4.º veda claramente a solução, *com força de coisa julgada*, de questões outras que não a principal, “objeto do pedido”. Assim se há de entender, com efeito, a expressão “não se pronunciará”, onde o verbo “pronunciar-se”, obviamente, não pode equivaler a “tomar conhecimento” nem a “resolver” (como chegaria o juiz à questão-fim sem passar pelas questões-meio?). mas a “decidir”, em sentido próprio, isto é, exercer o *iudicium*. A distinção que o art. 4.º estabelece é precisamente esta: a questão principal, o juiz a *judga*; quanto às outras, apenas condicionantes, por sua solução, da solução da principal, e pois exteriores ao “objeto do pedido”, êle tem a *mera cognitio*, resolve-as *incidenter tantum*, sem o sêlo da *res iudicata* (76).

A interpretação sistemática leva-nos, assim, à inteligência restritiva do art. 287 e seu parágrafo — único modo de harmonizá-los com o preceito do art. 4.º, primeira parte. A existência dêste suprê, em nossa opinião, a omissão resultante do corte feito pelo legislador nacional na fórmula italiana (art. 290 do Projeto, 1.ª alínea): para o

(75) Sobre se há coisa julgada *material*, no direito brasileiro, em decisões de conteúdo puramente processual, *v. abaixo*, n.º 87.

(76) O argumento tirado do art. 4.º, para nós decisivo, já foi utilizado por L. DA COSTA e J. F. MARQUES, nas obras e lugares citados em a nota 63, acima. Convém observar, de passagem, que o preceito em exame, à evidência, tampouco impede a *decisão* (com força de coisa julgada) sobre pontos estranhos ao “objeto do pedido”, mas a cujo respeito a *própria lei imponha o pronunciamento judicial* (*v. g.*, Código de Processo Civil, arts. 64, 283). Quanto, porém, à interpretação que dêle oferece C. SANTOS, *ob. ult. cit.*, vol. I, págs. 114 e segs., constitui, ao nosso ver, exemplo frisante de autêntica *interpretatio abrogans*.

fim que se tem aqui em vista, tanto faz, na prática, dizer que a *auctoritas rei iudicatae* se contém “nos limites da lide”, quanto declarar que ela se restringe ao pronunciamento sobre o “objeto do pedido”. As questões prejudiciais, conhecidas incidentalmente, ficam abertas, em qualquer outro processo, à livre apreciação do órgão judicial.

79. No que tange à expressão “das questões decididas”, a despeito da pluralização, não seria descabido, em princípio, à semelhança do que se propôs para o texto original, entendê-la como referência à possibilidade de decisão *parcial* sobre a lide. Existirá tal possibilidade — abstraindo-se da controvérsia puramente teórica sobre a validade dos conceitos carneluttianos de “processo integral” e “processo parcial” (77) — *de lege lata*, no direito brasileiro? Já se assinalou, com razão, a ilegitimidade da atitude, que algum juiz tomasse, de silenciar na sentença, acêrca de parte do pedido: o vício da decisão *citra petita* não é menos grave que o vício oposto (78). A explicação, que se pretendeu dar ao propósito, com base na eventual cumulação, declarada inadmissível na sentença (79), é inconvincente e não resiste à crítica segundo a qual, “se o juiz, em processo cumulativo, decide apenas sobre um dos pedidos”, eximindo-se de julgar o outro (ou os outros), por achar incabível a cumulação, “o que se verificou foi decisão total sobre uma lide, e ausência de decisão de mérito sobre outra ou outras lides” (80).

A lei mesma, entretanto, pode dispor que não se definam de uma só vez tôdas as questões concernentes a uma lide: recorda-se em doutrina, ao propósito, o caso do pedido genérico (Código de Processo Civil, art. 153, § 1.º), em que a decisão se desdobra em dois processos sucessivos, apurando-se no primeiro tão somente a existência da relação jurídica (*an debeat*) e deixando-se para o segundo a liquidação do débito (*quantum debeat*) (81). No campo dos “processos especiais”, a título de exemplo, pode mencionar-se a ação cominatória para pedir contas, em que, numa primeira fase, o juiz verifica se existe a obrigação de prestá-las, e na outra julga as apresentadas (Có-

(77) *V.*, a respeito, nota 71, acima.

(78) J. F. MARQUES, *ob. ult. cit.*, vol. V, pág. 50.

(79) P. B. MARTINS, *ob. cit.*, vol. III, t. II, pág. 291.

(80) J. F. MARQUES, *ob. e lug. ult. cit.*; no mesmo sentido, M. A. SANTOS, *ob. e vol. cit.*, pág. 69.

(81) J. F. MARQUES, *ob. cit.*, vol. III, pág. 60, e vol. V, págs. 50/1. O próprio CARNELUTTI, *Sistema cit.*, vol. II, pág. 671, já aludira expressamente a essa hipótese.

digo de Processo Civil, art. 308 e seus parágrafos) (82). Em semelhantes hipóteses, incidirá o art. 287: esgotados ou não utilizados os recursos cabíveis contra o primeiro pronunciamento, ficará êste, desde logo, coberto pela *auctoritas rei iudicatae*, que, obviamente, se conterà nos limites da lide e *daquilo que já foi decidido*. Tal decisão é *preliminar* da outra: pode ter o efeito de preexcluí-la, se proferida em certo sentido (83). Assim, rejeitado o pedido genérico, não haverá o que liquidar; declarada a inexistência da obrigação de prestar contas, o processo da cominatória não irá adiante.

O parágrafo único do art. 287, enfim, não há de ser entendido como se ampliasse à solução das prejudiciais o raio de alcance da coisa julgada — o que contrariaria ao preceito do art. 4.º, 1.ª parte —, mas como simples reafirmação do princípio segundo o qual permanece ela imune a ataques posteriores, quer com base em razões efetivamente deduzidas no processo, quer em outras que, podendo tê-lo sido, de fato não o foram (“juízo implícito”).

80. A solução de uma questão prejudicial só ficará coberta pela *auctoritas rei iudicatae* se houver, a respeito, pedido que se cumule ao outro, dualidade de ações em *simultaneus processus*. Ai, porém, a questão já não será apreciada *como prejudicial*, senão, ao contrário, *principaliter* (84).

Admite-se, por exemplo, que o autor, na inicial — satisfeitos os requisitos legais da cumulação —, junto com o pedido referente à relação condicionada, peça também a declaração judicial da condicionan-

(82) Filiamo-nos, neste particular, à corrente doutrinária que considera *definitiva*, isto é, *de mérito* (embora só o aprecie *parcialmente*) a decisão com que se encerra a primeira fase do procedimento, na cominatória do art. 308: assim, P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. V, pág. 83 (o qual, no entanto, curiosamente afirma — págs. 86/7 — caber agravo no auto do processo, e não apelação, da sentença do § 1.º, quando favorável ao autor); C. SANTOS, ob. ult. cit., vol. IV, pág. 276; L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. IV, pág. 367; S. FAGUNDES, ob. cit., página 337, notas 157 e 159; M. A. SANTOS, *Ações cominatórias no direito brasileiro*, 2º t., págs. 402, 423/4; VICENTE SABINO JR., *A dupla execução nas ações de prestação de contas*, in *Rev. For.*, vol. 181, pág. 13; e a jurisprudência dominante (v. os acórdãos referidos por M. A. SANTOS, ob. e t. cit., pág. 423, nota 90); em sentido contrário, L. M. GUIMARÃES, *Coment. cit.*, vol. IV, pág. 256. Outros exemplos de apreciação gradual, escalonada, das questões de mérito podem ser encontrados nas ações de divisão e demarcação (Código de Processo Civil, arts. 426 e 439) e no processo de inventário (a cujo respeito v. o interessante estudo de LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, in *Direito Processual Civil*, págs. 234 e segs.).

(83) Cf. o conceito de “questão preliminar” exposto em o n.º 19.

(84) V. acima, n.º 51.

te; ou que o réu, além de contestar a demanda, formule em reconvenção, se esta fôr cabível, o pedido declaratório. *Quid iuris* se o interesse em tal declaração só surgir, para o autor ou para o réu, depois do ajuizamento ou da oportunidade própria para reconvir, respectivamente? O remédio previsto em mais de uma legislação é a ação declaratória *incidental*. A despeito de inexistir, no Código de Processo Civil, regra expressa que genericamente a preveja, parte da doutrina, entre nós, tende a afirmar-lhe a possibilidade em qualquer caso, ou pelo menos “mediante acôrdo entre as partes” (85).

Ao nosso ver, ante o silêncio da lei, a questão deve ser posta em termos um pouco diferentes. Parece-nos possível, sem introduzir à fôrça no sistema um instituto que o legislador não quis consagrar com os amplos contornos traçados por outros ordenamentos, chegar a solução que concilie o respeito ao texto com a conveniência de abrir ensejo, quando necessário, à *decisão* (em sentido próprio) da controversia prejudicial, ainda nos casos de interesse *superveniente*. A parte interessada, preenchendo as condições necessárias, pode ajuizar em separado o pedido de declaração e requerer a junção dos dois processos com fulcro na conexidade das causas (art. 116); será caso, até, de distribuição por dependência (art. 50, § 2.º). Tal solução, se por outro motivo não se revelar inviável, servirá também para quando forem diversos os *legítimi contradictorios* nas duas ações, por não terem os mesmos sujeitos a relação condicionante e a condicionada.

81. O anteprojeto de Código de Processo Civil consagra em termos categóricos, na matéria vertente, a orientação restritiva (86). Re-

(85) Assim, com essa ressalva, J. I. B. DE MESQUITA, ob. cit., pág. 70, nota 2. Parece admitir sem restrições a ação declaratória incidental A. BUZAD, *A ação declar.* cit., págs. 191/2. À primeira vista, é igual a opinião de L. DA COSTA, ob. ult. cit., vol. III, págs. 439/40, onde, após transcrever o § 280 da *Z.P.O.*, que a consagra, afirma: “Nós, embora sem texto de lei, devemos adotar regra semelhante, eis que ela resulta da natureza das coisas”. Observe-se, todavia, que para o processualista mineiro o pedido declaratório do autor tinha de ser feito “na inicial ou em aditamento a ela, mas antes da intimação da citação ao réu (Cód. de Proc. Civil, art. 157)”; quanto a êste, na pág. 434, diz-se que a declaração deve ser pedida “com a reconvenção”; já na pág. 440 admite-se o pedido “na contestação, sem necessidade da forma da reconvenção”, mas ressalva-se que “não basta uma simples contestação, pois com esta apenas não se torna clara a vontade do réu, de querer uma declaração principal ou apenas incidente”. Para nós, aí é indispensável a demanda reconvenicional expressa; salvo engano, também assim pensa P. DE MIRANDA, ob. ult. cit., t. I, pág. 128.

(86) Para comodidade do leitor, transcrevemos abaixo os dispositivos do anteprojeto relacionados com o nosso problema:

“Art. 5.º — Se, no curso do processo, se tornar litigioso um direito, de cuja

produz o art. 508, com ligeiríssima alteração de redação, o *caput* do atual art. 287 — e, de passagem, cabe lamentar que o eminente autor não se haja disposto a abandonar a inadequada fórmula da “fôrça de lei” para exprimir a autoridade da *res iudicata* em sentido substancial. A desnecessidade de recorrer a tal circunlóquio era, aí, tanto maior quanto já definida, no art. 507, a coisa julgada material; bastaria que em seguida se dissesse: “A sentença que julga total ou parcialmente a lide faz coisa julgada material nos limites da lide e das questões decididas”. Em todo caso, reintroduzindo-se o “da lide”, corrigiu-se a imperfeição principal e restaurou-se o pensamento que inspirara o artigo 290 do Projeto italiano de 1926. Quanto ao “julgamento implícito” das questões não discutidas, dêle trata, em termos claros, o art. 514.

No art. 509, expressamente se exclui a fôrça de coisa julgada em relação aos motivos (inciso I) e à solução das questões prejudiciais (inciso III). E o art. 510 completa o sistema, regulando, em conjugação com os arts. 5.º, 124 e 354, a ação declaratória incidental — remédio pôsto à disposição das partes para as hipóteses em que haja interesse na definição, *principaliter*, da relação condicionante.

Não nos parece totalmente feliz, allás, a redação do art. 510, pois a rigor, aí, a questão não é resolvida *como prejudicial*, mas como questão *principal* da ação declaratória incidente (87). A parte final, ademais, é supérflua, porque no próprio conceito de prejudicial (de

existência ou não depender a decisão da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz o declare por via incidente (arts. 124, 354 e 510).

Art. 124 — O juiz da causa principal é também competente para:

IV — A ação declaratória incidente (art. 5.º).

Art. 354 — Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre êle o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5.º).

Art. 508 — A sentença, que julga total ou parcialmente a lide, tem fôrça de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 509 — Não fazem coisa julgada:

I — Os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II —

III — As questões prejudiciais, resolvidas incidentalmente no curso do processo.

Art. 510 — Faz, todavia, coisa julgada a decisão da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5.º e 354), o juiz fôr competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Art. 514 — Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas tôdas as alegações, defesas e exceções, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

(87) V. acima, números 51 e 80.

mérito) já está insita a idéia de “pressuposto necessário para o julgamento da lide” — deixando de lado a circunstância de que a oração do verbo *constituir*, pelo lugar que ocupa no período, antes parece ter como sujeito “o juiz” do que “a decisão da questão prejudicial”.

Last but not least: a alusão ao requisito da competência, além de visivelmente deslocada, pode gerar equívocos. Com efeito, segundo o art. 124, o juiz da causa principal será também competente para a ação declaratória incidental (inciso IV); trata-se de uma das várias hipóteses em que a conexão influi na determinação da competência. Compreende-se que a regra incidirá ainda quando, em princípio, fôsse o juiz da causa prejudicada *incompetente* para a causa prejudicial; ora, se se quer abrir exceção para o caso de ocorrer incompetência *ratione materiae* — vedando, aí, a cumulação —, a sede própria há de ser o art. 5.º, que estabelece, de maneira genérica, os pressupostos de admissibilidade da declaração incidental (litigiosidade da relação condicionante, influência necessária na decisão da lide, iniciativa de qualquer das partes), e ao qual, inclusive, faz remissão o art. 124, IV. Não o art. 510, cujo texto, como está, dá a impressão de que, incompetente *ratione materiae* o juiz da causa principal, nem por isso se proíbe a ação declaratória incidente, mas apenas se nega ao respectivo pronunciamento idoneidade para produzir coisa julgada. A conclusão seria, não há dúvida, duplamente absurda: primeiro, admitir a declaratória incidental com solução *sem fôrça* de coisa julgada constituiria o mais gritante dos contra-sensos, já que a razão de ser do instituto é justamente a de ensejar a *decisão* (em sentido próprio) das questões subordinantes; em segundo lugar, conforme ressalta claro do art. 534 e seu inciso II, no sistema do Anteprojeto, como no do Código vigente, a sentença proferida por juiz incompetente *faz* coisa julgada, e depois desta é apenas *rescindível*, não *nula de pleno direito* (88).

(88) Para o art. 798 do Código de Processo Civil, *apesar da letra* (“Será nula a sentença . . .”), v., no sentido do texto, LIEBMAN, nota n.º 4 às Instit. de CHIOVENDA, cit., vol. III, págs. 277/81; *id.*, *Estudos* cit., pág. 185; *Processo de execução*, pág. 148; P. DE MIRANDA, *Coment. cit.*, t. X, págs. 169/71; *id.*, *Trat. da ação resc. cit.*, págs. 63, 152, 155 e segs., 178, 303 e *passim*; J. F. MARQUES, *ob. cit.*, vol. II, pág. 406, nota 27, e vol. III, pág. 518; J. DA S. PACHECO, *verbete Nulidade processual, in Rep. Enc. do Dir. Bras.*, vol. 34, pág. 243. Admitem a existência de nulidade L. DA COSTA, *ob. cit.*, vol. III, pág. 451; M. A. SANTOS, *Dir. Proc. Civ. cit.*, vol. III, págs. 437, 439, 441; J. F. AMERICANO, *ob. cit.*, vol. III, pág. 244; DE P. E SILVA, *ob. cit.*, vol V, pág. 46; P. B. MARTINS, *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*, págs. 78, 90; A. DE M. LIMA, *ob. cit.*, pág. 163. Contraditório O. DE ANDRADE, *ob. e vol. cit.*, pág. 79: “... é nula a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente, podendo ser anulada pela ação rescisória” (grifos nossos); também L. E. DE B. VIDIGAL,

Essas imperfeições, contudo, não retiram ao Anteprojeto o mérito de haver dado ao tormentoso problema dos limites objetivos da coisa julgada solução nítida, logicamente coerente e afeiçoada às diretrizes predominantes na moderna ciência processual, eliminando as ambigüidades de que está inçado o texto do Código. Corrigidos os senões que acima se apontam, ter-se-á formulado um sistema de normas cuja incorporação ao nosso direito positivo representará, sem sombra de dúvida, considerável progresso.

*
*
*

§ 3.º Questões prejudiciais relativas às “condições da ação”

82. Antes de passarmos ao exame desta classe de questões prejudiciais, vejamos como se comportam, em face do problema da coisa julgada, as próprias decisões referentes às “condições da ação”. Com efeito, de acôrdo com o princípio geral enunciado de início (89), só terá cabimento a indagação quanto àquelas, se no tocante a estas fôr positiva a resposta sôbre a aptidão para adquirirem a *auctoritas rei iudicatae*: negada tal aptidão aos pronunciamentos sôbre as questões condicionadas, *ipso facto* estaria ela negada aos pronunciamentos sôbre as questões condicionantes.

A doutrina nem sempre se manifesta de forma explícita sôbre o tópico, e isso em parte se deve à circunstância de reputar-se às vezes

que na pág. 31 de *Da ação resc. cit.* fala em “nulidade”, enquanto na pág. 30 se refere aos “meios pelos quais se pode anular a sentença”. PEDRO PALMEIRA, *Da sistemática dos recursos nos Códigos de Processo Civil do Brasil e de Portugal*, págs. 46/7, embora use o “nula” do art. 798, crítica a propriedade da qualificação. Em regra, a divergência é, no fundo, apenas terminológica, pois os autores que aceitam a dicção da lei geralmente reconhecem, de maneira expressa, que as “nulidades” do art. 798 só operam depois de pronunciadas em juízo.

(89) V. acima, n.º 49.

(90) Assim, expressamente, ANDREA LUÇO, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, pág. 152; G. LACERDA, *ob. cit.*, págs. 88 e segs. (salvo no que tange ao interesse processual, pág. 91). Quanto às decisões sôbre a *legitimatio ad causam*, idêntica é a opinião de L. DA COSTA, *ob. ult. cit.*, vol. I, págs. 104/5, para as hipóteses de legitimação ordinária, considerada matéria de mérito; os trechos em que o processualista mineiro nega a *auctoritas rei iudicatae* às decisões de “carência de ação” (*ob. e vol. cit.*, págs. 101, 109) devem ser entendidos como concernentes apenas aos casos de legitimação extraordinária (*cf.*, porém, do mesmo autor, *A carência de ação, especialmente com relação à legitimação para a causa*, in *Rev. de Dir. Proc. Civ.*, 3.º vol., págs. 5 e segs., onde a negação da coisa julgada na “carência de ação” vem enunciada em termos genéricos, sem qualquer ressalva, na pág. 33).

contido no âmbito do *meritum causae* o problema das “condições da ação”. É claro que, para quem se coloque em semelhante posição, não há necessidade de versar em separado a questão que ora nos ocupa: se a decisão se inclui entre as de mérito, inexistirá qualquer dúvida acêrca da sua idoneidade para produzir coisa julgada material (90). Ainda, porém, na corrente a que nos filiamos e que sustenta a distinção entre os dois planos, tem-se respondido positivamente à indagação sôbre a *res iudicata* em sentido substancial nas decisões relativas às “condições da ação” (91).

83. Que resposta melhor se harmoniza com o direito positivo brasileiro? O art. 287 confere autoridade de coisa julgada às sentenças que decidem (total ou parcialmente) “a lide”. Atenta à significação particular que se costuma atribuir a esta palavra, na trilha das elaborações carnulutianas, boa parte da doutrina identifica, em nosso sistema, “lide” e “mérito”, figuras cujos contornos correspondem aos da *res in iudicium deducta*, ou seja, no caso mais comum, aos da relação jurídica de direito substantivo sôbre a qual se discute (92). Para conciliar, entretanto, a dicção do art. 287 com o reconhecimento da *auctoritas rei iudicatae* às decisões que decretam a “carência de ação”, propôs-se ampliar o conceito de “lide”, a fim de fazê-lo abarcar, “além do objeto do pedido (que é o mérito), a própria admissibilidade desse mesmo pedido (condições da ação)”; de acôrdo com êsse entendimento, o mérito será “apenas uma parte, se bem que a parte essencial, da lide” (93).

Razoável se nos afigura dar ao art. 287 interpretação extensiva, para admitir a sua incidência não só nas hipóteses de solução da “lide”, própria dita, nos termos em que habitualmente se conceitua, mas também naquelas em que o juiz, a fim de apurar a viabilidade dessa solução, verifica se estão satisfeitos os requisitos substanciais exigidos

(91) V., entre outros, REBENTI, *ob. cit.*, t. I, pág. 247; LIEBMAN, *Manuale cit.*, vol. I, pág. 59; MICHELI, *Curso cit.*, vol. I, pág. 296; M. VELLANI, *ob. cit.*, pág. 6 e nota 13, pág. 129; G. FABBRINI, *ob. cit.*, pág. 196 e nota 50; P. B. MARTINS, *Coment. cit.*, vol. III, págs. 383/4; J. F. MARQUES, *ob. ult. cit.*, vol. V, págs. 15, 44; L. M. GUIMARÃES, *verb. Car. de ação cit.*, pág. 251; E. ROSA, *Meditações cit.*, págs. 20 e 39 da separata.

(92) LIEBMAN, nota 2 às *Instit. de CHIOVENDA*, *cit.*, vol. III, pág. 48; *id.*, *Estudos cit.*, pág. 137; L. DA COSTA, *Dir. Proc. Civ. bras. cit.*, vol. III, pág. 51; *id.*, *A. car. de ação ... cit.*, pág. 11; J. F. MARQUES, *ob. ult. cit.*, vol. III, págs. 289/90; M. A. SANTOS, *ob. ult. cit.*, vol. III, pág. 61; A. BUZAD, *Do agr. de pet. cit.*, págs. 103/4; J. SALOMÃO, *ob. cit.*, pág. 20; E. ROSA, *trab. ult. cit.*, págs. 42 e 61 da separata.

(93) L. M. GUIMARÃES, *verb. e lug. cit.* em a nota 91 (grifos do autor).

para que se exerça de maneira legítima, na espécie, o direito de obter aquela decisão. Tudo indica, realmente, que o pronunciamento sobre tais requisitos não deva ter seus efeitos confinados ao âmbito do processo mesmo em que são emitidos, pois não se prende, em seu teor, a quaisquer peculiaridades deste: não é por força de algum defeito inerente àquela determinada relação processual que o juiz, por exemplo, declara o autor parte ilegítima *ad causam*; o que tal declaração significa, ao contrário, é que, na convicção do juiz, o autor não é a pessoa a quem a lei reconhece qualidade para pleitear — naquele ou noutro processo, pouco importa — a providência jurisdicional requerida.

É claro que, quando se decreta a “carência de ação”, a cláusula restritiva do art. 287 leva-nos a concluir necessariamente que “a coisa julgada se limita à declaração da inexistência de determinada condição da ação” (94), deixando livre a apreciação do mérito noutro feito em que ela se revele viável. Assim, *v. g.*, negada a legitimação de Caio, por inexistente o seu casamento com Tícia, para reivindicar o bem dotal, nada impede que, mais tarde, Tícia volte a juízo com pedido igual — ou, até, que o próprio Caio venha a repropor a ação, *se nesse interim se tiverem casado*; negado o interesse de agir, por não vencida ainda a suposta dívida, cuja cobrança se pretende, fica res-salvada ao autor a possibilidade de novamente ajuizar o pedido, após o vencimento. E o juiz, em qualquer desses casos, terá de pronunciar-se sobre o mérito, podendo acolher a demanda, se lhe parecer procedente, sem que se haja de cogitar de *res iudicata*.

Como a natureza da decisão sobre as “condições da ação” não varia pela mera circunstância de ser positivo ou negativo o pronunciamento, atribuindo-se a autoridade da coisa julgada à sentença em que se decreta a “carência de ação”, logicamente se deve reconhecer a mesma força à decisão em que o juiz declare satisfeitas aquelas condições. É patente que, aqui, o interesse prático da questão diminui de intensidade, pois, em regra, de tal decisão se terá passado à apreciação do mérito, e haverá *res iudicata* sobre a questão principal; difícil conceber, destarte, que venha a tornar-se relevante, noutro processo, a força vinculativa do pronunciamento sobre a preliminar, considerado *per se*. Quando, entretanto, a lei permite, em caráter excepcional, novo ajuizamento da controversia já decidida *de meritis*, pode surgir o interesse na invocação da coisa julgada que se haja formado sobre as

(94) *Id.*, *ibid.*

“condições da ação”. É o que sucede, *v. g.*, na ação popular: consoante o art. 18 da Lei n. 4.717, de 29-6-1965, a demanda pode ser reproposta se foi repelida, no primeiro feito, por insuficiência de provas; supondo que, ali, se haja decidido sem recurso, ou com recurso ineficaz, ter o autor legitimação para a causa, no segundo processo, que eventualmente se instaure, vedado será ao réu reproduzir com proveito a arguição de ilegitimidade: a questão estará coberta pela *auctoritas rei iudicatae*.

84. *Quid iuris* no tocante às questões prejudiciais das referentes às “condições da ação”? Embora o preceito do art. 4.º, primeira parte, toque especificamente, como vimos, ao *meritum causae*, o recurso à analogia encontra, neste tópico, adequado campo de aplicação. A *ratio* daquele dispositivo, com efeito, prevalece *a fortiori* quando nos deslocamos da esfera do mérito para a das condições de admissibilidade do julgamento d'ele. Fique bem claro que não se está negando, em absoluto, o controle *ex officio*, pelo juiz, desses requisitos do pleno desenvolvimento da atividade jurisdicional — nem, quando for o caso, a declarabilidade da sua inexistência ainda sem alegação da parte (95). Se, para tanto, é mister apreciar outras questões, cuja solução constitua antecedente lógico de tal pronunciamento, ele terá, naturalmente, de resolvê-las. Mas não há porque atribuir à sua atividade cognitiva, no particular, efeitos mais amplos do que os estritamente necessários. O juiz decide de ofício as questões atinentes às “condições da ação” e resolve, em caráter incidental, as que porventura condicionem a solução das primeiras; no segundo caso, porém, não há “pronunciamento” no sentido *forte* do art. 4.º.

Parece-nos dispensável alongar a demonstração. Se, ao redigir o art. 4.º, 1.ª parte, atendeu o Código às considerações de índole teórica favoráveis à orientação restritiva na matéria, os argumentos ali invocáveis, por mais forte razão, também o são aqui. As questões prejudiciais inscritas no plano das “condições da ação” mais distantes se acham do “objeto do pedido” que as questões prejudiciais concernentes ao mérito. Verdadeiro contra-senso seria reconhecer à solução delas autoridade maior do que a que se reconheceu à das outras. É quase intuitivo que, se a estas não se estende a cobertura da *res iudicata*, àquelas tampouco há de estender-se.

(95) Basta atentar no que dispõem os arts. 160 e 294, I e III, do Código de Processo Civil. Cf., a respeito, explicitamente, G. LACERDA, *ob. cit.*, pág. 192; L. M. GUIMARÃES, *verb. ult. cit.*, pág. 250.

Assim, por exemplo, se no processo da ação popular, para pronunciar-se sobre a *legitimitas ad causam* do autor, tem o juiz de examinar, previamente, a questão levantada acerca da validade do ato de sua naturalização, a solução que adotar não produzirá vínculo *ad extra*. Em qualquer processo subsequente, ainda entre as mesmas partes, a questão poderá ser livremente apreciada e eventualmente resolvida em sentido contrário: o ato que ali se julgou nulo aqui se julgará válido, ou vice-versa.

*
* *

§ 4.º *Questões prejudiciais relativas ao processo*

85. Fieis ao método até agora seguido, começaremos por examinar o problema da coisa julgada em relação às próprias questões de conteúdo processual: tem a solução delas idoneidade para revestir-se da *auctoritas rei iudicatae* em sentido material?

Ao contrário do que à primeira vista parece, não é ociosa a indagação. Alhures se tem respondido afirmativamente. A doutrina alemã, a despeito da letra do § 322 da *Z. P. O.*, que restringiria ao terreno do mérito a zona de atuação da coisa julgada, expressamente costuma estendê-la a decisões que decretam a inadmissibilidade do julgamento da lide, *v. g.*, por incapacidade processual da parte, ou por incompetência do juiz, com a ressalva de que, em casos tais, a *auctoritas rei iudicatae* cobrirá apenas, naturalmente, a questão resolvida, e só impedirá a repositura da demanda na medida em que subsista o defeito em que se fundou o pronunciamento (96).

Também na Itália, ao arpejo da diretriz tradicional, que negava categoricamente às decisões processuais idoneidade para gerar coisa julgada (97), nos últimos anos tem-se discutido com frequência o pro-

(96) SCHÖNKE, *ob. cit.*, pág. 266; ROSENBERG, *ob. cit.*, t. II, págs. 461/2; LENT, *ob. cit.*, pág. 245.

(97) Sobretudo por influência de CHIOVENDA, que com infatigável pertinácia sustentou, ao longo de toda a sua obra, a limitação do conceito de coisa julgada ao âmbito do mérito, ou antes à decisão que acolhe ou rejeita a demanda; *v. Cosa giudicata e competenzaa*, in *Saggi cit.*, págs. 411 e segs.; *Cosa giudicata e preclusione*, separata da *Riv. ital. per le scienze giur.*, vol. VIII, fasc. I, *passim*; *Princ. cit.*, t. II, págs. 466/7; *Instít. cit.*, vol. I, págs. 518/9, 521/2. Afinados pelo mesmo diapasão, mais recentemente, HEINTZ, *ob. cit.*, págs. 19/20; A. LUGO, *ob. cit.*, pág. 152. Exemplo vigoroso da orientação con-

blema, no tocante aos pronunciamentos da Corte de Cassação em regulamento de jurisdição e de competência, bem como àqueles em que o tribunal, ao reformar uma sentença de mérito viciada de *error in iudicando*, enuncia o princípio de direito aplicável à espécie (arts. 41 a 50 e 384 do *Codice di Procedura Civile*). A tais decisões atribui-se força vinculativa que extravasa dos limites do processo em que são proferidas (arts. 310, 2.ª alínea, 393). Divergem os autores no enquadramento sistemático do fenômeno: ora, à vista desses dispositivos, af se reconhece, pôsto que em caráter de exceção, a ocorrência de coisa julgada substancial (98), ora se prefere dar explicações diferentes, invocando pura e simplesmente o princípio da *preclusão* (99), ou falando de uma “eficácia panprocessual” que não se confundiria com a *auctoritas rei iudicatae*, em sentido próprio (100), ou ainda aludindo a um “efeito *sui generis*” da decisão (101).

trária, na doutrina peninsular contemporânea, depara-se em FAZZALARI, *Il giudizio ... cit.*, pág. 162, para quem é “plenamente legittimo assumere una nozione di cosa giudicata che comprenda la incontrovertibilità di ogni e qualsiasi sentenza (cioè di merito o di rito) e dei relativi affetti”.

(98) REDENTI, *ob. cit.*, t. II, págs. 55/7 (quanto às decisões da Corte em regulamento de jurisdição); *id.*, *Il giudicato sul punto de diritto*, in *Riv. trim. di Dir. e Proc. Civ.*, vol. III, págs. 257 e segs., especialmente 260/6 (no tocante às decisões em regulamento de jurisdição e às de que trata o art. 384 do *Codice*); AZZARITI, *Della competenzaa e del regolamento di competenzaa*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. XVIII, 1941, parte I, pág. 102 (quanto às decisões da Corte sobre competência); MICHELI, *Corso cit.*, vol. I, pág. 296; *id.*, *L'enunciazione del principio di diritto da parte della Corte di Cassazione e il giudicato sul punto de diritto*, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. X, 1955, parte I, págs. 28/31 (no concernente às decisões em regulamento de jurisdição e de competência); DENTI, *I giudicati sulla fattispecie*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, pág. 219 (relativamente às decisões sobre o “ponto de direito”); ANDRIOLI, *Appunti cit.*, págs. 225/6; G. FRANCHI, *ob. cit.*, pág. 809, nota 88, começada na pág. 87 (quanto às sentenças de regulamento, em geral).

(99) SEGNI, *trab. cit.*, págs. 320/1; S. COSTA, *Sull'effetto vincolante della sentenza della Corte di Cassazione per violazione di legge*, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. IV, 1949, parte II, págs. 132/4 (quanto às decisões do art. 384 e às de regulamento de competência — *v.*, sobre estas, nota 1, na pág. 134).

(100) REDENTI, *Der. Proc. Civ. cit.*, t. II, págs. 76/7; *id.*, *Il giudicato ... cit.*, pág. 259 (para as decisões da Corte sobre competência); FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Riv. trim. di Dir. e Proc. Civ.*, vol. XV, 1941, pág. 1.341 e nota 88 (quanto às decisões em regulamento de competência e de jurisdição).

(101) MICHELI, *L'enunciazione ... cit.*, págs. 31 e segs. (no tocante às decisões do art. 384, em relação às quais, em trabalho anterior, falava apenas de “preclusão”: *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. XIX, 1942, parte I, pág. 30). Cf., quanto a esses pronunciamentos, ANDRIOLI, *Commento cit.*, vol. II, págs. 580/2, e *Il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione*, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. VII, 1952, parte I, págs. 280 e segs., o qual também nega tratar-se de coisa julgada material, sem contudo definir com clareza a figura a seu ver occorrente. Análoga atitude, inclusive com referência às decisões em regulamento de jurisdição e de com-

86. É concebível, em tese, que se atribua à solução de certas questões processuais a força de sobreviverem ao feito em que são apreciadas — e os exemplos concretos já mencionados excluiriam qualquer dúvida: *contra factum non valet argumentum*. Se em relação a tais hipóteses se poderia continuar, com propriedade, a falar de coisa julgada substancial, ou se mais conviria dar ao fenômeno outra configuração dogmática, é problema distinto (102). De qualquer modo, parece-nos certo que o reconhecimento de tal sobrevivência exigiria comando legal expresso que o impusesse: em linha de princípio, deve admitir-se que o pronunciamento atinente à regularidade do processo — matéria examinada pelo juiz a título *meramente instrumental* — tem seus efeitos confinados ao âmbito dêste, sem projeção *ad extra* (103).

petência, em FEDERIGO ALESSANDRO MARINA, verbete *Cosa giudicata* (*Dir. proc. civ.*), in *Encicl. Forense*, vol. II, págs. 782/3; esse autor admite, ao contrário, a ocorrência de coisa julgada substancial para as sentenças da Corte em que se reconhece “que a demanda não podia ser proposta perante juiz algum, por falta absoluta de jurisdição ou por outro motivo”.

(102) Na literatura italiana, v. a respeito, tendendo para a primeira posição, ALLORIO, *Crit. della teoria del giud. impl. cit.*, pág. 254, nota 3 (iniciada na pág. 258); DENTI, *trab. cit.*, págs. 208 e 215; em tom mais dúbio, A. ROMANO, *ob. cit.*, págs. 121 e segs.; contrariamente, SEGNI, *trab. cit.*, pág. 321; F. D. BUSNELLI, *trab. cit.*, págs. 1341/4. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, fasc. II, págs. 191/2, prefere continuar reservando o uso da expressão tradicional para o campo das “decisioni sulla fondatezza (o infondatezza) della domanda”; *mas apenas com base em razões de ordem prática*, após ter assinalado que “le decisioni su questioni di rito e quelle sulla fondatezza della domanda divergono non per l'essenza e intensità della loro efficacia ma per l'oggetto o perché in linea pratica le pronunce di rito non esplicano, di massima, efficacia al di fuori del processo nel quale sono state emanate” (pág. 190). No fundo, é sensível a afinidade do pensamento dêsse autor com o exposto por ALLOIO no lugar supracitado (onde se lê que o fato de limitar-se normalmente ao âmbito do feito a eficácia das decisões sobre questões de índole processual “dipende non da una differenza di natura tra decisioni processuali e decisioni di diritto sostanziale, ma dalla differenza del rispettivo oggetto”); e bem assim com o de FAZZALARI, no passo indicado em a nota 97, *supra*.

(103) Essas questões — ensina P. DE MIRANDA, *Coment. cit.*, t. IV, pág. 106 — “só se referem ao processo em que ocorrem, à relação processual em foco, sem obrigar os juizes ou os mesmos juizes em processos futuros. Podem êlas mudar de opinião ainda a respeito de interpretação de regras de competência, ou de qualidade, referentes ao seu juízo, à sua condição ou à sua pessoa como juiz (competência, suspensão, etc.). A resolução sobre questão de caráter formal ocorre dentro da forma e aí se sepulta. O despacho não sai da relação processual em que se produziu. Aí se confina, ainda que adquira força formal de coisa julgada; e aí se consuma e consome. O juiz pode ser o mesmo, noutro processo; mas a relação, sendo outra, ou relação *nova* sobre o mesmo caso, desconhece êle tudo que se passou na outra demanda. Não há a coisa julgada material, que é porta por onde a sentença se estende, *para fora* da relação processual, se bem que sem se separar dela” (grifos do autor). Cf., M. A. SANTOS, *ob. ult. cit.*, vol. III, págs. 61/2.

Ora, o direito brasileiro não possui regra assimilável às dos mencionados dispositivos do Código Italiano. Inexiste para o nosso “conflito de jurisdição” preceito que se equipare ao do art. 310, 2.^a alínea, daquele estatuto, por força do qual permanece eficaz a decisão proferida no “regulamento de competência” ainda no caso de extinguir-se o processo em cujo curso ela sobreveio. Entre nós, trãnsita formalmente em julgado a decisão do conflito, se a instância originária por qualquer razão se extinguir sem apreciação do mérito, e não houver óbice à repositura da demanda, nesse novo feito poderá ser livremente examinada e resolvida a questão da competência, sem vínculo algum resultante do pronunciamento anterior (104).

Por outro lado, não seria razoável — ao contrário do que se admitiu para as relativas às “condições da ação” — estender às questões puramente processuais o âmbito de incidência do art. 287 do Código de Proc. Civil. Sem dúvida, em sentido amplo, umas e outras dizem respeito à viabilidade do julgamento *de meritis*, são preliminares em relação a êste. Mas nesse traço se exaure, por assim dizer, o que haja de comum entre as duas classes de questões (105). Consoante já se observou, o pronunciamento judicial sobre as “condições da ação” independe de quaisquer peculiaridades do feito em que se profere, no seu aspecto formal: o que o juiz verifica não é se, *naquela determinado processo*, a lide pode ser definida, mas se tal definição é possível, *in abstracto*, nos termos em que se formulou a demanda. Bem outro é o alcance das decisões de índole simplesmente processual, em que se resolvem questões suscetíveis de serem postas *apenas no contexto do processo*. Em tal perspectiva — mais ligada ao *conteúdo* das questões do que à *função* por elas exercida quanto ao julgamento da controvérsia —, antes se aproximam das questões de mérito que das processuais as concernentes às “condições da ação”, por mais que em nossa opinião conve-

(104) A opinião em contrário de J. F. MARQUES, *ob. ult. cit.*, vol. V, págs. 14 e 46, ao nosso ver não encontra apoio no direito positivo brasileiro. É impertinente, ao propósito, a invocação de doutrina italiana, elaborada à vista de normas peculiares a outro sistema jurídico. Cf., no sentido do texto, P. B. MARTINS, *ob. ult. cit.*, vol. II, pág. 192; *id.*, *Rec. e proc. da compet. orig. dos trib.*, cit., págs. 120/1, 140; O. DE ANDRADE, *ob. e vol. cit.*, pág. 115; J. AMERICANO, *ob. cit.*, vol. III, pág. 311.

(105) Oportunamente, tratando das “condições de admissibilidade do julgamento da lide”, entre as quais incluí tanto as questões referentes ao processo quanto as relativas às “condições da ação” (*Do agr. de pet. cit.*, págs. 115 e segs.), sublinha A. BUZAD o fato de serem “variadas, heterogêneas e independentes entre si” (pág. 116 — sem grifo no original). Na óptica do texto, a heterogeneidade ressalta.

nha, à luz de considerações teóricas e sobretudo em atenção a características do nosso sistema positivo, manter a classificação tríplice. O plano em que se inscrevem as questões atinentes ao processo está, sob esse ângulo, incomparavelmente mais distante, e nada justificaria que até lá se quisesse prolongar o raio da ação do art. 287.

87. Conservou-se o direito brasileiro, pois, fiel ao princípio tradicional que nega aos pronunciamentos sobre questões processuais a produção de efeitos exteriores ao processo. Seria quase desnecessário ressaltar que por “questões processuais” não entendemos aqui, pura e simplesmente, “questões regidas pelo direito processual”: em várias hipóteses do art. 798, por exemplo, é à luz deste que se verificará a procedência ou a improcedência da ação rescisória — e ninguém dirá que a respectiva decisão não faça coisa julgada substancial. Mas é que, no processo da ação rescisória, a questão da incompetência *ratione materiae*, ou da ofensa à *res iudicata*, com referência à decisão rescindenda, embora regidas pelo direito processual, não são questões processuais: são questões de mérito, respeitam à própria *res in iudicio deducta*, constituem o título em que se fundamenta a pretensão à rescisão da sentença viciosa. Naquele mesmo feito, processuais serão as questões que se levantarem, por exemplo, quanto à regularidade da representação das partes, ou quanto à competência do órgão perante o qual se ajuizou a rescisória — e essas terão a sorte comum das questões de sua classe, isto é, serão resolvidas com força limitada ao âmbito do processo.

De acôrdo, então, com o princípio geral acima enunciado (106), há de negar-se a *auctoritas rei iudicatae* aos pronunciamentos acaso emitidos sobre questões, ainda de direito substantivo, que se tenham apreciado como prejudiciais da solução de outras, relativas ao processo. Aliás, aqui também, e *a fortiori*, valeria o argumento utilizado no tocante às questões sobre “condições da ação”: se já nesse plano haveria contra-senso em reconhecer à solução das prejudiciais autoridade maior do que a que se reconheceria à das prejudiciais concernentes ao mérito, é óbvio que, no plano processual, o contra-senso subiria de ponto. Muito mais longe se está agora, com efeito, do “objeto do pedido”.

Destarte, *v. g.*, se em certo processo argúi o réu, previamente, a nulidade da cláusula de eleição do fóro, e o juiz examina a questão

como antecedente lógico necessário do pronunciamento sobre a competência, nenhum efeito *ad extra* se produz: noutra processo, ainda entre as mesmas partes, será livre o reexame da questão, e a cláusula, que ali se considerou nula, aqui se poderá ter por válida, ou vice-versa.

BIBLIOGRAFIA

(Obras consultadas)

- ABITIA ARZAPALO, José Alfonso — *De la cosa juzgada en materia civil*, México, 1959.
- ALLORIO, Enrico — *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Rev. di Dir. Proc. Civ.*, vol. XV, parte II (1938).
- *Diritto Processuale Tributario*, 4.ª ed., Turim, 1962.
- *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milão, 1935.
- ALVES BARBOSA, Antônio Alberto — *Da preclusão processual civil*, S. Paulo, 1955.
- AMARAL SANTOS, Moacir — *Ações combinatórias no direito brasileiro*, 3.ª ed., S. Paulo, 1962.
- *As condições da ação no despacho saneador*, S. Paulo, 1946.
- *Direito Processual Civil*, S. Paulo, 1962/3.
- AMERICANO, Jorge — *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 2.ª ed., S. Paulo, 1958.
- ANDRADE, Odilon de — *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, Rio de Janeiro, 1946.
- ANDREOLI, Virgilio — *Appunti di Diritto Processuale Civile*, Nápoles, 1964 (reimpressão).
- *Commento al Codice di Procedura Civile*, 3.ª ed., Nápoles, 1954/7.
- *Il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione*, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. VII, parte I (1952).
- *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 2.ª ed., Nápoles, 1961.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo — *Cours de Droit Romain (Les actions)*, Nápoles, 1935.
- ATTARDI, Aldo — *La cosa giudicata (II. Il concetto e la natura)*, in *Jus*, 1961, fasc. II.
- AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de — *As questões prejudiciais no processo penal brasileiro*, 2.ª ed., S. Paulo, 1940.
- AZZARITI, Gaetano — *Della competenza e del regolamento di competenza*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. XVIII, parte I (1941).
- BARBI, Celso Agrícola — *A ação declaratória no processo civil brasileiro*, 2.ª ed., Belo Horizonte, 1962.
- *Da preclusão no processo civil*, in *Rev. For.*, vol. 158.
- BATISTA MARTINS, Pedro — *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1960.
- *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*, Rio de Janeiro, 1957.
- BERTOLINI, Cesare — *Appunti didattici di Diritto Romano — Il processo civile* — Turim, 1918.
- BETTI, Emilio — *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, in *Riv. del Dir. Commerc.*, vol. XXVII, parte I (1929).
- *Diritto Processuale Civile italiano*, 2.ª ed., Roma, 1936.
- *Ragione e azione*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. IX, parte I (1932).
- BETTI, Emilio, e STERNHEIM, Felice — *verbete Processo Civile romano*, in *Nuovo Dig. Ital.*, vol. X.

- BOLAFFI, Renzo — *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milão, 1936.
- BONUMÁ, João — *Direito Processual Civil*, S. Paulo, 1946.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Inácio — *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença*, S. Paulo, 1963.
- BUENO VIDIGAL, Luís Eulálio de — *Da ação rescisória dos julgados*, S. Paulo, 1948.
— *Direito Processual Civil*, S. Paulo, 1965.
- BUONAMICI, F. — *La storia della procedura civile romana*, vol. I, Pisa, 1886.
- BUSNELLI, Francesco Donato — *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Riv. trim. di Dir. e Proc. Civ.*, vol. XV (1961).
- BUZARD, Alfredo — *A ação declaratória no direito brasileiro*, S. Paulo, 1943.
— *Anteprojeto de Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1964.
— *Do agravo de petição*, 2.^a ed., S. Paulo, 1956.
- CALAMANDREI, Piero — *Il concetto di "litis" nel pensiero di Francesco Carnelutti (II)*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. V, parte I (1923).
— *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1962.
— *La Casación Civil*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945.
— *La sentenza civile come mezzo di prova*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. XV, parte I (1958).
— *La sentenza oggettivamente complessa*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. I, parte I (1924).
- CÂMARA LEAL — *Teoria e prática das ações*, S. Paulo, 1923.
- CAPPELLETTI, Mauro — *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milão, 1967.
- CARNELUTTI, Francesco — *Diritto e processo* (vol. I do *Trattato del processo civile*), Nápoles, 1958.
— *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. de Jaime Guasp, Barcelona, 1942.
— *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1933 (reimpressão).
— *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. VII, parte I (1929).
— *Principi del processo penale*, Nápoles, 1960.
— *Progetto del Codice di Procedura Civile*, Pádua, 1926.
— *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1944.
— *Studi di Diritto Processuale*, vol. III, Pádua, 1939.
- CARVALHO SANTOS, J. M. — *verbete Ação prejudicial*, in *Rep. Enc. do Dir. Bras.*, vol. 2.
— *Código de Processo Civil interpretado*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1940.
- CASTRO, Amílcar de — *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., vol. X, Rio de Janeiro, 1960.
- CASTRO, Torquato — *Ação declaratória*, Recife, 1940.
- CHIOVENDA, Giuseppe — *Cosa giudicata e preclusioni*, separata da *Rev. ital. per le scienze giurid.*, vol. VIII, fasc. I, Roma, 1933.
— *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. de J. Guimarães Menegale, S. Paulo, 1942.
— *L'idea romana nel processo civile moderno*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. IX, parte I (1932).
— *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. de José Casals y Santaló, Madri, s/d.
— *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma, 1931.
- COGLIOLO, Pietro — *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata*, vol. I, Turim, 1883.
- COLIN, Ambroise, e CAPITANT, Henri — *Traité de Droit Civil* (refundido por JULLIOT DE LA MORANDIÈRE), Paris, 1957.

- CORREIA TELES — *Doutrina das ações*, ed. de Pontes de Miranda, Rio de Janeiro, 1918.
- COSTA, Emilio — *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918.
- COSTA, Sergio — *La pregiudiziale della validità del matrimonio nell'azione di separazione personale*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. VI, parte II (1929).
— *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Turim, 1955.
— *Sull'effetto vincolante della sentenza della Corte di Cassazione per violazione di legge*, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. IV, parte II (1949).
- COSTA CARVALHO, Luís António — *Direito Judiciário Civil*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1949.
— *Do agravo no processo brasileiro*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1963.
- COUTURE, Eduardo J. — *Fundamentos do Direito Processual Civil*, trad. de Rubens Gomes de Sousa, S. Paulo, 1946.
- CUCHE, Paul — *Précis de procédure civile et commerciale*, 10.^a ed., Paris, 1951.
- CUENCA, Humberto — *Proceso civil romano*, Buenos Aires, 1957.
- CURATOLO, Paolo — *verbete Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in *Encicl. Forense*, vol. VI.
- DALLOZ — *verbete Question pregiudiziale*, in *Nouveau Répertoire de Droit*, t. III.
- DE MARSICO, Alfredo — *Lezioni di Diritto Processuale Penale*, 3.^a ed., Nápoles, 1952.
- DE PLÁCIDO E SILVA — *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4.^a ed., Rio de Janeiro, 1956.
- DENTI, Vittorio — *I giudicati sulla fattispecie*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, Pádua, 1958.
- DINIS, Almqúio — *Teoria geral do processo*, Rio de Janeiro, 1917.
- DURAND, Claude — *Les rapports entre les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, 1956.
- ESTELETA, Guilherme — *Da coisa julgada*, Rio de Janeiro, 1936.
— *Da ação declaratória no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, 1933.
- FABBRINI, Giovanni — *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milão, 1964.
- FAZZALARI, Elfo — *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, Pádua, 1958.
— *Il giudizio civile di cassazione*, Milão, 1960.
— *Note in tema di diritto e processo*, Milão, 1957.
- FIORIAN, Eugenio — *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. de L. Prieto-Castro, Barcelona, 1984.
- FOSCHINI, Gaetano — *La pregiudizialità nel processo penale*, Milão, 1942.
— *Sistema di Diritto Processuale Penale*, 2.^a ed., vol. I, Milão, 1965.
- FRAGA, Afonso — *Instituições do processo civil do Brasil*, S. Paulo, 1941.
- FRANCHI, Giuseppe — *La litispendenza*, Pádua, 1963.
- GAMA, Dionísio — *Das ações prejudiciais*, S. Paulo, 1928.
- GOLDSCHMIDT, James — *Derecho Procesal Civil*, trad. de Leonardo Prieto-Castro, Barcelona, 1936.
- GOMES, Orlando — *Direitos reais*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1962.
- GUASP, Jaime — *Derecho Procesal Civil*, 2.^a ed., Madri, 1962.
- GUSMÃO, Manuel Aureliano de — *Cosa julgada*, 2.^a ed., S. Paulo, 1922.
— *Processo civil e comercial*, 2.^a ed., S. Paulo, 1926.
- HEINITZ, Ernesto — *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Pádua, 1937.
- HÉLIE, M. Faustin — *Traité de l'instruction criminelle*, Bruxelles, 1858/9.
- HOFFMAN, J.-B. — *Traité théorique et pratique des questions préjudicielles*, Bruxelles-Liège, 1865.
- JAEGGER, Nicola — *Diritto Processuale Civile*, 2.^a ed., Turim, 1943.

- KISCH, W. — *Elementos de Derecho Procesal Civil*, trad. de L. Prieto-Castro, Barcelona, 1932.
- LACERDA, Galeno — *Despacho saneador*, Pôrto Alegre, 1953.
- LACOMBE, Eugène — *De l'autorité de la chose jugée*, Paris, 1866.
- LACOSTE, P. — *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, Paris, 1904.
- LENT, Friedrich — *Diritto Processuale Civile tedesco*, trad. de Edoardo F. Ricci, Nápoles, 1962.
— *Streitgegenstand und Rechtskraft*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. II, Pádua, 1958.
- LEONE, Giovanni — *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*, Nápoles, 1965.
- LIBBMAN, Enrico Tullio — *Eficácia e autoridade da sentença*, trad. de Alfredo Buzaid e Benvido Aires, Rio de Janeiro, 1946.
— *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, S. Paulo, 1947.
— *Manuale di Diritto Processuale Civile*, vol. I, 2.^a ed., Milão, 1957.
— *Problemi del processo civile*, Nápoles, s/d.
— *Processo de execução*, 2.^a ed., S. Paulo, 1963.
— *Sulla sospensione propria ed "impropria" del processo civile*, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. XIII (1958).
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo — *A administração pública e a ordem jurídica privada*, Belo Horizonte, 1961.
— *A carência de ação, especialmente com relação à legitimação para a causa*, in *Rev. de Dir. Proc. Civ.*, 3.^o vol.
— *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1959.
— *Manual elementar de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1958.
— *Medidas preventivas*, 2.^a ed., S. Paulo, 1966.
- LUGO, Andrea — *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 2.^a ed., Milão, 1958.
- MACHADO GUIMARÃES, Luiz — *verbete Carência de ação*, in *Rep. Enc. do Dir. Bras.*, vol. 7.
— *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro, 1942.
- MANDRIOLI, Crisanto — *L'azione esecutiva*, Milão, 1955.
- MARINA, Federigo Alessandro — *verbete Cosa giudicata (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia Forense*, vol. II.
- MARQUES, José Frederico — *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, 2.^a ed., S. Paulo, 1959.
— *Instituições de Direito Processual Civil*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1962.
- MARRONE, Matteo — *L'effetto normativo della sentenza*, 2.^a ed., Palermo, s/d.
- MARTINS, Samuel — *Ações prejudiciais*, Rio de Janeiro, 1900.
- MARTY, Gabriel, e RAYNAUD, Pierre — *Droit Civil*, Paris, 1956.
- MAZEAUD, Henri e León, e MAZEAUD, Jean — *Leçons de Droit Civil*, Paris, 1955/6.
- MENDES DE ALMEIDA Jr., João, — *Direito Judiciário brasileiro*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1940.
- MENDONÇA LIMA, Alcides de — *Sistema de normas gerais dos recursos civis*, Rio de Janeiro, 1963.
- MENESTRINA, Francesco — *La pregiudiziale nel processo civile*, Milão, 1963 (reimpressão).
- MICHEL, Gian Antonio — *Considerazioni in tema di competenza e di conflitto di giudicati*, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. IX, parte II (1954).
— *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milão, 1959/60.
— *L'emanazione del principio di diritto da parte della Corte di Cassazione e il giudicato sul punto di diritto*, in *Riv. di Dir. Proc.*, vol. X, parte I (1955).
— *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. XIX, parte I (1942).

- MONTEIRO, João — *Teoria do processo civil*, 6.^a ed., Rio de Janeiro, 1966.
- MORELLI, Gerardo — *Giurisdizione ecclesiastica matrimoniale e giurisdizione penale (I. Questioni pregiudiziali)*, in *Jus*, 1961, fasc. I.
- OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de — *Do recurso de apelação*, Rio de Janeiro, 1949.
— *Dos recursos no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1954.
- OLIVEIRA FILHO, Cândido de — *Curso de prática do processo*, Rio de Janeiro, 1911/2.
- PALERMO, Antonio — *Il processo di formazione della sentenza civile*, Milão, 1956.
— *Studi sulla "exceptio" nel diritto classico*, Milão, 1956.
- PALMEIRA, Pedro — *Da sistemática dos recursos nos Códigos de Processo Civil do Brasil e de Portugal*, Rio de Janeiro, 1964.
- PARÁ FILHO, Tomás — *Estudo sobre a conexão de causas no processo civil*, S. Paulo, 1964.
- PAULA, Alexandre de — *O processo civil à luz da jurisprudência*, Rio de Janeiro, 2.^a ed., 1958.
- PAULA BATISTA — *Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial*, 6.^a ed., Rio de Janeiro, 1901.
- PEREIRA BRAGA, Antônio — *Exegese do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, s/d.
- PINTO GUIMARÃES, Jorge Lafayette — *verbete Coisa julgada*, in *Rep. Enc. do Dir. Bras.*, vol. 9.
- PIRES DOS SANTOS, Ulderico — *Dos prazos e recursos no processo civil*, Rio de Janeiro, 1962.
- PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges — *Traité pratique de Droit Civil français*, Paris, 1925/34.
- POHLE, Rudolf — *Gedanken über das Wesen der Rechtskraft*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. II, Pádua, 1958.
- PONTES DE MIRANDA — *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1955/62.
— *Tratado da ação resolúória*, 4.^a ed., Rio de Janeiro, 1964.
— *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, 1954.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo — *Derecho Procesal Civil*, Madri, 1964/5.
— *La acción declarativa*, Madri, 1932.
- RANIERI, Silvio — *Manuale di Diritto Processuale Penale*, 2.^a ed., Pádua, 1955.
- RASELLI, Alessandro — *Della cosa giudicata in rapporto alle eccezioni e alle domande riconvenzionali*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. III, parte II (1926).
- REDENTI, Enrico — *Derecho Procesal Civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, 1957.
— *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Riv. trim. di Dir. e Proc. Civ.*, vol. III (1949).
- REIS, José Alberto dos — *Código de Processo Civil anotado*, vol. V, Coimbra, 1952.
- RESENDE FILHO, Gabriel de — *Curso de Direito Processual Civil*, 2.^a ed., S. Paulo, 1951.
- RIPERT, Georges, e BOULANGER, Jean — *Traité de Droit Civil*, Paris, 1956/7.
- ROCCO, Alfredo — *La sentenza civile*, Milão, 1962 (reimpressão).
- ROCCO, Ugo — *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917.
— *Trattato di Diritto Processuale Civile*, Turim, 1957.
- RODRIGUES PEREIRA, Lafayette — *Direito das coisas*, 5.^a ed., Rio de Janeiro, 1948.
- ROMANO, Alberto — *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milão, 1958.
- ROMANO, Salvatore — *L'ordinamento giuridico ed il sistema positivo della giurisdizione in generale e della giurisdizione costituzionale in particolare*, Milão, 1961.

- ROSA, Eliézer — *Dicionário de processo civil*, Rio de Janeiro, 1957.
— *Meditações sobre alguns conceitos fundamentais do processo civil*, separata da revista *Jurídica*, Rio de Janeiro, 1965.
- ROSENBERG, Leo — *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. de Angela Romera Vera, Buenos Aires, 1955.
- SABINO Jr., Vicente — *A dupla execução nas ações de prestações de contas*, in *Rev. For.*, vol. 181.
- SALEMI, Giovanni — *La pregiudiziale amministrativa nel processo penale*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. I, parte I (1924).
— *Le pregiudiziale penale nel processo amministrativo*, in *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, vol. II, parte I (1925).
- SALOMÃO, Jorge — *Da coisa julgada nas ações de estado*, Rio de Janeiro, 1965.
- SAVIGNY, F. C. von — *Traité de Droit Romain*, trad. de Ch. Guénoux, Paris, 1840/9.
- SATTA, Salvatore — *Diritto Processuale Civile*, 6.^a ed., Pádna, 1959.
- SCHÖNKE, Adolf — *Derecho Procesal Civil*, trad. esp., Barcelona, 1950.
- SCIALOJA, Vittorio — *Procedura civile romana*, Roma, 1936.
- SCOTTO, Ignazio — verbete *Pregiudiziale*, in *Dizion. prat. di dir. priv.* de V. Scialoja, vol. V, parte II.
- SHABRA FAGUNDES, M. — *Dos recursos ordinários em matéria civil*, Rio de Janeiro, 1946.
- SEGENI, Antonio — *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario del Codice Civile*, de Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, I. VI, Bolonha-Roma, 1953.
— *Scritti giuridici*, Turim, 1965.
- SILVA, Ademar Raimundo da — *Questões prejudiciais no processo penal*, in *Rev. de Dir. Proc. Civ.*, 3.^o vol.
- SILVA, José Afonso da — *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, S. Paulo, 1963.
- SILVA PACHECO, José da — *Curso teórico e prático do processo civil*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1962.
— verbete *Nulidade processual*, in *Rep. Enc. do Dir. Bras.*, vol. 84.
- SILVEIRA, Enclides Custódio da — *Da prejudicialidade jurídica heterogênea no processo penal*, in *Estudos de Direito Processual* in memoriam do Ministro Costa Manso, S. Paulo, 1965.
- SOUSA, Orlando de — *Doutrina e prática das execuções de sentenças*, Belo Horizonte, 1961.
- STRECCANELLA, Maurizio — verbete *Questioni pregiudiziali e incidentali (diritto processuale civile)*, in *Encicl. Forense*, vol. VI.
- TORNAGHI, Hélio — *Instituições de processo penal*, Rio de Janeiro, 1959.
— *Processo penal*, Rio de Janeiro, 1963.
- VALTIÇOS, Nicolas — *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Paris, 1963.
- VANNINI, Ottorino — *Manuale di Diritto Processuale Penale italiano*, 4.^a ed., Milão, 1960.
- VELLANI, Mario — *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milão, 1958.
- VOCI, Pasquale — *Istituzioni di Diritto Romano*, 3.^a ed., Milão, 1964.
- VOCINO, Corrado — *Considerazioni sul giudicato*, Milão, 1963.
- WENGER, Leopold — *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. de Ricardo Orestano, Milão, 1938.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio — *Diritto Processuale Civile*, 5.^a ed., Milão, 1955.

I — SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tribunal Pleno

REPRESENTAÇÃO N.º 686

Guanabara

A cessão de imóvel é ato privativo do Poder Executivo. Ao Legislativo compete editar normas gerais para a sua realização. Declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 817, de 4-8-1965, do Estado da Guanabara.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de

COMENTÁRIO

É da maior importância essa decisão do Supremo Tribunal, que poderá servir de precedente judiciário para assentar de maneira rigorosa os exatos limites da competência dos Podêres do Estado. Com base nela, por certo será possível obstar as continuadas invasões de um na esfera de atribuições de outro, em resguardo do livre exercício de qualquer deles, assegurando-lhes a sempre proclamada (Constituição de 1946, artigo 36, e Carta de 24-1-1967, artigo 6.º), mas nem sempre respeitada independência.

É bem freqüente a edição de atos legislativos, a que se usa dar a denominação de "leis", mas que a rigor não o são. A Lei n.º 817, de 4 de agosto de 1965, é um deles. E não é um exemplo isolado, pois no Estado da Guanabara inúmeros outros há, em que o Legislativo pretendeu participar de atos de cessão de imóveis. Às vezes, por outras "leis", tem o Poder Legislativo concedido títulos de utilidade pública a determinadas pessoas jurídicas de direito privado, e títulos de cidadão carioca a homens não nascidos na Guana-