JOÃO BATISTA AMORIM DE VILHENA NUNES

Da eficácia preclusiva da coisa julgada

(reconstruindo a interpretação do art. 474, do CPC) (Tese de doutorado)

Orientação: Prof. Associado ANTONIO CARLOS MARCATO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP FACULDADE DE DIREITO SÃO PAULO 2010

JOÃO BATISTA AMORIM DE VILHENA NUNES

Da eficácia preclusiva da coisa julgada

(reconstruindo a interpretação do art. 474, do CPC) (Tese de doutorado) Orientação: Prof. Associado ANTONIO CARLOS MARCATO

Tese apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, na forma da Portaria CPG – FDUSP/ nº 02/2009, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, sob a orientação do Professor Associado Antonio Carlos Marcato

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP FACULDADE DE DIREITO SÃO PAULO 2010

Às forças que me movem, Deus e minha Família. "Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem"

(D. 1,3, 17 **CELSUS** 26 digestorum)

Sou grato a todos que de algum modo contribuíram para o êxito de meus estudos, porém em especial faço questão de mencionar o Professor Dr. ARAKEN DE ASSIS, pessoa que em diversas conversas semeou suas fulgurantes luzes nos meus pensamentos.

Da mesma forma, sou extremamente grato ao Professor Associado **ANTONIO CARLOS MARCATO**, pela oportunidade ímpar dada de estar sob a sua orientação, de compartilhar de seus conhecimentos, de poder conhecê-lo melhor, e verificar que se dedica, como poucos, ao ensino e ao aprofundamento da Ciência processual.

<u>SUMARIO</u>			
CAPÍTULO I			
INTRODUÇÃO			1
CAPÍTULO II			
PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE			3
CAPÍTULO III			
RECONSTRUIN	NDO A I	NTERPRETAÇÃO DO ART. 474, DO	CPC
Causa de pedir e pedido			35
2. Preclusão e coisa julgada			43
3. Legislação estrangeira			56
a.	a. Considerações introdutórias		
b.	b. Eficácia preclusiva da coisa julgada		
no sistema da commom law			57
c. Eficácia preclusiva da coisa julgada			
no sistema da civil law			65
	i.	Alemanha	65
	ii.	Itália	69
	iii.	Portugal	75
	iv.	Suíça	78
	V.	México	78
	vi.	Argentina	80
	vii.	Uruguai	81
	viii.	Chile	82
d.	d. Eficácia preclusiva da coisa julgada na França		84
e. Eficácia preclusiva da coisa julgada na Espanha			86
4. Eficácia preclusiva da coisa julgada no Brasil			99
CAPÍTULO IV			
NOTAS CONCLUSIVAS			107
BIBLIOGRAFIA			124

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

Cada vez mais vem sendo demonstrada pelos juristas uma elogiável preocupação em que as normas processuais sejam elaboradas e, quando necessário, interpretadas, de forma a propiciar o cumprimento da ordem constitucional no sentido de que o processo deve ter uma duração razoável¹, com um desenvolvimento tal que permita a ele atingir plenamente os seus escopos, e, assim, ter garantida a sua eficácia, e a sua afirmação como instrumento hábil à resolução de litígios.

Seguindo este movimento, pode se afirmar ser imperativo que haja a superação de dificuldades eventualmente provenientes do teor de certos textos legais pelo exercício de uma ponderada exegese, aqui entendida como aquela pautada por princípios constitucionais e pertinentes ao próprio processo, capaz de atribuir a aludidos textos a sua verdadeira dimensão, o seu desejado sentido, de fazer aflorar o seu nuclear significado, sendo este o que melhor atenda aos anseios gerais que clamam por um processo mais sintonizado com a realização de justiça e que proporcione concreta e aguardada segurança jurídica.

Tendo em conta estas considerações, após muita reflexão, e a análise de diversos textos, acabamos por decidir desenvolver um trabalho que envolvesse um dos mais importantes institutos processuais, qual seja, a coisa julgada, instituto processual este o qual, invariavelmente, atrai muitas atencões e provoca grandes preocupações.

Aparentemente, a respeito da *res judicata*, pouco haveria para ser tratado em uma tese, contudo, ao contrário, o tema suscita incessante controvérsia sobre os seus mais variados prismas, circunstância que acaba por tornar sempre pertinente o seu reestudo².

Aliás, a destacada relevância da coisa julgada dentro de qualquer sistema processual – esta decorrente do simples fato da sua autoridade, a qual, entretanto, vem sendo abalada, sob os mais diversos argumentos, nem sempre preservadores da

¹ Como expressamente hoje consta do inc. LXXVIII, do art. 5°, da Consituição da República, produto da famigerada Emenda Constitucional nº 45/2004, esta preordenada a promover relevante reforma no Poder Judiciário e, além disso, proporcionar o âmbito necessário para que as mudanças por ela trazidas ou traçadas possam se concretizar.

² ROBERT C. CASAD e KEVIN M. CLERMONT afirmam que a *res judicata* continua a ser uma surpreendentemente controvertida e incerta área do direito (*Res judicata*. *A handbook on its theory, doctrine, and practice*. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 6).

segurança jurídica esperada por aqueles que demandam em juízo apenas na esperança de resolverem definitivamente os seus litígios –, provoca constantes análises sobre os seus limites objetivos e subjetivos, como também sobre a capacidade que tem de imunizar as situações de fato levadas em consideração para determinado julgamento, e que, em virtude disso, não mais poderão servir de fundamento para novas demandas.

Além disso, a acima mencionada controvérsia enseja a formulação de novas proposições relativas à *res judicata* e que permitem haja mudança no estágio da ciência processual quanto ao entendimento deste instituto, particularmente, nos limites de nosso trabalho, quanto à abrangência de sua eficácia preclusiva.

Desta maneira, pareceu-nos necessário realizar análises e ponderações mais aprofundadas sobre algumas matérias relacionadas com a formação da coisa julgada, com especial atenção ao seu peculiar poder de se tornar a solução respeitante a um determinado caso concreto, não sujeita a futuras modificações ou investidas que a tornem inútil ou aniquilem a proteção que representa.

Dentro de tal pensar, e apoiados em alguns princípios que se nos afiguraram adequados para embasar os nossos estudos, transpareceu-nos oportuno refletir a respeito da eficácia preclusiva da coisa julgada, isto para definir a sua exata dimensão, o seu alcance, usada como base para tanto a regra do art. 474, do Código de Processo Civil³, a respeito da qual se propõe, ao final, uma releitura, uma que permita a reconstrução da interpretação que vem sendo dada a este dispositivo, uma que torne viável sejam atendidos os escopos do processo, para que deste exsurja a tão almejada efetividade, e nele se apresente uma solução realmente definitiva sobre o fato ou fatos que determinaram o surgimento da lide que se quer ter por definitivamente equacionada e dirimida.

Este o desafio que ousamos enfrentar, esperando poder apresentar agora uma solução plausível e afinada com um processo civil de resultados.

³ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO destaca que embora já se haja muito escrito sobre a coisa julgada, no que se refere à sua eficácia preclusiva "Ainda não há uma precisão conceitual satisfatoriamente estabelecida no linguajar dos processualistas, além de muito divergirem as opiniões..." nesse verdadeiro "campo minado" (*Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 210).

CAPÍTULO II

PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE

Processuale Civile. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 171).

Embora pudesse se pensar que o princípio da eventualidade está restrito ao direito de defesa, ao contrário, tal tem a mesma íntima relação com o direito de ação⁴, sendo que, aproveitado o quanto afirma JOSÉ FREDERICO MARQUES, esta conclusão seria produto da verificação de que "O direito de defesa é em tudo semelhante ao direito de ação"⁵, bem como, de que o tratado princípio se dirige, indistintamente, às partes do processo⁶.

⁴ Valendo-nos das palavras de JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA podemos definir este direito como sendo "... o direito à realização da ordem jurídica, por meio da atividade do Estado. É um direito subjetivo público, dirigido contra o Estado, a quem incumbe o de dever de, pela atividade de seus órgãos jurisdicionais, tornar efetiva a ordem prevista na lei" (Da ação civil. São Paulo: RT, 1975, p. 122). No mesmo sentido: COUTURE, EDUARDO J. Fundamentos do Direito Processual Civil. Campinas: RED, 1999, p. 56; e MEDINA, JOSÉ MIGUEL GARCIA; WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. Processo Civil moderno. Parte geral e processo de conhecimento. v. 1. São Paulo: RT, 2008, p. 73. Fica, assim, evidenciado o caráter instrumental do direito de ação em relação ao direito material (FUX, LUIZ. Curso de Direito Processual Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 147). Sobre o direito de ação, anote-se, arriscou-se o Code de Procédure Civile francês, em seu art. 30, em formular uma definicão, segundo a qual "L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celleci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bienfondé de cette prétention". Assim, estabelece ser a ação tanto o instrumental para deduzir em juízo uma pretensão, quanto o direito de ver debatido o fundamento (ou fundamentos) daquela, com a finalidade de propiciar haja declaração jurídica da procedência ou improcedência de tal pretensão. Claro que o dispositivo acabou por sofrer críticas, muito naturais aos textos legislativos que ousam fornecer definições, merecendo destaque as feitas por GIROLAMO MONTELEONE, o qual assinala que "Ognuno percepisce la assoluta inconsistenza, e la altrettanta inutilità, della riportata definizione legislativa, la quale non solo pencola per il diritto astrato di agire ed introduce la nebulosa entità della pretesa (la vecchia Anspruch tedesca), ma in realtà descrive il diritto di defesa più che l'azione" (Diritto

⁵ Instituições de Direito Processual Civil. v. III. Campinas: Millennium, 2000, p. 119. Tanto que a tais direitos deve sempre ser atribuído o mesmo tratamento e valor, na forma como o faz, v.g., o art. 24, §§ 1º e 2º, da Constituição italiana, pois se a todos deve ser garantido o direito de defender em juízo seus interesses legítimos, deve-se, na mesma medida, garantir o direito à defesa, em todos os momentos do tramitar processual (COMOGLIO, LUIGI PAOLO. Garanzie costitucionale e "giusto processo" [modeli a confronto]. In REPRO, nº 90, ano 23, São Paulo: RT, abr.-jun. 1998, p. 98).

⁶ "Por força do princípio da eventualidade, devem as partes produzir as suas alegações, nos períodos correspondentes, para a eventualidade de que mais tarde lhes possam ser úteis, ainda que por momento não o sejam" (MARQUES, JOSÉ FREDERICO. *Instituições de Direito Processual Civil.* v. III. Campinas: Millennium, 2000, p. 183). Nesse sentido: TEIXEIRA, GUILHERME FREIRE DE BARROS. *O princípio da eventualidade no Processo Civil.* São Paulo: RT, 2005, p. 27.

Classicamente⁷, ou talvez fosse melhor dizer regularmente e pela maioria da doutrina⁸, o princípio da eventualidade⁹ vem definido como sendo aquele que determina para o réu o dever de apresentar, em sua contestação, não apenas respostas a todos os argumentos trazidos na inicial pelo autor, como também, o encargo de alegar todas as matérias que tenha e pretenda utilizar para fundamentar sua defesa¹⁰, sob pena de, em assim não o fazendo, estar sujeito à preclusão da faculdade de deduzir, no mesmo processo, outros fatos ou fundamentos que sirvam à impugnação da pretensão do autor¹¹.

Nesse passo, é reputado ônus do réu¹², o qual, não cumprido oportunamente, acarretará na impossibilidade daquele em alegar as defesas¹³ das quais já dispunha ao tempo da contestação¹⁴.

.

⁷ Como nos informa EGAS MONIZ DE ARAGÃO, já "No antigo processo germânico o princípio de preclusão compelia à imediata apresentação de toda a defesa simultaneamente – (*Eventualmaxime* ou *Eventualprinzip* – máxima ou princípio de eventualidade)..." (*Sentença e coisa julgada. Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 224-225).

⁸ Como informa GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA, há, na verdade, certa dúvida quanto à definição do princípio da eventualidade, sendo que sugere uma divisão da doutrina respectiva em dois grandes grupos, quais sejam, dos autores que dão ao instituto uma interpretação mais restritiva, e dos autores que, ao contrário, lhe emprestam uma interpretação ampliativa. A interpretação restritiva leva à concepção de que o princípio da eventualidade destina-se apenas ao réu, interferindo na sua atividade de produzir a contestação. A interpretação ampliativa conduz a um alargamento deste conceito, permitindo, assim, pensar-se que o tratado princípio refere-se, indistintamente, ao autor e ao réu, com isso afetando não só a produção da defesa, como também o exercício do direito de ação, na medida em que impõe às partes do processo "... o ônus da alegação concentrada de suas alegações, pedidos, exceções e elementos de prova, utilizando-se, por isso, a expressão 'todos os meios de ataque e de defesa'". O mesmo autor, ainda, expõe que nenhuma das definições apresentadas são suficientes para dar o exato entendimento sobre o alcance de tal regra processual (*O princípio da eventualidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 23-24).

⁹ Ao qual se contrapõe, conforme PONTES DE MIRANDA, o princípio do livre procedimento, norma que autoriza que as partes, a qualquer momento, desde que antes da sentença, possam deduzir alegações e pugnar pela respectiva produção de provas (*Comentários ao Código de Processo Civil.* t. III. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 117).

O art. 300, do Código de Processo Civil, consagra o princípio da concentração da defesa (denominação utilizada no Direito português, e que revela ter sido em nosso ordenamento acolhida a definição restritiva pertinente ao princípio da eventualidade, consoante a anotação de GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA [O princípio da eventualidade no Processo Civil. São Paulo: RT, 2005, p. 24, nota 3, e p. 25]), segundo o qual todas as defesas das quais disponha o réu devem ser por ele trazidas na contestação Nesse sentido: FERRAZ, CRISTINA. Prazos no processo de conhecimento. Preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal. São Paulo: RT, 2001, p. 29-30. De outro lado, o art. 302, daquele mesmo Diploma legal, encampa o princípio da impugnação específica dos fatos, pelo qual todos os fatos alegados pelo autor devem ser individualmente contrastados, isto para que nenhum daqueles fique sem resposta, pois tal situação conduziria à preclusão da possibilidade de defesa quanto à matéria aduzida na inicial e não confrontada na contestação.

Típicos exemplos disso são os pedidos de compensação ou de retenção por benfeitorias, os quais, nas ações possessórias ou reivindicatórias, corriqueiramente, não são oportunamente aduzidos pelos réus, os quais, muitas vezes, apenas o vêm fazer por ocasião da eventual interposição de impugnação ao cumprimento da sentença, antes, genericamente, nos embargos à execução, momento, porém, em que não poderão mais ser aquelas matérias levantadas, justamente em virtude da preclusão.

¹² DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Instituições de Direito Processual Civil.* v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 469; ALVIM, EDUARDO ARRUDA. *Direito Processual Civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 371 e 375.

Contudo, esta visão que se tem deste princípio não pode subsistir, ainda mais quando se percebe que parte da doutrina já vem se pronunciando em sentido contrário¹⁵, e afirma, tal qual ENRIQUE VÉSCOVI, que um sistema processual que se quer baseado nas regras da lealdade e boa-fé, "... requiere la eventualidad reuniendo todas las pretensiones en la demanda y todas las defensas en la contestácion..."¹⁶, para com isto se possibilitar o mais amplo debate entre as partes na busca da verdade, na busca de ideal e tempestiva solução da controvérsia entre estas existente, na busca de uma solução mais justa, contribuindo a participação do autor e do réu na completa descrição dos fatos envolvidos para que o juiz – que deve revelar em sua conduta o que se convencionou chamar de ativismo judicial¹⁷ – em conhecendo de tudo o quanto se

¹³ Cabe frisar que "... o princípio da eventualidade não exige a especificação dos meios de prova na petição inicial e na contestação, limitando-se aos fatos,..." (TEIXEIRA, GUILHERME FREIRE DE BARROS. O princípio da eventualidade no Processo Civil. São Paulo: RT, 2005, p. 41).

¹⁴ A regra apresentada é de todo pertinente e não poderia ser diferente. Aquele que está envolvido em determinado acontecimento, do qual pode se retirar consequências jurídicas amparadas pelo ordenamento, idealmente, e de pronto, deve estar apto a defender-se contra pretensão a ele oposta em ação cujo objeto é a obtenção de determinado bem da vida em detrimento de seus interesses. Nada justificaria que a defesa pudesse ocorrer em fases ou em outros momentos, quando fosse melhor ou mais conveniente para o réu. Claro que com isto não se está a pretender restringir a possibilidade de ampliação pelas partes, quando a técnica ditada para o desenvolvimento do processo assim o permitir, do objeto a ser debatido no transcorrer daquele. Aliás, tal ampliação é admitida pelo nosso Código de Processo Civil, considerado o teor de seu art. 264, ampliação que poderá ser realizada unilateral ou convencionalmente, como bem o coloca ANTONIO CARLOS MARCATO, o qual alerta para o fato de que o mencionado dispositivo deve ser combinado, para o seu bom entendimento, com a regra do art. 294, do mesmo Diploma legal, lembrando, também, da hipótese de estar permitida a alegação de fatos novos [cf. art. 462, do CPC] (Código de Processo Civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 756). A alteração objetiva da demanda, por ampliação, pode, ainda, se verificar pelo ajuizamento de reconvenção (MARCATO, ANTONIO CARLOS. Procedimentos especiais. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 33), ou de ação autônoma que, em razão de conexão ou continência, fosse apensada ao processo original para que houvesse julgamento conjunto das causas (cf. art. 105, do CPC). Enfim, a crítica feita neste nosso estudo apenas leva à reflexão de que o encargo decorrente do princípio da eventualidade não deve ser algo ligado apenas à figura da defesa, como também aos termos da pretensão deduzida pelo autor.

Consoante os informes que nos fornece JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, fazendo referência aos pensamentos de Wyness Millar, Antonio Segni, Cerino Canova, Celso Agrícola Barbi, Eliezer Rosa e Everardo de Souza (A causa petendi no Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 89 e 149). PONTES DE MIRANDA neste grupo pode ser incluído, pois ensina que o princípio da eventualidade impõe, indistintamente, "... prazos de preclusão às alegações das partes" (Comentários ao Código de Processo Civil. t. I. 5a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 60). JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE igualmente afirma que as atividades do autor e do réu, quanto à inicial e a contestação, estão regradas em nosso ordenamento processual em conformidade com o princípio da eventualidade (Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 131).

Hacia un Proceso Civil universal. In REPRO, nº 93, ano 24, São Paulo: RT, jan.-mar. 1999, p. 182.

Tal postura do juiz deve ser adotada para que colabore ele para o maior proveito e resultado útil do processo, tomando os cuidados necessários para que esta atividade não desborde para práticas que venham a implicar na desconsideração do devido processo legal ou possam violar o direito ao contraditório. O juiz deve sempre estar atento para que o tratado ativismo não provoque o comprometimento de sua imparcialidade, esta que é fundamental para a preservação de seu equilíbrio enquanto julgador, pois é inegável que é a equidistância que toma o juiz das partes a sua garantia de que ao cumprir sua função o fará lastreado apenas em adequada instrução e na livre valoração das provas. No sentido do texto: BERIZONCE, ROBERTO O. El activismo de los jueces. In Derecho Procesal Civil actual. Buenos Aires: Abeledo-Perot, 1999, p. 374-375. Em complemento, vale referir tanto o quanto J.

expôs, possa entregar sua prestação jurisdicional de forma integral ou absoluta, sendo esta uma que não enseje, de futuro, novas iniciativas das partes calcadas justamente na falta de análise de alguns fatos isolados, mas que, mesmo individualizados, e retirados do contexto dos demais fatos que deram origem ao litígio, são jurígenos e, em razão desta sua carga e característica, somado à circunstância de não terem sido trazidos ao processo, possibilitam o exercício de uma nova ação, possibilidade que não deve ser tida como algo extremamente normal ou reflexo simples do direito que a parte sempre tem de ver as lesões aos seus direitos reparadas judicialmente, não sendo demais assinalar que, o sistema de alegações concentradas apenas viria a coordenar a atividade da parte, jamais para retirar desta a viabilidade de pleitear por reparação na extensão que entender necessária e cabível.

Daí não concordarmos com as considerações críticas de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA a respeito da concentração envolvida na aplicação do princípio da eventualidade, porquanto nos parece claro que o cumprimento desta regra não pode ter como base para sua interpretação o rigorismo de antanho, algo revelado nas palavras do mencionado autor, especialmente quando alude ser tal concentração providência que reflete uma "... ânsia desenfreada e irracional de encerrar o litígio" , o que, em absoluto, não nos parece verdadeiro.

A realidade é que o princípio da eventualidade, observados e sopesados os princípios constitucionais que informam e regem o moderno Processo Civil, não mais conduz à obrigação de o autor ou o réu formularem petições recheadas de criações divorciadas dos fatos relevantes ao julgamento da demanda, porém, devem estas peças servir como instrumentos para a exposição das pretensões e defesas, respectivamente, que cada uma daquelas ache importantes para delimitação de toda a sua controvérsia, de forma a demonstrarem a real intenção de verem seus conflitos resolvidos, colaborando para uma prestação jurisdicional racional, célere e mais justa, na medida em que inegável que quanto mais aprimorada e ampla for a descrição dos fatos essenciais ao

A. JOLOWICZ comenta sobre os poderes do juiz na investigação dos fatos durante o processo, especialmente quando anota que "... it is for the parties alone, by their respective allegations, counterallegations and admissions, to set limits beyond which the judge may not go in finding the facts on which his judgement will be based" (On Civil Procedure. Cambrige: Cambrige University Press, 2000, p. 195-196), como as colocações que faz LUIGI PAOLO COMOGLIO sobre o papel ativo do juiz no processo moderno, seus poderes, deveres, e funções, especialmente quando vê estar ao magistrado entregue "... l'impulso endoprocessuale, vale a dire il potere di adottare d'ufficio, dopo il promovimento del giudizio, ogni misura atta ad accelerate il più possibilie il corso del processo e ad evitarne la paralisi... (Garanzie minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. In REPRO, nº 112, ano 28, São Paulo: RT, out.-dez. 2003, p. 164-165).

¹⁸ Do formalismo no Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 172.

julgamento, este será muito mais preciso e, correspondentemente, completo, capaz de atingir o ideal de pacificação a que se destina, fundamentalmente, o processo.

Aliás, o próprio doutrinador antes referido acaba por admitir que a concentração propiciada pelo princípio da eventualidade "Consiste, não há dúvida, proteção contra a chicana, a demora e ocultação da situação fática, acarretadas pelo transcurso de tempo", entretanto, volta a asseverar que sobredita concentração pode se erigir como obstáculo a um processo justo, como também acarretaria "... risco de exclusão de alegações e pleitos omitidos sem culpa pela parte" 19.

Não temos como aquiescer em tais conclusões.

O argumento de que haveria "risco de exclusão de alegações e pleitos omitidos sem culpa pela parte" não se sustenta pelo simples fato de estar informado de enorme subjetividade. Seria praticamente impossível – para não dizer totalmente impossível – verificar-se a ocorrência ou não de culpa da parte na omissão de alegações²⁰ ou pleitos que deveriam ter sido apresentados oportunamente no processo, sob pena de preclusão. Além disso, a omissão seria muito mais imputável ao advogado que à parte, porquanto apenas o primeiro sabe e conhece quais os fatos que seriam relevantes para fundamentar a pretensão do autor, ou para constarem da defesa. A eventual deficiência de informações recebidas pelo advogado, todavia, não pode servir de base para a concessão de outra chance à desidiosa parte, a qual teve a ela garantido livre e amplo acesso à justiça, mas, incauta e descuidada com seus próprios direitos, deixou de aproveitar do quanto o sistema lhe propiciou.

Também não há como conceber uma técnica processual que leva as partes a não atuarem de modo astucioso, com vistas unicamente na obtenção de alguma vantagem ilegítima, com abandono de toda e qualquer ética e lealdade com a calculada "ocultação da situação fática", na esperança que o "transcurso do tempo" se encarregue de prejudicar a atuação da parte contrária; bem como que abrevia o tempo do processo – sendo sempre necessário se ter em mente que a concentração impede a existência de um novo processo que envolva as partes para solução de parcela de seu conflito de

¹⁹ Do formalismo no Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 173-174.

²⁰ Como nos ensina FRANCESCO CARNELUTTI, as alegações são típico ato de parte (*Instituições do Processo Civil.* v. I. Campinas: Classic Book, 2000, p. 497), e, nesta forma, consistem em ônus, encargo, ou como diz autor mencionado, uma carga vinculada à parte que deve proceder à informação sobre os fatos envolvidos no litígio, atribuição que não cumprida com exação não pode ser desconsiderada, nem pode ser, de certa forma, suprida com a autorização da propositura de uma nova ação para proceder algo que, definitivamente, é uma emenda tardia da primeira inicial. Aqui deixamos anotado que este entendimento pressupõe que já tenha sido a ação precendente julgada, e que a decisão última no processo proferida tenha transitado em julgado.

interesses que ficou sem solução em anterior demanda que as envolveu –, possa ser tomado como um "obstáculo a um processo justo", pois, da correta e equilibrada aplicação do princípio da eventualidade, somente pode derivar o contrário, um processo destinado a produzir justiça, como pretendemos deixar demonstrado nas linhas seguintes.

Pois bem.

É indiscutível que as partes no processo devem ser igualmente tratadas, consoante nos exorta o art. 5°, inc. I, da Constituição da República, assim como o art. 125, do Código de Processo Civil, regras fundamentais e que impõem exista equilíbrio nas concessões ou encargos referentes às partes do processo, jamais sendo aceitável que uma dessas veja-se especialmente beneficiada ou onerada, estando absolutamente correta a assertiva de CHAÏM PERELMAN no sentido de que desigualdades injustificadas correspondem a verdadeiras arbitrariedades²¹.

Como nos ensina ELIO FAZZALARI, a legitimação para agir, ou a habilitação para a prática ou cumprimento das atividades processuais, não está ligada apenas à figura do autor, não sendo escorreito se falar sobre uma legitimação ativa com o propósito de se excluir desta o réu. O certo é perceber que "... a legitimação para agir, como habilitação a cumprir atividades processuais, não pode ser senão 'ativa', qualquer que seja a parte a que se refira"²².

Permite este raciocínio ver que a técnica processual conduz a uma situação na qual é posto o autor na condição de dar início ao processo, mas isto não leva a afastar a idéia de que o réu também age, tanto quanto o autor, para cumprir atividades processuais, ambos assim devendo proceder para que o processo se desenvolva regular e eficientemente até o seu desfecho.

Ora, se há simetria relativa à aludida habilitação para agir, nos parece claro que não poderia se pensar ser aceitável que quando da verificação quanto ao exato cumprimento das respectivas atividades processuais, estas que, substancialmente, trazem para o processo as questões a serem em juízo dirimidas, como a inicial e a contestação, pudesse ser aplicado às partes tratamento diferente quanto às conseqüências ou possibilidades decorrentes do fato de as peças por estas apresentadas

²² Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 2006, p. 508.

²¹ Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 667. JOSÉ CRETELLA NETO nomeia como privilégio a permissão que tem o autor de escolher o momento para ajuizamento da ação, frisando ser de rigor a aplicação da garantia da ampla defesa, justamente como meio de compensar-se o réu pela perda da iniciativa (*Fundamentos principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 62).

terem sido mais ou menos substanciadas, merecendo autor e réu, de acordo com a sua atividade, opções ou comportamentos no processo, estarem sujeitas a idênticos resultados daí provenientes, sejam proveitosos, sejam desastrosos, para a tutela de seus interesses.

Temos como necessário, nesse passo, que se dê resguardo no processo ao equilíbrio de tratamento perante a lei que deve ser reservado aos litigantes, garantia esta revelada no conteúdo do princípio da isonomia²³.

Em conformidade com este, no intuito de criar-se uma idêntica proteção às partes no processo envolvidas, em seu favor devem ser propiciadas as mesmas oportunidades, colocadas à sua disposição os mesmos instrumentos²⁴, tudo no sentido de autor e réu serem conduzidos a igual patamar²⁵, no qual não se permitirá haja qualquer discriminação entre eles. Cuida-se aqui, portanto, como bem observa ROBERT ALEXY²⁶, de um postulado²⁷ básico de racionalidade prática, o qual encerra não um dever meramente formal²⁸, porém, um dever material de igualdade²⁹.

²³ Não há como imaginar-se a figura do justo processo sem nele inserir o requisito – imprescindível – da igualdade de tratamento que deve ser dispensado às partes. Nenhum relevo tem a situação de o autor ter dado início ao processo e o réu estar apenas, em tese, a se defender em referência aos fatos contra ele deduzidos. Não há, nem deve haver, qualquer diferença substancial entre aquele que ocupa o pólo ativo e o que está no pólo passivo da relação jurídica processual. Autor e réu são partes e, assim, são iguais, merecendo, portanto, o mesmo tratamento, uma vez que aos iguais deve se conceder igual tratamento, como há muito nos revelaram PLATÃO (As leis, Livro VI) e ARISTÓTELES (A Política, Livro III).

²⁴ NERY JÚNIOR, NELSON. Princípios do Processo na Constituição Federal. Processo civil, penal e

administrativo. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 239. ²⁵ Nesta condução deve colaborar o juiz, sendo que, como anota ROBERTO O. BERIZONCE, mesmo que com algumas restrições "... queda en manos del juez un instrumento importante para la nivelación de las partes y el aseguramiento de la 'igualdad de armas', porque la ignorancia del derecho, su desconocimiento o errónea interpretación frustran la tutela jurisdicional, y no sólo tratándose de los derechos sociales" (El activismo de los jueces. In Derecho Procesal Civil actual. Buenos Aires: Abeledo-Perot, 1999, p. 377).

²⁶ Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 398-399.

²⁷ Postulado normativo que serve como estrutura para a aplicação de outras normas, constituindo uma metanorma ou norma de segundo grau, como o define HUMBERTO ÁVILA, o qual ainda explica que "Enquanto os princípios e as regras são o objeto da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras. E enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuia adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetros para a realização de outras normas. Em todos os casos de utilização dos postulados sempre há um raciocínio que é feito relativamente à aplicação de outras normas do ordenamento jurídico" (Teoria dos princípios [da definição à aplicação dos princípios *jurídicos]*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122-123 e 125).

⁸ Uma concepção meramente formal do princípio da igualdade levaria a pensar que este encerra simples reclamo de que todos sejam tratados da mesma maneira, com total desconsideração das diferenças reais existentes e, particularmente, da posição jurídica ocupada por cada pessoa sujeita a determinado tratamento preordenado no sistema jurídico, o que acarretaria em sérias distorções. Daí advertir ALF ROSS que "A exigência de igualdade deve ser compreendida, portanto, num sentido relativo, isto é, como uma exigência de que os iguais sejam tratados da mesma maneira. Isto significa que, como um prérequisito para a aplicação da norma de igualdade e com independência dela, é preciso que haja algum critério para determinar o que será considerado igual; em outras palavras, a exigência de igualdade contida na idéia de justiça não é dirigida de forma absoluta a todos e a cada um, mas a todos os membros

Logo, o princípio³⁰ em comento acarreta na exigência de tratamento isonômico das partes, isto implicando na paritária concessão a elas de armas³¹ tanto para a busca da reparação pelo autor da lesão que entende ter sofrido em seu direito, como para que o réu se defenda e preserve os seus interesses do ataque a ele feito na ação. Em consonância com este pensar está EDUARDO J. COUTURE, para o qual "En tanto sea posible dentro de las necesidades técnicas del debate, la ley procesal primero y el juez luego deben propender a que actor y demandado actúen en el proceso en un plano de igualdad", deixando claro que isto se justifica para que estes sujeitos do processo tenham suas forças e condições equalizadas, para que possam se valer de análogas oportunidades no desenvolver do processo, e se evite distinções de qualquer ordem entre os contendores³².

Cabe lembrar aqui do brocardo jurídico *in paribus causis, paria jura*, o qual orienta no sentido de que pessoas envolvidas em uma situação, nas mesmas condições, tal como ocorre no ambiente do processo – tomando-se como certa a adoção das medidas existentes para que haja esta equiparação –, devem ser tratadas

de uma classe determinados por certos critérios relevantes" (*Direito e Justiça*. Bauru: EDIPRO, 2000, p. 315). Exatamente por esta razão, é que inserimos, quanto ao princípio da eventualidade, no mesmo patamar, autor e réu, iguais enquanto componentes da classe "partes do processo", que merecem, assim, tratamento isonômico, sujeitando-se aos mesmos ônus e compartilhando das mesmas garantias.

²⁹ CHAÏM PERELMAN esclarece que é necessário que na lei haja a determinação das diferenças essenciais e a indicação das distinções que devem ser tomadas em consideração para com isso serem criadas as condições imprescindíveis ao cumprimento do ideal da igualdade material, baseado nisso asseverando que "... o princípio da igualdade formal desaparece diante do princípio da igualdade perante a lei" (Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 227-228). Pensando no âmbito do processo, LUIGI PAOLO COMOGLIO frisa a importância da existência de uma igualdade substancial entre as partes e conclui que "... trovano spazio sia l'idea del processo 'giusto' in quanto 'regolato per legge' (o secondo 'legalità processuale'), sia la parità delle parti, intesa quale corrispondenza dinamica di reciproci diritti fra le parti medesime sulla base di uma loro sostanziale eguaglianza" (Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica. In REPRO, n° 108, ano 27, São Paulo: RT, out.-dez. 2002, p. 143).

³⁰ Consigne-se que a igualdade não se apresenta apenas como princípio, uma norma que tem como finalidade precípua o estabelecimento de um estado igualitário, mas também como regra e postulado, sendo que, no primeiro caso, afirma e determina a impossibilidade da ocorrência de qualquer tratamento discriminatório; e, no segundo, estrutura a aplicação do Direito, para isso tomando em consideração a existência ou não de critério diferenciador, bem como se plausível a justificativa ou finalidade eventualmente apresentada para a existência de uma distinção, relacionando tais elementos de modo a permitir se proceda à verificação da congruência entre o critério distintivo e o fim para o qual a norma foi concebida (ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios [da definição à aplicação dos princípios jurídicos]*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 137-138).

³¹ A propósito, NELSON NERY JÚNIOR, apoiado em lições de MAX VOLLKOMMER, GOTTFRIED BAUMGÄRTEL e ROLF STÜRNER, deixa anotado que "Trata-se de cláusula geral processual, na medida em que o juiz, na situação específica que lhe é submetida, deve dar concretude ao preceito, decidindo o que significa igualdade de armas na hipótese. Não basta garantir a paridade formal de armas, pois o princípio atua no sentido de que seja garantida a igualdade de armas do ponto de vista substancial, efetivo" (*Princípios do Processo na Constituição Federal. Processo civil, penal e administrativo.* 9^a ed. São Paulo: RT, 2009, p. 240).

_

³² Estudios de Derecho Procesal Civil. La Constitución y el Proceso Civil. t. I. 4ª ed. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 48-49.

igualitariamente, sem distinção, com a incidência de mesma regra que lhes ponham lado a lado, no mesmo patamar, do qual possam desfrutar das mesmas garantias.

A propósito, indica LUIGI PAOLO COMOGLIO, para que o processo possa ser considerado instrumento capaz de permitir maior efetividade ao provimento jurisdicional a ser nele proferido, sejam observadas algumas condições mínimas, listando entre estas, além da garantia ao exercício dos poderes de ação e defesa, a necessidade de serem preservadas "... l'eguaglianza delle parti e la 'parità delle armi' nel giudizio...", imprescindíveis para ensejar aquilo que se pretenda designar por processo justo³³.

Como havíamos referido anteriormente, o princípio da eventualidade também se aplica ao direito de ação, na medida em que é de se exigir do autor o mesmo que se exige do réu³⁴, isto para o fim de compelir aquele primeiro à apresentação de todos os fatos e fundamentos³⁵ que fizeram surgir a lide a ser resolvida³⁶, para que exponha todas as suas pretensões, realize os seus pedidos em sua completude, contribuindo, desta forma, para a otimização do processo a ser instaurado³⁷, coibindo-se a existência de

³⁵ Sustenta ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA ser "... necessário propiciar às partes oportunidade de trazerem a juízo todos os elementos de conviçção de que dispõem, na mais perfeita igualdade" (*Da preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 55).

³³ Garanzie costitucionale e "giusto processo" (modeli a confronto). In REPRO, nº 90, ano 23, São Paulo: RT, abr.-jun. 1998, p. 101. Sobre a busca da concretização judicial do justo processo vale conferir o teor das decisões refidas no corpo da revista eletrônica publicada pela Corte di Cassazione italiana em janeiro de 2009 (La più rilevanti decisioni civili della Corte di Cassazione – Anno 2008), que está disponível em: http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Rassegna%20Civile%202008.pdf, acessado em 19 de fevereiro de 2010.

³⁴ Curioso que JOSÉ FREDERICO MARQUES já colocava como encargo imposto ao autor o de suscitar todas "... as *quaestiones facti* necessárias à decisão da lide" (*Instituições de Direito Processual Civil.* v. III. Campinas: Millennium, 2000, p. 115-116). Pensar esta atividade do autor como um seu ônus, na expressão utilizada pelo mesmo autor mencionado – o qual, aliás, vê este ônus ligado ao princípio dispositivo –, nada mais é do que reconhecer, no nosso sentir, uma equivalência de resultados nas condutas das partes do processo, o que, por sua vez, revela um ideal tratamento isonômico destas, com proveito para o regular e profícuo desenvolvimento do processo.

³⁶ Os fatos aqui mencionados consistem, conforme nos ensina ENRICO TULLIO LIEBMAN, na causa remota do processo, pois revelam o conflito de interesse existente entre as partes além de seu âmbito, não se confundindo com o objeto deste, o qual pode ser identificado, isto sim, naquilo que é pedido pelo autor (*Estudos sobre o Processo Civil brasileiro*. s.l.: Bestbook, 2004, p. 88-89). Seguindo na mesma linha J. A. JOLOWICZ deixa bem demarcada a diferença que existe entre pedido e causa da demanda (*On Civil Procedure*. Cambrige: Cambrige University Press, 2000, p. 187-189 e 195).

³⁷ Considere-se que ao se atribuir idênticas sanções às partes, seja autor, seja réu, estar-se-á caminhando para conferir ao processo maior efetividade, porquanto é pela imposição de sanções que se viabiliza, também, a maior eficácia das normas, o que leva àquele primeiro resultado, sendo esta a visão de NORBERTO BOBBIO da qual compartilhamos. Não se pode olvidar, ainda, que este mesmo autor confirma a possibilidade da existência de imperativos que instituam sanções hipoteticamente redutíveis à fórmula "Se não quer Y, deve X", norma técnica totalmente compatível com os escopos do processo (*Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 83, 94-99 e 141).

novos processos que viessem a tratar dos mesmos fatos, mas com a dedução de outros pedidos, novas pretensões³⁸.

Tolerar a prática atual é não só incentivar o descuido na adução de fatos e fundamentos para embasamento dos pedidos por parte do autor, como desrespeitar ao preceito da igualdade que deve existir entre as partes³⁹, na medida em que caso o autor não apresente todas as suas alegações na petição inicial, acredita-se que poderá fazê-lo em separado, em outra demanda, estando limitado a tanto apenas pela prescrição ou decadência⁴⁰.

Poder-se-ia dizer que tal conclusão não deveria ser tomada como verdadeira, porquanto a cada nova ação teria o réu o direito de apresentar uma nova defesa, sendo àquele último indiferente o proceder do autor.

Esta crítica, contudo, não procede, pois se tal consideração é correta, descura do fato de que ao réu não é dada uma oportunidade equivalente.

Caso não apresente resposta que seja eficiente para afastar a pretensão do autor na sua contestação, não poderá o réu, depois de resolvido o processo, ajuizar uma demanda para discutir os mesmos fatos valendo-se de qualquer defesa relacionada a estes, a qual já deveria ter sido ofertada, em respeito ao quanto ditado no art. 300, do Código de Processo Civil⁴¹. Olvida da circunstância de que tradicionalmente vem se tratando com condescendência o autor que não traz para o processo todos os fatos e fundamentos pertinentes à lide a ser dirimida, condescendência esta que se revela na aceitação de que referido autor proponha novas demandas com base nos mesmos fatos e

³⁹ Cabendo frisar que, certamente, a mesma prática causa prejuízo ao contraditório, e ao pleno entendimento da íntegra dos fatos, na medida em que, desta forma, não se tem a mesma possibilidade de discutir as questões relevantes ao julgamento na sua inteireza, causando até alguma possível distorção no quanto se deve considerar para chegar-se a uma conclusão a respeito dos argumentos e fatos apresentados na ação, como ainda para a aferição se aqueles são fundados e levariam, realmente, ao acolhimento da pretensão do autor.

⁴⁰ Estamos, no sentido do texto, de pleno acordo com GUILHERME FREIRE DE BARROS, quando este assevera inexistir para o autor ampla liberdade de atuação, pois está ele adstrito aos influxos do princípio da eventualidade, norma que acarreta, para aquele, limitações referentes aos seus comportamentos processuais, tanto quanto para o réu (*O princípio da eventualidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 27 e 41).

-

³⁸ Daí que o quanto sustentado em relação ao exercício do direito de ação se aplica, da mesma maneira, ao direito à reconvenção. Nestes moldes, JOSÉ FREDERICO MARQUES anota que "... na reconvenção, há para o reconvinte todos os ônus de afirmar inerentes ao exercício do *ius actionis*" (*Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. Campinas: Millennium, 2000, p. 116). Também JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE deixa assentado que "... demandas pleiteando direitos, embora diversos daqueles acertados definitivamente em juízo, mas dedutíveis em defesa ou reconvenção no primeiro processo, não mais podem ser postuladas" (*Direito e processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, s.d., p. 96).

Importante mais uma vez deixar referido que a regra mencionada se relaciona com outra constante do art. 302, do Código de Processo Civil, esta que, consoante o teor de seu parágrafo único, conduz à necessária produção pelo réu de impugnação específica dos fatos alegados pelo autor. Ambas estas regra encontram abrandamento nas exceções trazidas nos inc. I a III, do art. 303, do Código de Processo Civil.

fundamentos, desde que deduza novos pedidos⁴², tratamento, entretanto, que não é dado ao réu, o qual suporta os efeitos da preclusão, caso não especifique a sua defesa para responder a todos os termos da inicial.

Certo é que ao autor são dadas duas chances para acertar, enquanto ao réu uma única, na medida em que não observado por este último o princípio da eventualidade, sofrerá as consequências de sua falha, gravame que não encontra par entre os encargos processuais do autor, o que revela absurdo e inquestionável tratamento díspar, e que deve, em virtude disso, ser corrigido, em particular, por caracterizar-se como violador da garantia ao devido processo legal, pois é exigência nesta baseada que se conceda às partes iguais oportunidades para exercício de suas faculdades processuais⁴³, aqui, especificamente, o direito de ação e o de defesa, regra a qual resta, como visto, a preservar-se a solução que se tornou habitual, integralmente desatendida.

Esta correção poderia derivar da aplicação dos ideais defendidos por JOHN RAWLS para a construção de um processo justo⁴⁴, possível desde que haja resguardo ao princípio da justa igualdade de oportunidades, o qual, por seu turno, informa aquilo que o mencionado autor denomina de justiça puramente processual, possível na mesma

⁴² Como o atesta EDUARDO TALAMINI no seguinte trecho: "Afirma-se tradicionalmente que, sendo alterado o pedido, ainda que mantida a causa de pedir, estará afastada a identidade, e portanto a nova ação estará alheia aos limites objetivos da coisa julgada" (*Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 68).

p. 68).

⁴³ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Instituições de Direito Processual Civil.* v. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 297.

⁴⁴ JOSÉ CRETELLA NETO alude ao processo justo como sendo o produto da conjugação de vários fatores, preponderantemente, a existência de prévia lei de regência; a garantia de que esta lei se fará observar por Judiciário independente; e a dispensa às partes de tratamento isonômico que se traduza na concessão de iguais meios de atuar no processo. Ainda afirma caber à Constituição da República "... o estabelecimento das regras que permitam a existência e a efetividade do *processo justo*, ou seja, o instrumento considerado pela sociedade politicamente organizada como a via ética, prática e adequada à solução de conflitos de interesse" (*Fundamentos principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 42).

proporção em que as partes do processo atuem em cooperação⁴⁵, com isso visando ao melhor resultado que do processo se possa extrair⁴⁶.

A vislumbrada cooperação, evidentemente, não se ajusta à ocorrência, no processo, de comportamentos discriminatórios, nem à incidência de regras divorciadas da missão que aquele tem de servir como meio efetivo de solução de litígios, de via para a obtenção de uma desejada estabilidade quanto à resolução de controvérsias.

Sendo estas as premissas para um processo justo, indiscutível a razão de ROBERTO O. BERIZONCE ao registrar que o processo que assim se deseje deve passar por uma humanização, isto correspondendo a ser necessário que todos os nele envolvidos adotem uma postura jurídica e ética, a qual, produto de uma definição valorativa baseada na solidariedade, apresente-se capaz de colocar aquele importante instrumento no rumo correto para cumprir sua função e, assim, de ensejar a distribuição de uma tutela jurisdicional efetiva. Indicado autor também faz referência àquilo que define como "núcleo duro" este correspondendo ao que chama de "bloque judicial de constitucionalidad", sendo este a base em que se funda "... a tutela concreta, efectiva y puntual de los derechos de los cidadanos..."⁴⁷.

Cabe neste ponto deixar marcado que desigual tratamento entre as partes do processo somente poderia se sustentar diante de uma razão suficientemente fundamentada⁴⁸, razão que entendemos ser inexistente quanto ao tema que abordamos⁴⁹.

⁵ Adverte IOSÉ ROBERTO DO

⁴⁵ Adverte JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE que a crise de direito material somente pode ser resolvida a contento quando as partes e o juiz, em conjunto, no âmbito do processo, com observância de procedimento previamente estabelecido em lei, buscam aquele resultado, razão de ser da relação jurídica processual, ou seja, é da combinação dos esforços do autor e do réu, somados aos do juiz, que se cria um processo aberto à ativa interferência de todos os seus integrantes, que, deste modo, influenciam no seu resultado final, para que se atinja por este meio importante escopo consistente na "... formulação e atuação da regra de direito material adequada à situação concreta" com o restabelecimento do ordenamento jurídico violado e a eliminação da controvérsia desestabilizadora da paz social (*Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 81). No mesmo sentido: OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO ALVARO DE. *Do formalismo no Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 140).

p. 140).

46 Teoría de la justicia. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 88-93. Com as conclusões de Rawls parece aquiescer CHAÏM PERELMAN, após realizar algumas críticas à teoria do primeiro (Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 236-247).

⁴⁷ El "bloque de constitucionalidad" como pivote de las políticas públicas em la área de la justicia. In Bases científicas para um renovado Direito Processual. v. 1. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, p. 196. Do mesmo autor, ainda sobre a necessidade de caminharmos no sentido de construir um processo mais humano e solidário: Solidarismo y humanización del proceso. In Derecho Procesal Civil actual. Buenos Aires: Abeledo-Perot, 1999, p. 103-130.

⁴⁸ Nesse sentido, ROBERT ALEXY, para quem "Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório". Terminando, o mesmo autor afirma que, diante da inexistência da referida razão suficiente, não obtido êxito com a fundamentação apresentada para cogitar-se no estabelecimento de uma diferenciação, tem-se não estar permitida a alvitrada distinção (*Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 408-409).

Também há aqueles que podem questionar a sustentação antes feita referindo que, reflexamente, o tratamento igual aqui reclamado tende a comprometer o direito de ação do autor, o seu direito de acesso à justiça⁵⁰.

Porém, esta ponderação não é aceitável.

O direito de ação se define como sendo a faculdade que se estabelece em favor de qualquer pessoa em reclamar proteção aos seus direitos, uma vez que tenham sido estes ofendidos por quem quer que seja⁵¹.

Relaciona-se o direito de ação com o de acesso à justiça, o qual enseja garantia de que a pretensão de reparação da ofensa perpetrada ao direito descrita na ação seja apresentada ao Poder Judiciário e por este analisada, não havendo qualquer possibilidade da criação de obstáculo material a que tal se realize⁵².

Posto isso, temos que o direito de ação em abstrato do autor em nada seria afetado caso se admitisse ser possível haver uma diversa regulação quanto ao exercício *in concreto* de aludido direito⁵³, para que quando da dedução de uma pretensão em juízo, apenas com o fito de se evitar a multiplicação de demandas, ser ampliada a

⁴⁹ Entretanto, reputam-se justificadas as distinções provocadas pela aplicação do quanto disposto, *v.g.*, nos arts. 188 e 191, do Código de Processo Civil, embora o tratamento especial dado à Fazenda Pública em algumas situações (*v.g.*, a da remessa obrigatória prevista no art. 475, do CPC), seja objeto de muitas críticas.

⁵⁰ Direitos estes que em nosso ordenamento consistem em garantias, contemplados que estão no inc. XXXV, do art. 5°, da Constituição da República. Diferente não é na Itália, na qual semelhante disposição consta da Carta Magna lá vigente (art. 24), regra que põe a salvo o direito de todos em juízo poderem reclamar a tutela de seus direitos e legítimos interesses. GIROLAMO MONTELEONE, aliás, anota que tal reclamação se dá por meio de ação a qual seria, portanto "... il generico diritto di adire la giustizia, costituzionalmente garantito a <<tutti>> per difendere i propri diritti ed interessi", e frisa que este tipo de garantia é algo típico dos "Stati liberi", os quais se preocupam "... di garantire in via generale a tutti la facoltà di agire e difendersi in giudizio ... per la tutela dei propri diritti ed interessi" (Diritto Processuale Civile. 3ª Ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 172 e 189).

⁵¹ Daí ter razão MOACYR AMARAL SANTOS quando sintetiza ser o direito de ação "... o direito de invocar o exercício da função jurisdicional" (Primeiras linhas de Direito Processual Civil. Processo de conhecimento. v. 1. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 167).

Temos, nesse conjunto de idéias, o conteúdo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Este princípio enseja não só o resguardo do direito de ingressar com a ação em juízo, como do direito de tê-la efetivamente julgada. Outrossim, não se pode negar que o acesso à justiça também está entrelaçado com o direito de defesa, pois esta serve para apresentação dos argumentos que levarão, eventualmente, a não ser acolhida a pretensão do autor exposta em sua ação, deixando evidente ser instrumento que serve para veicular, de certo modo, um pedido por prestação jurisdicional, por resguardo do direito posto em risco pelo ataque do autor, o que advirá da improcedência do quanto demandado por aquele último.

⁵³ Tal regulação, obrigatoriamente, partiria das propostas de ROBERT ALEXY (*Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 163-176 e 587-611) no sentido de ser cabível, quando haja choque entre princípios ou direitos fundamentais – no quanto nos interessa, marcadamente, a colidência que existe entre o direito de ação e o direito de defesa, da forma como normalmente vêm sendo entendidos –, o emprego da técnica do sopesamento, assim também do princípio da proporcionalidade, como modo de se avaliar o meio adequado de ser resolvido este embate, diante da necessidade de preservação do princípio da igualdade, que converge ao autor e ao réu. Esta providência não agravaria a situação do autor, nem restringiria seu direito de ação, tendo como produto tão somente a otimização dos procedimentos para o exercício do direito de ação e do direito de defesa, com a sua desejável equalização, garantindo uma maior eficiência ao processo.

4

utilidade da prestação jurisdicional e da estrutura judiciária posta à disposição para tanto, e, ainda, proporcionar-se a otimização do processo, então único, em que fosse ordenada a concentração de todas as discussões possíveis relacionadas a certos e determinados fatos, os quais, em algum momento, puseram em conflito o autor e o réu da ação⁵⁴.

A medida funcionaria como fator de organização do exercício do mencionado direito de ação⁵⁵, que não pode ser vista como uma restrição negativa de seu desempenho, muito menos como dificultadora do acesso à justiça⁵⁶. Ao contrário, tal medida implicaria apenas na promoção de certas modificações que conduziriam à configuração de um procedimento e de um processo⁵⁷ afinados com o anseio de permitir haja real e equilibrada proteção aos direitos, liberdades e garantias envolvidos na questão em análise⁵⁸.

Dessa forma, como bem pondera JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, pode-se afirmar que o procedimento e o processo se apresentaram neste esquema como "... instrumentos <<adequados e justos>> para a limitação ou restrição dos direitos

1 .

⁵⁴ A obrigação viria em prestígio de regras processuais muito úteis e salutares que permitem a cumulação de ações e de pedidos, regras das quais, no entanto, não se valem as partes no dia-a-dia do foro, ao menos não com a frequência desejada.

⁵⁵ Encerra-se aqui a idéia de um processo justo e adequado. Justo no quanto trará em seu conteúdo todas as pretensões do autor e defesas do réu, ensejando verdadeiro contraditório, sobre tudo o quanto veio a envolver as partes em um litígio judicial, e que, da mesma forma, ensejará que saiam deste conflito com uma solução que esteja o quanto possível a corresponder a uma adequada resposta judicial aos anseios das partes (adequação tanto no aspecto jurídico, quanto no temporal, social e político), resposta esta que se cristalizará em uma tutela jurisdicional perene e imodificável, a qual resolverá as questões trazidas ao processo de forma absoluta, restando impedida qualquer futura rediscussão do quanto solucionado, como também, a discussão de qualquer dos mesmos fatos, ainda que a título de servirem de fundamento para outras pretensões, exatamente, por ser adequada a resposta dada ao quanto foi originalmente deduzido em juízo

⁵⁶ Acesso este, aliás, que sempre defendemos fosse o mais amplo possível (*A Emenda Constitucional 45/04 e a garantia de efetivo acesso à ordem jurídica justa [Da tempestividade da tutela jurisdicional, do respeito ao devido processo legal e o enfrentamento do dano marginal].* In *Revista Autônoma de Processo*, n. 3. Curitiba: Juruá, abr./jun. 2007, p. 21-48), cabendo também lembrar nesta passagem KAZUO WATANABE e as alusões que faz ao direito de acesso à ordem jurídica justa (*Acesso à justiça e sociedade moderna*. In *Participação e processo*. Coord. Ada Pellegrini Grinover et. al. São Paulo: RT, 1988. p. 128-135).

⁵⁷ ANTONIO CARLOS MARCATO pontifica, inspirado nas lições de Piero Calamandrei, José Frederico Marques e Moacyr Amaral Santos, que "A doutrina moderna distingue o processo do procedimento, demonstrando que o último indica o aspecto puramente formal e exterior do fenômeno processual, ao passo que a noção de processo é essencialmente teleológica, na medida em que se caracteriza por sua finalidade jurisdicional compositiva de litígios. O processo é o instrumento por meio do qual se opera a jurisdição, enquanto o procedimento representa o meio extrínseco pelo qual ele se instaura, se desenvolve e termina; o processo manifesta-se por meio de formas externas, de atos que se sucedem temporalmente e se interligam num encadeamento lógico, vale dizer, por meio do procedimento" (*Procedimentos especiais*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 56).

⁵⁸ O ideal seria conseguir-se a concretização do "processo civil de resultados" tal como vislumbrado por

⁵⁸ O ideal seria conseguir-se a concretização do "processo civil de resultados" tal como vislumbrado por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*Instituições de Direito Processual Civil.* v. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 107-108).

fundamentais;...", isto para a obtenção de um determinado resultado que esteja em consonância com estes mesmos direitos fundamentais ⁵⁹.

Lembre-se não ser estranho entre nós exigir-se o atendimento de certas regras para o bom exercício do direito de ação, dentre estas aparecendo aquelas que dizem respeito aos pressupostos processuais (cf. art. 267, inc. IV, do CPC), às condições da ação (cf. art. 267, inc. VI, do CPC), e à elaboração da petição inicial (cf. art. 282, do CPC)⁶⁰, as quais, uma vez não respeitadas, provocam, inclusive, a extinção do processo, embora, no caso, sem julgamento do mérito⁶¹, e sem afetação de que, no futuro, possa o autor ajustar os termos de sua demanda e reingressar em juízo buscando uma solução para o conflito de interesses por ele anteriormente revelado.

Contudo, não se pode esquecer de que, mesmo a extinção do processo sem julgamento do mérito, pode vir a afetar vigorosamente o direito de ação do autor⁶², isto para a hipótese de ocorrer o quanto previsto no art. 268, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o que a lei denomina de perempção⁶³, esta decorrente do fato de ter provocado o autor, contumaz⁶⁴, a extinção do processo, por três vezes, reiteradamente

⁵⁹ Estudos sobre Direitos Fundamentais. 1ª ed. brasileira. 2ª ed. portuguesa. São Paulo: RT, Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 72 e 75-76.

⁶⁰ Trata NELSON NERY JÚNIOR destas regras como "barreiras" ao acesso à justiça, porém, bem pondera que não devem estas ser tomadas como fatores impeditivos à aplicação do princípio constitucional do direito de ação, ao contrário, define que aquelas configuram apenas uma "... limitação natural do exercício do direito de ação" (Princípios do Processo na Constituição Federal. Processo civil, penal e administrativo. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 178).

61 Com o indeferimento da inicial nos termos do art. 284, parágrafo único; e do art. 295, ambos do Código

de Processo Civil.

⁶² Este rigor é bem evidenciado por NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, os quais asseveram que "Perempta a ação, o autor não pode ajuizar aquela pretensão, nem por ação autônoma, nem por reconvenção, ADI, pedido em contestação de ação dúplice ou pedido contraposto [CPC 278 § 1º e LJE 31] (Código de Processo Civil comentado. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 445).

³ Como anota CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a perempção provoca a "... extinção do direito de ação por força da inércia no curso do processo", e "... é impeditiva do julgamento de meritis em um quarto processo" (Instituições de Direito Processual Civil. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 136 e 185). Por seu turno ALEXANDRE FREITAS CÂMARA põe em relevo que "Além disso, há que se afirmar que a perempção impede o regular exercício do poder de demandar, mas não extingue o direito material da parte, que poderá, assim, exercê-lo em defesa" (Lições de Direito Processual Civil. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 287-288). Nesse mesmo sentido: NERY JÚNIOR, NELSON; NERY, ROSA MARIA ANDRADE. Código de Processo Civil comentado. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 445; ALVIM, EDUARDO ARRUDA. Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 149; SANTOS, ERNANE FIDÉLIS DOS. Manual de Direito Processual Civil. Processo de conhecimento. v. 1. 9a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 397-398. Lembra JOSÉ FREDERICO MARQUES que a perempção contemplada no Código de Processo Civil em vigor já o era no anterior de 1939 (arts. 203 e 204), normas inspiradas em "... antiga forma de absolutio ab instancia em sentido estrito" (Instituições de Direito Processual Civil. v. III. Campinas: Millennium, 2000, p. 266).

⁶⁴ FERRAZ, CRISTINA. Prazos no processo de conhecimento. Preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal. São Paulo: RT, 2001, p. 89.

deixando de praticar ato ou de promover as diligências que a seu cargo estavam, abandonando a causa por mais de trinta dias⁶⁵.

Enfim, continuariam o direito de ação, e o de acesso à justiça, exatamente os mesmos, sendo modificada para o autor tão somente a forma de materializar as suas pretensões, ocorrendo, em verdade, mero ajuste quanto ao conteúdo da exposição a ser realizada pelo requerente quando da elaboração de sua inicial.

Ganharia em expressão o princípio dispositivo, confirmando-se pela nova sistemática a livre iniciativa do autor em reclamar prestação jurisdicional tão ampla quanto o seu desejo⁶⁶, porém passando a estar explicitado que qualquer pretensão deixada de lado no momento da propositura da ação não poderia ser realizada, em outro processo, após o trânsito em julgado da decisão proferida no processo original.

Este último efeito, nitidamente, decorreria da perfeita aplicação do tratado princípio dispositivo, na medida em que, segundo as diretrizes ditadas pelo conteúdo da norma constante de indicado princípio, o juiz somente pode decidir a respeito das alegações e requerimentos efetivamente feitos no processo pelas partes (cf. art. 2º, do Código de Processo Civil), estando impedido de introduzir no debate travado na ação outras questões não trazidas quer pelo autor, quer pelo réu, ressalvadas as causas em que estiver envolvido direito indisponível (v.g., como pode ocorrer em causas que envolvam Direito de Família, especialmente para resguardo do direito de incapazes, crianças ou adolescentes).

Seria possível entender-se, ao voluntariamente deixar o autor de requerer tudo o quanto por ele fosse permitido reclamar na inicial, que teria ele praticado ato jurídico processual impeditivo de, no futuro, vir a realizar tais pleitos.

Em virtude deste acertamento, a demanda passaria a ser baseada na mais completa descrição dos fatos e fundamentos⁶⁷ que houvessem por ocasião do pretendido

66 MILTON PAULO DE CARVALHO afirma consistir o princípio do dispositivo, ou da iniciativa da parte, "... em poder a parte deduzir ou não a sua pretensão em juízo, bem como deduzi-la como lhe aprouver..." (Os princípios e um novo Código de Processo Civil. In Bases científicas para um renovado Direito Processual. v. 1. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, p. 208). Igualmente observa CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, lembrando estar "... assentado de longa data caber à parte a exclusiva iniciativa de iniciar o processo e determinar a res in iudicium deducta, razão para já no direito romano medieval ter a máxima tradicional nemo iudex sine actore assumido foros de cidadania" (Do formalismo no Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 141).

.

⁶⁵ A extinção do processo dar-se-á neste caso de acordo com o inc. III, do art. 267, do Código de Processo Civil, sempre e somente depois de ter sido pessoalmente intimado o autor para que regularizasse o andamento do processo (cf. art. 267, § 1°, do CPC).

⁶⁷ Decorre esta necessidade descritiva do princípio da eventualidade, o qual, segundo GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA, "... impõe ao autor a alegação, na petição inicial, dos fatos e fundamentos que sustentam a sua pretensão, dos respectivos fundamentos jurídicos e dos pedidos por ele

exercício do direito de ação, o qual proporcionaria ao autor, até com melhor qualidade, perfeito e adequado ingresso em juízo. Haveria liberdade quanto ao conteúdo da ação, não, porém, quanto à forma a ser observada para dedução das respectivas pretensões.

A limitação alvitrada, portanto, é de natureza temporal, e viria para estabelecer ao autor o mesmo ônus a que está sujeito o réu, qual seja, o de apresentar todos os elementos de fato e de direito que possam conduzir ao seu êxito no processo (para o autor a procedência do pedido, para o réu a improcedência), mesmo que, por hipótese, pudesse haver uma cisão dos pedidos e, separadamente, alguns dos fatos tidos por causa de pedir, autonomamente, autorizassem a propositura de outra ou diversas outras ações.

Configuraria a alteração proposta uma forma de aprimoramento da ordem processual, servindo, certamente, para que do processo fossem extraídos resultados úteis e satisfatórios, com o surgimento de decisões mais justas e efetivas⁶⁸, consequências decorrentes do simples fato de se exigir a melhor e mais completa substanciação da causa, e se garantir a impossibilidade de vir a existir outro processo envolvendo as mesmas partes para discussão de outras pretensões que tardiamente se vislumbrasse passíveis de ser deduzidas com base nos mesmos fatos e fundamentos.

A restrição viria também, e principalmente, para prestar tributo ao disposto no inc. LXXVIII, do art. 5°, da Constituição da República⁶⁹, e viabilizaria a existência de

deduzidos", embora destaque que a exigência tem pertinência tão somente no que se refere aos "fatos essenciais" e aos pedidos destes últimos decorrentes (*O princípio da eventualidade no Processo Civil.* São Paulo: RT, 2005, p. 49). É bom explicitar que aludidos fatos essenciais assim são denominados com o intuito de deixar estes separados daqueles outros que MILTON PAULO DE CARVALHO menciona serem simples ou secundários (*Do pedido no processo civil.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 81), e que poderiam ser tidos como circunstantes, não componentes, portanto, da análise que se fará para o julgamento do mérito da demanda, dada a sua irrelevância para tanto, em que pese possam contribuir para a melhor compreensão dos fatos essenciais. Completa estas observações JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, ponderando que fatos essenciais são ocorrências sociais das quais se pode extrair consequências jurídicas, estas que podem vir a constituir o objeto do processo, sua causa de pedir, servindo de baliza para a delimitação da pretensão do autor, concluindo que "O fato essencial, pois, além de constituir o objeto da prova, é o pressuposto inafastável da existência do direito submetido à apreciação judicial" (*A causa petendi no Processo Civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 153).

⁶⁸ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO preconiza haja tal aprimoramento, e deixa marcado que "... o próprio sistema processual seria estéril e inoperante enquanto se resolvesse numa técnica de atendimento ao direito de ação, sem preocupações com os resultados exteriores" (*Instituições de Direito Processual Civil.* v. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 114-115).

⁶⁹ Discorre sobre tal dispositivo JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, e deixa assentado que "O pronunciamento judicial que cumpre com sua nobre missão de compor uma controvérsia intersubjetiva ou um conflito de alta relevância social... no momento oportuno, proporciona às partes, aos interessados e aos operadores do direito grande satisfação". (*Duração razoável do processo [art. 5°, LXXVIII da Constituição Federal]*. In *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 323). No mesmo sentido JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, o qual ressalta que "É preciso buscar o tempo razoável a que se refere o art. 5°, LXXVIII, da CF, suficiente para conferir segurança e eficácia prática ao resultado. Afinal de contas, a efetividade da tutela jurisdicional constitui direito fundamental, assegurado também em sede constitucional" (*Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 78).

d

processo com tramitação razoável e célere⁷⁰, o que derivaria da circunstância de que tal medida implicaria na formação de um só processo, no qual se adensariam todas e quaisquer pretensões do autor em face do réu e se resolveria de modo definitivo e integral a lide existente entre as partes, além do que, de futuro, estaria impedida a dedução e rediscussão dos mesmos fatos e fundamentos em nova demanda, ainda que destes se procurasse extrair pedidos diversos dos realizados na demanda original⁷¹, que restariam, deste modo, atingidos pela preclusão⁷².

70

⁷⁰ Chama a atenção JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO para a necessidade de que venham a existir "... ≪invenções≫ procedimentais ou processuais indispensáveis a uma proteção jurídica temporalmente adequada", e deixa marcado ser prioritária a ≪invenção≫ ou a ≪reinvenção≫ do direito do processo e do procedimento para garantia da almejada celeridade do processo (*Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1ª ed. brasileira. 2ª ed. portuguesa. São Paulo: RT, Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 76 e 79). Seguindo na mesma trilha EDUARDO J. COUTURE deixa assentado que "*El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al autor y lo suficiente seguro como para no angustiar por restricción al demandado. El proceso, que es en sí mismo sólo un medio de realización de la justicia, viene así a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia misma" (<i>Estudios de Derecho Procesal Civil. La Constitución y el Proceso Civil.* t. I. 4ª ed. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 21). No sentido deste último texto, marcando a importância do respeito ao "debido processo" e "ad un giudizio di durata ragionevole": COMOGLIO, LUIGI PAOLO. *Garanzie minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani.* In *REPRO*, nº 112, ano 28, São Paulo: RT, out.-dez. 2003, p. 164.

⁷¹ De nada adiantaria pensar na tramitação rápida de um processo e ao mesmo tempo franquear que sobre idênticos fatos e fundamentos, com a simples substituição dos pedidos, pudesse o autor provocar a existência de uma nova demanda, que muito pouco de nova talvez tenha e, para as partes envolvidas, mais se pareça como a continuação da primeira ação, o que, como na prática do foro se percebe nitidamente, vem apenas contribuir para o desprestígio do processo e do Judiciário.

⁷² Com EGAS MONIZ DE ARAGÃO cabe lembrar CELSO EDOARDO BALBI o qual nos mostra que "... o princípio de eventualidade surgiu no direito comum para remediar o mal da excessiva lentidão dos processos judiciais" (Sentença e coisa julgada. Exegese do Código de Processo Civil [arts. 444 a 475]. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 226). É certo que esta última conclusão é pertinente à demora que decorria da ausência de um sistema de preclusão rígido, o que se verificava tanto no processo italiano, quanto no alemão, e ensejava que os fatos constitutivos ou os argumentos defensivos fossem expostos ao longo do processo, situação esta que reclamava sempre a necessidade de novas manifestações sobre tais fatos e argumentos, resultando na procrastinação do trâmite processual. Isto serve para asseverarmos que, inicialmente, conhecia-se a preclusão, porém, os seus efeitos eram mitigados, especialmente nos sistemas que empregam a teoria da individualização no que diz respeito à formulação da causa petendi; bem como, que a preclusão, embora nada o justifique, passou a ser pensada como forma de regulamentar, marcadamente, o exercício do direito de defesa, porém, nada correspondente foi idealizado, em contrapeso, para ordenar o bom exercício do direito de ação, preservando-se, quanto a isso, excessiva liberdade para o autor, o que, neste estudo, propomos seja alterado. Deixe-se anotado que, na atualidade, tanto a ZPO quanto o Codice di Procedura Civile estabeleceram critérios mais rígidos de preclusão no que tange à dedução de fatos e defesas, a primeira em seu § 282 ("Rechtzeitigkeit des Vorbringens (1) Jede Partei hat in der mündlichen Verhandlung ihre Angriffs-und Verteidigungsmittel, insbesondere Behauptungen, Bestreiten, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden, so zeitig vorzubringen, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht.(2) Anträge sowie Angriffs- und Verteidigungsmittel, auf die der Gegner voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, sind vor der mündlichen Verhandlung durch vorbereitenden Schriftsatz so zeitig mitzuteilen, dass der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag.(3) Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen, hat der Beklagte gleichzeitig und vor seiner Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen. Ist ihm vor der mündlichen Verhandlung eine Frist zur Klageerwiderung gesetzt, so hat er die Rügen schon innerhalb der Frist geltend zu machen"), e o segundo em seu art. 183 ("[Prima comparizione delle parti e trattazione della causa] All'udienza fissata per la prima comparizione delle parti e la trattazione il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità del contraddittorio e, quando occorre, pronuncia i

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI nos traz informes a respeito da existência, na atualidade, de diversos ordenamentos jurídicos os quais contemplam, em nível constitucional, como o nosso, ao direito ao processo sem dilações indevidas⁷³, desse preceito podendo ser retirado, como essência, que além de o processo merecer gerenciamento adequado para ter preservada a possibilidade de encurtamento da distância normalmente verificada entre o seu termo inicial e o seu termo final, as partes devem daquele participar de modo a colaborar para a consecução de tal meta. Esta tarefa, para o autor, principia já no ato de produzir sua peça inaugural, a qual merece ser substanciada de tal maneira que permita a existência de somente uma ação para dirimir definitivamente a controvérsia por ele apresentada e cuja solução espera, ou seja, a dilação indevida estaria obstada por propiciar-se, com o emprego deste procedimento, o aproveitamento da máquina colocada à disposição do autor para conferir-lhe a prestação

provvedimenti previsti dall'articolo 102, secondo comma, dall'articolo 164, secondo, terzo e quinto comma, dall'articolo 167 secondo e terzo comma, dall'articolo 182 e dall'articolo 291, primo comma. Quando pronunzia i provvedimenti di cui al primo comma, il giudice fissa una nuova udienza di trattazione. Il giudice istruttore fissa altresì una nuova udienza se deve procedersi a norma dell'art. 185. Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione. Nella stessa udienza l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto. Può altresì chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto. Le parti posso precisare e modificare le domande, le eccezioni e Le conclusioni già formulate. Se richiesto, il giudice concede alle parti i seguenti termini perentori: 1) un termine di ulteriori trenta giorni per il deposito di memorie limitate alle sole precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte; 2) un termine di ulteriori trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime e per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali; 3) un termine di ulteriori venti giorni per le sole indicazioni di prova contraria. Salva l'applicazione dell'articolo 187, il giudice provvede sulle richieste istruttorie fissando l'udienza di cui all'articolo 184 per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti. Se provvede mediante ordinanza emanata fuori udienza, questa deve essere pronunciata entro trenta giorni. Nel caso in cui vengano disposti d'ufficio mezzi di prova con l'ordinanza di cui al settimo comma, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal giudice con la medesima ordinanza, i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi nonché depositare memória di replica nell'ulteriore termine perentorio parimenti assegnato dal giudice, che si riserva di provvedere ai sensi del settimo comma. Con l'ordinanza che ammette le prove il giudice può in ogni caso disporre, qualora lo ritenga utile, Il libero interrogatorio delle parti; all'interrogatorio disposto dal giudice istruttore si applicano le disposizioni di cui al terzo comma. L'ordinanza di cui al settimo comma è comunicata a cura del cancelliere entro i tre giorni successivi al deposito, anche a mezzo telefax, nella sola ipotesi in cui il numero sia stato indicato negli atti difensivi, nonché a mezzo di posta elettronica, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione e la trasmissione dei documenti informatici e teletrasmessi. A tal fine il difensore indica nel primo scritto difensivo utile il numero di fax o indirizzo di posta elettronica presso cui dichiara di voler ricevere gli atti".

⁷³ O referido autor ressalta que "... também em nosso país, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vem expressamente assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata [art. 5°, § 1°, CF]" (*Duração razoável do processo [art. 5°, LXXVIII da Constituição Federal]*. In *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 329 e 342). O mesmo já afirmara na sua obra "*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*" (São Paulo: RT, 2007, p. 103-104).

jurisdicional reclamada sem a necessidade da abertura de um novo processo para tanto⁷⁴.

Note-se que nenhum prejuízo disso adviria, pois os fatos e fundamentos já os têm o autor desde o princípio para basear sua ação e deduzir seus pedidos. A propósito, os fatos é que dão a medida do litígio, no sentido de que é a situação fática que demonstra a violação do direito e também serve para afirmar o nascimento do direito à respectiva reparação, o que se busca, eventualmente, com o exercício do direito de ação⁷⁵.

Esta relação entre o fato e a ação é explorada por LOURIVAL VILANOVA⁷⁶, o qual, primeiramente, trata da relação jurídica material, explicando verificar-se nesta a presença da pretensão e da correspectiva prestação, elementos que vêm fundados em fato juridicamente relevante, e que é tomado no ordenamento como apto a gerar a faculdade de exigir-se do órgão competente do Estado o cumprimento de seu dever de

-

⁷⁵Como assim, realmente, ocorre, nos parece razoável pensar que o direito de ação não pode ser cindido para justificar a propositura isolada de tantas ações quantas queira ajuizar o autor contra o réu com fundamento em mesmos fatos. Ainda que seja indiscutível a autonomia da ação, certo é que há uma relação entre ação e direito material e, a apreciação pertinente a estar aquela justificada ou não somente pode se dar perante todos os elementos componentes da situação fática posta em juízo para análise, elementos estes os quais nada mais constituem, senão, a causa de pedir do autor, que deve sempre ser compreendida de modo global, sem destaques que lhe prejudiquem o entendimento e, reflexamente, o direito do réu em exercitar ampla defesa.

⁷⁴ Cabe chamar à atenção para a preocupação que hoje se tem no ideal e mais completo aproveitamento do processo, estando a moderna doutrina processual na busca de fornecer subsídios para que tal se torne realidade. Em sintonia com o que propomos neste trabalho, temos a idéia de RICARDO DE BARROS LEONEL, para quem deveria ser admitido, respeitados alguns requisitos, diante da realidade de que o Poder Judiciário encontra grande dificuldade material para dar vazão e oportuna solução a um sem número de processos que lhe acorrem diariamente, fosse introduzida pelo autor, mesmo intempestivamente, outra causa de pedir ou pretensão, e pelo réu apresentado outro fundamento para a sua defesa, particularmente, quando as matérias assim trazidas ao processo acabassem por ser amplamente debatidas pelas partes, sem qualquer prejuízo ao contraditório e para a instrução da causa. O mencionado autor, em arremate, sustenta que o acolhimento da proposta por ele apresentada enseja venham a ser tratadas na sentença todas as questões introduzidas pelas partes para julgamento no processo, circunstância da qual não se extrairia nenhum prejuízo para os litigantes, ainda mais quando se verificasse que desse proceder seria possível se obter como produto "... o sepultamento definitivo da controvérsia...", e se impediria a existência "... de ulterior demanda a respeito da mesma relação de direito material". Concluindo, aquele ressalta que "A solução contrária implicará, provavelmente, aforamento de nova demanda, reprodução da prova, espera de maior tempo, enfim, a ocorrência de todos os desdobramentos relacionados ao exercício do poder jurisdicional, sem que disso decorra maior proveito concreto: é provável que ao invés de proveito, venha a configurar-se prejuízo, em razão do próprio tempo para a resolução definitiva da contenda (dano marginal ao processo) e da insegurança jurídica pelo prolongamento da querela" (Causa de pedir e pedido. O direito superveniente. São Paulo: Método, 2006, p. 244). Apresenta JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE para a problemática antes apresentada solução idêntica, comentando que apesar de o procedimento brasileiro particularizar-se pela rigidez, caso houvesse a introdução no curso do processo de uma causa de pedir não mencionada na inicial, desenvolvido de qualquer modo contraditório sobre esta nova realidade fática, inexistiria razão para deixar-se de tomá-la em consideração, observando, ainda, que "As regras da correlação, da eventualidade e da preclusão visam a assegurar a amplitude da defesa e o normal desenvolvimento do processo" (Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 132).

⁷⁶ Causalidade e relação no Direito. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 188-214.

prestar a tutela suficiente à recomposição do direito violado, com vistas a garantir a efetividade deste direito, de modo coercitivo e em conformidade com a lei. Ao depois, aborda a relação jurídica formal ou processual, esta já como sendo o produto do exercício, pelo lesado, da antes mencionada faculdade, que enseja, por seu turno, não só ao exercício do direito de contradição (defesa, contestação), como também à prática de diversos outros atos reveladores do desenvolvimento do procedimento previsto na norma processual para que se possa vir a obter os meios adequados e bastantes para a solução do litígio e consequente entrega da prestação jurisdicional reclamada⁷⁷.

Em sendo assim, poderia ser cogitado de que ao autor está garantido, quando do exercício do direito de ação, o direito à ampla exposição, segundo o qual àquele fica reservado o direito de em sua inicial apresentar todos os fatos e fundamentos que deseje e estejam a dar sustentação às suas pretensões, sob pena de não os poder utilizar ou deduzir em outra futura ação, quando já formada a coisa julgada referente à demanda precedente⁷⁸.

O direito à ampla exposição confronta com o direito à ampla defesa⁷⁹, garantias que se exercitam no mesmo âmbito, equilibrando as forças das partes, as armas a serem utilizadas no jogo do processo.

_

⁷⁷ A tutela jurisdicional, de plano, é exigida pelo autor com a ação, porém, o réu, ao contestar, e, portanto, apresentar defesa com a argumentação que entende suficiente para determinar o não acolhimento da pretensão disposta na inicial, igualmente passando a aguardar pelo pronunciamento judicial de improcedência do pedido, pois também para ele corresponde tal pronunciamento a tutela jurisdicional, aqui uma declaração que o resguarde dos ataques feitos pelo autor, que mantenha o seu *status quo ante*, qual seja, aquele do momento anterior ao ajuizamento da ação e a formação do processo.

Ou seja, enquanto não houvesse julgamento da demanda, não haveria razão para se falar em preclusão, esta que derivaria exclusivamente da circunstância de haver coisa julgada, esta sim impeditiva do ajuizamento de nova demanda que tivesse por causa de pedir e fundamento o mesmo aparato fático que foi considerado para a propositura da ação original. Resta claro, portanto, que ausente a coisa julgada, e, via de consequência, sendo despropositado pretender-se a incidência da eficácia preclusiva que daquela naturalmente adviria, poderá, ainda, o autor deduzir livremente as suas pretensões em nova ação, a qual, contudo, obrigatoriamente, será distribuída por dependência (cf. art. 105, do CPC), pois evidente que entre as demandas, apoiadas na mesma causa de pedir e nos mesmos fundamentos, com variação apenas dos pedidos, existente seria conexão (art. 103, do CPC) ou continência (art. 104, do CPC). Como substrato deste já previsto procedimento, estará atendida a nossa preocupação em que as demandas que guardem pontos em comum sejam sempre julgadas em uma única oportunidade, otimizando-se não só o tempo a ser consumido no tramitar do processo, como também o próprio julgamento, este a ser proferido após a mais ampla possibilitada instrução respeitante a todas as controvérsias existentes entre as partes, tendo, deste modo, condições de dirimir por completo a lide que envolve e aflige as partes, possibilidade que agrega ao processo inegável eficácia.

⁷⁹ Tal confronto deve ocorrer sob influência do princípio da lealdade processual "...que não se restringe apenas ao apego à verdade, abrangendo, também, a dedução clara e precisa dos fatos e fundamentos jurídicos por ambas as partes,..." (TEIXEIRA, GUILHERME FREIRE DE BARROS. *O princípio da eventualidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 48). Para CELSO AGRÍCOLA BARBI "A ampla defesa é uma decorrência do princípio do contraditório... Essa amplitude inclui tanto o poder de discutir como o de provar" (*Garantias constitucionais processuais*. In *Revista dos Tribunais*, v. 659, ano 79, São Paulo: RT, setembro 1990, p. 10).

Enfrentam-se, nesta conformidade, dois poderes⁸⁰: o poder de ação e o poder de defesa, os quais, segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO guardam entre si extrema semelhança, e estão "... rigorosamente no mesmo plano, considerando a essencial igualdade das partes no processo"⁸¹.

De um lado temos o autor, a quem é possibilitado trazer as informações necessárias a dar substrato a todos os pedidos que pretenda formular, com isto tornando viável o acolhimento de suas pretensões⁸², enquanto de outro temos o réu, este que deverá analisar referidas informações e, de modo especificado, responder às alegações

-

⁸⁰ Além do autor mencionado, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e ADA PELEGINI GRINOVER, deixam assentada a controvérsia existente sobre termos aqui um direito ou um poder, fazendo referência às diversas teorias a respeito do tema (Teoria geral do processo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003). Mas, em obra dele exclusiva, parece preferir o uso do termo poder, estabelecendo haver o poder de o autor dar início ao processo pela demanda, e o poder do réu apresentar sua contestação visando neutralizar os efeitos buscados pelo autor (DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. Instituições de Direito Processual Civil. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 292). Poder-se-ia argumentar, como o faz JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, no sentido de que tanto a ação, como a defesa, são garantias constitucionais ao devido processo legal (Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 230). Na verdade, caberia também aludir à existência, no caso, de duas faculdades, valendo mencionar o quanto diz a respeito ELIO FAZZALARI quando aborda o direito de ação e conclui que este não se exaure no ato de por em movimento o processo, e que a prática deste ato traduz-se em uma faculdade, pois "... a demanda do autor vincula o juiz a responder mas não a acolher a demanda" (Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 2006, p. 504). Apóia tal conclusão NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (Estudios de teoria general e historia del proceso. t. I. Ciudad de México: UNAM, 1974, p. 348). Deles não diverge ENRICO TULLIO LIEBMAN, o qual afirma que "Do ponto de vista do processo, a ação é o direito ao julgamento do pedido, não a determinado resultado favorável do processo" (Estudos sobre o Processo Civil brasileiro. s.l.:Bestbook, 2004, p. 98). ENRIQUE VÉSCOVI (Teoria general del Proceso. 2ª ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 88); SERGIO LA CHINA (Manuale di Diritto Processuale Civile. Le disposizioni generali. v. I. Milano: Giuffrè, 2003, p. 208) referem-se à acão tratando-a como direito ou poder indistintamente, o último, contudo, justifica que o uso dos termos distintos se dá em respeito ao que consta da também divergente linguagem empregada em alguns textos legais italianos, no que é acompanhado por FERRUCCIO TOMMASEO (Appunti di Diritto Processuale Civile. Nozioni introduttive. 4ª ed. Torino: Giappichelli, 2000, p. 157, 160 e 192); LUIGI PAOLO COMOGLIO, CORRADO FERRI e MICHELE TARUFFO (Lezioni sul processo civile. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 62-63). EDUARDO J. COUTURE trata a defesa, ou exceção, como "... o poder jurídico inerente ao réu, de opor-se à pretensão sustentada pelo autor perante os órgãos jurisdicionais" (Fundamentos do Direito Processual Civil. Campinas: RED, 1999, p. 76). Em monografía específica sobre o instituto da defesa, ALEX CAROCCA PÉREZ define que a defesa é uma garantia individual, a qual pode ser vista como uma faculdade, possibilidade ou direito de atuação de um sujeito no âmbito do processo, direito este que deve se tido como irrenunciável e inalienável, merecendo mesmo ser elevado à categoria de direito fundamental (Garantía constitucional de la defensa procesal. Barcelona: Bosch, 1998, p. 20-21).

⁸¹ Instituições de Direito Processual Civil. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 297. No mesmo sentido as ponderações de ANTONIO CARLOS MARCATO (*Procedimentos especiais*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 22-24).

⁸² Como vem definido na doutrina tradicional, são elementos do processo o pedido (*petitum*) e a causa de pedir (*causa petendi*). GIROLAMO MONTELEONE tem no pedido o objeto da demanda, o quanto pede e espera obter o autor no trâmite do processo, enquanto vê na causa de pedir a própria razão da demanda jurisdicional, considerando, assim, que a demanda é a manifestação expressada pelo autor no sentido de reclamar a tutela do direito violado, manifestação a qual deve estar fundada em um título ou "*fatto giuridico*", justamente, a causa de pedir (*Diritto Processuale Civile*. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 191-193). No mesmo sentido: MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. *O novo Processo Civil brasileiro. Exposição sistemática do procedimento*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11 e 17). FRANCESCO CARNELUTTI nos indica que a razão da pretensão é "... fazer valer um direito..." (*Instituições do Processo Civil*. v. I. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 82).

formuladas, com o intuito de neutralizar a iniciativa contra ele direcionada e provocar a declaração de improcedência dos pedidos deduzidos na inicial⁸³.

Evidente que aqui está envolvido o princípio do contraditório⁸⁴, o qual vem estampado no inc. LV, do art. 5°, da Constituição da República, valendo referir, como o faz NELSON NERY JÚNIOR, que tanto o direito de defesa, quanto o direito de ação, consistem em evidentes manifestações de tal princípio⁸⁵.

Esta colocação do contraditório como manifestação do direito de defesa e do direito de ação nos parece perfeita, na medida em que na moderna processualística, tal garantia não é confundida nem com o direito de ampla defesa, nem com o direito de ampla exposição, tendo uma definição mais genérica e que, desta forma, se refere tanto à atividade do autor, ao valer-se de seu direito de ação e deduzir sua demanda, quanto à atividade do réu, ao produzir sua defesa. Dentro desta concepção, estas atividades das partes ocorrem com o fito maior de bem informar, instruir a causa, e, sobretudo, influenciar no convencimento do juiz, servindo para que a cognição própria e necessária ao julgamento não seja lacunosa ou insuficiente⁸⁶, constituindo base segura para definitivo pronunciamento jurisdicional que possa, concretamente, por fim ao desassossego dos litigantes.

Dentro deste contexto JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI afirma representar o contraditório para o processo um fenômeno estrutural e objetivo, que se concretiza nos

⁸³ A razão da contestação está na "... inexistência de relação jurídica que proveja razão à pretensão", e é a contestação uma defesa em que se nega o "... elemento de fato ou de direito da razão da pretensão" (CARNELUTTI, FRANCESCO. *Instituições do Processo Civil.* v. I. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 84). JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA assevera que a contestação é um modo de resposta em que o requerido apresenta impugnação ao pedido deduzido pelo requerente, se insurgido contra este no que diz respeito ao mérito envolvido no processo (*O novo Processo Civil brasileiro. Exposição sistemática do procedimento.* 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38).

-

⁸⁴ ARRUDA ÁLVIM alude aqui à expressão bilateralidade da audiência, destacando que durante todo o tramitar do processo devem as partes ter as mesmas oportunidades (*Manual de Direito Processual Civil. Parte geral.* v. 1. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 38). NELSON NERY JÚNIOR observa que no processo penal não satisfaz a bilateralidade da audiência, que corresponderia a um contraditório meramente formal (*Princípios do Processo na Constituição Federal. Processo civil, penal e administrativo.* 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 209), e GUILHERME DE SOUZA NUCCI destaca ser imposição do sistema que na ação penal exista contraditório substancial, isto como decorrência da indisponibilidade do direito de defesa, bem revelada pelo teor do art. 261, do Código de Processo Penal, enquanto no processo civil é aceitável a revelia, inclusive com efeitos prejudiciais ao réu, nos moldes do art. 319, do Código de Processo Civil (*Código de Processo Penal comentado.* 8ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 559-560 e 667-669). Vale verificar as ponderações que GIROLAMO MONTELEONE faz acerca do princípio do contraditório e do teor do art. 101, da Constituição italiana (*Diritto Processuale Civile.* 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 199).

⁸⁵ Princípios do Processo na Constituição Federal. Processo civil, penal e administrativo. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 205.

⁸⁶ OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO ALVARO DE. *Do formalismo no Processo Civil.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 140.

atos previstos para o desenvolvimento daquele, assim como se revela na participação das partes que, nesta medida, concorrem para a formação da decisão judicial⁸⁷.

Deve ser notado que o contraditório, em síntese, se desenvolve como uma relação de informação e resposta, sendo que o encargo de informar ou responder se alterna no transcorrer do processo, em uma dinâmica busca de elementos para a melhor ilustração e construção do contexto em que devem ser considerados os fatos que envolveram as partes e devem ser analisados para que se possa afirmar qual delas tem razão e merece ver seu direito reparado ou preservado.

É incumbência indeclinável do autor, aduzir todos os fatos e fundamentos para o seu pedido, enquanto ao réu sobra a faculdade de produzir ou não defesa, restando sancionado com os efeitos da revelia (cf. art. 319, do Código de Processo Civil), salvo poucas exceções (cf. art. 320, do Código de Processo Civil), na hipótese de permanecer silente. É claro que, em havendo contestação, o contraditório será mais amplo e se desdobrará ao longo do trâmite do processo rumo à sua resolução, o que implica na ocorrência daquilo que se pode ter como tutela jurisdicional plena, na dicção de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO "... aquela que *definitivamente* atribui o bem ao sujeito ou o imuniza a novas iniciativas do adversário".88

Aliás, é justamente esta imunização quanto a novas iniciativas que se mostra de extrema relevância ao nosso estudo, cabendo verificar que tal situação é viabilizada na mesma medida em que esgota o autor o seu dever de informar, cuidando de proceder à necessária descrição de todos os fatos e fundamentos conducentes ao acolhimento de sua pretensão, formulando, desde logo, todos os seus pedidos.

Tão somente com o pleno cumprimento desta tarefa pelo autor é que resultará possível ao réu, se assim o desejar, exercitar seu direito a uma, de fato, e, aí sim, ampla defesa, contribuindo a ideal dialética então estabelecida pelas partes de forma expressiva para que o processo sirva de instrumento efetivo para que sejam dirimidas as questões nele levantadas, produzindo um ambiente propício ao conhecimento pelo magistrado do universo em que se envolveram autor e réu⁸⁹.

⁸⁹ FRANCESCO CARNELUTTI adverte que não figura o ato das partes em trazer ao processo informações para a cognição pelo juiz sempre mera faculdade, pois, quando este último não possa levar em consideração os motivos (fatos e fundamentos) perante ele não informados por qualquer das partes, aquilo que parecia ser faculdade passa, em verdade, a ser um dever, uma carga (*Instituições do Processo Civil.* v. I. Campinas: Classic Book, 2000, p. 389 e 496-497). Como diz JOAQUÍN SILGUERO ESTAGNAN, "Desde el punto de vista procesal, es peferible adoptar un sentido estricto y definir la preclusión como el efecto de impedir o excluir una faculdad procesal por no haberla ejercitado en tiempo

⁸⁷ Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil. São Paulo: RT, 2007, p. 106, nota 5. ⁸⁸ Instituições de Direito Processual Civil. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 107 e 309-310

Lembre-se que o juiz está jungido aos termos da inicial – e porque não dizer, em certa medida, da contestação⁹⁰ – para solucionar a demanda⁹¹, presente que está a regular o processo, neste particular, o princípio da adstrição⁹² do julgamento ao pedido⁹³, norma que, estritamente observados os teores dos art. 128 e 460, do Código de Processo Civil, objetivamente obsta ao julgador, na expressão de MILTON PAULO DE CARVALHO, "... a dizer um direito que o demandante não pediu", 94.

Ora, se a sentença deve aparecer como o ato pelo qual o Judiciário resolverá a lide⁹⁵, isto somente será verdade na medida em que se fizer com que as partes exponham de modo integral todos os fatos que acarretaram o seu conflito, na proporção em que o autor e o réu estejam obrigados a relatar em juízo tudo o que seja relevante

y forma. Pertenece, por tanto, al ámbito de las cargas" (La preclusión de alegaciones en el processo civil. Navarra: Civitas, p. 64).

⁹⁰ Embora seja indiscutível que a contestação não amplia os limites objetivos da demanda, salvo nas hipóteses em que a lei autoriza o denominado pedido contraposto (cf. art. 278, § 1°, do CPC), certo é que seus termos influenciam no futuro julgamento, e determinadas matérias de defesa ou afirmações feitas na referida peça não podem ser desconsideradas pelo juiz na sentença, o qual, igualmente não pode aduzir outras matérias em nome de qualquer das partes para justificar seu julgamento, sob pena de nulidade. Também não poderá ignorar o eventual reconhecimento do pedido feito voluntariamente pelo réu, pois quando não encontre este tipo de conduta qualquer restrição legal (*v.g.*, como aconteceria caso estivesse envolvido interesse de incapaz ou se tratasse de direito indisponível), não comportará interferência judicial, cabendo ao magistrado tão somente proferir sentença nos moldes do quanto autoriza o art. 269, inc. II, do Código de Processo Civil. Em síntese, o juiz deve se limitar à análise do que foi pedido, do que foi sustentado na defesa, e julgar segundo seu convencimento e a lei aplicável.

⁹¹ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA afirma ser demanda o ato de requerer ao Estado que desenvolva sua atividade jurisdicional e confira ao requerente a prestação cabível, concluindo que tal ato concretiza o direito de ação e dá início à formação do processo (*O novo Processo Civil brasileiro*. Exposição sistemática do procedimento. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 4 e 11). Cabe aproveitar o momento e deixar aqui registrado consistir "... grave errore intendere la domanda giudiziale diretta principalmente al giudice, quase ad implorare un provvedimento, e solo mediatamente rivolta al convenuto. È proprio ed esattamente il contrario: la domanda è la prima cellula del contradittorio, e solo se ed in quanto diretta contro la giusta contraparte eccita il potere giurisdizionale in concreto, e consente al giudice di statuire su di essa in confronto a tutte le parti in causa, e non solo dell'attore" (MONTELEONE, GIROLAMO, Diritto Processuale Civile, 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 200).

(MONTELEONE, GIROLAMO. Diritto Processuale Civile. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 200). ⁹² O princípio da adstrição, ou da congruência, refere-se à "...la adecuación o conformidad que debe existir entre la parte dispositiva de la sentencia y las pretensiones deducidas em el proceso y que constituyen su objeto, así como aquellas alegaciones del demandado que delimiten dicha pretensión" (MELLADO, JOSÉ MARIA ASENCIO. Derecho Procesal Civil. Parte Primera. 3ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 291).

⁹³ Em que pese haja situações em que tal princípio é mitigado, como, *v.g.*, nas ações possessórias, nas quais o pedido deduzido na inicial pode ser de reintegração de posse, porém ser conferida ao autor mera manutenção de posse, e vice-versa, o que é expressamente autorizado em lei (art. 920, do CPC); ou nas ações de alimentos, nas quais o pedido pode ser de fixação da prestação alimentícia em determinado patamar e ser concedido outro valor qualquer, acima ou abaixo do quanto se pretendeu, dada a natureza do direito envolvido, especialmente, quando for o requerente criança ou adolescente, para os quais vigora o princípio da proteção integral, estabelecido no art. 1º, da Lei nº 8.069/90.

⁹⁴ Os princípios e um novo Código de Processo Civil. In Bases científicas para um renovado Direito Processual. v. 1. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, p. 214.

⁹⁵ Estando nós aqui a nos referir à sentença de mérito, ou seja, à sentença definitiva, a qual ROGÉRIO LAURIA TUCCI qualifica como sendo o "... ato decisório pelo qual o juiz de primeira instância, respondendo ao pedido do autor, com observância do disposto nos artigos 128 e 460 do Código de processo Civil, compõe a lide, solucionando o conflito de interesses evidenciado no processo" (*Curso de Direito Processual Civil. Processo Civil de conhecimento II*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 8-9).

-

para a análise a ser feita pelo juiz da causa, para que este possa, definitivamente, acolher o quanto pleiteia o autor, convencido do quanto por ele sustentado na inicial, ou repelir a pretensão deduzida nesta peça, fundado no teor da defesa trazida pelo réu.

Este esquema reflete a estruturação lógica do processo a que se refere ARRUDA ALVIM⁹⁶, e permite que racionalmente se possa atingir aos fins daquele de modo muito mais eficiente.

Terminando, temos que a solução proposta quanto ao entendimento do princípio da eventualidade reafirma a cláusula do devido processo legal⁹⁷, no seu sentido processual, e leva, inexoravelmente, à asserção da relevância de outro princípio, qual seja, o da segurança jurídica.

Consoante bem destaca NELSON NERY JÚNIOR, a cláusula geral do *due* process of law tem dois aspectos, um substancial ou material (substantive due process), e outro processual (procedural due process). O substantive due process relaciona-se diretamente com o direito material, enquanto o procedural due process com os instrumentos para a garantia de que haja a tutela jurisdicional ou administrativa de mencionado direito material⁹⁸.

Põe em evidência CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO a insuperável importância do devido processo legal declarando que "A própria lei deve estar conforme o *due process of law*. Observar essa garantia é, ..., andar de acordo com os valores que a Constituição consagra".

Posto isso, temos que EDUARDO J. COUTURE nos leva a perceber que a defesa é um dos instrumentos técnicos de realização da garantia do devido processo legal, motivo pelo qual não basta ensejar que haja a produção da peça defensiva em si, porém, sobremaneira relevante e necessário, para a regularidade do processo, que esteja

⁹⁷ Em texto que evoca, de modo evidente, a aplicação do princípio do devido processo legal, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE destaca que "Para assegurar a efetiva participação dos sujeitos da relação processual, todos os interessados na produção de tutela jurisdicional adequada a eliminar as crises verificadas no plano do direito material, o mecanismo estatal de solução de controvérsias é regido por normas. O processo de atuação e efetivação do direito substancial pelo juiz, com a conseqüente solução dos litígios e restabelecimento da paz social, deve desenvolver-se segundo normas previamente estabelecidas, para que essa atividade estatal possa fornecer a resposta adequada aos que necessitam da tutela jurisdicional" (*Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 77).

0

⁹⁶ Manual de Direito Processual Civil. Parte geral. v. 1. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 30.

⁹⁸ Princípios do Processo na Constituição Federal. Processo civil, penal e administrativo. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 81/85.

⁹⁹ Vocabulário do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 129. JOSÉ CRETELLA NETO observa, contudo, que "O conceito do *due process of law* não se restringe, portanto à mera garantia das *formas processuais* preconizadas pela Constituição, mas à própria *substância do processo*, que permite a efetiva aplicação das leis; e, quando se diz 'processo', entenda-se que o termo é aqui empregado com a maior amplitude possível, abrangendo quaisquer procedimentos que possam violar direitos fundamentais" (*Fundamentos principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 43).

regrada aquela produção, e seja o meio concebido para tanto estritamente observado, de modo tal a permitir venha a defesa a cumprir seu papel como definido no ordenamento, contribuindo, desta forma, para o bom desenvolvimento do processo¹⁰⁰.

Claro que, igualmente, a petição inicial, enquanto peça processual materializadora do exercício do direito de ação, é outro instrumento técnico concretizador da garantia do devido processo legal, a qual deve estar em fina sintonia com os dispositivos legais que cuidam de sua produção, em nosso sistema podendo ser colocado em destaque o art. 282, do Código de Processo Civil.

Merece ser registrado que para servir a esta missão a inicial deve apresentar-se devidamente substanciada, sendo que poderá ser considerada regular apenas quando mostre ter este completo conteúdo. Esta regularidade, então, permitirá sirva ela de base adequada para a produção de eventual resposta aos seus termos.

Portanto, o direito de ação e o direito de defesa devem se relacionar de forma coerente, significando dizer que entre referidos direitos deve haver nexo, e que da sua composição, obrigatoriamente, deve resultar atendido, irrestritamente, o princípio do contraditório, este por sua vez revelador de haver sido respeitado o devido processo legal¹⁰¹.

Importante deixar estabelecido, junto com PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, que é justamente o respeito ao devido processo legal meio de coibir abusos que levariam à ocorrência de algum desequilíbrio na relação processual, que provocaria aguda distorção no tratamento das partes, afetando diretamente a participação destas no processo, tornando-a desigual, a ponto de comprometer "... o resultado esperado pela sociedade" 102.

JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, procurando esclarecer o real sentido da cláusula do devido processo legal, faz referência à jurisprudência dos tribunais norte-

Da obrigatoriedade da existência do tratado nexo retira-se a conclusão de que, tão somente quando a causa ou causas de pedir são todas expostas na petição inicial pelo autor, vem a ser ensejado pleno e verdadeiro exercício do direito de defesa pelo réu em sua contestação. Isto se afirma na medida em que as omissões do autor podem levar a uma discussão parcelada de uma situação, de fato, única, e que somente poderia ser abordada em sua completude, isto para permitir o seu bom entendimento, a produção de provas pertinentes e esclarecedoras do todo envolvido, levando a formar-se no processo um conjunto sólido para orientar o aguardado julgamento da lide, mais do que isso, a resolução em definitivo de todas as controvérsias que pudessem existir entre as partes.

1

¹⁰⁰ Estudios de Derecho Procesal Civil. La Constitución y el Proceso Civil. t. I. 4ª ed. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 40-42.

¹⁰² Devido processo legal substancial e efetividade do processo. In O Processo na Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 280.

americanos e, pelo que se extrai de determinado julgamento por ele transcrito¹⁰³, podem ser apontados alguns elementos como essenciais integrantes de indicada cláusula, e que estão a lhe conferir peculiar significado, quais sejam, o direito de estar em juízo, a informação, a citação, a oportunidade de ser ouvido, de produzir defesa, e a existência de procedimento adequado ao exercício do contraditório.

Seguindo pelos mesmos passos, afirma ADA PELLEGRINI GRINOVER, que o *due process of law* aflora, no processo civil, na medida em que nesse sejam respeitados os princípios da igualdade das partes, do *jus actionis*, do direito de defesa, e do contraditório¹⁰⁴, sendo estes, pois, os instrumentos garantidores de que o processo tenha curso regular, seja tomado como legítimo, e, assim, resulte em uma solução válida, apta a resguardar o direito material violado e que gerou a controvérsia existente entre as partes¹⁰⁵.

Portanto, sob o novo enfoque do princípio da eventualidade, teríamos a redefinição do exercício do direito de ação, apenas no que diz respeito ao conteúdo da inicial¹⁰⁶, a qual, em razão de ser completa quanto aos fatos e fundamentos envolvidos no litígio, mostrar-se-á eficaz instrumento para não só permitir abrangente direito de defesa, como ainda, provocar igual plena tutela jurisdicional¹⁰⁷, externada de forma

¹⁰³ "The essential elements of due process of law are notice and opportunity to be heard and to defend in orderly proceeding adapted to nature of case, and the guarantee of due process requires that every man have protection of day in Court and benefit of general law" (A tutela judicial da liberdade. In Revista dos Tribunais, v. 526, ano 68, São Paulo: RT, agosto 1979, p. 298).

As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: RT, 1973, p. 40. Em igual sentido: COMOGLIO, LUIGI PAOLO. La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile. Padova: CEDAM, 1970, p. 120; MELLO FILHO, JOSÉ CELSO DE. A tutela judicial da liberdade. In Revista dos Tribunais, v. 526, ano 68, São Paulo: RT, agosto 1979, p. 299.

¹⁰⁵ Constante é a preocupação em se preservar a ocorrência de um julgamento justo, tanto que, em resguardo aos princípios da legalidade e da igualdade, aparece o princípio do juiz natural, segundo o qual o julgador não pode ser escolhido pelas partes do processo, sendo que é o próprio sistema que estabelece, previamente, as diretrizes gerais para a identificação daquele, de modo a garantir a sua imparcialidade e independência. A este respeito verificar MELLO FILHO, JOSÉ CELSO DE. *A tutela judicial da liberdade*. In *Revista dos Tribunais*, v. 526, ano 68, São Paulo: RT, agosto 1979, p. 300-302.

¹⁰⁶ Anteriormente já havíamos chamado a atenção para a necessidade de ser tratado o conteúdo da petição inicial com maior preocupação, destacando a sua missão instrumentalizadora do processo, para que se possa esperar, ao final daquele, uma decisão justa, capaz de resolver com abrangência e precisão a lide posta em juízo (*A técnica da petição inicial e seus requisitos [uma abordagem inspirada na instrumentalidade do processo]*. In *Revista Autônoma de Processo*, n. 4. Curitiba: Juruá, jul./set. 2007, p. 207-232).

p. 207-232).

107 CESAR ASFOR ROCHA mostra a preocupação que se deve ter na realização de um processo justo e eficaz, este ensejado pela cuidadosa aplicação do princípio do acesso à justiça, o qual se concretiza apenas quando no processo advém uma solução rápida, mas equilibrada, que não permita o indesejado desabrochar de outras demandas no futuro, informada, portanto, pelos componentes da segurança e da justiça, com o que poderá ser atingido o ideal da pacificação (*A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: RT, 2007, p. 72).

única e concentrada, apresentando-se como a concreta solução da causa posta¹⁰⁸, sem deixar para outras eventuais lides a discussão de qualquer questão que fosse derivada dos fatos narrados na petição inicial e devidamente rebatidos na contestação, por já terem sido analisadas e julgadas todas as pretensões que tinha o autor a formular com base em tais fatos, entendendo-se que aquilo que não foi deduzido, e poderia tê-lo sido, foi objeto de disposição por parte do autor, que não poderá mais valer-se das mesmas bases para reaver o quanto descartara, ou melhor, o quanto, então, teria renunciado¹⁰⁹.

Quanto ao princípio da segurança jurídica, pode se afirmar ser de primordial importância, pois, como bem o identifica GUSTAV RADBRUCH, é elemento componente do Direito, único capaz de resguardar um de seus escopos mais relevantes, a paz social¹¹⁰.

É preciso frisar que a segurança, na hipótese, resulta da simples e estrita observância a parâmetros previamente estabelecidos¹¹¹, os quais no ordenamento tratam de impedir, expressamente, haja um segundo pronunciamento judicial a respeito de

_

¹⁰⁸ Ressalta J.A. JOLOWICZ a influência exercida nos sistemas processuais pela antiga cláusula do Direito romano da mihi factum dabo tibi jus, pois é certo que se cabe ao autor descrever os fatos em que apóia seu pedido, fatos os quais o habilitam a requerer a concessão do remédio jurídico adequado para resguardo de seu direito material violado, de outro lado, será atribuição do juiz, ou da Corte, deliberar sobre qual a regra legal que incidirá no caso para determinar o resultado do julgamento, assim, "... the parties plead facts and the judge should attach to the facts pleaded – or to such of them as are proved – the legal result that seems to him to be correct" (On Civil Procedure. Cambrige: Cambrige University Press, 2000, p. 186 e 189). Tal é também sustentado por NICOLÒ TROCKER quando destaca que "... la valutazione giuridica della realtà esteriore ricostruita nel processo sarebbe compito esclusivo del giudice" (Processo Civile e Costituzione. Problemi di Diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 640). Em igual sentido: TOMMASEO, FERRUCCIO. Appunti di Diritto Processuale Civile. Nozioni introduttive. 4ª ed. Torino: Giappichelli, 2000, p. 170-171. Claro fica, portanto, ser de inegável importância a mais completa e fiel descrição dos fatos para o desenvolvimento do processo, na medida em que, não se dando desta forma as coisas, prejudicada estará, inclusive, a melhor análise jurídica da lide posta em juízo, e, por conseguinte, inteiramente frustrada restará a oportunidade de solução definitiva do conflito havido entre as partes.

Renúncia à ação como refere ELIO FAZZALARI (*Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 509, nota 884), esta que seria decorrência de disposição voluntariamente feita pelo autor, o qual, mesmo ciente da obrigatoriedade de deduzir todos os fatos e fundamentos de sua demanda, além de todos os seus pedidos, deixa de o fazer, de qualquer modo, valendo-se, integralmente, de seu direito de ação, ainda que não o aproveitando na sua íntegra, no sentido de que poderia ter pretendido mais resultados de sua iniciativa, mas agiu de modo a deixar claro que isto não era a sua concreta intencão.

¹¹⁰ Filosofia do Direito. 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 160/161. No mesmo sentido, aliás, referindo ao próprio Radbruch: MIRANDA, PONTES DE. Sistema de Ciência Positiva do Direito. t. IV. Campinas: Bookseller, 2000, p. 205. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ressalta a função social pacificadora do processo traçando que "O escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade" (Instituições de Direito Processual Civil. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 128). ENRIQUE VÉSCOVI, igualmente, destaca como fins do processo paz e justiça (Teoria general del Proceso. 2ª ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 89).

O que nada mais é, senão, prestar obediência ao não menos importante princípio do devido processo legal, o qual, assim observado, acaba por permitir se realize na sua plenitude o princípio da segurança jurídica, que àquele está indissociavelmente atrelado.

matérias já analisadas e julgadas, sendo que é justamente este criado obstáculo que garante a preservação do processo como meio de solução de litígios¹¹².

Logo se percebe, assim, estar o princípio da segurança jurídica relacionado à idéia de certeza, de estabilidade¹¹³, sendo que estas, para nós, se apresentam para o processo como a impossibilidade de, após o fato de estar definitivamente julgada a demanda, virem a ser os fatos e fundamentos que determinaram esta última, por qualquer razão, mais uma vez investigados ou analisados, ainda que a pretexto de possibilitar o conhecimento de nova e diversa pretensão apenas neste momento posterior trazida para justificar a existência de uma nova ação.

Interfere de modo substancial o exato conceito de segurança ou estabilidade jurídica na compreensão da real função do processo, sendo que, para o âmbito deste trabalho, identificada aquela como a de resolver adequada e definitivamente o litígio, se percebe a grande necessidade de se dar correta interpretação aos dispositivos legais¹¹⁴ existentes a fim de que com isto se lhes garanta a possibilidade de virem a colaborar na concretização dos propósitos do processo.

questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 217).

¹¹² Do contrário, a pensar-se um processo que não encerra com as decisões nele proferidas as questões nele debatidas, teríamos que tal perderia, de forma absoluta, a sua utilidade, hoje já tão criticada pela reconhecida falta de eficácia, além de comprometer de modo irremediável a sua confiabilidade. CÂNDIDO RANGEL DIANMARCO sobre o tema consigna que "O exercício útil da jurisdição requer que seus resultados figuem imunizados contra novos questionamentos, porque uma total vulnerabilidade desses resultados comprometeria gravemente o escopo social de pacificação: a segurança jurídica é reconhecido fator de paz entre as pessoas no convívio social" (Instituições de Direito Processual Civil. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 301).

A propósito, EDUARDO TALAMINI, sobre o tema da segurança jurídica, faz interessantes considerações, entre elas, a de que a segurança jurídica é um valor constitucional, um valor jurídico fundamental, que não cede perante outros de igual magnitude, ao contrário, reclama seja sopesado com aqueles, observando que a "... seguranca é elemento fundamental para a própria configuração do fenômeno jurídico", bem como que se pode verificar a existência, no caso deste confronto, de um "pluralismo" axiológico. Deixa o mesmo autor consignado que "Reconhece-se a existência de uma multiplicidade de valores igualmente consagrados na ordem jurídica, e se constata a inviabilidade de uma hierarquização prévia, abstrata e absoluta de todos eles. A segurança está inserida nesse quadro: coexiste com outros valores, eventualmente antagônicos, sem que seja possível estabelecer-se uma exata classificação hierárquica, de modo prévio e abstrato" (Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: RT, 2005, p. 61-67). Para esta colidência entre princípios dá-nos a forma de resolvê-los ROBERT ALEXY, tratando da proporcionalidade em sentido estrito, aludindo à regra do sopesamento, valendo mencionar que, conforme o referido autor, "Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro. Isso expressa que a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento" (p. 593/594). Anota HUMBERTO ÁVILA que pode implicar a utilização do princípio da proporcionalidade na superveniência de "efeito colateral" este correspondente a uma eventual restrição a direitos fundamentais (Teoria dos princípios [da definição à aplicação dos princípios jurídicos]. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 160-161).

114 Como adverte RONALD DWORKIN, "... a prática jurídica é um exercício de interpretação..." (Uma

Nesse passo, é HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹¹⁵ quem grifa a preocupação do legislador constituinte com o valor representado pela segurança jurídica, tanto que no preâmbulo de nossa Carta Magna deixou assentada tal garantia como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito¹¹⁶.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, de sua vez, exalta esta relevância dada à segurança jurídica, comentando que todos os provimentos judiciais de mérito acabam por acrescentar à situação jurídico-material neles analisada, exatamente, a estabilidade representada e ensejada pelo bem jurídico segurança jurídica, consistindo esta, por isso, em importantíssimo "... fator social de eliminação de insatisfações e angústias...", que evita novos questionamentos a respeito de direitos, obrigações ou simples situações jurídicas que preexistiam ao seu surgimento¹¹⁷, que coincide com a formação da coisa julgada material.

De tudo o quanto já acima se dispôs resulta prestigiado o princípio da segurança jurídica, pois, ao se exigir que o autor esgote a exposição de fatos e fundamentos pertinentes ao litígio, e deduza com base nestes todas as suas pretensões, quando a causa for julgada, evidentemente, nada mais restará para ser dirimido entre as partes do processo, ao menos não com relação àqueles fatos determinantes do conflito de interesses, que, nesta conformidade, restará pacificado, sem a possibilidade de reedição.

Estará impedida, ainda, inadequada divisão de pretensões em múltiplos processos ao longo do tempo, baseados em mesmos fatos e fundamentos, prática que

As reformas do Direito Processual Civil e o princípio constitucional da segurança jurídica. In O Processo na Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 240).

¹¹⁷ Instituições de Direito Processual Civil. v. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133.

¹¹⁶ No preâmbulo da Constituição da República expressamente consta que: "Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL". Deixe-se asseverado que tal preâmbulo encerra princípios - estes correspondendo a fórmulas, tal como os define KARL LARENZ, nas quais estão contidos os ideais orientadores do ordenamento jurídico, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico (Derecho justo. Madrid: Civitas, 1985, p. 14) -, e metas para constituição do Estado, não contendo, estritamente, qualquer estipulação que pudesse ser reputada como regra ou norma jurídica. Entretanto, indiscutivelmente, é uma norma em sentido amplo, componente de ordenamento moral, no sentido que a este empresta HANS KELSEN (Teoria geral das normas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 35), a qual, de qualquer modo, tem relevante papel e valor, particularmente para cumprir a função de adminículo hermenêutico, sendo de integral pertinência a ponderação de UADI LÂMMEGO BULOS no sentido de que o conteúdo do tratado texto serve "... como vetor interpretativo, utilíssimo para se compreender as linhas gerais da manifestação constituinte originária" (Constituição Federal anotada. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67).

cofronta com os ideais de celeridade na solução dos litígios e com o princípio da economia processual¹¹⁸.

Tudo isso, certamente, confere estabilidade à solução dada ao problema havido entre as partes do processo, e daí decorre a segurança jurídica por todos almejada, porque não se poderá mais alterar o quanto decidido, nem se provocar uma nova decisão fulcrada em fatos idênticos aos descritos na primeira lide, mesmo que o autor deduza novos pedidos, os quais, como acima posto, precedentemente deveriam ter sido postulados, em respeito ao princípio da eventualidade, preclusa estando, agora, a faculdade de autonomamente o fazer.

.

¹¹⁸ LUIGI PAOLO COMOGLIO no estudo que fez do princípio da economia processual, deixa assentada a sua preocupação com a possibilidade de, sob o argumento de se estar a prestigiar aludido princípio, vir a ser afetado outro igualmente importante, qual seja, o princípio dispositivo, e, assim, a própria liberdade de iniciativa das partes. Porém, não chega a negar a indiscutível vantagem incita ao *unum judicum*, e, ao contrário, destaca que a cumulação de ações, ou de pedidos, é providência que atende plenamente aos anseios de economia desejável no âmbito do processo, além de prevenir decisões contrastantes – acresceríamos incoerentes ou incongruentes –, ao contrário, contribuindo para uma relevante uniformidade decisória – de todo prestigiosa da atividade jurisdicional (*Il principio di economia processuale*. t. I. Padova: CEDAM, 1980, p. 147-153 e 208-213).

CAPÍTULO III

RECONSTRUINDO A INTERPRETAÇÃO DO ART. 474, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

1. Causa de pedir e pedido

De plano, cabe do aviso de EDUARDO J. COUTURE lembrar, este no sentido de que algo difícil se mostra delinear com exatidão tanto o que seja o objeto da demanda, quanto precisar o que pode se tomar por causa, tudo parecendo a envolver intrincado problema de Pitágoras¹¹⁹.

Porém, como estamos a tratar de questão intimamente ligada ao exercício do direito de ação, essencial fazer algumas considerações a respeito destes dois importantes institutos processuais: a causa de pedir e o pedido, embora sem a intenção de resolver as eventuais obscuridades que ainda os envolvem.

Principiemos pela causa de pedir.

Conforme bem e sinteticamente o define JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Constitui-se a *causa petendi* do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado"¹²⁰, daí ser observado por JOSÉ FREDERICO MARQUES que a causa de pedir é o elemento causal da ação¹²¹, ou, como dizem GIUSEPPE CHIOVENDA e ENRICO TULLIO LIEBMAN, é o título do pedido¹²².

¹¹⁹ Fundamentos do Direito Processual Civil. Campinas: RED, 1999, p. 343. Assertiva que conta com a concordância de JOSÉ FREDERICO MARQUES (Instituições de Direito Processual Civil. v. III. Campinas: Millennium, 2000, p. 191); de GIROLAMO MONTELEONE (Diritto Processuale Civile. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 192); de LUIGI PAOLO COMOGLIO, CORRADO FERRI e MICHELE TARUFFO (Lezioni sul processo civile. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 252); de JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA (Teses, estudos e pareceres de processo civil. v. 1. São Paulo: RT, 2005, p. 141); e de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, este deixando consignado ser "... praticamente impossível emitir um conceito unívoco e abrangente de causa de pedir" (A causa petendi no processo civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 24).

O novo Processo Civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento). 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17.

¹²¹ Instituições de Direito Processual Civil. v. III. Campinas: Millennium, 2000, p. 191.

Respectivamente: *Instituições de Direito Processual Civil.* v. I. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 434; e *Manual de Direito Processual Civil.* 3ª ed. v. I. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 249. São estes

Ora, exatamente por isso, é de soberana relevância que o autor em sua inicial promova a uma adequada e completa descrição dos fatos (fatos jurídicos¹²³) com esteio nos quais pretende seja o seu pedido atendido em juízo (causa de pedir ou *causa agendi* remota¹²⁴), pena de restar prejudicada a identificação exata do quanto é seu desejo, a qualidade da tutela que persegue em juízo em virtude da lesão que alega ter sofrido e compromete o direito material do qual defende ser titular (fundamento jurídico) e aguarda seja resguardado (causa de pedir ou *causa agendi* próxima)¹²⁵, ou, ainda, de serem excluídas situações e ocorrências fáticas importantes e merecedoras de apreciação, o que, fatalmente, conduzirá a um julgamento o qual, enquanto resultado, estará muito distante tanto do esperado pelo requerente¹²⁶, como de cumprir sua função de dirimir, definitivamente, a controvérsia existente entre as partes¹²⁷.

Relativamente a isso, integral razão assiste a WALTER J. HABSCHEID, o qual, depois de expressamente declarar sua aceitação quanto a estarem os fatos 128 a constituir

autores também acompanhados por GIROLAMO MONTELEONE (*Diritto Processuale Civile.* 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 191); e GIUSEPPE CHIOVENDA (*Instituições de Direito Processual Civil.* v. I. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 71).

¹²⁴ Ressalta HUGO ALSINA ser "... indispensable exponer la causa remota, pero limitándose a los hechos eficientes o conexos con el litígio..." (Tratado teorico pratico de Derecho Procesal Civil y Comercial. t. I. 2ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 1963, p. 36).

¹²⁵ TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E. A causa petendi no processo civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p.

¹²⁵ TUCCI, JOSE ROGERIO CRUZ E. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 154-155; PINTO, JUNIOR ALEXANDRE MOREIRA. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007, p. 99; CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 307; NERY JUNIOR, NELSON; NERY, ROSA MARIA ANDRADE. *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 478; MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 291.

126 O autor deve ter consciência da importância da sua participação na defesa de seus interesses e, assim, deve municiar seu patrono com todos os elementos de fato que possam ser eventualmente aproveitados para a substanciação de sua demanda, para dar a ela a devida sustentação, pois é certo que descabe ao juiz buscar os fatos que deveriam estar em debate, assistindo razão a J. A. JOLOWICZ quando alerta ser o alegar uma obrigação das partes, as quais, desta maneira, "... set limits beyond which the juge may not go in finding the facts on which his judgement will be based... the law may be for the judge, but he is bound by the parties choice of material facts" (On Civil Procedure. Cambrige: Cambrige University Press, 2000, p. 195-196).

127 HUGO ALSINA enfatiza a importância de uma exposição clara dos fatos o que, segundo sustenta, é

¹²⁷ HUGO ALSINA enfatiza a importância de uma exposição clara dos fatos o que, segundo sustenta, é relevante para o regular desenvolvimento do processo, para aferição das provas que serão produzidas, para que se conheça o objeto que deverá ser analisado e julgado na sentença (*Tratado teorico pratico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. t. I. 2ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 1963, p. 36). Na mesma linha vai NICOLÒ TROCKER, acrescendo que a descrição dos fatos é de extrema relevância, porquanto deles o juiz procederá a valoração jurídica imprescindível ao seu julgamento (*Processo Civile e Costituzione. Problemi di Diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 640).

MARIA TERESA DE PADURA BALLESTEROS discorrendo sobre a causa de pedir afirma incluir esta "... tanto la fundamentación fáctica como la jurídica. La causa de pedir se integra por el elemento

a

v. I. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 71).

123 Considerando a demanda como uma manifestação pela qual se exige a reparação de um direito violado, conclui GIROLAMO MONTELEONE que se configura o fato jurídico, ou complexo de fatos jurídicos, como o título ou a causa de pedir, fato ou fatos estes que apresentados ao juiz para conhecimento permitem que este promova ao devido enquadramento jurídico da relação litigiosa existente entre as partes e que deve ser por ele resolvida (*Diritto Processuale Civile*. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 193).

o núcleo da causa petendi, sustenta não ser adequado exigir que tenha o autor o encargo de fornecer uma exegese do direito material referente a estes mesmos fatos, pois tal tarefa é atribuição do juiz, que necessita conhecer por completo daqueles para poder decidir a lide a ele apresentada. Arremata o jurista mencionado afirmando ser "... dovere dell'autore indicare la sua causa petendi, con tutti i fatti che costituiscono un rapporto di vita. É in quest'ultimo sendo che io definisco la causa petendi, lo estato di fatto che la caratterizza", 129.

Cabe registrar, que para a maioria de nossos juristas, no Código de Processo Civil, foi adotada - muito em razão de influência germânica - a doutrina da substanciação 130, a qual reclama haja pelo autor a descrição dos fatos, como também a indicação do fundamento de direito, com base nos quais se realiza o pedido contido na inicial (art. 282, inc. III), porém, é certo que para a identificação da demanda¹³¹ o que se leva em consideração é a narração dos fatos, pouco importando a adequação jurídica ou enquadramento na regra de direito feita com relação àqueles pelo requerente¹³². Teria, então, ocorrido a rejeição da doutrina da individualização - mais aceita entre os italianos –, esta para a qual basta haja afirmação da existência da relação jurídica, do direito que estaria a fundamentar a demanda¹³³.

Estando certo, portanto, que a lei, assim como a doutrina e jurisprudência 134 pátrias, prestigiam a doutrina da substanciação 135, resultante disso é a valorização da

fáctico y jurídico. Entiendo que ni solo los hechos, ni solo los fundamentos de derecho constituyen la causa petendi, sino ambos a la vez" (Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 72).

L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. Rivista di Diritto Processuale, v. 3, anno XXXV (seconda serie). Padova: CEDAM, luglio-settembre 1980, p. 460.

¹³⁰ MARQUES, JOSÉ FREDERICO. *Instituições de Direito Processual Civil.* v. III. Campinas: Millennium, 2000, p. 192-193; MESQUITA, JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE. Teses, estudos e pareceres de processo civil. v. 1. São Paulo: RT, 2005, p. 141, 154 e 169; BUENO, CÁSSIO SCARPINELLA. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento comum: ordinário e

sumário. v. 2. t. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72.

131 Identificação ou individualização da demanda e não da ação (MONTELEONE, GIROLAMO. *Diritto* Processuale Civile. 3a ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 195).

¹³² JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA assinala "... não ter a menor importância o nomen juris atribuído pelo autor à relação jurídica por ele afirmada" (Teses, estudos e pareceres de processo civil. v. 1. São Paulo: RT, 2005, p. 142).

¹³³ Consoante nota nº 148 feita por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO referente a texto de ENRICO TULLIO LIEBMAN que cuida do assunto (Manual de Direito Processual Civil. 3ª ed. v. I. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 251). No mesmo sentido: MESQUITA, JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE. Teses, estudos e pareceres de processo civil. v. 1. São Paulo: RT, 2005, p. 142 e 169.

¹³⁴ Como pode se verificar do teor dos seguintes acórdãos: STJ - REsp nº 886.509/PR, rel Min. LUIZ FUX; EDcl no Resp nº 442.795/RJ, rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA; REsp nº 623.704/SC, rel. Min. NANCY ANDRIGHI; REsp nº 109.692/PI, rel. Min. EDSON VIDIGAL; e REsp nº 277382/SP, rel. Min. HUMBERO GOMES DE BARROS; TJSP – AI nº 990092971760, rel. Des. SILVEIRA PAULILO; Ap. Civ. nº 991030145758, rel. Des. GIL COELHO; Ap. Civ. nº 990092652907, rel. Des. CARLOS ALBERTO GARBI; Ap. Civ. nº 991080754178, rel. Des. ROBERTO BEDAQUE; TJRS – AI

descrição dos fatos como meio de estabelecimento do objeto da ação¹³⁶, de se conhecer com maior clareza a *res in judicium deducta*, pela menção o quanto mais completa e precisa possível dos fatos jurídicos que dão origem ao direito que se afirma ter e foi violado, causa ou razão de ser da demanda¹³⁷.

Note-se que esta descrição dos fatos para identificação da origem do direito da parte será sempre necessária¹³⁸, não havendo hipótese, em virtude da adotada doutrina da substanciação, em que isto seja dispensado¹³⁹. Deste modo, trate-se de direitos absolutos ou reais, trate-se de direitos relativos ou pessoais, a sobredita descrição ocorrerá indistintamente, posto que elemento essencial para a correta instauração do processo.

Vemos que a exigência legal é de total pertinência quando se cuida de direitos relativos ou pessoais¹⁴⁰, na medida em que estes, de plano, não estão individualizados

nº 7003336744, rel. Des. DENISE OLIVEIRA CEZAR; Ap. Civ. nº 70029229796, rel. Des. NEY WIEDEMANN NETO; Ap. Civ. nº 70015702251, rel. Des. JUDITH DOS SANTOS MOTTECY; Ap. Civ. nº 70009563222, rel. Des. LUIZ LÚCIO MERG; *TJRJ* – Ap. Civ. nº 0009704-17.2005.8.19.0209, rel. Des. CLEBER GHELFENSTEIN; AI nº 0049500-21.2009.8.19.0000, rel. Des. ANDRÉ ANDRADE; AI nº 0026052-19.2009.8.19.0000, rel. Des. MARIA AUGUSTA VAZ; Ap. Civ. nº 0148707-58.8.19.0001, rel. Des. ORLANDO SECCO; *TJMG* – Ap. Civ. nº 0967936-31.2007.8.13.0035, rel. Des. TARCISIO MARTINS COSTA; Ap. Civ. nº 1328065-98.2003.8.13.0024, rel. Des. NILO LACERDA; Ap. Civ. nº 4062235-98.2000.8.13.0000, rel. Des. MAURO SOARES DE FREITAS; e Ap. Civ. nº 0014264-68.2007.8.13.0089, rel. Des. LUCIANO PINTO.

135 Colocamos aqui o termo prestigiar, porquanto aceitamos as ponderações feitas por JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA no sentido de que não se pode simplesmente desconsiderar a teoria da individualização e reputar que teria sido em nosso ordenamento processual recepcionada apenas a teoria da substanciação. Melhor é pensar-se, como propõe o indicado autor, em termos de estarem ambas contempladas no Código de Processo Civil, numa relação de "grande equilíbrio", pois dá importância aos fatos constitutivos e aos elementos de direito, permitindo que um ou outro tenha destaque quando, in concreto, se mostrar útil para "... individuar a pretensão do autor, como resulta da expressão legal 'de maneira que o réu possa preparar a sua defesa', empregada no inciso III do art. 158 do Código de Processo Civil" (*Teses, estudos e pareceres de processo civil.* v. 1. São Paulo: RT, 2005, p. 154-155). Em apoio desta posição, v.g., temos: TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E. *A causa petendi no processo civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 144-148; e LEONEL, RICARDO DE BARROS (*Causa de pedir e pedido. O direito superveniente.* São Paulo: Método, 2006, p. 86-93).

Aliás, GIROLAMO MONTELEONE destaca que "... il fatto ed il diritto sono strettamente connessi, sicchè l'uno senza l'altro innanzi al giudice non avrebbe alcun valore" (Diritto Processuale Civile. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 193).

¹³⁷ Nesse sentido: TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 159; e GIROLAMO MONTELEONE. *Diritto Processuale Civile*. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 192.

138 Necessária, pois, como assinala J. A. JOLOWICZ, "... the parties plead facts and the judge should attach to the facts pleaded – or to such of them as are proved – the legal result that seems to him to be correct" (On Civil Procedure. Cambrige: Cambrige University Press, 2000, p. 189). No mesmo sentido, FERRUCCIO TOMMASEO, o qual anota que as "...questi fatti non costituiscono di per sé l'oggetto della tutela giurisdizionale, ma sono valutati dal giudice solo in quanto allegati dalle parti como fatti constitutivi, estintivi o modificativi del raporto giuridico, del diritto soggettivo controverso..." (Appunti di Diritto Processuale Civile. Nozioni introduttive. 4ª ed. Torino: Giappichelli, 2000, p. 170-171).

BUENO, CÁSSIO SCARPINELLA. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento comum: ordinário e sumário. v. 2. t. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 73.

JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA ressalta que até mesmo os adeptos da doutrina da individualização são assentes sobre a relevância da descrição dos fatos necessários à determinação do

-

pelos seus elementos estruturais, e enquanto é realmente indispensável se averiguar o título que embasa o direito afirmado, para se aferir quais as emanações jurídicas efetivamente provocadas por aquele, e que poderiam servir de fundamento à demanda. Poder-se-ia reputar esta última, desta forma, como heterodeterminada, pois diz respeito a direitos que podem se estabelecer repetidas vezes, em locais e lapsos temporais diversos, conjunta ou separadamente, vinculando os mesmos sujeitos, características que, por certo, reclamam ser conhecidas para a necessária definição e particularização da causa de pedir¹⁴¹.

No entanto, para a modalidade dos direitos absolutos ou reais seria dispensável a descrição dos fatos jurídicos deles constitutivos, na medida em que tais direitos são os próprios fatos jurídicos a serem considerados, e a sua simples afirmação e prova perfaz a exigência de indicação da *causa petendi*. A demanda, aqui, seria chamada de autodeterminada, pelo fato de que se refere a um direito que existe concretamente no vínculo que se estabelece entre o seu titular e um bem, vínculo este o qual, a princípio, somente pode se verificar uma única vez com determinado sujeito (*v.g.*, domínimo) ou sujeitos (*v.g.*, condimínio), e exclui a possibilidade de que qualquer outro sujeito possa estar na mesma condição jurídica¹⁴².

Por todo o acima considerado, deve se ter por inarredável a influência decisiva que os fatos, enquanto elementos da demanda¹⁴³, podem ter nos rumos do processo, merecendo ser observados inclusive para se verificar se poderá este último se desenvolver, pois constatado, *v.g.*, a deficiente descrição dos fatos de forma a não permitir a compreensão quer da situação concreta, quer de suas emanações juridicamente relevantes; ou que há coisa julgada precedente envolvendo os fatos que agora são apresentados como fundamento da nova ação, caberá, conforme as

di

direito feito valer para a identificação do pedido (*Teses, estudos e pareceres de processo civil.* v. 1. São Paulo: RT, 2005, p. 169-170).

¹⁴¹ TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E. *A causa petendi no processo civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 118-119; GIROLAMO MONTELEONE. *Diritto Processuale Civile.* 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 197-198; COMOGLIO, LUIGI PAOLO; FERRI, CORRADO; TARUFFO, MICHELE. *Lezioni sul processo civile.* 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 253-255; BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. *Direito e processo.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, s.d., p. 100; LEONEL, RICARDO DE BARROS. *Causa de pedir e pedido. O direito superveniente.* São Paulo: Método, 2006, p. 97.

¹⁴² TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E. A causa petendi no processo civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 117-118; GIROLAMO MONTELEONE. Diritto Processuale Civile. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 197; LUIGI PAOLO; FERRI, CORRADO; TARUFFO, MICHELE. Lezioni sul processo civile. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 253; BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. Direito e processo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, s.d., p. 100; LEONEL, RICARDO DE BARROS. Causa de pedir e pedido. O direito superveniente. São Paulo: Método, 2006, p. 97.

¹⁴³ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Instituições de Direito Processual Civil.* v. II. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 112.

circunstâncias, em ambos os casos, a extinção do processo, tal como o autorizam o disposto no art. 267, inc. I e V; combinado com o art. 295, todos do Código de Processo Civil.

Logo, correta a afirmação de JOÃO DE CASTRO MENDES, no sentido de que a causa de pedir desempenha relevante papel na relação que mantém com a teoria da coisa julgada¹⁴⁴, relevância esta que se evidencia na função por aquela cumprida enquanto suporte necessário ao pedido do autor, com o que reflexamente fornece o âmbito em que ocorrerão os debates a serem travados no decorrer do processo, e circunscreve os limites a serem analisados e julgados na sentença para a solução da lide, sendo que é justamente esta derradeira decisão que virá a formar *res judicata*.

Passando agora a abordar o pedido, podemos começar frisando que é ele tanto instrumento para a individualização da ação, traduzindo a prestação jurisdicional pretendida (objeto imediato ou pedido imediato), como revela o bem jurídico a ser tutelado (objeto mediato ou pedido mediato)¹⁴⁵.

Na visão de GIROLAMO MONTELEONE pedido é simplesmente o quanto pede o autor, com a intenção de identificar aquilo que pretende obter com o processo¹⁴⁶, posição esta que deixa destacada a faculdade e liberdade que tem (ou deve ter) a parte de expor em juízo exatamente qual é a sua exigência, o que reclama do réu, a tutela jurisdicional que entende lhe seja devida, em conformidade com a lei.

Tendo em conta tal parâmetro, afirma JOSÉ FREDERICO MARQUES¹⁴⁷ que o pedido é a *ratio essendi* que justifica a propositura da ação, confundindo-se com a

LUIGI PAOLO COMOGLIO, CORRADO FERRI e MICHELE TARUFFO. Lezioni sul processo civile. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 252. GIROLAMO MONTELEONE tem nesta distinção, consequência do dualismo entre direito material e ação, um produto de "... illusione ottica, perché alla parte non interessa il provvedimento giudiziale in astratto (ad es.: una sentenza di condana, o di accertamento, ecc.), ma solo se ed in quanto per suo mezzo essa riesca ad ottenere il bene oggetto del diritto dedotto in giudizio. In altri termini, la domanda è diretta contro el convenuto, ed è rivolta al giudice solo perchè questi, come organo investito della giurisdizione, ha il potere di fornire all'attore l'accertamento ed il soddisfacimento del suo diritto" (Diritto Processuale Civile. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 192). Sobre o tema CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO diz ter a pretensão caráter bifronte, pois se relaciona aquela diretamente ao bem da vida objeto do processo e ao provimento jurisdicional reclamado (Capítulos de sentença. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38-40, 52 e 58).

¹⁴⁶ Diritto Processuale Civile. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 191. Complementa a idéia do texto a afirmação de GIUSEPPE CHIOVENDA de que "... o processo apresenta-se como finte autônoma de bens da vida, que não se podem conseguir a não ser no processo" (*Instituições de Direito Processual Civil.* v. I. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 70).

¹⁴⁴ Limites objectivos do caso julgado no processo civil, Lisboa: Ática, 1968, p. 60.

¹⁴⁷ Instituições de Direito Processual Civil. v. III. Campinas: Millennium, 2000, p. 36. No mesmo sentido: MONTELEONE, GIROLAMO. Diritto Processuale Civile. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 192.

própria idéia de objeto do processo, sendo para este de extrema relevância, porquanto estabelece os limites da pretensão¹⁴⁸ a ser decidida.

Aliás, ensina FRANCESCO CARNELUTTI que "A pretensão é exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio" e por ser assim, está claro que a dita subordinação depende da integral exposição pelo autor de como houve a lesão que diz ter sofrido e qual a reparação que espera obter, tudo no sentido de que não haja nenhuma dúvida do quanto tenha originado a controvérsia das partes (a *causa petendi*) e qual o objeto do processo (o *petitum*).

Combinados os conteúdos destas posições, fica autorizado se afirmar que pedido e causa de pedir estão em simbiose, e, na prática, não têm vida autônoma, sendo, concretamente, duas espécies que se conjugam para que se possa obter no processo um resultado útil¹⁵⁰.

Parece ser este o pensar de ARAKEN DE ASSIS, pois assevera que o objeto do processo não se restringe ao pedido, devendo ser percebido que o móvel central da disputa são os fatos jurídicos. Logo, o mérito da demanda não se concentra no corpo do pedido, ao contrário, está entrelaçado com o complexo de fatos que servem ao delineamento da lide. Adverte, ainda, não ser possível pensar-se em um processo ou direito desvinculado de fatos, estes que configuram a causa de pedir¹⁵¹.

Outro final aspecto que nos interessa abordar, e que envolve igualmente causa de pedir e pedido, diz respeito à possibilidade de cumulação de causas e de pedidos.

Diante de situação fática em que houve violação de direito, em alguns casos, fica autorizado pleito de reparação multifário, ou seja, se permite a dedução de mais de um pedido com base em uma mesma causa – em uma *causa petendi* única. Nasce, assim, a

No mesmo sentido: MESQUITA, JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE. Teses, estudos e pareceres de processo civil. v. 1. São Paulo: RT, 2005, p. 140. ERNESTO HEINITZ a este propósito afirma que a pretensão processual se identifica pelo pedido e pela causa de pedir. "Il petitum é identificato, non soltanto motivato, dalla causa petendi, e anche la causa petendi è tale soltanto in relazione al petitum" (I limiti oggettivi della cosa giudicata. Padova: CEDAM, 1937, p. 135).

_

¹⁴⁸ A pretensão "... transporta al proceso la visión que del litígio se ha fomado el actor" (CASTILLO, NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y. Estudios de teoria general e historia del proceso. t. I. Ciudad de México: UNAM, 1974, p. 353). Aquela tem natureza eminentemente processual, apesar de não estar absolutamente desvinculada do direito material, sendo que são justamente os elementos que a compõem que permitem e auxiliam na definição dos limites dos efeitos da futura coisa julgada (MELLADO, JOSÉ MARIA ASENCIO. Derecho Procesal Civil. Parte Primera. 3ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 124)

p. 124).

149 Instituições do Processo Civil. v. I. Campinas: Classicbook, 2000, p. 78.

¹⁵¹ Cumulação de ações. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 205. Desta conclusão discorda CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, o qual expõe que a resposta dada na sentença é exclusivamente ao pedido, tanto que apenas o dispositivo desta última resta imunizado pela autoridade da coisa julgada, não os fundamentos residentes na causa de pedir (*Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58-59).

possibilidade de haver a concentração dos hipotéticos pedidos viáveis em uma única ação, designando-se esta atividade de cumulação de pedidos 152.

Diferentemente, pode ser que em uma mesma situação fática, se dê o comprometimento de um ou mais direitos, e tal implique no surgimento de várias causas – diversas *causae petendi* –, as quais, por sua vez, individualmente consideradas, constituem substrato suficiente para embasar autônomas demandas, e, portanto, capazes de ensejar a dedução de vários pedidos¹⁵³, surgindo, então, a possibilidade de haver a concentração destas causas e pedidos, o que se faz por meio da chamada cumulação de ações, esta que, como a cumulação de pedidos, encontra amparo nas regras dos arts. 288 a 292, do Código de Processo Civil ¹⁵⁴.

Pertinente consignar que a cumulação, seja de pedidos, seja de causas de pedir, é instrumento de otimização do processo, e, ao contrário do que à primeira vista possa parecer, funciona como acelerador da solução das controvérsias existentes entre as partes, beneficiando-as, inclusive, no aspecto econômico, evitando que entre estas venha a se estabelecer diversos vínculos judiciais representados por diversos processos, com trâmites desencontrados, que reclamam gastos redobrados.

52 Sohre aspectos gerais da o

¹⁵² Sobre aspectos gerais da cumulação de pedidos vale conferir: ASSIS, ARAKEN DE. *Cumulação de ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 233-259; BUENO, CÁSSIO SCARPINELLA. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento comum: ordinário e sumário*. v. 2. t. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80-88; e MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. *O novo Processo Civil brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 14-17.

Embora nada impeça que as várias causas sirvam para suportar apenas um pedido. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO é de igual opinião, aludindo que "Quando mais de uma causa de pedir ensejar a formulação de um mesmo pedido, a doutrina costuma referir-se ao fenômeno do concurso de pedidos" (*Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004, p. 891).

154 Sobre aspectos gerais da cumulação de ações vale conferir: TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E. A

causa petendi no processo civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 154-157. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO refere-se ao "cúmulo objetivo de demandas" e assevera que embora a lei apenas trate diretamente da cumulação de pedidos, evidente que a cumulação permitida também diz respeito à cumulação de fundamentos (*Instituições de Direito Processual Civil.* v. II. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 163). Na mesma esteira, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO adverte que "Embora não previsto expressamente por esses dispositivos, não há qualquer óbice para que, em um mesmo processo, cumule, o autor, diversas causas de pedir..." (Código de Processo Civil interpretado. São Paulo: Atlas. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004, p. 891). JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ainda é categórico ao sustentar que "... quando alguém pleiteia em juízo certa providência jurisdicional, baseando-se em dois ou mais fatos ou conjunto de fatos, cada qual suficiente por si para justificar o acolhimento do pedido, está propondo, em cumulação, tantas ações quantas são as causae petendi invocadas" (Julgamento colegiado e pluralidade de causas de pedir. Temas de direito processual. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 131). De modo diverso pensam LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI, para os quais "... existem tantas ações quantos forem os pedidos" (Curso avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e processo de conhecimento. v. 1. 7ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 307), talvez inspirados nas idéias de LEO ROSENBERG, ADOLF SCHÖNKE e PONTES DE MIRANDA, os quais, igualmente, entendem que é a formulação de mais de um pedido que gera a cumulação objetiva de pretensões, situação que não ocorre quando pedido único vem a ser fundado em diversas causas (ASSIS, ARAKEN DE. Cumulação de ações. 4^a ed. São Paulo: RT, 2002, p. 206-207).

Não bastasse isso, é evidente que havendo a ocorrência de fato ou fatos jurídicos dos quais emanem diversas causas de pedir, e, via de consequência, reste possibilitada a realização de diversos pedidos, a reunião daquelas e destes para análise e julgamento conjunto, não só viabiliza um resultado de melhor qualidade para as partes, como atende a princípios processuais básicos, marcadamente, aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto pela cumulação em comento se permite a formação de um acervo de informações essenciais todas referentes ao fato ou fatos antes mencionados, acervo este que, composto pelo conteúdo das alegações trazidas na gênese do processo (inicial e contestação), irá dar os contornos da lide em que envolvidas as partes, constituindo imprescindível arcabouço para o regular desenvolvimento da causa, para uma profícua instrução, para servir de boa base à estruturação da sentença, esta que poderá se apresentar mais completa e abrangente, hábil para por termo ao litígio de modo definitivo.

2. Preclusão e coisa julgada

De grande relevância, para os escopos de nosso trabalho, realizar a distinção entre preclusão e coisa julgada, estas que estão entre os mais importantes institutos do Direito Processual, e não podem ser confundidas.

Pois bem.

Acompanhando GIUSEPPE CHIOVENDA¹⁵⁵, podemos afirmar haver uma ordem legal que deve se estabelecer entre as atividades processuais visando a sua eficiência, e possa, desta forma, permitir a progressão do processo rumo ao seu fim¹⁵⁶, para tanto se utilizando de sistema coordenado de isolamento de atos, em que estes são praticados em uma sequência lógica, e dentro de uma programação pré-estabelecida¹⁵⁷, de tal modo que, confirmado não padecerem referidos atos de nenhum vício, tendo sido

¹⁵⁵ Instituições de Direito Processual Civil. v. III. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 183-184. Em tudo, o indicado autor, conta com o apoio de EDUARDO J. COUTURE (Fundamentos do Direito Processual Civil. Campinas: RED, 1999, p. 130) e de ANTONIO CARLOS MARCATO (Preclusões: limitação ao contraditório? In Revista de Processo, ano V, nº 17, jan.-mar. 1980, p. 106-107.

¹⁵⁶ Fala aqui CRISTINA FERRAZ da colaboração que presta a preclusão no cumprimento do aspecto teleológico do processo, ou seja, na contribuição daquela para que no processo haja a solução do litígio (*Prazos no processo de conhecimento. Preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal.* São Paulo: RT, 2001, p. 44).

¹⁵⁷ Para ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA a preclusão é "... o instituto do qual decorre o método do processo... é, afinal, a garantia da estrutura do processo", e da sua eficiência (*Da preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 38 e 50).

respeitada a forma prevista em lei para a sua realização, disso resulte ao processo maior precisão, agilidade e, além de tudo, torne possível a definitiva certeza dos direitos¹⁵⁸. Para tentar cumprir estes desideratos tem-se a preclusão¹⁵⁹, a qual corresponde à "... perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual...", e pode decorrer de várias situações¹⁶⁰, tais como naquelas em que há inobservância do prazo fixado em lei para a prática de determinado ato (preclusão temporal); foi anteriormente praticado ato incompatível com o exercício atual de certa faculdade processual (preclusão lógica); ou foi valida e oportunamente exercida a faculdade (preclusão consumativa).

Indiscutível a assertiva feita acima de que a preclusão gera a perda de uma faculdade processual¹⁶¹, porquanto, aqui se cuida de um ônus processual¹⁶² a ser exclusivamente suportado por aquele que, tendo oportunidade para tanto, tão somente

_

¹⁵⁸ Em encontro de estudos promovido pelo Conselho Superior da Magistratura italiana, demonstrou-se a grande preocupação com a necessidade de agilização do trâmite dos processos e se expôs a preclusão como um remédio para o mal que assola os Judiciários de todos os países, ficando registrado que "La preclusione può essere definita come la conseguenza in cui incorre la parte che non ha provveduto ad esercitare un diritto o una facoltà nei termini e con le modalità previste dalla legge: essa é il risultato di un 'onere inadempiuto', che preclude il raggiungimento di un certo risultato ... Le preclusioni, insomma, servono non soltanto a far presto ma a far bene: da un lato rendendo razionale la più forte presenza del giudice attraverso la rapida determinazione del contesto su cui i suoi poteri andranno ad esercitarsi; dall'altro trasformando un assurdo gioco 'a moscacieca' in un leale confronto dominato dalla legge del dialogo, con relativa crescita non solo dei poteri direttivi del magistrato ma anche della dignità delle parti e del ministero del difensore (così la Risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura sul tema 'Misure per l'accelerazione dei tempo della giustizia civile', con riferimento al disegno di legge governativo presentato sull'argomento nel decorso della legislatura (1987) e in vista di eventuali nuove iniziative, approvata il 18 maggio 1988 (in Foro it., 1988, V, 256)" (DORONZO, ADRIANA. Il regime delle preclusioni con riguardo alla costituzione del convenuto. L'intervento del terzo. [Relazione ad Incontro di studi del Consiglio Superiore della Magistratura. Roma, ottobre 1997]. Disponível em: http://www.trani-ius.it/opinioni/Dor3.htm. Acessado em: 16 de junho de 2009.

¹⁵⁹ Como informa JOSÉ FREDERICO MARQUES, esta designação foi concebida por GIUSEPPE CHIOVENDA que tomou por base a figura da *poena preclusi* do Direito comum romano (*Instituições de Direito Processual Civil.* v. II. Campinas: Millennium, 2000, p. 346).

¹⁶⁰ Como também são várias as abordagens e classificações que se faz da preclusão, como se pode verificar em: GIANNICO, MAURÍCIO. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 112-129; BARBOSA, ANTÔNIO ALBERTO ALVES. *Da preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 40-52; SICA, HEITOR VITOR MENDONÇA. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, p. 72-90.

Também J. RAMIRO PODETTI alude ao fato de a preclusão atingir uma faculdade ou direito processual (*Teoria y tecnica del Proceso Civil*. Buenos Aires: EDIAR, 1963, p. 250), no que é acompanhado por EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO. *Preclusão (Processo Civil)*. In *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 143; e CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Da preclusão no processo civil*. In *Revista Forense*, ano 52, v. 158, Rio de Janeiro: Forense, mar.-abr. 1955, p. 62).

¹⁶² ARRUDA ALVIM nos dá a idéia de ônus esclarecendo consistir em dever processual da parte a prática de certos atos "... em seu próprio beneficio: consequentemente, se ficar inerte, possivelmente esse comportamento acarretará consequência danosa para ela. A figura do ônus, aliada à da preclusão, faz com que a parte saia de sua inércia e atue utilmente no processo, resultando disso, se for o caso, uma colaboração forçada da parte com a própria autoridade judiciária" (*Manual de Direito Processual Civil.* v. 1. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 495).

deixou de praticar um ato na forma e tempo previstos em lei¹⁶³, apesar de ter garantida a faculdade de fazê-lo. Assim é, pois, dado o caráter publicístico do processo, já afastada por completo a idéia de aquele ter natureza contratual¹⁶⁴, inconcebível imaginar que a parte teria a obrigação de praticar determinado ato, e que seu inadimplemento acabaria por determinar a aplicação a ela de uma sanção pela não observância da norma jurídica¹⁶⁵.

Dando a parte ensejo à incidência do referido ônus, objetivamente, a preclusão se revela um fato impeditivo, situação em que pode ser qualificada como temporal ou lógica¹⁶⁶. Diferentemente, sendo a preclusão do tipo consumativa, como o afirma JOSÉ FREDERICO MARQUES, "... tem o caráter e natureza de fato extintivo"¹⁶⁷.

Na observação de EDUARDO J. COUTURE a perda provocada pela preclusão não corresponde à prescrição e sim à caducidade 168 ou decadência 169.

¹⁶³ Este é o sentido da auto-responsabilidade a que se refere ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA (*Da preclusão processual civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 52).

¹⁶⁴ Conclusão que tem por base a teoria de OSKAR VON BÜLOW pertinente à relação jurídica processual (DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. v. I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 284-285). ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA reporta-se àquele jurista para deixar assinalado que "... se substituiu uma concepção contratualística do fenômeno do juízo, toda fundamentada no dogma da vontade, por outra, baseada na visão objetiva das coisas..." (*Da preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 27.

¹⁶⁵ No sentido de que a preclusão tem natureza de ônus e não de sanção: ALVIM, ARRUDA. *Manual de*

¹⁶⁵ No sentido de que a preclusão tem natureza de ônus e não de sanção: ALVIM, ARRUDA. Manual de Direito Processual Civil. v. 1. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 496; MARQUES, JOSÉ FREDERICO. Instituições de Direito Processual Civil. v. II. Campinas: Millennium, 2000, p. 349; BUENO, CÁSSIO SCARPINELLA. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 435. ALVIM, EDUARDO ARRUDA. Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 315; FERRAZ, CRISTINA. Prazos no processo de conhecimento. Preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal. São Paulo: RT, 2001, p. 49-54; BARBOSA, ANTÔNIO ALBERTO ALVES. Da preclusão processual civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 126; ARAGÃO, EGAS DIRCEU MONIZ DE. Preclusão (Processo Civil). In Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 142-143.

¹⁶⁶ HEITOR VITOR MENDONÇA SICA sustenta que a preclusão lógica é também de natureza extintiva (*Preclusão processual civil*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 148).

⁽Preclusão processual civil. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 148).

167 Instituições de Direito Processual Civil. v. II Campinas: Millennium, 2000, p. 348. No mesmo sentido se posiciona ADA PELLEGRINI GRINOVER (em nota [nº 6] ao § 3º, da edição brasileira da obra de ENRICO TULLIO LIEBMAN, Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 68). Diverge de todos HEITOR VITOR MENDONÇA, para quem não existe preclusão consumativa (Preclusão processual civil. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 154). Por seu turno, JOAQUÍN SILGUERO ESTAGNAN, declara que a preclusão proporciona não propriamente extinção, contudo, gera uma situação de impedimento ou de exclusão de uma faculdade (La preclusión de alegaciones en el processo civil. Navarra: Civitas, 2009, p. 74).

168 Fundamentos do Direito Processual Civil. Campinas: RED, 1999, p. 130. Igualmente dispõe PONTES

¹⁶⁸ Fundamentos do Direito Processual Civil. Campinas: RED, 1999, p. 130. Igualmente dispõe PONTES DE MIRANDA, o qual faz referência à preclusão "... em sentido de direito processual" e lhe atribui caráter extintivo de efeitos de fatos jurídicos e de efeitos jurídicos (*Tratado de Direito Privado. Parte Geral.* t. 6. Campinas: Bookseller, 2000, p. 173).

¹⁶⁹ A mesma opinião é externada por ALDO ATTARDI e CELSO EDOARDO BALBI, este último, inclusive, referindo à "decadência processual" (cf. ARAGÃO, EGAS DIRDEU MONIZ DE. *Preclusão (Processo Civil)*. In *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 146-148).

Esta ponderação é de todo correta, embora necessite de um pequeno esclarecimento.

A prescrição incide sobre a pretensão feita nascer do próprio direito subjetivo material violado¹⁷⁰, e a preclusão, por seu turno, atinge tão somente faculdades processuais¹⁷¹, como acima já dissemos. Problema nenhum até aqui.

Quanto à decadência, porém, em uma primeira vista, não poderia ser tida como correspondente da preclusão, porque, enquanto esta segunda está limitada, relativamente aos seus efeitos, à relação processual em que se originou, a caducidade tem efeitos extraprocessuais.

Além disso, a decadência é instituto do direito material e a preclusão do direito processual¹⁷², sendo que para ERNESTO HEINITZ a primeira decorre da simples inobservância dos prazos legais, e corresponde a um ato omissivo, enquanto a preclusão, além disso, pois não se liga ao aspecto meramente temporal da prática de um ato processual (preclusão temporal), decorre de ato comissivo, o qual se revela em certa atividade já concretizada no processo (preclusão consumativa), ou na circunstância de já ter sido praticado determinado ato que impede a prática de outro com ele incompatível (preclusão lógica)¹⁷³.

¹⁷³ I limiti oggettivi della cosa giudicata. Padova: CEDAM, 1937, p. 9.

¹⁷⁰ Corrigindo imprecisão do passado, hoje nosso Código Civil, por expresso, dispõe no sentido de que a violação do direito acarreta ao respectivo titular a pretensão, esta que fica, então, sujeita à prescrição, e não a ação (art. 189). CARLOS ROBERTO GONCALVES diz ter feito isso o legislador para fugir da discussão de ser ou não prescritível a ação, adotando a fórmula já declinada "... considerada mais condizente com o Direito Processual contemporâneo" e, em arremate, acrescenta que "... predomina o entendimento, na moderna doutrina, de que a prescrição extingue a pretensão, que é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. O direito material, violado, dá origem à pretensão (CC, art. 189), que é deduzida em juízo por meio da ação. Extinta a pretensão, não há ação. Portanto, a prescrição extingue a pretensão, atingindo também a ação" (Direito Civil brasileiro. Parte Geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p.515-516). FÁBIO ULHOA COELHO anota, depois de discorrer sobre as dificuldades de se estabelecer um critério seguro de distinção entre prescrição e decadência, que "Se alguém não pode mais ingressar em juízo para obter o cumprimento forçado da prestação correspondente ao seu direito, isto é, em termos concretos, igual a não titularizar mais o próprio direito" (Curso de Direito Civil. Parte Geral. v. 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 390). MILTON SANSEVERINO afirma que "... a prescrição, antes de atingir a ação, atingiria, em verdade, a pretensão, esvaziando-se, com isso, o conteúdo daquela, e tornando inviável o seu exercício" (Prescrição: da ação, do direito ou da pretensão? In Revista Forense, ano 73, v. 257, Rio de Janeiro: Forense, jan.-mar. 1977, p. 414). JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, de modo algo diverso, afirma que a prescrição não extingue nem a ação, nem a pretensão, e, referindo posição de PONTES DE MIRANDA, conclui, como este último, que a prescrição compromete a eficácia da pretensão, retirando da parte afetada por esta situação a "exigibilidade ou a acionabilidade" (Temas de Direito Processual. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8-9).

¹⁷¹ Nesse sentido: MARCATO, ANTONIO CARLOS. *Preclusões: limitação ao contraditório?* In *Revista de Processo*, ano V, nº 17, jan.-mar. 1980, p. 108; BUZAID, ALFREDO. *Despacho saneador. Coisa julgada e preclusão. Distinção (Consultas e Pareceres)*. In *Revista dos Tribunais*, ano 51, v. 320, jun. 1962, p. 51.

¹⁷² BARBOSA, ANTÔNIO ALBERTO ALVES *Da preclusão processual civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 127.

Contudo, é imprescindível que se note que a caducidade pode "... alcançar direitos processuais" 174, e a preclusão, quando, v.g., relaciona-se à coisa julgada material, estritamente enquanto efeito dessa, naturalmente produz uma eficácia para ser sentida além do âmbito do processo onde formada a res judicata e, por esta razão, acaba por interferir nas relações de direito material¹⁷⁵, como também, no exercício do direito de ação àquelas vinculado¹⁷⁶.

A interferência antes mencionada decorre da constatação de que há uma íntima ligação entre o objeto do processo e o direito substancial, tal como o reconhecem SERGIO MENCHINI¹⁷⁷ e JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAOUE¹⁷⁸. Aquele vínculo se estabelece entre o mérito do processo – envolvendo a causa petendi e o petitum, portanto, fatos e fundamentos jurídicos – e a regra de direito que lhe dá sustentação, sendo que com o julgamento, analisado este mérito à luz das normas de direito material, acaba o juiz por exprimir o comando doravante a ser seguido como o regulador da relação de direito substancial havida entre as partes, a regra concreta e individualizada a ser por estas últimas obrigatoriamente respeitada, permitindo-se com base nisso venha a se formar a coisa julgada material, com a qual eclodirá também a eficácia preclusiva da qual tratamos¹⁷⁹.

Aliás, aproveite-se para adiantar, caracteriza-se a eficácia preclusiva da coisa iulgada¹⁸⁰ por sua função *ultra litem*. Foi concebida justamente para isso, para impedir

¹⁷⁴ MARQUES, JSOÉ FREDERICO. *Instituições de Direito Processual Civil.* v. II. Campinas: Millennium, 2000, p. 355.

¹⁷⁵ Aliás, como frisa ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA, "A preclusão poderá também ter como consequência a perda de um direito, quando, por exemplo, ocorre a preclusão máxima, sendo que aí já se nos defronta a coisa julgada" (Da preclusão processual civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 120). E é esta coisa julgada que acaba por afetar a relação de direito material das partes, como bem anota ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, o qual entende ser decorrência, ou efeito do trânsito em julgado, a produção de "... um fenômeno fora do processo e do Direito Processual, a saber: a relação de Direito Material entre as partes subtrai-se à regência da norma genérica (se é que existia alguma) e submete-se com exclusividade à força do comando específico contido na sentença" (A coisa julgada nas ações de alimentos. Disponível http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3% ADcio(2)%20-formatado.pdf. Acessado em 10 de janeiro de 2010).

¹⁷⁶ Daí asseverar JOAQUÍN SILGUERO STAGNAN que "... la preclusión, em si misma considerada, constituye una realidad autónoma, dotada de matéria y forma, con uma incidencia singular em el ejercicio de las faculdades procesales" (La preclusión de alegaciones en el processo civil. Navarra: Civitas, 2009, p. 47).

177 I limiti oggetivi del giudicato civile. Milano: Giuffrè, 1987, p. 51-52.

Direito e processo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, s.d., p. 100.

¹⁷⁹ JOSÉ CÁRLOS BARBOSA MOREIRA, afirma o mesmo, e considera que "A eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz" (A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In Revista Forense, ano 68, v. 238, Rio de Janeiro: Forense, abr.-jun. 1972, p. 56).

¹⁸⁰ Precisamente indica CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO se incluir no conceito de preclusão a eficácia preclusiva da coisa julgada (Vocabulário do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 210).

que, em processos futuros, as questões deduzidas, e as dedutíveis, viessem a ser objeto de debate, análise e julgamento, como textualmente consta do art. 474, do Código de Processo Civil¹⁸¹. Equivale dizer, por ter deixado a parte de alegar tudo o quanto deveria ter trazido ao processo para defesa de seus interesses, fundamento de suas pretensões, não poderá fazê-lo posteriormente, ainda que isso implique na perda da oportunidade de pleitear em juízo uma reparação mais ampla com relação ao direito que alega ter sido violado, consequência de sua atividade anterior, consumida de modo incompleto ou imperfeito, acarretando o ônus processual da preclusão, este a ser suportado neste momento em que as questões dedutíveis no primeiro processo não podem ser deduzidas no subsequente, pelo tão só fato da extinção desta oportunidade e do trânsito em julgado da decisão que apreciou a demanda com o conteúdo originalmente apresentado, estando aí concretamente identificada a eficácia preclusiva da coisa julgada.

Além disso, é mesmo inegável a certa coincidência que há entre caducidade e preclusão quando se trata de eficácia preclusiva da coisa julgada, na medida em que a esta se vincula a figura da preclusão consumativa, porquanto se estará a referir a alegações e defesas, logo, a atos processuais que já foram praticados no processo e não poderão mais ser repetidos¹⁸².

Desta forma ocorrendo, temos aqui, de fato, peculiares pontos de toque entre decadência e preclusão, pois, para na hipótese apontada, constata-se que ambas têm não só a possibilidade de se fazer observar para além dos limites do processo onde se formaram, como também têm natureza extintiva¹⁸³.

1 8

Igualmente se perceba que a coisa julgada, como o destaca GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO, está assentada "... no princípio de que ficam extintos, de um lado, o direito de ação e

¹⁸¹ "Res judicata dictates whether decided matters are subject to reopening, as well as which actually undecided matters nevertheless fall within the bounds of a judgment and so receive treatment as if decided" (CASAD, ROBERT C.; CLERMONT, KEVIN M. Res judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 4). Como observa JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, a eficácia preclusiva da coisa julgada impede o retorno da discussão havida no primeiro processo para a atribuição do bem da vida e, de todo modo, obsta possa vir a ser questionada a justiça da decisão proferida naquela demanda, uma vez ocorrido o trânsito em julgado (Direito e processo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, s.d., p. 97).

processo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, s.d., p. 97).

182 GIUSEPPE CHIOVENDA destaca que a essência da preclusão se concentra no fato de a mesma consistir na "... perda, ou extinção, ou consumação, ou como quer que se diga, de uma faculdade processual pelo só fato de se haverem atingido os limites prescritos ao seu exercício" (*Instituições de Direito Processual Civil.* vol. III. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 184). O mesmo jurista assevera que a coisa julgada repousa sobre a preclusão das questões (*Instituições de Direito Processual Civil.* vol. I. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 459).

¹⁸³ PONTES DE MIRANDA, ao se referir à caducidade e à preclusão, marca que estas extinguem direitos, pretensões, ações ou exceções (*Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. t. 6. Campinas: Bookseller, 2000, p. 148 e 173). ENRICO TULLIO LIEBMAN assevera que a preclusão provoca "... a perda ou extinção do direito de realizar um ato processual..." (*Manual de Direito Processual Civil*. 3ª ed. v. I. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 302). No mesmo sentido deste último autor: DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 207.

Vale deixar marcado, portanto, que a preclusão regularmente tem efeito ad intra¹⁸⁴, o qual incide quando em desenvolvimento o processo; entretanto, também pode apresentar efeito ad extra, pertinente a processo posterior, onde fica obstaculizada a rediscussão das questões que tenham sido efetivamente resolvidas, ou mesmo daquelas que já deveriam ter sido decidias, no processo anterior¹⁸⁵.

JOAQUÍN SILGUERO ESTAGNAN ajustado a esta última idéia, nos define preclusão como sendo o ato ou efeito de precluir, a qual, em termos forenses, deve ser tomada como fator impeditivo ao exercício de uma faculdade processual em razão de um anterior trâmite ou processo, devendo ser percebido que "... la preclusión alcanza también a otras cuestiones va decidias, más allá de la pretension que constituye el objeto del litígio ('sententia deffinitiva est quae principales deffinit quaestionem')" 186.

Neste ponto, calha lembrar que no Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 157, vinha disposto que caso o autor omitisse, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só em ação distinta poderia vir a formulá-lo. Essa regra estabelecia, pois, preclusão para o autor relativa às suas pretensões, as quais, acaso não esgotadas, poderiam ser externadas tão somente em posterior processo. Mencionada preclusão, porém, tinha uma incidência bastante restrita, surtindo efeito apenas dentro do próprio processo em trâmite.

Diferentemente, o Código de Processo Civil de 1973, não contempla uma norma como esta e, demonstrando romper com o ordenamento anterior, alude à possibilidade, na mesma hipótese antes considerada, de o autor vir a aditar a inicial, modificando o pedido ou a causa de pedir, conforme se depreende tanto do quanto disposto no art. 264, e seu parágrafo único; bem como, do previsto no art. 294.

A alteração legislativa apontada deixa evidenciado o anseio de se propiciar um maior aproveitamento do processo já em curso, de garantir-lhe efetividade, especialmente interferindo na concretização do direito de ação, coibindo a multiplicação de causas.

¹⁸⁴ Como costuma a maioria da doutrina afirmar. Por todos: BARBOSA, ANTÔNIO ALBERTO ALVES. Da preclusão processual civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 121.

de outro, a obrigação jurisdicional do Estado", extinção que, evidentemente, decorre da preclusão (Curso de Direito Processual Civil. v. III. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1951, p. 60).

¹⁸⁵ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE comenta que "Visando a resguardar a intangibilidade da coisa julgada, demanda posterior, versando situação subjetivamente incompatível, embora objetivamente diversa daquela decidida, não pode ser proposta" (Direito e processo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, s.d., p. 96).

¹⁸⁶ La preclusión de alegaciones en el proceso civil. Navarra: Civitas, 2009, p. 13-14.

Da mesma modificação também resta claro que, conjugadas as regras dos artigos antes indicados, sobressai amparado o princípio da estabilidade do processo¹⁸⁷, e, em razão disso, são impostos limites preclusivos rígidos à utilização pelo autor da faculdade de modificação ou ampliação concebida nos textos em análise, situação a qual permite concluir que: a) livre e irrestrita será a utilização pelo autor desta faculdade até a citação; b) condicionada aos termos da manifestação do réu, após a citação; e, c) vedada, após o saneamento do processo.

Ainda em vista a tratada alteração legislativa, se presume ser intencional a supressão havida referente à ordem anteriormente existente de que novos pedidos somente poderiam ser deduzidos pelo autor em outro processo, logo, indiscutível que o ordenamento passou a não aceitar qualquer falha na dedução, pelo autor, de suas pretensões, criando, justamente para seguir os princípios da inovação perpetrada, oportunidades para que ocorresse emenda da inicial e supressão de aludidas falhas, daí advindo a necessidade de virem a ser estabelecidos marcos preclusivos, os quais circunscrevem o tempo em que a conduta corretiva do autor se pode dar, isto para evitar-se o indevido e indesejável incremento da duração do processo.

Por seu turno, a coisa julgada, apesar de guardar grande afinidade com o instituto da preclusão, dela se distingue, pois, enquanto esta última, isoladamente considerada, precipuamente aplica-se durante todo o curso do processo, estando dirigida a fechar a possibilidade de rediscussão de questões sejam de fato ou de direito, processuais ou substanciais, apenas com o fito de garantir o desenvolvimento do processo e dar segurança de que este não irá regredir com a reabertura de oportunidade para debate de situações já definidas¹⁸⁸, a *res judicata*, apresenta-se – utilizada a terminologia do art. 269, do Código de Processo Civil – ao momento da resolução do processo¹⁸⁹, onde a preclusão tem papel auxiliar, pois, neste marco, como diz

10

¹⁸⁷ Nesse sentido: MACHADO, ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA. *Código de Processo Civil interpretado*. 7ª ed. São Paulo: Manole, 2008, p. 246 e 307.

¹⁸⁸ Cabe advertir que a preclusão, entretanto, não está relacionada apenas ao tempo cronológico (*Kronos*), mas também e, principalmente, ao tempo oportuno (*Kairos*), referindo mais ao momento que é dado no processo para a prática de determinados atos e o seu não aproveitamento, ou à consideração de que por ter sido anteriormente praticado certo ato, não mais será admissível a realização de outro com o mesmo incompatível (ESTAGNAN, JOAQUÍN SILGUERO. *La preclusión de alegaciones en el processo civil*. Navarra: Civitas, 2009, p. 72-73).

¹⁸⁹ Isto tipicamente, porquanto na atualidade existem situações que autorizam a prolação de decisões de mérito antes do aludido termo resolutivo do processo, como no caso da antecipação de tutela com base no § 6°, do art. 273, do Código de Processo Civil. Alguns autores há, inclusive, que entendem ser a decisão concessiva da antecipação da tutela, com base no dispositivo indicado, uma sentença parcial de mérito (ALVIM, EDUARDO ARRUDA. *Antecipação da tutela*. Curitiba: Juruá, reimp. 2008, p. 79-93; DESTEFENNI, MARCOS. *Curso de Processo Civil. Processo de conhecimento e cumprimento de*

GIUSEPPE CHIOVENDA, serve para garantir a intangibilidade do resultado do processo¹⁹⁰.

Além deste aspecto topológico, diferem coisa julgada e preclusão, na medida em que a primeira, de forma independente, projeta-se tanto para dentro como para fora do processo, ao passo que a segunda, em que pese tenha a sua projeção interna sobre atos do processo também de modo independente, tem projeção externa apenas quando se associa à res judicata, quando desta se mostra ser uma eficácia ultra-ativa, tendo com ela, nesta situação, uma relação de dependência 191.

Todavia, nunca se terá pleno êxito ao se pretender divorciar a preclusão e a coisa julgada, porque sempre terão de conviver no processo, e sua inevitável inter-relação transparece clara nas figuras da coisa julgada formal e da coisa julgada material¹⁹².

A coisa julgada formal é, para muitos, a própria preclusão 193, pois, como se sabe, esta se refere a uma sentenca de conteúdo meramente processual¹⁹⁴, em que não se resolveu o mérito da demanda¹⁹⁵. Logo, ainda que aqui tenhamos coisa julgada, esta terá

sentença. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 318-321). LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO reputam que a sobredita decisão é interlocutória, porém, por ser de mérito, se caracteriza pela definitividade e irrevogabilidade (Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008, p. 278-279), embora, tipicamente, seja a tutela antecipada provisória e revogável, assim compreendida com fundamento nos §§ 2º e 4º, do art. 273, do Código de Processo Civil, o que evidencia ser a hipótese em análise uma exceção à regra produto destes dois últimos dispositivos.

191 GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA, como nós, sustenta que a preclusão envolvida na figura da eficácia preclusiva da coisa julgada "... não opera no âmbito interno do processo, mas sim juntamente com a imutabilidade dos efeitos projetados para fora da relação processual, resguardando a auctoritas rei judicatae. Assim, embora não se confunda com a preclusão consumada dentro da relação processual (tal como prevista nos arts. 183, 245, caput, e 473, do CPC), ela pode ser havida como de natureza temporal, no sentido de que, após o momento processual do trânsito em julgado, as partes não poderão mais fazer alegações de direito e de fato, visando à obtenção de provimento jurisdicional que julgue pela procedência ou imporcedência da pretensão" (Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa *julgada*. In *Revista de Processo*, ano 30, nº 130, São Paulo: RT, dez. 2005, p. 50).

192 CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO sobre estas comenta que "Não há dois institutos diferentes ou

autônomos, representados pela coisa julgada formal e pela material. Trata-se de dois aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade, ambos responsáveis pela seguranca nas relações jurídicas; a distinção entre coisa julgada formal e material revela somente que a imutabilidade é uma figura de duas faces, não dois institutos diferentes [sempre Liebman]" (Relativizar a coisa julgada material. In Revista da Escola Paulista da Magistratura, nº 2, vol. 2, jul-dez. 2001, p. 10; Nova era do processo civil. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 221).

¹⁹³ SILVA, OVÍDIO A. BAPTISTA DA. Coisa julgada e efeitos da sentença. Teoria Geral do Processo Civil. 4ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 322.

¹⁹⁴ Como bem o define JOSÉ FREDERICO MARQUES, cuida-se esta de uma sentença terminativa a qual "... pondo fim ao processo sem solucionar a lide, apenas decidem questões relativas aos pressupostos ou impedimentos processuais, ou sobre as condições da ação" (Instituições de Direito Processual Civil. v. II. Campinas: Millennium, 2000, p. 485). No mesmo sentido, LEO ROSENBERG, o qual se refere à sentença processual (Tratado de Derecho Procesal Civil. t. II. Buenos Aires: EJEA, 1955, p. 461).

¹⁹⁵ É certo afirmar, portanto, que a coisa julgada formal está relacionada exclusivamente às sentenças, enquanto a preclusão, de ordinário, está afeta às demais decisões proferidas no processo. Nesse sentido: ARAGÃO, EGAS DIRCEU MONIZ DE. Preclusão (Processo Civil). In Saneamento do processo.

Instituições de Direito Processual Civil. vol. I. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 459.

efeitos apenas intrínsecos ao processo, servindo tão somente para prevenir que outra decisão sobre a questão ou questões processuais nela analisadas possam ser revistas no mesmo processo. De qualquer modo, este último estará extinto, nos termos do art. 267, do Código de Processo Civil.

A coisa julgada material, de outro lado, é a preclusão máxima¹⁹⁶, e pressupõe a preclusão de atos no iter do processo¹⁹⁷, a formação da coisa julgada formal¹⁹⁸, e, ainda, a existência de uma sentença de mérito, ou seja, que tenha resolvido o processo, e, assim, some todos os elementos para se tornar definitiva, intangível¹⁹⁹, imutável²⁰⁰.

Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989,

p. 159). ¹⁹⁶ É comum que se use o termo preclusão máxima relacionando-o tanto com a coisa julgada material, quanto com a coisa julgada formal, como, v.g., o fazem JOSÉ FREDERICO MARQUES (Instituições de Direito Processual Civil. v. II. Campinas: Millennium, 2000, p. 350); e GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO (Curso de Direito Processual Civil. v. III. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1951, p. 54). Porém, para nós, não se pode utilizar este qualificativo para a coisa julgada formal, pois, como afirmamos no texto, esta se confunde com a própria preclusão, na medida em que se forma, como aquela, sobre decisão que teve por objeto questão processual ou mesmo substancial, mas, que não abordou o mérito da causa, e cuja eficácia se restringe ao âmbito do processo. Assim, reservamos a denominação preclusão máxima apenas para referir à coisa julgada material, porquanto esta, além da preclusão ordinária, encerra outra pertinente ao mérito da demanda, o que, justamente, vai acarretar na indiscutibilidade do resultado do processo, para ENRICO TULLIO LIEBMAN, na imutabilidade do comando emergente da sentença, o que se dá tanto para o próprio processo em que proferida, como para qualquer outro posterior (Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 51). Nossa concepção, ao que parece, encontra amparo em EDUARDO J. COUTURE, pois este, apesar de inicialmente referir à preclusão máxima para tratar tanto da coisa julgada formal, como da material, acaba por admitir estar especialmente mais próximo desta última o significado da maxima preclusio (Fundamentos o Direito Processual Civil. Campinas: RED, 1999, p. 133 e 347). Ainda JOAQUÍN SILGUERO ESTAGNAN, em uma outra perspectiva e apoiado em concepção de FRANCESCO CARNELUTTI, entende "... más correcto distinguir simplesmente entre cosa juzgada y preclusión", abandonando-se a terminologia coisa julgada formal, por estar absorvida pelo termo preclusão, e se deixando de qualificar a coisa julgada como material, pois tal passaria a ser desnecessário (La preclusión de alegaciones en el processo civil. Navarra: Civitas, 2009, p. 91). Nesta última linha CELSO AGRÍCOLA BARBI, endossando opinião de LOPES DA COSTA, conclui que pode ser muito bem substituído o conceito de coisa julgada formal pelo de preclusão (Da preclusão no processo civil. In Revista Forense, and 52, v. 158, Rio de Janeiro: Forense, mar.-abr. 1955, p. 63),

¹⁹⁷ BARBOSA, ANTÔNIO ALBERTO ALVES. Da preclusão processual civil. 2ª ed. São Paulo: RT,

Como o afirmam GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO (Curso de Direito Processual Civil. v. III. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1951, p. 53); LUIZ MACHADO GUIMARÃES (Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro - São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 12-13); e LEO ROSENBERG (Tratado de Derecho Procesal Civil. t. II. Buenos Aires: EJEA, 1955, p. 442).

¹⁹⁹ J. RAMIRO PODETTI, abordando a importância da coisa julgada para atender tanto aos interesses privados das partes como ao interesse público, se expressa no sentido de que "... a los litigantes (al vencedor en cada caso), interesa la indiscutibilidad de la sentencia que estimó la demanda o la destimó, estimando el responde, pero tiene también, como aquél, una finalidad pública, que se desdobla en dos aspectos: la economia de esfuerzo jurisdiccional al evitar la repetición de la misma controvérsia y la paz social, al estabelecer la indiscutibilidad de la cosa jusgada, es dicir, la fijeza de la interpretación judicial de la ley en el caso concreto" (Teoria y tecnica del Proceso Civil. Buenos Aires: EDIAR, 1963, p. 255).

A respeito disso JOSÉ CARLOS BABOSA MOREIRA diz não ser aceitável a possibilidade de a imutabilidade e incontrovertibilidade projetarem-se sobre os efeitos da sentença. O conteúdo da sentença revela a formulação realizada pelo juiz que resulta na norma jurídica concreta a ser observada para resolução da lide, sendo que é exatamente esta norma concreta que se torna incontrastável, não os efeitos

Sobretudo, a coisa julgada material tem eficácia extrínseca ao processo²⁰¹, e, em virtude disso, acaba por impedir, uma vez recoberta pela autoridade daquela, seja a sentença modificada ou desconstituída em subsequente processo²⁰², venham as partes pretender reabrir debate sobre as questões de mérito solucionadas no processo precedente²⁰³, tendo-se aqui dois dos mais relevantes aspectos da eficácia preclusiva da *res judicata*²⁰⁴.

da sentença, estes que não podem ser considerados imutáveis. "Essa norma jurídica concreta, enquanto referida àquela situação, sem dúvida se destina, desde que a sentença passe em julgado, a perdurar indefinidamente, excluídas a possibilidade de vir a emitir-se outra forma concreta e a relevância jurídica de qualquer eventual contestação ou dúvida...". Segue criticando a doutrina de ENRICO TULLIO LIEBMAN, e afirma não traduzir a realidade ter-se a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos sentenciais, ou mesmo da própria sentença. Na verdade, melhor é tomar-se a coisa julgada como uma situação jurídica superveniente, esta gerada pelo passar em julgado da sentença, marco após o qual tal decisão adquire estabilidade quanto ao seu comando. Esta nova situação jurídica exprime o que se tem por autoridade da coisa julgada (Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In Revista de Processo, ano 9, nº 34, São Paulo: RT, abr.-jun. 1984, p. 273-285; Temas de Direito Processual. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 252). A mesma opinião expressa ARAKEN DE ASSIS (Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20%de%Assis%20-%20formatado.pdf. Acessado em 10 de janeiro de 2010). Seguem na linha liebmaniana JOSÉ FREDERICO MARQUES (Instituições de Direito Processual Civil. v. V. Campinas: Millennium, 2000, p. 343); JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE para quem a imutabilidade é não só do comando da sentença, como dos seus efeitos, estes que se tornam indiscutíveis no plano substancial (Direito e processo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, s.d., p. 97-99); ARNALDO RIZZARDO, o qual também sustenta ser a imutabilidade tanto da sentença como de seus efeitos (Limitações do trânsito em julgado e desconstituição da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 55); e VICENTE GRECO FILHO, este afirmando que a imutabilidade da sentença e de seus efeitos decorre da situação objetiva de terem-se esgotado os recursos cabíveis, e a superveniência da coisa julgada material (Direito Processual Civil brasileiro. v. 2. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 274 e 276). OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, fica, de certa forma, a meio termo das teorias aqui apresentadas, pois concorda que a coisa julgada seja uma qualidade da sentença, mas, dos efeitos desta, apenas o declaratório fica recoberto pela res judicata (Coisa julgada e efeitos da sentença. Teoria Geral do Processo Civil. 4ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 327).

OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO ALVARO DE. Coisa julgada. Respeito que merece (Parecer). In Revista de Processo, ano 31, nº 142, São Paulo: RT, dez. 2006, p. 239-250; GUIMARÃES, LUIZ MACHADO. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 16.
 Porém, recorde-se, como já tivemos oportunidade de apontar, que encontra em nosso sistema esta

²⁰² Porém, recorde-se, como já tivemos oportunidade de apontar, que encontra em nosso sistema esta regra exceção na ação rescisória, em hipóteses específicas, tratadas no art. 485, do Código de Processo Civil (NUNES, JOÃO BATISTA AMORIM DE VILHENA. *Ação rescisória: cabimento*. In *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, Ano 5, nº 2, São Paulo: Imprensa Oficial, jul.-dez 2004, p. 163-164).

Muito precisa é a observação de JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA ao referir que na imutabilidade da sentença temos a vedação da propositura de "... uma ação idêntica a outra já decidida por sentença revestida da autoridade da coisa julgada" – alcance negativo da coisa julgada –, enquanto na sua indiscutibilidade a necessidade de ser respeitada, em qualquer outro processo, a decisão de uma questão levantada no primeiro processo, mas que tenha influência na resolução de outro subsequente, entre as mesmas partes – alcance positivo da coisa julgada. "O juiz do segundo processo fica obrigado a tomar como premissa de sua decisão a conclusão a que se chegou no processo anterior" (*Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 11-12 e 66-67). No mesmo sentido: MELLADO, JOSÉ MARIA ASENCIO. *Derecho Procesal Civil. Parte Primera.* 3ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 296.

²⁰⁴ Cabe deixar anotado que não se deve confundir eficácia sentencial com eficácia da coisa julgada, sendo suficiente sublinhar que enquanto aquela independe do trânsito em julgado, para esta última é conditio sine qua non. Nesse sentido: TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada. São Paulo: RT, 2006, p. 167-168; LIEBMAN, ENRICO TULLIO. (Efeitos da sentença e coisa julgada. In Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 277 e 287-289).

Oportuno registrar que a coisa julgada traz para as relações jurídicas a desejada e imprescindível estabilidade, representando a chave para o portal da segurança jurídica, e que deve, por esta razão, ser conservada para permitir se tenha efetivo acesso àquela segurança²⁰⁵, esta última sem a qual não se pode falar em justiça²⁰⁶.

Afinado com esta idéia está ENRICO TULLIO LIEBMAN, o qual põe em relevo que a justiça da decisão recoberta pela autoridade da *res judicata* não pode ser questionada, pois tal questionamento seria "inoperante", ou mesmo, "impossível"²⁰⁷, o que evidencia que não merece investigação a coisa julgada para saber-se de sua

²⁰⁵ Comentando o resultado de julgamentos da 2ª Câmara Civil da *Cour de Cassation* francesa, M. JEAN-PIERRE DINTILHAC, presidente daquele órgão fracionário, revela que em nome da segurança, da paz jurídica e social, não se tem admitido o ingresso de novas ações com base em novas provas descobertas após os julgamentos definitivos, mesmo que desconhecidas aquelas pela parte que das mesmas agora pretenderia se valer para demonstrar a sua razão. Diz o aludido magistrado que: "*Ce refus d'admettre une nouvelle action en cas de découverte de nouveaux éléments de preuve, au nom de la sécurité juridique, de la paix sociale et pour prévenir la saturation de l'institution judiciaire déjà passablement encombrée, illustre combien cette 'vérité de la chose jugée' est une vérité bien particulière qui tient non à une certitude quant au caractère véridique des éléments sur lesquels repose la décision, mais à la volonté de mettre un terme à la contestation et au refus d'ouvrir à nouveau des débats à partir d'éléments qui existaient lors de l'examen qui précédait la décision, alors même que l'une des parties n'en aurait pas eu connaissance" (La verité de la chose jugée. Disponível em : http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_etudes_documents_176/etudes_theme_verite_178/jugee_m._6392.html?_Imp=1. Acessado aos 15 de janeiro de 2010).*

²⁰⁶ Caso quiséssemos sempre perseguir a verdade os processos não teriam fim e, certamente, bastaria a revelia do réu para não se conseguir apurar a verdade, pois se a coisa julgada não puder continuar a ter a natureza de presunção de verdade - esta da tradicional concepção de POTHIER -, sem contraditório, fica totalmente prejudicada a possibilidade de se atingir a verdade. Teremos nessa situação, quando muito, certeza de que, concedida oportunidade para o contraditório, este não se desenvolveu por desinteresse do requerido, e, assim, coincida ou não o quanto alegado pelo autor com a verdade, inexistindo qualquer elemento nos autos que pudesse contradizer o quanto sustentado na inicial, restaria para o juiz apenas tomar como verdadeiros os fatos aduzidos pelo requerente, na forma do art. 319, do Código de Processo Civil, e julgar procedente o pedido. Claro está que, vindo depois o réu e se dizendo injustiçado, não poderá se admitir que demonstre a razão de sua tardia impugnação, do contrário, a segurança dos julgamentos estaria absolutamente comprometida. Externa, EDUARDO J. COUTURE, a mesma opinião, discorrendo que "Se o réu confessa uma obrigação que não existe, ou o autor não prova uma que existe, o juiz não pode, por iniciativa própria, ir em busca do verdadeiro direito substantivo para a êle ajustar a sua sentença. O seu dever é julgar e decidir por motivos processuais derivados do ônus da prova, ainda que em seu fôro íntimo tenha a convicção de que a sua sentenca não é a verdadeira expressão do direito substantivo" (Fundamentos o Direito Processual Civil. Campinas: RED, 1999, p. 338). ADROALDO FURTADO FABRÍCIO anota que "... a 'justica' da decisão não é pressuposto nem condição da firmeza da coisa julgada" (A coisa julgada nas ações de alimentos. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(2)%20formatado.pdf Acessado em 10 de janeiro de 2010).

²⁰⁷ Ainda sobre a sentença e sobre a cisa julgada. In Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 175-177. VICENTE GRECO FILHO anota que "Não mais se poderá discutir, mesmo que em outro processo, a justiça ou injustiça da decisão, porque é preferível uma decisão eventualmente injusta do que a perpetuação dos litígios" (*Direito Processual Civil brasileiro*. v. 2. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 275), pensamento que coincide como de LEO ROSENBERG (*Tratado de Derecho Procesal Civil*. t. II. Buenos Aires: EJEA, 1955, p. 449). JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA prestigia a opção feita pelo sistema de impedir torne a ser posto à análise judicial o dilema do "justo ou injusto", seja desafiado o conteúdo da sentença após a formação da coisa julgada, concluindo que, se em alguns casos isto possa conduzir a uma eternização de injustiça, "... este é o preço que o ordenamento entendeu razoável pagar como contrapartida da preservação de outros valores" (*Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 247).

conformidade com o direito após terem sido ultrapassados todos os momentos processuais eventualmente garantidos para que não viesse a se formar com o conteúdo com o qual se formou,— vencidos, pois, todos os prazos recursais —, ou em que se pudesse pleitear a sua desconstituição — com a interposição, no nosso sistema, da ação rescisória²⁰⁸.

Para concluir, cabe trazer à baila o ensinamento de CELSO NEVES, este no sentido de que o fundamento da coisa julgada é eminentemente pragmático²⁰⁹, ou seja, encontra sua justificativa na própria realidade, na necessidade objetiva de ser atingido com o julgamento do processo um ponto do qual não há retorno²¹⁰, uma resposta que, depois de certo termo, não comporta réplica, não pelo desprezo ao contraditório, por desapego à verdade, ou aberto descompromisso com a realização de justiça, muito ao contrário, para evitar o prolongamento indevido e improfícuo do processo em outros tantos que se reabririam para reanálise do quanto já analisado precedentemente, para reconhecer que, de fato, da verdade, no processo, normalmente se fica distante, nem mesmo daquela "formal" muito perto se consegue chegar, restando para resolver o litígio a suficiência da certeza do quanto as partes trouxeram ao processo para informar o julgador e convencê-lo de suas razões²¹¹, acervo este de dados que será levado em consideração para a emissão da decisão definitiva de mérito do processo, com o auspicioso prognóstico de que com esta lançada será feita justiça.

Porém, mesmo se tendo consciência de que a justiça é um bem que deve ser conservado a todo custo, por não haver dela uma clara definição, estará impedida a aferição de ter sido, realmente, alcançada, situação que se agrava e se mostra insolúvel, por inexistir régua para se verificar ser a sentença justa ou injusta.

_

Externando igual opinião, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA pontifica que, uma vez configurada a coisa julgada material, não mais será viável indagar a respeito de situação anterior, a não ser em virtude de disposição de lei que viesse autorizar tal investida. "Não porque a *res iudicata* tenha a virtude mágica de transformar o falso em verdadeiro (ou, conforme diziam textos antigos em termos pitorescos, de fazer o quadrado redondo, ou do branco preto), mas simplesmente porque ela torna juridicamente irrelevante – sempre com a ressalva acima – a indagação sobre falso e verdadeiro, quadrado e redondo, branco e preto" (*Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 242-243). No mesmo sentido, quanto à rescisória como via excepcional para ataque da coisa julgada material: GARCIA, GUSTAVO FILIPE BARBOSA. *Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada*. In *Revista de Processo*, ano 30, nº 130, São Paulo: RT, dez. 2005, p. 50.

²¹⁰ JOSÉ FREDERICO MARQUES destaca ser a coisa julgada uma exigência de ordem pública, um imperativo político centrado no desejo de que as relações jurídicas tenham estabilidade (*Instituições de Direito Processual Civil.* v. V. Campinas: Millennium, 2000, p. 345).

THEREZA ALVIM relata existir certa tendência na doutrina e dos aplicadores do direito em trilhar na busca da "... verdade real, se bem que os julgamentos se devem fundar no constante dos autos" (*Repensando a coisa julgada*. In *Revista Autônoma de Processo*, nº 2, Curitiba: Juruá, jan.-mar. 2007, p. 310).

A sentença perfeita jamais existirá, pelo simples fato de que não há inicial ou contestação perfeitas, e disso resulta cristalino não ser admissível refutar-se a imperatividade da coisa julgada apenas por ter se formado sobre uma base supostamente imperfeita, pois, seja este mesmo o motivo de não se acatar a autoridade da *res judicata*, como o gene da imperfeição está em todas as peças processuais, o produto gerado pelo ataque à imutabilidade e indiscutibilidade da sentença será a extinção daquele imprescindível instituto, o que levaria consigo toda a esperança de ter-se uma solução final para cada litígio, sepultar-se-ia a segurança jurídica pelo apego ao hipotético, ao irrealizável.

3. Legislação estrangeira

3.1. Considerações introdutórias

Para os propósitos deste trabalho, foi feita uma busca geral nos sistemas processuais da *common law* e da *civil law*, no intuito de localizar as regras que dizem respeito ao tratamento dado em tais sistemas à questão da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Resultado disso foi obter a certeza de que, nos sistemas referidos, na grande maioria dos ordenamentos que os compõem, as regras encontradas guardam grande semelhança, ou mesmo identidade, com as de nosso Código de Processo Civil.

Porém, a mesma pesquisa confirmatória da tendência preponderante em ver restringidos os limites objetivos da coisa julgada²¹², resultou também na apuração de que este panorama pode se alterar, em especial pela importante influência exercida por profunda alteração ocorrida no ordenamento processual civil espanhol pertinente à eficácia preclusiva da *res judicata*, ordenamento aquele o qual já trabalha, desde 2002, com regra que rompe com o tratamento usualmente dado, à matéria deste trabalho, tanto na jurisprudência como na doutrina dos mais variados países, tal como teremos oportunidade de verificar.

Apurou-se, igualmente, o início de uma reversão na jurisprudência francesa, conduzida pela *Cour de Cassation*, a qual tem se mostrado simpática à idéia de que, ao

O que, na verdade, apenas confirma o quanto já havia sido igualmente observado por WALTER J. HABSCHEID (*Introduzione al Diritto Processuale Civile comparato*. Rimini: Maggioli, 1985, p. 177).

contrário do que se pensa, podem ser mais alargados os efeitos preclusivos da coisa julgada.

Merece ficar destacado que o legislador espanhol, e os magistrados da Cour de Cassation, empreenderam mudanças radicais, o primeiro por inserção da regra acima mencionada no âmbito da última das reformas processuais sofridas pela Ley de enjuiciamiento civil; os segundos pela abordagem peculiar que fizeram da questão a eles submetida em determinado caso concreto, não se retraindo diante da polêmica natural que sua decisão poderia provocar.

Posto isso, inegável que as comentadas regra de direito e interpretação jurisprudencial, representam uma saudável e elogiosa ousadia, e estão ambas, de fato, a nos apontar outros caminhos a serem trilhados, forçando-nos a refletir sobre algumas posições dogmáticas existentes sobre o tema de nosso estudo, desafiando-nos a questionar estas tradicionais conclusões e assertivas, tudo no sentido de tentar obter o exato entendimento do alcance da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Pelos caminhos acima mencionados agora seguiremos.

3.2. Eficácia preclusiva da coisa julgada no sistema da common law

No sistema da common law, estudamos os ordenamentos processuais do Canadá²¹³ e dos Estados Unidos.

Nestes, de ordinário, não há Direito codificado, com raras exceções²¹⁴, porém existe a prática da edição de regulamentos (na forma de statutes) que tratam do processo

²¹³ Deve ser lembrado que no referido país há províncias como a de Québec, em que o Direito aplicado é algo peculiar, que se poderia identificar, certamente, como híbrido, produto da conjunção lá feita entre civil e common law; e outras, como a de Ontário, em que a tradição é da aplicação das regras da common law bem ao modelo inglês a estas legado. Porém, constata-se que a jurisprudência de ambas as províncias mencionadas tem um peso característico ao sistema da common law, sendo que por esta razão se pode afirmar que os julgamentos das instâncias superiores influenciam sobremaneira, ou mesmo determinam, os pronunciamentos das instâncias inferiores, sendo indubitável que prevalece na prática da jurisdição daquelas províncias, e do restante do Canadá, a doutrina da stare decisis ou doctrine of precedent, a qual permite que o resultado de um determinado julgamento possa ter um reflexo genérico muito acentuado, portanto não apenas para as partes do processo em que proferida tal decisão, porém sendo capaz de orientar inúmeros outros julgamentos em processos futuros que envolvam a mesma questão de direito. Sobre a stare decisis definem ROBERT C. CASAD e KEVIN M. CLERMONT que "Basically stare decisis means that the court will stand by its decisions and those of a higher court in a given judicial hierarchy. 'Standing by a decision' means deciding a particular question of law the same way in each case that presents the question and, moreover, deciding so without serious reconsideration. Satare decisis et non quieta movere, or let the decision stand and do not disturb things have been settled" (Res judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 13). Percebe-se, portanto, que a res judicata tem grande relevância dentro do sistema da common law, pois é a base para que se tenha a *stare decisis*.

e dos procedimentos a serem adotados nas ações judiciais, contemplando alguns destes, inclusive, considerações referentes à coisa julgada, seus efeitos, e as hipóteses em que pode ou não ser invocada.

Também, é de ser ressaltado que a doutrina e jurisprudência daqueles países identificam a *res judicata* como doutrina clássica dentro do sistema da *common law*, a qual envolve em sua aplicação a combinação de uma série de princípios, modelos, regras e exceções, tudo a torná-la objeto de constantes debates e considerações, mantendo-a entre as controvertidas e incertas matérias do Direito Processual²¹⁵.

Aliás, a *res judicata*, consoante o tratamento que recebe dos juristas da *common law*, consiste em gênero maior, em que estão inseridas, em uma abordagem que se tornou habitual, a *direct estoppel* e a *collateral estoppel*²¹⁶.

A *direct estoppel* é a eficácia emanada da primeira decisão proferida em certo processo e que, após seu trânsito em julgado, impede sejam em outra demanda, com o mesmo objeto da precedente (*same claim*), rediscutidas questões apresentadas no primeiro processo, e já nele analisadas e julgadas²¹⁷.

A *collateral estoppel*, por seu turno, é a eficácia que pode ter a decisão transitada em julgado com relação a outra a ser proferida em processo subsequente, porém, apenas quando o objeto das demandas for diverso (*different claim*)²¹⁸.

²¹⁵ CASAD, ROBERT C.; CLERMONT, KEVIN M. Res judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 5-6; e SHAPIRO, DAVID L. Civil procedure. Preclusion in civil actions. New York: Foundation Press, 2001, p. 10-11.

2 1

²¹⁴ Entre as exceções está Québec, província do Canadá, que dispõe de direito codificado há muito tempo, tendo sido o atual Código de Processo Civil, após processo de reforma iniciado em junho 1998, promulgado em junho de 2002, sendo que este aborda o tema da coisa julgada (*res judicata*) nos art. 165, 814.13., 817.4., 985, 1.030 e 1.038, destacando-se entre estes o art. 985, segundo o qual; "*The judgment cannot be invoked in an action based on the same cause and instituted before another court; the court, on its own initiative or at the request of a party, must dismiss any action or proof based on the judgment"*. No Estados Unidos, encontramos, v.g., o Estado da Louisiana, onde também está em vigência Código de Processo Civil, que especificamente cuida da eficácia preclusiva dos julgados em seu art. 425, e está assim redigido: "*Preclusion by judgment. A. A party shall assert all causes of action arising out of the transaction or occurrence that is the subject matter of the litigation. B. omissis"*.

Preclusion in civil actions. New York: Foundation Press, 2001, p. 10-11.

216 MANCUSO, RODOLFO DE CAMARGO. Coisa julgada, "collateral stoppel" e eficácia preclusiva "secundum eventum litis". In Revista dos Tribunais, v. 608, ano 75, São Paulo: RT, jun. 1986, p. 29. Acresça-se que, tanto enquanto res judicata, quanto na roupagem específica da direct estoppel ou da collateral estoppel, em algumas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos [v.g., in Rivet v. Regions Bank of LA. (nº 96-1971), 522 U.S. 470 (1998); Kern Oil & Ref. Co. v. Tenneco Oil Co., 840 F.2d 730, 35 (9th Cir.), cert. dinied, 488 U.S. 948 (1988)], são reputadas defesas imperativas (affirmative defenses), quer dizer, devem estas ser arguidas por quem pretenda ver-se favorecido pelo seu reconhecimento e, desta maneira, dos efeitos de ordem preclusiva de tais defesas tipicamente decorrentes.

²¹⁷ CASAD, ROBERT C.; CLERMONT, KEVIN M. Res judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 10; e SHAPIRO, DAVID L. Civil procedure. Preclusion in civil actions. New York: Foundation Press, 2001, p. 11.

²¹⁸ CASAD, ROBERT C.; CLERMONT, KEVIN M. Res judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 10; e SHAPIRO, DAVID L. Civil procedure. Preclusion in civil actions. New York: Foundation Press, 2001, p. 11.

Porém, segundo a doutrina mais recente²¹⁹, as designações antes referidas estão sendo paulatinamente substituídas, pela influência exercida por parte do *American Law Institute*²²⁰, pela autoridade de Alan Vestal, jurista o qual as teria cunhado²²¹, e do teor de alguns julgados²²², sendo agora muito comum verificar-se, quando em estudo o instituto da *res judicata*, estar disseminado o uso das expressões *claim preclusion* e *issue preclusion*, em um movimento de abandono daquelas antecedentemente empregadas em vários textos jurídicos²²³.

Pela *claim preclusion*²²⁴, verificado o julgamento do pedido deduzido pelo autor, dá-se a impossibilidade de conhecimento de quaisquer matérias, tanto das que tenham sido objeto de discussão no primeiro processo, como daquelas que deveriam ter sido naquele debatidas, considerando-se o julgamento realizado como definitivo e integral quanto às questões e alegações pertinentes ao objeto litigioso²²⁵, acarretando na extinção do processo²²⁶.

2

²¹⁹ CASAD, ROBERT C.; CLERMONT, KEVIN M. *Res judicata*. *A handbook on its theory, doctrine, and practice*. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 10; e SHAPIRO, DAVID L. *Civil procedure*. *Preclusion in civil actions*. New York: Foundation Press, 2001, p. 10-11

Preclusion in civil actions. New York: Foundation Press, 2001, p. 10-11.

220 PORTO, GILBERTO SÉRGIO. Coisa julgada civil. 3ª ed. São Paulo: RT, p. 47.

²²¹ SHAPIRO, DAVID L. *Civil procedure. Preclusion in civil actions*. New York: Foundation Press, 2001, p. 10.

²²² Como se pode conferir, v.g., em Baker v. General Motors Corp. (n° 96-653), 522 U.S. 222, 233 & n° 5 (1998), acórdão este da Suprema Corte dos Estados Unidos. Vale reproduzir nota constante desta decisão que bem ilustra o que afirmamos no texto, in verbis: "'Res judicata' is the term traditionally used to describe two discrete effects: (1) what we now call claim preclusion (a valid final adjudication of a claim precludes a second action on that claim or any part of it), see Restatement (Second) of Judgments §§ 17-19 (1982); and (2) issue preclusion, long called 'collateral estoppel' (an issue of fact or law, actually litigated and resolved by a valid final judgment, binds the parties in a subsequent action, whether on the same or a different claim), see id., § 27. On use of the plain English terms claim and issue preclusion in lieu of res judicata and collateral estoppel, see Migra v. warren City Scholl Dist. Bd. of Ed., 465 U.S. 75, 77, n° 1 (1984)".

²²³ Contudo, verificada a jurisprudência das várias cortes do Canadá, é possível ainda perceber haver uma preferência de uso dos termos *res judicata*, *case of action estoppel* e *issue estoppel*, como se pode constatar, *v.g.*, nas seguintes decisões: da Suprema Corte do Canadá in *Danyluk v. Ainsworth Tecnologies* (2001) S.C.J. nº 46; da Suprema Corte da Columbia Britânica in *Saanich (District) v. MacNutt Enterprises Ltd.* (1997) B.C.J. nº 2122; e, ainda, do *Professions Tribunal* da Província de Québec in *Feldman c. Avocats (Ordre professionnel des)* [2009], QCTP 103 (CanLII).

Aparentemente a *claim preclusion* é tomada como figura que bem próxima está do conceito genérico de *res judicata*, tanto que para o reconhecimento desta última, justamente, é exigência que se tenha identidade de partes, de pedido e de causa de pedir. Assim já foi estabelecido, inclusive, em acórdão da Corte de Apelação da Província de Québec in *Olivia c. Caísse Populaire Ville Émard* (1993), CanLII 3462 (QC C.A.), nº 500-09-000944-926.

^{3462 (}QC C.A.), nº 500-09-000944-926.

225 Porém, como alerta DAVID L. SHAPIRO "... except on appeal or other direct review..." (Civil procedure. Preclusion in civil actions. New York: Foundation Press, 2001, p. 32).

procedure. Preclusion in civil actions. New York: Foundation Press, 2001, p. 32).

Poder-se-ia pensar que o julgamento no texto mencionado, de início, seria apenas aquele com resolução de mérito, contemplado nas hipóteses art. 269, do Código de Processo Civil. A claim preclsuion, portanto, seria uma figura processual equivalente à nossa coisa julgada material. Nesse sentido: PORTO, GILBERTO SÉRGIO. Coisa julgada civil. 3ª ed. São Paulo: RT, p. 48, nota nº 22. Contudo, ao que nos parece, a claim preclusion é mais ampla e, em algumas situações, pode mesmo vir a se referir a sentenças meramente processuais, sem qualquer análise de mérito. Logo, compreenderia, também, no quanto fosse possível e assemelhado, as hipóteses do art. 267, do Código de Processo Civil,

Diz-se, ainda, que da *claim preclusion* se pode extrair, conforme o resultado do processo, dois efeitos, sendo estes de *merger* e de *bar*²²⁷.

O efeito de *merger* ocorre na situação em que a *claim* é acolhida no julgamento, logo, dá-se tão somente para os casos de procedência do pedido, e o demandante, limitado pela claim preclusion, não poderá ajuizar uma nova ação, visando com isso procurar obter um resultado melhor do que aquele por ele já obtido no primeiro processo.

O efeito de bar, decorrente do não acolhimento da claim no julgamento, leva a ter-se a claim preclusion como um obstáculo, um fator impeditivo dirigido ao autor, do qual é retirada a faculdade de submeter a uma nova apreciação judicial idêntica claim em anterior processo já debatida, analisada e julgada improcedente²²⁸.

Como advertem ROBERT C. CASAD e KEVIN M. CLERMONT "A judgement does not have the effect of merger or bar unless it is final... The law wants the rendering court to have uttered its last word on the claim", ²²⁹. Dessa forma, conclui-se que em todos os casos é imprescindível que o julgamento tenha sido proferido pelo órgão competente, seja considerado válido, e apresente caráter de definitivo, posto inexistir possibilidade de que venha, no mesmo processo, a ser alterado²³⁰.

que conduzem à extinção do processo, sem julgamento do mérito, quando teríamos, então, não coisa julgada material, porém, coisa julgada formal. Esta conclusão está baseada na observação de que para a aplicação da claim preclusion não exige que o julgamento sempre seja "on the merits" (cf. SHAPIRO, DAVID L. Civil procedure. Preclusion in civil actions. New York: Foundation Press, 2001, p. 48; CASAD, ROBERT C.; CLERMONT, KEVIN M. Res judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 85-99), aplicando-se tal preclusão "... as well to judgments by default or dismissal as to judgments rendered after a full trail? (CASAD, ROBERT C.; CLERMONT, KEVIN M. Res judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 82).

²²⁷ Divisão esta dada por ROBERT C. CASAD e KEVIN M. CLERMONT (Res judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 61 e 83-85). Oportuno observar que "... the preclusion doctrine itself, ... does support the imposition of the rules of merger and bar with respect to very claim that was the subject of the initial action" (SHAPIRO, DAVID L. Civil procedure. Preclusion in civil actions. New York: Foundation Press, 2001, p. 33-34).

228 Aqui temos bem amparada a idéia de que ninguém deve ser acionado mais de uma vez com base nas

mesmas causas, nos mesmos fatos (vexed in the same cause), provocado a um novo debate sobre questões pertinentes a estes, quando, anteriormente, tais já foram objeto de análise e julgamento em anterior processo. Nesse sentido: acórdão da Suprema Corte da Nova Escócia in Campbell v. Nova Scotia (Community Services) [2009], NSSC 176 (CanLII), Docket Hfx nº 272059.

Res judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press,

2001, p. 51.

²³⁰ Relevante destacar que, como já deliberado em decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos (Kircher v. Putnam Funds Trust – nº 05-409), na hipótese de a decisão final não ser passível de revisão, fica prejudicada a incidência da issue preclusion, pois para esta é pressuposto que tenha a questão sido realmente "... litigated and determined by a valid and final judgment, relitigation of the issue in a subsequent action between the parties is not precluded when the party against whom preclusion is sought could not, as a matter of law, have obtained review of the judgment in the inicial action".

A seu turno a *issue preclusion*, que equivale e em tudo substitui as figuras da *direct estoppel* e da *collateral estoppel*²³¹, é uma modalidade de preclusão subsidiária²³², assim podendo ser afirmado, na medida em que apenas será passível de ser aplicada quando antes já não tenha sido reconhecida a *claim preclusion*.

Especificamente, destina-se a ser uma barreira contra a dedução repetida de questões em diversas e subsequentes ações²³³, marcadamente para prevenir litígios que tenham por fundamento questões essenciais já debatidas em demanda anterior²³⁴.

Para que se viabilize a ideal aplicação da *issue preclusion*, indispensável é saber se a parte contra a qual ela é invocada teve a ampla e justa oportunidade para aduzir e discutir a questão ou questões, de fato ou de direito, que esteja, agora, pretendendo ver analisadas e julgadas em subsequente processo. Desta maneira, não será admissível a incidência da *issue preclusion* quando a questão ou questões, de fato ou de direito²³⁵, não foram, efetivamente, debatidas no processo precedente²³⁶, nem foram tomadas como necessárias ou essenciais²³⁷ para fundamentar o julgamento da primeira ação²³⁸.

A propósito, DAVID L. SHAPIRO explicita que a decisão sobre determinada questão essencial²³⁹ para o julgamento do primeiro processo, em virtude desta

²³¹ No que concordam ROBERT C. CASAD, KEVIN M. CLERMONT (*Res judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice.* Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 10-11 e 113), e DAVID L. SHAPIRO (*Civil procedure. Preclusion in civil actions.* New York: Foundation Press, 2001, p. 11 e 46, nota n° 26).

²³² PORTO, GILBERTO SÉRGIO. *Coisa julgada civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, p. 48. Nesse sentido: CASAD, ROBERT C.; CLERMONT, KEVIN M. *Res judicata*. *A handbook on its theory, doctrine, and practice*. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 113.

²³³ Em julgado da Corte Suprema do Canadá ficou assentado que "... *any right, question, or fact distinctly*"

²³³ Em julgado da Corte Suprema do Canadá ficou assentado que "... any right, question, or fact distinctly put in issue and directly determined by a court of competent jurisdiction as a ground of recovery, or as an answer to a claim set up, cannot be re-tried in a subsequent suit between the same parties or their privies, though for a different cause of action" (Angle v. Minister of National Revenue, [1975] 2 S.C.R. 248).
²³⁴ CASAD, ROBERT C.; CLERMONT, KEVIN M. Res judicata. A handbook on its theory, doctrine,

²³⁴ CASAD, ROBERT C.; CLERMONT, KEVIN M. *Res judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice.* Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 113; SHAPIRO, DAVID. L. *Civil procedure. Preclusion in civil actions.* New York: Foundation Press, 2001, p. 48-50.

²³⁵ SHAPIRO, DAVID. L. *Civil procedure. Preclusion in civil actions*. New York: Foundation Press, 2001, p. 53.

²³⁶ Admitindo a pertinência da *issue preclusion* em questão que envolvia partes de uma *class action*: Suprema Corte dos Estados Unidos (nº 94-1809), 516 U.S. 367 (1996).

Questões que não se qualifiquem como essenciais não estão sujeitas aos efeitos preclusivos da *issue preclusion* (CASAD, ROBERT C.; CLERMONT, KEVIN M. *Res judicata*. *A handbook on its theory, doctrine, and practice*. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 127).

²³⁸ Nesse sentido: Suprema Corte dos Estados Unidos (nº 92-7549), 510 U.S. 222 (1994).

²³⁹ Destaca a importância deste pressuposto de aplicação da *issue preclusion* (a ela se reportando como *issue estoppel*) julgamento da *Court of Queen's Bench of Alberta*, do qual consta que "The majority of the Supreme Court of Canada held that 'the determination on witch it is sought to found estopped must be so fundamental to the substantive decision that the latter cannot stand without the former" (Escobar v. Yacey [1998], A.B.Q.B. 599 (CanLII), n° 9603 05085).

qualificação, deve ser obrigatoriamente respeitada no segundo processo²⁴⁰, sendo este o efeito próprio decorrente da regra da *issue preclusion*²⁴¹, efeito, entretanto que, conforme ROBERT C. CASAD e KEVIN M. CLERMONT "... *the parties to be bound and benefited must have submitted the issue for decision, and the adjudicator must have decided the issue*".

É possível, com base nestas ponderações, elencar-se algumas situações autorizadoras da incidência da *issue preclusion*, a saber: a) a identificação de alguma questão ou de questões idênticas às aduzidas no segundo processo entre as que já teriam sido decididas na primeira ação; b) a constatação de que alguma questão, ou questões, levantadas no segundo processo teriam sido objeto de debate na primeira ação; c) a verificação de que a questão, ou questões, alegadas na segunda ação foram essenciais para a fundamentação do julgamento definitivo proferido no primeiro processo; como ainda, d) a confirmação de ter sido propiciada ao autor oportunidade plena e justa para que pudesse colocar na primeira ação a questão em debate²⁴³.

Cabe deixar consignado que, embora estes requisitos venham orientando a maioria dos julgados, especialmente nos Estados Unidos, algumas significativas variações são verificáveis quanto ao entendimento dado pelas diversas cortes daquele país a respeito do escopo dos efeitos preclusivos de seus julgados²⁴⁴.

Outrossim, a propósito do momento propício para dedução de alegações, resulta claro da *Rule* 12, "g", das Regras Federais de Procedimento Civil americanas²⁴⁵, que

Exatamente o que ocorreu em julgado da Suprema Corte de Justiça de Ontário (*Robb v. Robb* [2009], nº 06-26141, CanLII 50763 [ON S.C.]), no qual, aliás, chegou-se a afirmar que a conduta do demandante, no caso, configurava abuso do processo.

²⁴² Res judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 121-122.

_

²⁴¹ Civil procedure. Preclusion in civil actions. New York: Foundation Press, 2001, p. 46 e 50.

²⁴³ Estes requisitos, além da identidade de partes, foram exigidos como aptos a justificar a arguição da doutrina da *res judicata*, tanto na forma da *issue estoppel*, quanto da *cause of action estoppel*, em acórdão da Suprema Corte da Columbia Britânica in *Paific Coastal Airlines v. Air Canada* (2001) B.C.J. nº 2850; como em decisões da Corte da Província da Columbia Britânica in *City of Vancouver v. Sara* (2002) B.C.P.C. 0101 nº 25025; e da Corte de Apelação para Ontário in *Freedman v. Reemark Sterling I Ltd.* (2003), Docket C37971, CanLII 17029 (ON C.A.).
²⁴⁴ Como se pode constatar, *v.g.*, do teor de acórdão proferido pela Suprema Corte Judicial de

²⁴⁴ Como se pode constatar, *v.g.*, do teor de acórdão proferido pela Suprema Corte Judicial de Massachusetts (*Jarosz v. Palmer*, 766 N.E. 2d 482 [Mass. 2002]), no qual são apontadas as muitas diferenças de entendimento existente entre várias cortes americanas (especificamente referidas as do Arizona, Colorado, de Washington, e Illinois) sobre a aplicação da doutrina da *issue preclusion*; como também de julgado da *United States Court of Appeals (for the first Circuit)* referente ao caso *Rutanen v. Baylis* (nº 99-2352).

²⁴⁵ Federal Rules of Civil Procedure – Rule 12. **Defenses and Objections: When and How** Presented; Motion for Judgment on the Pleadings; Consolidating Motions; Waiving Defenses; Pretrial Hearing (omissis) ... (g) Joining Motions. (1) Right to Join. A motion under this rule may be joined with any other motion allowed by this rule. (2) Limitation on Further Motions. Except as provided in Rule 12(h)(2) or (3), a party that makes a motion under this rule

deverão ser todas as defesas e objeções apresentadas nos prazos a que aludem as alíneas anteriores deste mesmo dispositivo, sob pena de não ser possível fazê-lo em ocasião posterior, no mesmo ou outro processo, regra que embora esteja direcionada ao réu, evidentemente, pode ser estendida ao autor, porquanto assim empregada conduziria, exatamente, à aplicação da issue preclusion.

Constata-se, ainda, seguir na mesma linha de conduzir à concentração de alegações, e dos respectivos debates sobre questões que permeiem a lide em que envolvidas as partes, o Standard California Code of Civil Procedure, compêndio este em que há importante regra²⁴⁶ que torna obrigatório ao réu (defendant) opor reconvenção²⁴⁷ (no texto do referido compêndio denominada de *cross-complaint*) contra o autor da ação principal (plaintiff), sempre que a causa de pedir (cause of action), nesta última apresentada como fundamento da demanda, for a mesma passível de ser utilizada para sustentar o pedido que possa então ser deduzido contra o antes mencionado autor.

Tal regra²⁴⁸ deixa evidenciada a intenção de não se permitir que fatos dos quais se possam extrair diversas demandas sejam analisados em separado, justamente para

must not make another motion under this rule raising a defense or objection that was available to the party but omitted from its earlier motion.

In verbis: "§ 426.10. Definitions. As used in this article: (a)"Complaint" means a complaint or crosscomplaint. (b)"Plaintiff" means a person who files a complaint or cross-complaint. (c)"Related cause of action" means a cause of action which arises out of the same transaction, occurrence, or series of transactions or occurrences as the cause of action which the plaintiff alleges in his complaint; § 426.30. Compulsory Cross-Complaints. (a) Except as otherwise provided by statute, if a party against whom a complaint has been filed and served fails to allege in a cross-complaint any related cause of action which (at the time of serving his answer to the complaint) he has against the plaintiff, such party may not thereafter in any other action assert against the plaintiff the related cause of action not pleaded. (b) This section does not apply if either of the following are established: (1) The court in which the action is pending does not have jurisdiction to render a personal judgment against the person who failed to plead the related cause of action. (2)The person who failed to plead the related cause of action did not file an answer to the complaint against him; (omissis) § 426.50. A party who fails to plead a cause of action subject to the requirements of this article, whether through oversight, inadvertence, mistake, neglect, or other cause, may apply to the court for leave to amend his pleading, or to file a cross-complaint, to assert such cause at any time during the course of the action. The court, after notice to the adverse party, shall grant, upon such terms as may be just to the parties, leave to amend the pleading, or to file the crosscomplaint, to assert such cause if the party who failed to plead the cause acted in good faith. This subdivision shall be liberally construed to avoid forfeiture of causes of action".

²⁴⁷ Estritamente reconvenção seria o que normalmente se denomina cross action. Na verdade o termo cross-complaint tem um sentido mais amplo, pois também autoriza a comentada regra que pela apresentação da complaint se promova a vinda ao processo de um terceiro relacionado aos fatos debatidos no processo e em respeito ao qual se pretenda ver reconhecido algum tipo de responsabilidade pertinente aos aludidos fatos. Tal seria providência algo assemelhada à denunciação da lide (art. 70, do CPC) ou ao chamamento ao processo (art. 77, do CPC).

²⁴⁸ Também encontrada na Utha Rules of Civil Procedure, nesta, porém, subdividida sob as designações de counterclaim e cross-claim: "Rule 13. Counterclaim and cross-claim. (a) Compulsory counterclaims. A pleading shall state as a counterclaim any claim which at the time of serving the pleading the pleader has against any opposing party, if it arises out of the transaction or occurrence that is the subject-matter of the opposing party's claim and does not require for its adjudication the presence of third parties of whom the court cannot acquire jurisdiction. But the pleader need not state the claim if (1) at the time the

impedir que haja a necessidade da realização de vários julgamentos para as múltiplas pretensões das partes envolvidas no processo, e, pior, em um número indeterminado de causas futuras, situação provocadora de incertezas que não se compraz com o resultado que se espera do justo processo²⁴⁹.

Terminando, vale lembrar RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, o qual nos informa haver uma demonstrada preocupação nos ordenamentos que adotam o sistema da *common law*, tanto quanto no nosso, de direcionar os efeitos da coisa julgada à lide, aos fatos e questões essenciais decididos, e afastar desta incidência tudo aquilo que se tenha reputado como "questões-satélites", ainda quando estas tenham, de

action was commenced the claim was the subject of another pending action, or (2) the opposing party brought suit upon his claim by attachment or other process by which the court did not acquire jurisdiction to render a personal judgment on that claim, and the pleader is not stating any counterclaim under this Rule 13. (b) Permissive counterclaim. A pleading may state as a counterclaim any claim against an opposing party not arising out of the transaction or occurrence that is the subject-matter of the opposing party's claim. (c) Counterclaim exceeding opposing claim. A counterclaim may or may not diminish or defeat the recovery sought by the opposing party. It may claim relief exceeding in amount or different in kind from that sought in the pleading of the opposing party. (d) Counterclaim maturing or acquired after pleading. A claim which either matured or was acquired by the pleader after serving his pleading may, with the permission of the court, be presented as a counterclaim by supplemental pleading. (e) Omitted counterclaim. When a pleader fails to set up a counterclaim through oversight, inadvertence, or excusable neglect, or when justice requires, he may by leave of court set up the counterclaim by amendment. (f) Cross-claim against co-party. A pleading may state as a cross-claim any claim by one party against a co-party arising out of the transaction or occurrence that is the subject-matter either of the original action or of a counterclaim therein or relating to any property that is the subject-matter of the original action. Such cross-claim may include a claim that the party against whom it is asserted is or may be liable to the cross-claimant for all or part of a claim asserted in the action against the crossclaimant. (g) Additional parties may be brought in. When the presence of parties other than those to the original action is required for the granting of complete relief in the determination of a counterclaim or cross-claim, the court shall order them to be brought in as defendants as provided in these rules, if jurisdiction of them can be obtained.(h) Separate judgments. Judgment on a counterclaim or cross-claim may be rendered in accordance with the terms of Rule 54(b), even if the claims of the opposing party have been dismissed or otherwise disposed of. (i) Cross demands not affected by assignment or death. When cross demands have existed between persons under such circumstances that, if one had brought an action against the other, a counterclaim could have been set up, the two demands shall be deemed compensated so far as they equal each other, and neither can be deprived of the benefit thereof by the assignment or death of the other, except as provided in Subdivision (j) of this rule. (j) Claims against assignee. Except as otherwise provided by law as to negotiable instruments and assignments of accounts receivable, any claim, counterclaim, or cross-claim which could have been asserted against an assignor at the time of or before notice of such assignment, may be asserted against his assignee, to the extent that such claim, counterclaim, or cross-claim does not exceed recovery upon the claim of the assignee".

²⁴⁹ A reunião de processos está aparada na *Rule* 18, das Regras Federais de Procedimento Civil americanas, in verbis: "Joinder of Claims (a) In General. A party asserting a claim, counterclaim, crossclaim, or third-party claim may join, as independent or alternative claims, as many claims as it has against an opposing party. (b) Joinder of Contingent Claims. A party may join two claims even though one of them is contingent on the disposition of the other; but court may grant relief only in accordance with the parties relative substantive rights. In particular, a plaintiff may state a claim for money and a claim to set aside a conveyance that is fraudulent as to that plaintiff, without first obtaining a judgment for the money".

qualquer modo, "... sido utilizadas, *incidenter tantum*, para compor o cominho lógico que conduziu à solução do âmago da demanda".

3.3. Eficácia preclusiva da coisa julgada no sistema da civil law

Não se mostra muito diferente a forma de aplicação da doutrina da *res judicata*, e a disciplina de seus efeitos, na maioria dos ordenamentos que adotam o sistema da *civil law*.

Observamos que, dada a relevância da forma como vem sendo tratada a questão da eficácia preclusiva da coisa julgada na França e na Espanha, trataremos destes dois ordenamentos em separado, embora, por certo, estejam entre os países que adotam o sistema da *civil law*.

3.3.1. Alemanha

Trata a doutrina alemã da coisa julgada (*Rechtskraft* – literalmente força jurídica) de modo ortodoxo, conferindo àquela força de lei (*Gesetzeskraft*).

Critica LEO ROSENBERG esta última atribuição, pois, diferentemente de OSCAR VON BÜLOW, não aceita que se possa aqui equiparar a autoridade da coisa julgada à da lei, pois que aquela se dá em concreto, sendo individual, vinculando, de regra, apenas as partes do processo, enquanto esta outra é abstrata e está inclinada, naturalmente, a obrigar a todos, de forma indistinta. Apesar disso, destaca a normatividade ou imperatividade do conteúdo da coisa julgada, que garante possa vir a se concretizar a consequência jurídica atribuída na decisão. Alerta que para tal resultado pouco importa se a sentença é justa ou injusta, ressaltando que o perigo de prestigiar-se uma solução iníqua é menor do que o resultante da instabilidade do direito, a qual certamente dominaria não fosse a segurança propiciada pela coisa julgada²⁵¹.

Por sua vez, FRIEDRICH LENT²⁵² anota que a função do processo, sobretudo, é a de viabilizar a entrega da tutela jurisdicional buscada, ensejando, assim, o fim da

_

²⁵⁰ Coisa julgada, "collateral stoppel" e eficácia preclusiva "secundum eventum litis". In Revista dos Tribunais, v. 608, ano 75, São Paulo: RT, jun. 1986, p. 29.

²⁵¹ Tratado de Derecho Procesal Civil. t. II. Buenos Aires: EJEA, 1955, p. 448-450 e 453.

²⁵² Diritto Processsuale Civile tedesco. Napoli: Morano, 1962, p. 238 e 243-244.

controvérsia existente entre as partes. Portanto, não se pode admitir que haja a renovação da instância quando a causa já está decidida e foi identificado o sucumbente, sob pena de se frustrar aquele escopo, eternizando-se o processo. Continuando, esclarece que com a superveniência da coisa julgada fica vedada a possibilidade de estatuir-se uma decisão diversa da anteriormente lançada na primeira ação, cabendo ao juiz, preferencialmente, extinguir o processo sem julgamento de mérito, pois, verificada a orientação do princípio do *ne bis in idem*, não pode reanalisar os mesmos fatos e fundamentos aduzidos na precedente ação para embasar uma nova decisão²⁵³.

Nessa linha, como posto complementarmente por WALTER J. HABSCHEID, a coisa julgada não se estende exclusivamente sobre a pretensão do autor, como também sobre os fatos essenciais tomados como necessários ao suporte do julgamento, fatos estes os quais, desta forma, por estarem intrinsecamente ligados ao dispositivo da sentença, acabam por se tornar "animus et quase nervus sententiae"²⁵⁴.

Com esta colocação parece concordar LEO ROSENBERG, na medida em que, depois de pontificar que tão somente a resposta à pretensão, dada na sentença, está sujeita à coisa julgada, afirma que há fatos e fundamentos de grande relevância para a interpretação do julgado, para que se torne possível a investigação da extensão e do objeto da *res judicata*²⁵⁵.

Da soma dos dois pensamentos acima expostos, resulta a aceitação de que os fatos essenciais merecem estar ao lado do dispositivo para cumprirem uma tarefa integrativa com relação a este, justamente para que seja possível a mais correta aferição do quanto foi decidido e da extensão dos comandos contidos no julgado. Negar esta possibilidade corresponde a se prejudicar, ou ao menos por em risco, a exata identificação dos limites objetivos da coisa julgada então formada²⁵⁶.

²⁵³ WALTER J. HABSCHEID comenta que "... la dottrina che vede nella cosa giudicata um vero e proprio ostacolo ad un novo processo (ne bis in idem) rappresenti uma ricostruzione teórica più aderente delle altre all'ideale della certeza giuridica" (Introduzione al Diritto Processuale Civil comparado. Rimini: Maggioli, 1985, p. 168 e 170).

²⁵⁴ Introduzione al Diritto Procesuale Civile comparato. Rimini:Maggiole, 1985, p. 181.

²⁵⁵ Tratado de Derecho Procesal Civil. t. II. Buenos Aires: EJEA, 1955, p. 475.

Oportuno lembrar – pois foi na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* que originalmente se abordou o tema – que a questão de a coisa julgada revestir, além do dispositivo, também a fundamentação do julgado, tem causado preocupação aos constitucionalistas quanto aos julgamentos proferidos pelas cortes supremas, particularmente nos casos que envolvem declaração de constitucionalidade de normas, interpretação conforme à Constituição ou declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, pois, não é raro, para o bom entendimento destas decisões e do quanto declararam, se faça imprescindível o retorno à motivação dos julgados, parte em que são expostas as teses jurídicas que servem de esteio às conclusões constantes do dispositivo, com relação às quais são realizadas afirmações e considerações que, por certo, devem ser recobertas pela autoridade da coisa julgada, isto com o fito de desautorizar qualquer interpretação diferente daquela adotada pela corte suprema a qual, no final das

A legislação alemã a respeito da coisa julgada e seus efeitos, em especial as regras pertinentes a tais matérias na *Zivilprozessordnung*, mesmo após a última grande reforma empreendida nos textos deste compêndio em 2002, aparentemente, muito pouco foi modificada.

O Código de Processo Civil alemão continua a fornecer específicas definições de coisa julgada material (§ 322)²⁵⁷, e de coisa julgada formal (§ 705)²⁵⁸, enquanto a Lei de Introdução a ele pertinente (*Einführungsgesetz-ZPO*, *EGZPO*²⁵⁹) a trazer uma definição genérica de coisa julgada (§ 19)²⁶⁰.

Entretanto, dentre as modificações constatadas, grande relevo tem aquela que resultou na eliminação da regra anteriormente versada no § 616, da *Zivilprozessordnung*, segundo a qual, o autor de uma ação de divórcio ou de anulação de casamento julgada improcedente, estaria impedido de promover subsequente ação, com o mesmo propósito – que aqui, ressalte-se, somente poderia ser idêntico, o divórcio ou a anulação –, com base em fatos já alegados no processo anterior, ou que pudessem ter sido oportunamente alegados no curso da primeira demanda por intermédio de cumulação. Ainda trazia a comentada regra observação de que o impedimento por ela imposto, para a hipótese de improcedência das ações de divórcio ou anulação de casamento, também se aplicaria aos fatos que coubessem ao réu deduzir em sede de reconvenção²⁶¹.

_

contas, é a única autorizada para dar a última palavra sobre o assunto, não tendo sentido que outros tribunais possam contrariá-la.

²⁵⁷ "Materielle Rechtskraft (1) Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. (2) Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist die Entscheidung, dass die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig".

²⁵⁸ "Formelle Rechtskraft – Die Rechtskraft der Urteile tritt vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels oder des zulässigen Einspruchs bestimmten Frist nicht ein. Der Eintritt der Rechtskraft wird durch rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels oder des Einspruchs gehemmt".

Lei esta datada de 30 de janeiro de 1867 e que permaneceu inalterada, ao menos quanto ao que nos interessa aqui abordar.

²⁶⁰ "Rechtskräftig im Sinne dieses Gesetzes sind Endurteile, welche mit einem ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden können". Esta regra é muito próxima, no que diz respeito à coisa julgada, daquela constante do § 3°, do art. 6°, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

²⁶¹ Tinha o anterior § 616, da *Zivilprozessordnung*, a seguinte redação: "Der Klaeger, der mit der Schidungsklage oder der Aufhebungsklage abgewiesen ist, kann das Recht, die Scheidung oder die Aufhebung der Ehe zu verlangen, nicht mehr auf Tatsachen gründen, die er in dem früheren Rechtssterit geltend gemacht hat oder die er in dem früheren Rechtsstreit oder durch Verbindung der Klagen geltend machen konnte. Das gleiche gilt im Falle der Abweisung der Scheidungsklage oder der Aufhebungsklage für den Beklagten in Ansehung der Tatsachen, auf die er eine Widerklage zu gründen imstandewar". Após a reforma, embora continue relacionado a capítulo da *Zivilprozessordnung* que cuida dos processos que envolvem questões matrimoniais (Livro 6 – Parte 1), passou o § 616, antes citado, a tratar do princípio da investigação, regulamentando a produção de provas pelas partes, e dispondo sobre a interferência judicial nesta mesma produção. Seu teor, agora, é o seguinte: *Untersuchungsgrundsatz* (1)

Não nos foi possível apurar com precisão os motivos que levaram o legislador a realizar tal revogação ou abandono de texto, contudo, acreditamos que o fez apenas preocupado com a natureza do direito envolvido, e não propriamente pelo fato de a norma processual ser mais exigente quanto à exposição que se deveria fazer na inicial, na defesa, ou na eventual reconvenção, a respeito de fatos motivadores do quanto se pretendesse pedir, nem por causa dos efeitos preclusivos que, evidentemente, emanavam do quanto dispunha aquela regra.

De outro lado, permanece inalterada outra importante norma que trata da interposição dos embargos à execução (§ 767, III)²⁶², e exige que o embargante apresente no ato do ajuizamento de seus embargos todos os seus argumentos de defesa que sejam então invocáveis, sob pena de não mais o poder fazer.

A indicada regra, ligada que está a uma figura controvertida do processo no que diz respeito à sua natureza jurídica, causa alguma dificuldade em definir se o legislador tratou os embargos como simples defesa, e, assim, teríamos aqui uma preclusão comumente aceita, ou, se, ao contrário, o teve como ação – ou ação-defesa –, o que nos levaria a considerar ter criado o legislador uma nova preclusão referente não só ao direito de defesa, mas também ao direito de ação, já que não mais caberia ao embargante aduzir as matérias que pudessem ter sido por ele utilizadas para fundamentar os seus embargos, porquanto já eram estas passíveis de serem invocadas pelo mesmo para tal finalidade.

Melhor nos parece a segunda alternativa, pois a denominação do instituto, Vollstreckungsabwehrklage, deixa claro que se trata de uma forma de ação (Klage²⁶³),

Das Gericht kann auch von Amts wegen die Aufnahme von Beweisen anordnen und nach Anhörung der Ehegatten auch solche Tatsachen berücksichtigen, die von ihnen nicht vorgebracht sind. (2) Im Verfahren auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe oder auf Herstellung des ehelichen Lebens kann das Gericht gegen den Widerspruch des die Auflösung der Ehe begehrenden oder ihre Herstellung verweigernden Ehegatten Tatsachen, die nicht vorgebracht sind, nur insoweit berücksichtigen, als sie geeignet sind, der Aufrechterhaltung der Ehe zu dienen. (3) Im Verfahren auf Scheidung kann das Gericht außergewöhnliche Umstände nach § 1568 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur berücksichtigen, wenn sie

von dem Ehegatten, der die Scheidung ablehnt, vorgebracht sind".

ī

²⁶² "Vollstreckungsabwehrklage (1) Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges geltend zu machen. (2) Sie sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. (3) Der Schuldner muss in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, die er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen imstande war".

²⁶³ Termo que expressa precisamente, segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, reportando-se a ensinamentos de LEO ROSENBERG, KARL HEINZ SCHWAB e FRIEDRICH LENT, "o pedido de concessão de tutela jurídica através da sentença" (*Manual de Direito Processual Civil.* 3ª ed. v. I. São

embora com elementos de defesa, além do que, conforme a grande maioria da doutrina, os embargos consistem em uma ação de conhecimento, na qual se visa obter uma sentença constitutiva negativa, ou seja, que determine quer o desfazimento do título executivo, no todo ou em parte, quer a anulação da execução, resultados que, por óbvio, não poderiam derivar de uma simples petição de defesa²⁶⁴.

3.3.2. Itália

Na Itália, no plano legal²⁶⁵, jurisprudencial ou doutrinário, também não se percebe um tratamento genérico muito diferente com relação aos efeitos da coisa julgada.

Sobre a coisa julgada discorre ENRICO REDENTI para apontar que desta decorrem efeitos endoprocessuais e pan-processuais, sendo que 'os primeiros operam apenas no processo em que proferida a decisão, enquanto os últimos se lançam,

Paulo: Malheiros, 2005, p. 57, nota nº 30; *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 115). ²⁶⁴ No sentido do texto: LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Processo de execução*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva,

No sentido do texto: LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Processo de execução*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 158; MARQUES, JOSÉ FREDERICO. *Instituições de Direito Processual Civil.* v. V. Campinas: Millennium, 2000, p. 350; ASSIS, ARAKEN DE. *Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1079-1081; THEODORO JR., HUMBERTO. *Processo de execução e cumprimento da sentença*. 25ª ed. São Paulo: LEUD, 2008, p. 402-403. Opinião algo diversa expressa JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, porém, não nega que tenham os embargos, em algumas situações, natureza de ação (*Processo Civil moderno. Execução*. v. 3. São Paulo: RT, 2008, p. 118-120.

⁽Corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato) Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa, e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti"; "Art. 163 (Contenuto della citazione) La domanda si propone mediante citazione a comparire a udienza fissa... L'atto di citazione deve contenere: ... 3) la determinazione della cosa oggetto della domanda; 4) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni; 5) l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione; (omissis)"; Art. 167 (Comparsa di risposta) Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni. A pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. Se è omesso o risulta assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della domanda riconvenzionale, il giudice, rilevata la nullità, fissa al convenuto un termine perentorio per integrarla. Restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti acquisiti anteriormente alla integrazione. Se intende chiamare un terzo in causa, deve farne dichiarazione nella stessa comparsa e provvedere ai sensi dell'articolo 269" (regra esta com a redação a ela dada na L. nº 80/2005); e "Art. 324 (Cosa giudicata formale) S'intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai nn. 4 e 5 dell'art. 395". Além do art. 2909, do Còdice Civile, o qual dispõe, in verbis: "Cosa giudicata - L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato [c.p.c. 324] fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o avendi causa [1306]". Note-se, portanto, que na lei italiana a coisa julgada formal (cosa giudicata formale) é regra processual, enquanto a coisa julgada material (cosa giudicata sostanziale) é regra material.

eventualmente, sobre qualquer outro futuro processo que venha a versar sobre o mesmo objeto da primeira ação²⁶⁶.

FRANCESCO CARNELUTTI toma o cuidado de alertar para o fato de que a imperatividade própria da coisa julgada somente poderá ser sentida quando a decisão definitiva a que se refere adquirir o *status* de imutável, qualidade que advirá àquela apenas depois de vencidas as possibilidades processuais de sua impugnação, fazendo referência à apelação, como condição suspensiva, e à cassação, e à revogação, como condições resolutórias²⁶⁷.

GIUSEPPE CHIOVENDA tem como essência da coisa julgada o efeito de impedir que possa vir a ser ignorada ou modificada, a decisão proferida no processo, em outro, posterior, destacando a vinculação gerada ao juiz da eventual nova causa pelo quanto determinado no julgado constante da primeira ação. Porém, observa que esta vinculação não ocorre quanto às questões prejudiciais, secundárias, ou que, uma vez analisadas, serviram apenas para preparar o *iter* que conduziu à resolução do processo. O obstáculo mencionado somente se fará sentir quando pretender-se, de qualquer forma, e em qualquer medida, atingir-se a solução definitiva dada às questões essenciais ao julgamento da demanda do autor, com o intuito de ver reduzido ou desconsiderado o bem da vida reconhecido no julgado precedente²⁶⁸.

Dentro dos mesmos parâmetros, externa SERGIO MENCHINI uma visão que se mostra até certo ponto padrão a respeito do fenômeno processual em comento, visão esta segundo a qual o preponderante a ser notado é que a atribuição do bem da vida feita na sentença transitada em julgado se torna incontestável, nisso residindo a sua autoridade (*autorità della cosa giudicata*), que impede, desta maneira, venha a matéria em definitivo assim decidida a ser, de modo sucessivo, em futuros processos, posta em discussão, o que não se pode admitir, seja em via direta, pela dedução do mesmo pedido, na esperança que possa vir a ser acolhido; seja na via indireta, inovando quanto ao pedido, requerendo providência que corresponde exatamente ao contrário do quanto já estatuído e consolidado no precedente julgamento²⁶⁹.

²⁶⁹ I limiti oggetivi del giudicato civile. Milano: Giuffrè, 1987, p. 300.

²⁶⁶ Diritto Processuale Civile. Il processo ordinario de cognizione. v. 2. 4ª ed. Milano: Giufreè, 1997,

²⁶⁷ Derecho Procesal Civil y Penal. t. 4. México: Harla, 1997, p. 179-180.

²⁶⁸ Instituições de Direito Processual Civil. v. I. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 493-494.

Algo diferente são as conclusões resultantes do estudo que empreendeu ENRICO TULLIO LIEBMAN²⁷⁰ sobre a matéria em análise, este que percebeu, originalmente – e com acuidade –, não ser a coisa julgada um efeito da sentença, porém, uma qualidade que a esta se agrega com o advento do trânsito em julgado²⁷¹. Asseverou tal jurista que a autoridade da coisa julgada não se confunde com a imutabilidade, definitividade, ou intangibilidade da sentença²⁷², pois estas são características próprias e particulares ao quanto naquele ato disposto, ao comando inerente ao *decisum*, enquanto a *auctoritas rei judicata* é "... *una qualità speciale, più intensa e più profonda* ..." *que* imuniza o conteúdo da sentença, e de seus efeitos, tornando-os imutáveis, irretratáveis, para com isso regular em definitivo e concretamente a "... *fattispecie decisa*", o que torna o julgado não só vinculante das partes do processo, como também oponível *erga omnes*, especialmente merecendo ser respeitada por aqueles que "... *nell'ambito dell'ordinamento giuridico hanno instituzionalmente il compito di porre, d'interpretare o di applicare la volontà dello Stato, non escluso lo stesso legislatore, che non potrà*

27

²⁷⁰ Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata). Milano: Giuffrè, 1962, p. 40; Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata. In Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata). Milano: Giuffrè, 1962, p. 141-144. Em outra passagem o indicado autor assevera e bem esclarece que a imutabilidade da coisa julgada estende-se, em igual medida, aos efeitos da sentença, sendo irrelevante, para que se dê tal consequência, verificar a qualidade da prestação jurisdicional e apurar se a mesma concretizou-se na forma de declaração, de constituição ou de condenação, pois, estes efeitos são inerentes ao fato do julgamento, e se pronunciam desde logo, bastando para isso que seja proferida, não podendo se olvidar que, apesar disso, todos estes efeitos, eventualmente, podem ser alterados ou desaparecer, caso venha a sentenca a ser reformada ou anulada. Diferentemente, com o advento do trânsito em julgado, tais efeitos se tornam imutáveis, e a coisa julgada, então, "... não é mais um efeito da sentença, mas uma qualidade, um atributo da sentença e de seus efeitos, precisamente a imutabilidade daquela e destes" (Efeitos da sentença e coisa julgada. In Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 278-279). Igual afirmação faz, ainda que de forma mais sintética, em sua obra Estudos sobre o processo civil brasileiro, s.l.: Bestbook, 2004, p. 65. No mesmo sentido: GIROLAMO MONTELEONE o qual anota que "La sentenza, in quanto tale, produce geralmente i suoi effetti prima o comunque indipendentemente dal suo passaggio in giudicato, ed anzitutto quello decisorio della controversia portata alla cognizione del giudice" (Diritto Processuale Civile, 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 533). Porém, embora ambos os autores mencionados tenham se referido ser bastante, para que a sentenca emane efeitos, o evento de sua prolação, fato é que isto somente ocorre com a publicação da decisão, isto para nós correspondendo ao ato de o juiz baixar em cartório o processo com a sentença nele encartada, o que concretamente representaria o marco final da prestação jurisdicional do juiz de primeiro grau, ao menos na fase de conhecimento do processo. Aliás, confirma esta posição CRISANTO MANDRIOLI ao consignar "... che con la pubblicazione la sentenza acquista l'efficacia di dictum dal giudice, ... già dotata dell'efficacia processuale di esaurire (nei limiti in cui è definitiva) i poteri decisorie del giudice ..." (Corso di Diritto Processuale Civile. Il processo di cognizione. v. II. 10 ed. Torino: Giappichelli, 1995, p. 195). ENRICO REDENTI, por fim, frisa que nesta inicial situação, quando não houve o trânsito em julgado da sentença, a ela se atribui "... un'efficacia provvisoria alle sentenze ancora impugnabili od impugnate ..." (Diritto Processuale Civile. Il processo ordinario de cognizione. v. 2. 4ª ed. Milano: Giufreè, 1997, p. 364).

²⁷¹ Externa opinião idêndica GIROLAMO MONTELEONE, para quem, "L'autorità di cosa giudicata è, piuttosto, uma qualità della sentenza ..." (Diritto Processuale Civile. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 533)

p. 533)

272 Mesma opinião ostenta JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, o qual deixa assentado que a indiscutibilidade da sentença decorre de sua imutabilidade (*Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. In *Revista de Processo*, ano IX, nº 34, São Paulo: RT, abr.-jun. 1984, p. 275 e 277).

neppur esso mutare il concreto regolamento del rapporto, quale risulta ormai suggellato dall'autorità della cosa giudicata".

Esta – relativamente, diríamos – consolidada idéia sobre a coisa julgada, deve ser combinada com o resultado de algumas das últimas iniciativas adotadas pelo legislador italiano, as quais demonstram haver a preocupação de permitir que o processo tenha um resultado mais eficaz, com o reequilíbrio das garantias pertinentes ao exercício do direito de ação e do direito de defesa, ao concreto desenvolvimento do contraditório, e da duração razoável do processo.

Espelha esta iniciativa, como nos revela VIRGINIA PETRELLA, o texto da Lei nº 353/1990, com a posterior alteração nela introduzida pela Lei nº 534/1995, a qual veio estabelecer um rigor maior referente aos poderes de modificação dos termos da inicial, e de discriminação do conteúdo da defesa²⁷³, exatamente para com isso buscar a antecipação da definição do real objeto da demanda a ser analisada e julgada, deixando a medida sob resguardo tanto a garantia da isonomia de tratamento às partes, quanto ao contraditório pleno, configurando fórmula que, de qualquer maneira, se encaixa na concepção de justo processo²⁷⁴.

2.5

²⁷⁴ Le definizione del thema decidendum, la progressiva formazione della cosa giudicata ed i limitti del giudicato esterno nel modelo ordinario di cognizione per effetto dell'applicazione dell'art. 111 Cost. Disponível em: http://host.uniroma3.it/centri/crispel/intervento%20Petrella.pdf. Acesso em 18 de fevereiro de 2010.

O art. 183, do Còdice di Procedura Civile, tem agora a seguinte redação: "(Prima udienza di trattazione) Nella prima udienza di trattazione il giudice istruttore interroga liberamente le parti presenti e, quando la natura della causa lo consente, tenta la conciliazione. La mancata comparizione delle parti senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116. Le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale, il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata, e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. La mancata conoscenza, senza gravi ragioni, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116. Il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione. Nella stessa udienza l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto. Può altresì chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo ai sensi degli articoli 106 e 269, terzo comma, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto. Entrambe le parti possono precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate. Se richiesto, il giudice fissa un termine perentorio non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie contenenti precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte. Concede altresì alle parti un successivo termine perentorio non superiore a trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dall'altra parte e per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime. Con la stessa ordinanza il giudice fissa l'udienza per i provvedimenti di cui all'articolo 184".

Pode até não se concordar com a medida²⁷⁵, ou entender-se que a mesma foge da linha atualmente buscada de flexibilização das formas e a idealização de técnicas processuais que permitam facilitado acesso à justiça, e evitem a adoção de práticas que possam conduzir ao um processo despreocupado com o seu resultado útil²⁷⁶, porém, inegável que, ao conduzir a modificação mencionada a se ter mais cuidado e critério na produção quer da peça inicial, quer da contestação, permite, na mesma medida, que o desenvolvimento do processo acabe por ser profícuo, justamente por estar nele a se tratar todas as questões pertinentes às ocorrências fáticas que envolvem as partes, com ganho, inclusive, na qualidade do conhecimento desenvolvido para a atividade judicante, por ser mais amplo, pleno, no que diz respeito às questões realmente importantes na demanda existentes para serem, ao final, resolvidas²⁷⁷.

-

anotado que quando da edição do aludido diploma legal, em 1940 (com início de vigência em 1942), tentou-se uma aproximação com a doutrina da substanciação, em evidente movimento restritivo à possibilidade de alteração da *causa petendi* quando já em curso o processo, contudo, logo em 1950, com a edição da L. 581, foram abrandados os termos originais do dispositivo, voltando a estar mais afinado com

²⁷⁵ Como se verifica das críticas feitas ao texto atual do art. 183, do *Còdice de Procedura Civile*, por CONCETA PAPPALARDO REALE, a qual cuida de anotar que a interpretação desta regra não pode ser literal ou rígida, sob pena de comprometer a possibilidade de no processo ser realizado debate amplo pelas partes de tudo o que seja realmente pertinente e necessário para a boa instrução da causa e seu adequado julgamento (*Riflessi sulle procedure concorsuali della riforma del processo civile*. Disponível em: http://www.agatavvocati.it/UserFiles/File/Atti/obiettivo%20Riforma/RelDiCapua.pdf. Acesso em 16 de junho de 2009)

de junho de 2009).

²⁷⁶ Em outra passagem deste nosso trabalho (v. nota nº 68, do Cap. II), já referimos que concordamos com a doutrina que defende, em algumas situações específicas, a desconsideração de preclusões como as alvitradas na legislação italiana mencionada, com o escopo de ensejar uma maior efetividade ao processo. Nesse sentido as ponderações de GIAMPIERO BALENA "... l'esaurimento della fase di trattazione (o addirittura, per alcuni, della prima udienza di trattazione) escluderebbe qualunque ulteriore allegazione (in fatto), è d'altronde costretta a prospettare un'interpretazione riduttiva e piuttosto artificiosa dei citati artt. 180, 2° comma, e 345, 2° comma, secondo cui tali disposizioni non autorizzerebbero (argomentando a contrario) la allegazione di nuovi fatti (rilevabili d'ufficio) senza limiti di tempo, ma si riferirebbero solo alla possibilità di rilevare (anche d'ufficio), e dunque di porre a base della decisione (di rigetto), l'effetto giuridico (estintivo-impeditivo-modificativo) di un fatto già tempestivamente allegato o comunque introdotto nel processo; tesi, quest'ultima, che era stata già prospettata, ma senza incontrare il favore della giurisprudenza, in relazione agli artt. 416 e 437 per il rito del lavoro. In definitiva, pertanto, direi che, almeno per ciò che concerne il giudizio di primo grado, che qui interessa, l'allegazione dei suddetti fatti deve ritenersi consentita, in deroga al regime desumibile dall'art. 183, commi 4° e 5°, fino al momento della precisazione delle conclusioni. Analoga soluzione dovrebbe valere, in linea di principio, per l'allegazione di fatti secondari; fermo restando, però, che, quando non si tratti di fatti pacifici, oppure accertabili attraverso l'esercizio di poteri istruttorii officiosi (per es. un'ispezione), un limite indiretto alla loro introduzione nel processo deriverà dalle preclusioni istruttorie contemplate dall'art. 184 (v. infra il § 8.3). Mette conto di sottolineare, poi, che la nozione di fatto secondario non appare del tutto univoca, tenuto conto che non di rado la dottrina definisce come secondari i fatti che, pur non essendo propriamente estranei alla fattispecie dedotta in giudizio a fondamento della domanda o della eccezione, non concorrono, in ragione della loro marginalità, ad identificare la domanda o l'eccezione medesima, rappresentando dei meri 'elementi di contorno'. Ai nostri fini è sufficiente rilevare che, alla luce di un tale criterio distintivo, essenzialmente quantitativo, la contrapposizione tra fatti principali e fatti secondari finisce per corrispondere a quella tra modificazione in senso lato (comprensiva della mutatio e della emendatio), da un lato, e mera 'precisazione' delle domande e delle eccezioni, dall'altro" (Preclusioni di merito e preclusioni instruttorie nel processo civil riformato) Disponível em: http://www.csm.it/quaderni/quad_92.htm. Acessado em 16 de junho de 2009. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI sobre o teor do art. 183, do Códice di Procedura Civile, já tinha

Ora, ao se obrigar as partes a terem uma atividade que resulte em melhor qualidade e quantidade de informação para o processo, automaticamente se está a construir a via de acesso para possibilitar uma decisão que se mostre apta a por fim ao litígio na sua íntegra, ao menos, na amplitude que este mostrou ter no âmbito do processo, sendo que é justamente esta decisão que resultará em coisa julgada, e nos efeitos a ela característicos.

VIRGINIA PETRELLA afirma, ainda, que a jurisprudência dos últimos vinte anos na Itália tem mostrado a tendência em aceitar a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada²⁷⁸, o que chegou a avançar para o acolhimento da doutrina do julgado implícito²⁷⁹, para com isso realizar os anseios amparados nas garantias da economia

a doutrina da individualização (*A causa petendi no processo civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 114). Com bases nestes informes, e tendo em conta o quanto prevêem agora as L. nº 353/1990 e nº 534/1995, parece ter havido um retorno às origens e a demonstração de que se pretende, de fato, uma regra preclusiva mais rígida pertinente à possibilidade de modificação da causa de pedir quando em trâmite o processo, o qual volta a estar regido pela doutrina da substanciação

processo, o qual volta a estar regido pela doutrina da substanciação.

278 "Principio ormai consolidato nelle pronunce di merito e di legittimità è quello secondo il quale l'autorità del giudicato si estende a tutte le statuizioni, anche implicite, che della decisione finale costituiscono punti obbligati sull'arco logico della decisione, rappresentando il presupposto indispensabile della soluzione accolta. Tale massima, per l'appunto, è applicata al fenomeno del giudicato esterno tra processi aventi ad oggetto diversi diritti soggettivi, sia pur nascenti da un medesimo rapporto fondamentale o da um medesimo fatto giuridico. Frequentemente nelle motivazioni delle pronunce di legittimità ricorre la seguente massima: 'qualora due giudizi tra le stesse parti abbiano ad oggetto um medesimo negozio o rapporto giuridico, ed uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento già compiuto in ordine alla situazione giuridica ovvero la risoluzione di una questione di fatto o di diritto che abbia inciso su un punto fondamentale comune ad entrambe le cause e che abbia costituito la premessa logica della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza passata in giudicato, precludono Il riesame del punto accertato e risolto anche se il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle costituenti lo scopo ed il petitum del primo'. Merecem registro as referências jurisprudenciais também feitas no artigo em parte aqui transcrito, a saber: Cass. 16 de maio de 2006, nº 11365; Cass. 3 de outubro de 2005, nº 19317; Cass. 3 de março de 2004, nº 4352; Cass. 12 de dezembro de 2003, nº 19046; Cass. 18 de julho de 2002, nº 10420; Cass. 16 de maio de 2002, nº 71040; Cass. 11 de maio de 2000, nº 6041. Sobre julgamentos envolvendo matéria trabalhista, tratando da eficácia do julgamento proferido em uma ação quanto às questões de fato e ou de direito comuns a ela e a uma segunda fundada na mesma relação jurídica: Cass. 14 de maio de 2009, n. 11213; e Cass., 9 de abril de 2009, n. 8723 (Le definizione del thema decidendum, la progressiva formazione della cosa giudicata ed i limitti del giudicato esterno nel modelo ordinario di cognizione per effetto dell'applicazione dell'art. 111 Cost.) Disponível em: http://host.uniroma3.it/centri/crispel/intervento%20Petrella.pdf. Acesso em 18 de fevereiro de 2010.

Tal doutrina pode ser extraída das palavras de SERGIO MENCHINI no sentido de que "La intangibilità del bene della vita atribuito è attuata mediante preclusione del dedotto e del deducibile; il giudicato impdisce, cioè, di far valere fondamenti costitutivi oppure fatti impeditivi, modificativi od estintivi non soltanto già allegati nel primo processo e respinti, ma anche, benché deducibili, non dedotti, al fine di ottenere una nuova statuzione sulla situazione soggetiva già decisa" (I limiti oggetivi del giudicato civile. Milano: Giuffrè, 1987, p. 301). A Corte de Cassação italiana, em diversos de seus pronunciamentos (v.g., Cass. 04 de novembro de 2005, nº 21352; Cass. 03 de novembro de 2004, nº 21069; Cass. 04 de novembro de 2000, nº 14747; Cass. 14 de janeiro de 2000, nº 375) têm afirmado que a eficácia do julgamento contido na sentença passada em julgado não só provoca preclusão quanto a matéria deduzida, como, igualmente, quanto a matéria dedutível. De um destes julgados pode ser destacado o seguinte e pertinente trecho: "... l'autorità del giudicato copre il dedotto, ma anche il deducibile in relazione al medesimo oggetto, cioè non soltanto le ragioni giuridiche fatte valere in giudizio (giudicato esplicito), ma anche tutte quelle latre proponibili sia in via di azione che in via di

processual e da duração razoável do processo, tendência esta que diz ser estimada pela maioria da doutrina, mas que deve, no entanto, ser analisada com cuidado, e, principalmente, sob os influxos dos princípios constitucionais preservadores do devido processo legal, pois é certo que não é apenas em torno dos valores celeridade e economia que gira o processo.

3.3.3. Portugal

Em Portugal, a evidente diferença que existe ao se cuidar da *res judicata* é terminológica, posto que lá usual se mostra a expressão *caso julgado*²⁸⁰, sendo que a autoridade da decisão judicial passada em julgado, por seu turno, vem revelada na expressão *força de caso julgado*.

Ao estudar os limites objetivos da coisa julgada, em monografia específica sobre o tema, JOÃO DE CASTRO MENDES afirma serem aqueles como uma fronteira que rompe o campo das alegações feitas pelas partes no processo, definindo quais daquelas ficam do lado em que a sua subsistência ou insubsistência é indiscutível, e quais restam do lado em que permanecerão indefinidas quanto à sua subsistência ou insubsistência, em situação de incerteza²⁸¹.

Esta concepção pertinente aos limites objetivos da coisa julgada afina-se com as posições até aqui expostas²⁸², verificando-se que na doutrina²⁸³ e na jurisprudência

 ϵ

eccezione le quali sebbene non dedotte specificamente, costituiscono tuttavia precedenti logici essenziali e necessari della pronuncia (giudicato implicito)" (Le definizione del thema decidendum, la progressiva formazione della cosa giudicata ed i limitti del giudicato esterno nel modelo ordinario di cognizione per effetto dell'applicazione dell'art. 111 Cost. Disponível em: http://host.uniroma3.it/centri/crispel/intervento%20Petrella.pdf. Acesso em 18 de fevereiro de 2010). Na doutrina nacional LUIZ MACHADO GUIMARÃES criticou severamente a teoria do julgado implícito, tachando-a de "ficção inútil... que mal se adapta ao fenômeno descrito" (Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 22). O mesmo o fez JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA referindo-se ao julgamento implícito de questões como "...ficção tão supérflua quanto inconveniente" (A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In Revista Forense, ano 68, v. 238, Rio de Janeiro: Forense, abr.-jun. 1972, p. 55).

²⁸⁰ Utilização que se confirma na obra de JOÃO DE CASTRO MENDES, *Limites objectivos do caso julgado no processo civil*, Lisboa: Ática, 1968, *passim*.

Limites objectivos do caso julgado no processo civil, Lisboa: Ática, 1968, p. 57.

²⁸² "Em vista do princípio de preclusão por que, designadamente quanto à oportunidade de dedução da defesa, se rege a lei do processo (art. 489° do CPC), vale quanto a tudo o mais decidido na sentença exequenda, cobrindo o caso julgado, até porque assim o impõem os princípios da confiança e da boa-fé, tanto o efectivamente deduzido, como o que nada impedia que tivesse sido deduzido na altura própria: tantum judicatum quantum disputatum vel disputari debebat" (trecho extraído da Revista nº 1461/06, 7ª Secção, rel. Oliveira Barros, do Supremo Tribunal de Justiça).

²⁸³ ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE. *Noções Elementares de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 305.

portuguesas²⁸⁴, há certo conservadorismo²⁸⁵ respeitante à *res judicata*²⁸⁶, havendo abordagens a ela pertinentes que não trazem nenhuma novidade²⁸⁷.

Contudo, a realidade aqui constatada em nada é criticável, porquanto se percebe que tal acontece tão somente em tributo ao princípio da segurança jurídica²⁸⁸.

Na legislação, o mesmo panorama se tem, particularmente observados os dispositivos que regulam os efeitos da coisa julgada no Código de Processo Civil português²⁸⁹.

Esta assertiva, de plano, pode ser confirmada ao se compulsar a Constituição Portuguesa, e nela encontrar o art. 282, nº 3²⁹⁰, norma de cujo teor pode se extrair a

Em nada verificado nas posições ostentadas por PAULO OTERO, o qual advoga que a imutabilidade da coisa julgada somente pode prevalecer enquanto a sua intangibilidade não acarretar violação ao princípio da constitucionalidade das decisões, quando então teria de ceder sua posição para outro julgado que viesse a substituí-la, em nome do valor maior da justiça que deve revestir todas as decisões (Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional. Lisboa: Lex, 1993, passim).

Embora se perceba algum arrojo quando, pelo reconhecimento de que a parte veio a juízo litigar por

algo que já havia sido para ela decidido em processo anterior – decisão esta transitada em julgado –, o Tribunal da Relação de Coimbra emitiu condenação dos apelantes por litigância de má-fé: Apelação nº 420/08.2TBFVN.C1, rel. Manuela Fialho; como também quando, aquela mesma Corte estabelece que "... transitada a decisão proferida em acção penal que julgou um pedido de indemnização, ocorre a excepção de caso julgado em posterior acção civil entre as mesmas partes, com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir" (Apelação nº 4999/06.5TBSTB.C1, rel. Freitas Neto).

287 "O efeito da sentença que se designa por caso julgado material assinala duas funções distintas: uma

negativa, que impede que a mesma causa seja ulteriormente apreciada, e a outra, positiva, que vincula o tribunal à solução adotada por sentença anterior transitada" (Supremo Tribunal de Justiça português, Revista nº 3086/07, 1ª Secção, rel. Garcia Calejo).

²⁸⁸ Cf. MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. t. II. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 494.

²⁸⁹ "Art. 671.º (Valor da sentença transitada em julgado) 1. Transitada em julgado a sentença, a decisão sobre a relação material controvertida fica tendo força obrigatória dentro do processo e fora dele nos limites fixados pelos artigos 497.º e seguintes, sem prejuízo do que vai disposto sobre os recursos de revisão e de oposição de terceiro. Têm o mesmo valor que esta decisão os despachos que recaiam sobre o mérito da causa; 2. Mas se o réu tiver sido condenado a prestar alimentos ou a satisfazer outras prestações dependentes de circunstâncias especiais quanto à sua medida ou à sua duração, pode a sentença ser alterada desde que se modifiquem as circunstâncias que determinaram a condenação; Art. 673.º (Alcance do caso julgado) A sentença constitui caso julgado nos precisos limites e termos em que julga: se a parte decaiu por não estar verificada uma condição, por não ter decorrido um prazo ou por não ter sido praticado determinado facto, a sentença não obsta a que o pedido se renove quando a condição se verifique, o prazo se preencha ou o facto se pratique".

290 In verbis: "Art. 282.º (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade) 1. A

declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade

 $^{^{284}}$ É corrente no Supremo Tribunal de Justiça português o entendimento de que o caso julgado está restrito à matéria de mérito analisada pela sentença, não abrangendo o julgamento da matéria de fato. Nesse sentido: Revista nº 2022/08, 7ª Secção, rel. Maria dos Prazeres Beleza; Revista nº 4482/06, 6ª Secção, rel. Silvia Salazar; Revista nº 4648/04, 6ª Secção, rel. Sousa Leite. No mesmo sentido, referindose a que o caso julgado só cobre a decisão e não seus fundamentos: Revista 479/09.5YFLSB, 2ª Secção, rel. Álvaro Rodrigues, do qual destacamos esta passagem: "O caso julgado não abrange as meras suposições ou considerações argumentativas adjuvantes do raciocínio do julgador, os quais não se confundem com qualquer fundamento, pressuposto ou premissa de decisão". Da mesma Corte, mas em sentido contrário, admitindo que a força de caso julgado envolve, também, as questões fáticas: Revista nº 568/09, 6ª Secção, rel. Cardoso de Albuquerque.

clara preocupação do legislador com a preservação da segurança jurídica e, diretamente, de render prestígio ao instituto do *caso julgado*, percebido isto na medida em que não admite a indicada regra a possibilidade de ser desconstituída a decisão que atingiu aquele máximo *status*, ainda quando por reflexo de julgamento proferido em ação declaratória de inconstitucionalidade²⁹¹.

Perceba-se que a matéria da inconstitucionalidade, aliás, deve ser aduzida por qualquer das partes dentro dos limites das possibilidades processuais que a elas são dadas na forma da lei, não se erigindo como matéria que possa ser trazida em ação posterior, estando a aludida matéria dentre aquelas que, podendo ser alegadas, oportunamente o deixaram de ser, permitindo a incidência da eficácia preclusiva da coisa julgada²⁹².

Segue LUIZ GUILHERME MARINONI pelo mesmo rumo, deixando marcado que, apesar de estarem as questões constitucionais no plano das prejudiciais de exame do mérito (prejudiciais lógicas), e, por assim ser, não justificar o seu acolhimento a formação de coisa julgada, a parte não poderá dela se valer em processo futuro para demandar sobre o mesmo objeto da lide anteriormente já decidida. Logo, pode ser acompanhada a conclusão de que "... a impossibilidade da alegação da questão da constitucionalidade não deriva propriamente da coisa julgada, mas sim da eficácia preclusiva da coisa julgada".²⁹³.

r

por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2".

Nota-se que o sistema de controle da constitucionalidade de normas adotado em Portugal é semelhante, senão igual, ao brasileiro, sendo certo que ambos os sistemas são mistos, com isto querendo-se dizer que ensejam controle tanto na forma difusa, bem aos moldes do *judicial review* americano, como na concentrada, ao estilo dos quantos foram influenciados pelas idéias de Hans Kelsen.

na concentrada, ao estilo dos quantos foram influenciados pelas idéias de Hans Kelsen.

292 GIROLAMO MONTELEONE deixa claro que a autoridade da coisa julgada "... resiste anche al mutamento della legge o alla sua dichiarazione di incostituzionalità" (Diritto Processuale Civile. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 533).

²⁹³ Coisa julgada inconstitucional. São Paulo: RT, 2008, p. 84-87.

3.3.4. Suíça

Na Suíça, a legislação sobre a coisa julgada e seus efeitos não difere substancialmente dos demais ordenamentos até aqui estudados²⁹⁴.

A jurisprudência, também, mostra-se algo hesitante quanto a definir os exatos limites objetivos da coisa julgada, havendo tendência de compreender que os efeitos derivados da *Rechtskraft* não estão restritos ao conteúdo do *decisum*, e vão além, se espraiando pelos fatos e fundamentos do julgamento, estes que consistem nas razões tomadas como necessárias para a determinação constante da decisão, ou seja, configuram a sua *ratio decidendi*²⁹⁵.

3.3.5. México

No México, em seu *Código Federal de Procedimientos Civiles*²⁹⁶, é expressamente adotada a corrente tradicional a respeito da doutrina da coisa julgada, tanto que RAFAEL DE PINA e JOSE CASTILLO LARRAÑAGA observam que aquele diploma legal, ao "... *viejo estilo,...*", tem a coisa julgada como portadora da "verdade da lei", e, portanto, labora com concepção segundo a qual, uma vez tendo ocorrido o trânsito em julgado da decisão, passa a haver uma presunção *juris et de jure* de que esta última, especialmente seu conteúdo – do qual se pode verificar a exata aplicação da lei ao caso concreto julgado –, representa verdade legal inalterável²⁹⁷.

29

²⁹⁷ Instituciones de Derecho Procesal Civil. 10^a ed. México: Porrua, 1974, p. 355.

²⁹⁴ Está disposto na *Loi fédérale de procédure civile fédérale*, em seu art. 71, o seguinte: "1. *Le jugement acquiert force de chose jugée dès qu'il est prononcé.* 2. *L'autorité de la chose jugée s'étend à la décision portant sur l'existence ou l'inexistence de la créance qui est opposée par voie d'exception à la demande, jusqu'à concurrence du montant avec lequel la compensation devrait avoir lieu*".

jusqu'à concurrence du montant avec lequel la compensation devrait avoir lieu".

295 Conforme conteúdo de ata referente à Conferência de Berlim, promovida pela International Law Association, no ano de 2004 (da qual participou, inclusive, o hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sidnei Beneti, representando o Brasil), durante a qual foi debatido o tema da res judicata na arbitragem. Disponível em http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/446043C4-9770-434D-AD7DD42F7E8E81C6. Acessado em 12 de setembro de 2009. Isto se confirma ao verificar-se que já há decisão do Tribunal Federal suíço, por este apontada como modificação de sua jurisprudência, dispondo que "L'autorità di cosa giudicata di una sentenza pronunciata in esito a un'azione in nullità di um brevetto non è limitata ai motivi di nullità in tale ambito, ma si estende bensì – di principio – a tutte le cause di nullità legali" (BGE 125 III 241); ou, ainda, que reconhece no segundo processo a autoridade da coisa julgada formada em outro a ele precedente, no qual ficou estabelecida a insuficiência das alegações especificadas e da prova produzida pelo autor, motivação esta tomada como relevante para a decisão e que, portanto, também estaria recoberta por aquela autoridade (BGE 115 II 187).

²⁹⁶ "Art. 354. - La cosa juzgada es la verdad legal, y contra ella no se admite recurso ni prueba de ninguna clase, salvo los casos expresamente determinados por la ley; Art. 355. - Hay cosa juzgada cuando la sentencia ha causado ejecutoria".

Os mesmos doutrinadores afirmam que a coisa julgada impede, pelos seus efeitos, haja um novo pronunciamento judicial a respeito das relações de Direito material que compõem o objeto de uma anterior sentença recoberta pela autoridade da coisa julgada, sendo necessário atentar-se que para a incidência do obstáculo mencionado, na verdade, deve restar caracterizada a existência de identidade de objeto, de causa, e de partes. Também alertam para o fato de que "El alcance exacto de la cosa juzgada lo definen los puntos resolutivos de la sentencia y no las razones em que esa misma sentencia se haya apoyado". 298.

Aludem, ainda, à circunstância de que a coisa julgada está restrita à parte resolutiva da sentença, não abarcando os motivos constantes desta, mesmo que tenham reconhecida importância na interpretação do *decisum*²⁹⁹. Merece ser ressalvado que, em passagem anterior de sua obra, já tinham os aludidos autores consignado, inobstante possa essa ser a opinião majoritária da doutrina, haver a necessidade de se chamar a atenção para o fato de que os motivos basilares do julgado ("... *la parte considerativa de la sentencia...*") devem ser levados em consideração para colaborar na fixação do alcance e da interpretação do quanto externado no dispositivo da sentença; bem como para poder-se entender quais os motivos meramente enunciativos contidos no decisório e que, portanto, diferentemente deles, não têm relevância, a não ser argumentativa, no resultado imunizado pela força da coisa julgada. Por fim, apontam serem igualmente importantes os motivos para que se tenha a noção exata do que ficou determinado na sentença, lembrando hipóteses em que pode haver julgamento implícito³⁰⁰.

A jurisprudência mexicana não mostra, por seu turno, qualquer movimento que deixasse transparecer estar se afastando destas posições, ao contrário, marca o seu comportamento obediente à tradicional abordagem a respeito tanto da coisa julgada, como de seus efeitos³⁰¹.

 298 Instituciones de Derecho Procesal Civil. $10^{\rm a}$ ed. México: Porrua, 1974, p. 355-356, nesta última v. tb. nota nº 5.

_

²⁹⁹ Instituciones de Derecho Procesal Civil. 10^a ed. México: Porrua, 1974, p. 358.

³⁰⁰ E complementam, dizendo: "... caso en que tiene autoridad igual a una disposición expressa, pues en muchas sentencias causan los motivos necesarios para precisar y completar el sentido de la parte decisoria (ejemplo, puntos decisorios implícitos ya expressados que no se desprenden de la simple lectura de la parte decisoria)" (Instituciones de Derecho Procesal Civil. 10ª ed. México: Porrua, 1974, p. 357.

³⁰¹ Demonstra o quanto aqui afirmado súmulas emitidas pela Suprema Corte de Justicia mexicana, a saber: "Tesis jurisprudencial nº. 85/2008 (Pleno). En el sistema jurídico mexicano la institución de la cosa juzgada se ubica en la sentencia obtenida de um auténtico proceso judicial, entendido como el seguido con las formalidades esenciales del procedimiento, conforme al artículo 14, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dotando a las partes en litigio de seguridad y certeza jurídica. Por otra parte, la figura procesal citada también encuentra fundamento en el artículo

3.3.6. Argentina

Na Argentina, o panorama de respeito irrestrito à coisa julgada prevalece, havendo diversas decisões da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* que isso demonstram de forma muito clara, valendo destacar que assim se tem pronunciado sob o argumento de que é imprescindível ter-se muita consideração com tal instituto para preservação da garantia de que os julgados em geral sejam e continuem a ser cumpridos, pois "... que ni esta Corte, ni ningún outro tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que nuestro proprio fallo sea también revocado en el futuro com argumentos contrarios, esto es, alegando su error, injusticia, etecétera"³⁰².

Também se mostra aparentemente refratária aquela Corte à idéia de concentração que permeia os nossos estudos, tendo sido afirmado, no corpo do único julgado que encontramos na sua jurisprudência a respeito do tema, que não há nenhuma disposição legal que obrigue sejam deduzidas todas as pretensões em um único processo. Relaciona-se ao assunto o quanto consta do art. 357, § 1°, *in fine*, do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, texto que se refere à possibilidade de o réu reconvir, e, analisada esta regra, constata-se cuidar a mesma apenas de uma faculdade, e

17, tercer párrafo, de la Norma Suprema, al disponer que las leyes federales y locales establecerán los médios necesarios para garantizar la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones, porque tal ejecución íntegra se logra sólo en la medida en que la cosa juzgada se instituye en el ordenamiento jurídico como resultado de un juicio regular que ha concluido en todas sus instancias, llegando al punto en que lo decidido ya no es susceptible de discutirse, en aras de salvaguardar la garantía de acceso a la justicia prevista en el segundo párrafo del artículo 17 constitucional, pues dentro de aquélla se encuentra no sólo el derecho a que los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado diriman los conflictos, sino también el relativo a que se garantice la ejecución de sus fallos. En ese sentido, la autoridad de la cosa juzgada es uno de los principios esenciales en que se funda la seguridad jurídica, toda vez que el respeto a sus consecuencias constituye un pilar del Estado de derecho, como fin último de la impartición de justicia a cargo del Estado, siempre que en el juicio correspondiente se haya hecho efectivo el debido proceso con sus formalidades esenciales"; e "Tesis Juriprudencial Nº 86/2008 (Pleno) Cosa juzgada. Sus límites objetivos y subjetivos. La figura procesal de la cosa juzgada cuyo sustento constitucional se encuentra en los artículos 14, segundo párrafo y 17, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene limites objetivos y subjetivos, siendo los primeros los supuestos en los cuales no puede discutirse en un segundo proceso lo resuelto en el anterior, mientras que los segundos se refieren a las personas que están sujetas a la autoridad de la cosa juzgada ...". Merece ser anotado que estas súmulas foram produto do debate que houve na indicada corte para apreciação de duas ações de inconstitucionalidade perante ela trazidas por membros da Assembléia Legislativa do Distrito Federal e pelo Procurador Geral da República (Ações de inconstitucionalidade nº 11/2004 e 12/2004), as quais, por maioria de votos, foram acolhidas, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 737-A a 737-L, do Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, os quais tratavam "de la acción de nulidad juicio concluído" naqueles dispositivos regulamentada.

302 V.g. Fallos de 13 de julho de 2007 (330:3248), 24 de agosto de 2000 (323:2131), e 29 de outubro de

³⁰² V.g. Fallos de 13 de julho de 2007 (330:3248), 24 de agosto de 2000 (323:2131), e 29 de outubro de 1996 (319:2527). No mesmo sentido, são os fallos da Suprema Corte de Justicia da Província de Buenos Aires, v.g.: SCBA, Ac 33028, Ac 48887, Ac 54404, Ac 64.671, Ac 33.028 e Ac 102.322.

que, deste modo, não pode ser exigida como se fosse um dever, na medida em que se tal se fizesse restaria comprometido o direito de defesa do requerido³⁰³.

A primeira das posições jurisprudenciais acima mencionadas permite perceber que a coisa julgada é algo no processo que não reflete só o interesse privado das partes, como também o interesse público que a envolve, e J. RAMIRO PODETTI³⁰⁴ especifica que às partes o mais relevante é a imutabilidade que se agrega ao julgado quando este se torna firme, indiscutível, enquanto é do interesse público que não venha a ser movimentado o órgão jurisdicional uma segunda vez pelas mesmas razões já apreciadas e julgadas em anterior procedimento, como ainda, o estabelecimento da paz social pela resolução em definitivo da demanda³⁰⁵.

Relaciona-se com a segunda daquelas posições o comentário de HUGO ALSINA quanto ao alcance da coisa julgada sobre a própria decisão a que se refere, pois é certo que apenas o quanto deduzido e debatido no processo, ou seja, o seu conteúdo – o qual, tal como acima visto, é controlado em sua extensão, de acordo com o teor do julgado trazido à colação, pelo arbítrio das partes – pode ser analisado na sentença, e é o dispositivo desta, que espelha o aludido conteúdo, e apresenta a solução da causa, que acaba por ser recoberto pela autoridade da coisa julgada, embora, na forma da advertência do indicado jurista, também caiba utilizar elementos da motivação para "... interpretar el alcance de la parte dispositiva" do julgado.

3.3.7. Uruguai

No Uruguai, o *Codigo General del Proceso*, seguindo no mesmo rumo de alguns diplomas legais que estudamos, aborda a matéria da coisa julgada de maneira simples,

³⁰³ Fallo de 30 de abril de 1996 (319:629). Em alguns fallos da Suprema Corte de Justicia da Província de Buenos Aires, contudo, se tem reconhecido não só ser conveniente reunir-se causas conexas para um único julgamento, como ser isto obrigatório para se evitar a ocorrência de decisões contraditórias, v.g.: SCBA, Ac 52932; Ac 33375 e Ac 72148, os quais fazem menção ao disposto no art. 188, do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o qual trata da cumulação de ações.

³⁰⁴ Apresenta este autor uma visão restritiva quanto aos efeitos objetivos emanados da coisa julgada, tanto que afirma, de modo categórico, aludindo ao sentido material da a *res judicata*, que aqueles efeitos não vão além de gerar a indiscutibilidade da questão resolvida (*Teoria y tecnica del Proceso Civil*. Buenos Aires: EDIAR, 1963, p. 256).

³⁰⁵ Teoria y tecnica del Proceso Civil. Buenos Aires: EDIAR, 1963, p. 255.

³⁰⁶ Tratado teorico pratico de Derecho Procesal Civil y Comercial. t. I. 2ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 1963, p. 59.

traduzindo um sentimento de que muito não é preciso para bem regulamentar a forma como se lidar com a *res judicata* e seus efeitos³⁰⁷.

Entende a doutrina uruguaia, pelo quanto se extrai das palavras de EDUARDO J. COUTURE, que a coisa julgada não é de razão natural, pois o natural seria sempre continuar rumo à verdade, e não se satisfazer com uma aparente verdade, com uma presunção, o que se faz tão somente para que se possa atender às exigências de ordem prática. O escrúpulo de verdade deveria superar o escrúpulo de certeza, mas isto poderia eternizar o processo. Fica claro, portanto, que é a coisa julgada uma exigência de ordem política e não jurídica³⁰⁸.

Consoante, ainda, a mesma doutrina, a coisa julgada não atinge a motivação da sentença, contudo incide sobre as questões decididas após terem sido amplamente debatidas pelas partes. Evidente que não há como desprezar os motivos considerados antecedentes lógicos da decisão, bastando perceber que para se determinar o alcance dos efeitos da *res judicata*, é imprescindível se socorrer da motivação, mesma atividade que deverá ser realizada para a identificação do pedido e da causa de pedir³⁰⁹.

3.3.8. Chile

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL informa que no Chile, quer a doutrina, quer a jurisprudência, muito se interessaram em esmiuçar sobre a natureza da coisa julgada, especialmente por terem aceitado, desde logo, o quanto era afirmado na tradicional literatura francesa a respeito do tema, a qual, sob um enfoque vinculado ao direito material, tinha que a *res judicata* configurava-se como sendo uma preclusão ou ficção de verdade³¹⁰. Segue mostrando que não concorda com esta visão heterodoxa da coisa

³¹⁰ Esta idéia transparece de modo muito claro no texto do art. 427, do *Codigo de Procedimiento Civil* chileno, *in verbis*: "Sin perjuicio de las demás circunstancias que, en concepto del tribunal o por

.

³⁰⁷ Confira-se os dispositivos constantes do aludido Código para se confirmar o que se diz, sendo eles os seguintes: Art. 215 – Eficacia de las sentencias interlocutorias y definitivas – Las sentencias interlocutorias, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo siguiente y las sentencias definitivas, pasarán en autoridad de cosa juzgada: 1) Cuando ya no sean susceptibles de recursos. 2) Si las partes las consienten expresamente. 3) Si se dejan transcurrir los plazos de impugnación sin interponer el correspondiente recurso. 4) Cuando los recursos interpuestos hubieren sido resueltos y no existieren otros consagrados por este Código; Art. 219 – Efectos de la cosa juzgada en otro proceso – La cosa juzgada, obtenida en proceso contencioso, tendrá efecto en todo proceso entre las mismas partes siempre

que versare sobre el mismo objeto y se fundare en la misma causa.

308 COUTURE, EDUARDO J. Fundamentos do Direito Processual Civil. Campinas: RED, 1999, p. 330 e 332.

Fundamentos do Direito Processual Civil. Campinas: RED, 1999, p. 357-360.

julgada, lembrando que em alguns casos esta pode e deve ser modificada, como naqueles em que se constata a erronia ou injustiça da decisão que se quer ter por imunizada e que, em virtude de seus defeitos, não mereceria obter tal "sacrosanto" caráter³¹¹.

Como no restante dos países da América do Sul³¹², é possível perceber-se que a jurisprudência chilena exige, para que se torne possível a arguição da exceção de coisa julgada, que haja a viabilidade da incidência da doutrina da tríplice identidade³¹³. conhecida teoria provinda do Direito romano, e fomentada em obra clássica de MATTEO PESCATORE³¹⁴, segundo a qual, para verificar-se a incidência da regra da res judicata, é necessário que entre os processos para tanto considerados exista identidade de partes, de causas de pedir e de pedidos³¹⁵.

Aliás, isto vem expressamente previsto no art. 177, do Código de Procedimiento Civil chileno, regra a qual, em sua última parte, esclarece que "Se entende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio". Deste modo, conforme haja alguma modificação fática relativa aos elementos que conduziram ao resultado versado no primeiro processo, consoante conclui JUAN COLOMBO CAMPBELL, outro pronunciamento judicial a respeito da nova controvérsia estará autorizado³¹⁶.

disposición de la ley, deban estimarse como base de una presunción, se reputarán verdaderos los hechos certificados en el proceso por un ministro de fe, a virtud de orden de tribunal competente, salvo prueba en contrario. Igual presunción existirá a favor de los hechos declarados verdaderos en otro juicio entre

las mismas partes".

311 Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección. In Revista chilena de derecho, v. 26, Chile: Santiago, 1999, p. 507.

Somo pode ser observado, *v.g.*, do teor de acórdão do *Tribunal Supremo de Justicia* venezuelano,

datado de 19 de junho de 2001 (Sentencia nº 01110 de Sala Político Administrativa - Expediente nº 0069), decisão esta que faz referência aos arts. 272 e 273, do Código de Procedimiento Civil; ou, também, de julgado da Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, de 10 de dezembro de 1996 (319:2990).

O que se pode conferir pelo teor de julgados da Corte de Apelaciones de Valdivia, v.g., Rec. Apelação - Rol 11.673-2001.

³¹⁴ O qual expôs mencionada teoria, referindo-se aos três elementos da ação, em sua obra *Sposizione* Compendiosa della Procedura Civile e Criminale nelle somme sue ragione e nel suo ordine naturale con appendici di complemento sui temi principali di tutto Il diritto giudiziario. v. I. Torino: UTET, 1864,

passim.

315 Esta identidade corresponde à identidade da lide a que alude FRANCESCO CARNELUTTI (Instituições do Processo Civil. v. I. Campinas: Classicbook, 2000, p. 88), sendo importante destacar, como o faz VICENTE GRECO FILHO, que "A tríplice identidade é elemento perfeito de identificação da ação, mas não pode ser utilizada para limitar o âmbito do chamado efeito negativo da coisa julgada" (Direito Processual Civil brasileiro. v. 2. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 288).

316 Funciones del Derecho Procesal Constitucional. In Revista Ius et praxis. Ano 8, v. 8, nº 2. Talca:

Universidad de Talca, 2002, p. 66.

3.4. Eficácia preclusiva da coisa julgada na França

Na França, pela conjugação dos arts. 4º e 480, do *Code de Procédure Civile*³¹⁷, percebe-se que a coisa julgada atinge apenas o quanto foi efetivamente decido no dispositivo da sentença, exatamente nos limites do quanto posto pelas partes em debate, ou seja, respeitadas as questões surgidas em virtude do conteúdo da inicial e da contestação no processo apresentadas para análise³¹⁸. Destaca GIROLAMO MONTELEONE que, a lei francesa, de pronto, confere autoridade de coisa julgada à sentença, bastando para isso que seja proferida, "... *sicché le impugnazioni sono concepite come instrumenti volti ad infirmare questa e non solo e semplicimente la sentenza*",³¹⁹.

Conforme a predominante interpretação dada pela jurisprudência francesa, a autoridade da coisa julgada adere apenas ao dispositivo (*dispositif*), e evita, de qualquer modo, haja novo pronunciamento a respeito dos fatos relevantes analisados e que constituíram o fundamento da decisão, esta que, então, pela sua força obrigatória³²⁰, vinculante das partes, se erige como o julgamento definitivo da lide³²¹.

Apesar disso, há pronunciamentos em contrário³²², reputando, os fatos essenciais levados em consideração para chegar-se ao resultado do julgamento (*les motifs décisifs*),

3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée ; 4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment "; "Art. 1352 – L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause :

Força que permanece mesmo que, conforme afirmado em certo julgado da *Cour de Cassation* francesa, se pudesse tomar como errônea a decisão revestida da autoridade da coisa julgada (Recurso nº 96 11-399, da 3ª Câmara Civil, de 04 de março de 1998).

³²¹ V. nota nº 18, ao art. 480, do *Noveau Code de Procédure Civil*, 95ª ed. Paris: Dalloz, 2003, p. 270. Perceba-se que o sentido de lide no texto é o mesmo que é dado ao termo em nosso Código de Processo Civil, qual seja, o de mérito (*Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 52).

^{317 &}quot;Art. 4° - L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant"; "Art. 480 – Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche. Le principal s'entend de l'objet du litige tel qu'il est determine par l'article 4", ambos do Code de Procédure Civil. Além destes, cuida da matéria também o Code Civil, verbis: "Art. 1351 – La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits; tels sont : 1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité; 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées;

que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité".

318 Nesse sentido o teor da nota n° 5 bis, ao art. 4°, do Noveau Code de Procédure Civil, 95° ed. Paris: Dalloz, 2003, p. 5.

³¹⁹ Diritto Processuale Civile. 3^a ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 532.

Sendo curioso anotar a divergência de tratamento existente quanto à matéria por um mesmo órgão da *Cour de Cassation* francesa, como se pode perceber do teor dos seguintes julgados da 2ª Câmara Civil, de 12 de fevereiro de 2004, Boletim nº 55; e de 19 de novembro de 1997, Boletim nº 279.

como inseparáveis daquilo que usualmente se considera dispositivo³²³. Este entendimento estaria a ampliar, de certo modo, os efeitos objetivos da coisa julgada, sua eficácia preclusiva, estendendo-se aqueles a parte da sentença que, normalmente, por configurar sua fundamentação, não estaria, nos moldes da doutrina tradicional, sujeita à imunização típica da coisa julgada.

Adotando uma nova perspectiva, recentemente veio a decidir a *Cour de Cassation* francesa, analisando caso pertinente a um contrato de franquia³²⁴, de molde a efetivamente alargar, ao menos segundo a concepção preponderante que se tem a seu respeito, os efeitos preclusivos da coisa julgada.

Cabe resumidamente relatar, para o melhor entendimento do quanto foi julgado por aquela Corte, que o franqueador, entendendo ter sido lesado pelo franqueado que rompeu o contrato entre eles havido antes do termo naquele estipulado, e, ainda, realizou novo negócio com um seu concorrente, a princípio, valendo-se de juízo arbitral, pleiteou uma indenização pertinente aos danos que teria sofrido em virtude da quebra do contrato, como também requereu que não pudesse o referido concorrente continuar a manter o vínculo posteriormente com ele assumido pelo franqueado.

O tribunal arbitral concedeu ao franqueador a indenização almejada, porém, não reconheceu ter ele direito de interferir no posterior negócio realizado pelo franqueado com um terceiro, e, desde logo, deixou anotado que não havia o franqueador propugnado por uma indenização com base neste último fato, como poderia tê-lo feito com base em determinada cláusula do contrato rompido.

Aproveitando-se do quanto deliberado pelo tribunal arbitral, o franqueador em novo procedimento de arbitragem, veio requerer a fixação de outra indenização, agora pelo fato de que tinha o franqueado desrespeitado cláusula contratual que a ele impedida de realizar negócios com concorrentes do franqueador.

Nesta segunda oportunidade, o tribunal arbitral, rejeitando a defesa do franqueado, então apresentada para pugnar pelo reconhecimento da *res judicata* formada no primeiro procedimento, concedeu ao franqueador a indenização pedida.

³²⁴ O julgado referido é da 1ª Câmara Civil, de 28 de maio de 2008, Recurso nº 07-13266, *Société Prodim* v. *Société G&A*.

³²³ V. nota nº 19, ao art. 480, do *Noveau Code de Procédure Civil*, 95ª ed. Paris: Dalloz, 2003, p. 271. Aliás, GIUSEPPE CHIOVENDA alerta para que não se tenha a errônea idéia de que a coisa julgada se restringe, formalmente, apenas ao dispositivo da sentença, pois é comum ser "... necessário remontar aos motivos para poder identificar a ação com a indagação da *causa petendi*" (*Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 494).

Houve recurso desta decisão, agora já endereçado a uma corte de apelação, onde ao mesmo foi dado provimento, isto com base no reconhecimento de que o tribunal arbitral tinha sido irregularmente constituído, e, consequentemente, nulo seria o julgamento por aquele órgão proferido, resultado o qual provocou o reflexo afastamento da indenização fixada no segundo processo acima mencionado. Tal decisão foi objeto de impugnação e, se conseguiu, por ordem da *Cour de Cassation*, que o recurso antes interposto fosse analisado no mérito, e por outra corte, a qual, recebendo os autos, cumprindo o quanto lhe foi determinado, acabou por repetir a decisão do tribunal arbitral em favor do franqueador.

Novo recurso foi apresentado e, tornando o processo à *Cour de Cassation*, finalmente esta deliberou no sentido de que deveria o franqueador ter aduzido todas as matérias de fato e de direito, assim como, realizado todos os pedidos que entendesse possíveis já no primeiro processo arbitral, e que, portanto, estava impedido de promover outras ações baseadas nos mesmos fatos, ainda que deles pudesse individualizar diversas causas de pedir ou diversos pedidos, os quais, aliás, já poderia muito bem ter formulado desde quando investiu contra o franqueado pela primeira vez em sede arbitral.

3.5. Eficácia preclusiva da coisa julgada na Espanha

Como se verá, à eficácia preclusiva da coisa julgada tem sido dado tratamento bem diverso no ordenamento processual espanhol.

Na última grande reforma ocorrida na *Ley de Enjuiciamiento Civil* (no ano de 2000), ficou evidenciada a preocupação do legislador espanhol em não permitir a multiplicação de processos, e, nesta conformidade, entendeu de provocar, a nosso ver, a concentração de causas e pedidos³²⁵ quando do momento da propositura da ação, para isso criando, como incentivo à estrita observância das orientações da lei, regra preclusiva da faculdade de vir a parte, posteriormente, a pretender trazer ao debate, no mesmo, ou até em outro processo, fatos ou fundamentos jurídicos os quais, desde o princípio, já poderiam ter sido por ela alegados no precedente.

_

³²⁵ Fala aqui MARIA TERESA DE PADURA BALLESTEROS ter o art. 400, da Ley de Enjuiciamiento Civil, evitado um indesejável "goteo de pretensiones" (Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 87).

A idéia do aludido legislador está bem exposta nos seguintes excertos retirados do texto da exposição de motivos da Ley de Enjuiciamiento Civil, e de necessária transcrição, pois traz explicação de que a "Novedad de esta Ley son también las normas que, conforme a la jurisprudencia y a la doctrina más autorizadas, expresan reglas atinentes al contenido de la sentencia. Así, los preceptos relativos a la regla 'iuxta allegata et probata', a la carga de la prueba, a la congruencia y a la cosa juzgada material. Importantes resultan también las disposiciones sobre sentencias con reserva de liquidación, que se procura restringir a los casos en que sea imprescindible, y sobre las condenas de futuro" ... (omissis)... "El precepto sobre la debida exhaustividad y congruencia de las sentencias, además de haberse enriquecido con algunas precisiones, se ve complementado con otras normas, algunas de ellas ya aludidas, que otorgan a la congruencia toda su virtualidad. En cuanto a la cosa juzgada, esta Ley, rehuyendo de nuevo lo que en ella sería doctrinarismo, se aparta, empero, de superadas concepciones de índole casi metajurídica y, conforme a la mejor técnica jurídica, entiende la cosa juzgada como un instituto de naturaleza esencialmente procesal, dirigido a impedir la repetición indebida de litigios y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos. Con esta perspectiva, alejada de la idea de la presunción de verdad, de la tópica 'santidad de la cosa juzgada' y de la confusión con los efectos jurídico-materiales de muchas sentencias, se entiende que, salvo excepciones muy justificadas, se reafirme la exigência de la identidad de las partes como presupuesto de la específica eficacia en que la cosa juzgada consiste. En cuanto a otros elementos, dispone la Ley que la cosa juzgada opere haciendo efectiva la antes referida regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos"326.

Esta última regra referida consta entre os dispositivos que abordam a demanda e seu objeto (Seção 1ª, do Capítulo I, do Título II, do Livro II), especificamente, dos parágrafos, do art. 400, da Ley de Enjuiciamiento Civil³²⁷, sendo que a atual doutrina espanhola a denomina de preclusión impeditiva, em um primeiro momento, muito

³²⁶ Lev de Enjuiciamiento Civil. Madrid: La Ley, 2002, p. 27-28.

De teor seguinte: "Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos. 1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación. 2. De conformidad con lo dispuesto en al apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este".

próxima da preclusão comum, pois, como esta última, está vinculada ao não cumprimento pela parte de sua carga processual³²⁸. Entretanto, dela se diferencia por acarretar para a parte uma carga específica, ligada ao ônus instituído de que haja exaustiva alegação de fatos e fundamentos jurídicos nos momentos para tanto designados na lei, sendo importante deixar assentado que o dispositivo se dirige tanto à atividade do autor, como a do réu³²⁹.

Em comentário ao § 1º, do art. 400, da Ley de Enjuiciamiento Civil, MARIA TERESA DE PADURA BALLESTEROS anota que "La preclusión, aunque sea por la via de la cosa juzgada, impiede incoar un segundo proceso con base en hechos o fundamentos de derecho existentes en el momento de interponer la primera demanda...", observação com a qual concordamos integralmente, em especial, na parte em que vê, como nós, que a preclusão acaba por ter efeitos para além do processo em que se formou, quando se agrega à coisa julgada, no caso da regra indicada, para tornar inadmissível a existência de um processo subsequente no qual se pretendesse apresentar, como substrato de um certo pedido, fatos ou fundamentos jurídicos que deveriam ter sido alegados no precedente processo³³⁰.

Na mesma linha de argumentação segue JOSÉ MARIA ASENCIO MELLADO, o qual percebe que o conteúdo do art. 400, da Ley de Enjuiciamiento Civil, acaba por afetar os atos de alegação das partes, impossibilitando sejam trazidos ao processo novos fatos ou fundamentos jurídicos ocorridos antes da formulação da demanda em juízo, situação que corresponde à preclusão, cujos efeitos impedem a dedução de aludidos fatos e fundamentos, em qualquer tempo, tanto no mesmo processo, como em outro posterior³³¹. Ou seja, "... todo hecho acaecido con anterioridad a la demanda debe ser introducido en ésta, siendo así que si no se hace se pierde la possibilidad de alegación en todo caso y el mismo queda subsumido o resuelto por la sentencia que se dicte"332.

Particular atenção merece o teor do § 2°, do art. 400, da Ley de Enjuiciamiento Civil, do qual se extrai estar considerado haver identidade entre os fatos e fundamentos

cosa juzgada. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 64.

332 Derecho Procesal Civil. Parte Primera. 3ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 164.

³²⁸ ESTAGNAN, JOAQUÍN SILGUERO. La preclusión de alegaciones en el processo civil. Navarra: Civitas, 2009, p. 37-38, 64-68, 75, 90-91 e 216.

329 BALLESTEROS, MARIA TERESA DE PADURA. Fundamentación de la sentencia, preclusión y

³³⁰ Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 78. 331 "Sin este precepto una segunda demanda con un petitum idéntico, entre las mismas partes, pero con distinta causa petendi sería admisible. El art. 400 LEC obstaculiza esta posibilidad, pudiéndose enervar la pretensión por medio de la excepción de cosa juzgada" (GÓMEZ, JUAN M. INFANTES. Consideraciones sobre el objeto del proceso. Su determinación e influencia sobre el mismo. Disponível em: http://www.biblopia.com/descarga.php?j=ZZai. Acessado aos 23 de outubro de 2009).

jurídicos aduzidos no processo precedente, e os alegados em outro anterior, apenas quando os fatos e fundamentos jurídicos do novo processo já pudessem ter sido alegados no precedente, o que leva à conclusão de que, igualmente, para efeito de sua aplicação concreta, o dispositivo abrange aos fatos e fundamentos jurídicos, os quais, mesmo sendo conhecidos e estando disponíveis ao uso para que a parte se desincumbisse de seu ônus, não foram objeto de alegação³³³.

JOAQUÍN SILGUERO STAGNAN, diante do papel que está agora fadada a desempenhar a preclusão tratada, vê esta se desvinculando de suas raízes, para que possa cumprir outra relevante função como "... *un principio transversal del procedimiento*" ³³⁴, atuando dinamicamente nas variadas fases do processo, interferindo, portanto, na produção de alegações, de defesas, ou mesmo de provas ³³⁵.

Tal interferência resta bem marcada ao se entender, como RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES, estar condicionado o autor pelo conteúdo do art. 400, da Ley de Enjuiciamiento Civil, a cumular ações, como também está obrigado a "... alegar cuantos hechos y alegaciones jurídicas se desprendan del contenido de su pretensión, operando en este caso lo previsto en el artículo 222 con relación a cuantas acciones hubieran podido haberse ejercitado por corresponder a una misma relación jurídico-material" 236.

Imprescindível ressaltar, que a *preclusión impeditiva*, para que ocorra, pressupõe que à parte tenha sido garantia oportunidade para a prática ideal do ato previsto em lei, o que deve ser entendido como ter sido verificado que, apesar de a parte ter todos os elementos possíveis para o cumprimento de sua carga processual, simplesmente deixou

_

³³³ La preclusión de alegaciones en el processo civil. Navarra: Civitas, 2009, p. 113-114. MARIA TERESA DE PADURA BALLESTEROS, com relação à hipótese tratada no artigo e parágrafo apontados, afirma que a impossibilidade de que venha a existir um segundo processo é decorrência da preclusão, e não da coisa julgada, apesar de o dispositivo, como também o art. 222, § 2º, da Ley de Enjuiciamiento Civil, se referirem àquela última e não à primeira (Fundamentación de la sentencia,

preclusión y cosa juzgada. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 84 e 108).

334 La preclusión de alegaciones en el processo civil. Navarra: Civitas, 2009, p. 60-61.

Assim se manifesta este autor, pois tem a idéia de que a preclusão impeditiva é aquela produzida durante o processo, e sua eficácia é, portanto, endoprocessual, desta forma impedindo que a parte reserve alegações para utilizá-las em um processo ulterior (*La preclusión de alegaciones en el processo civil*. Navarra: Civitas, 2009, p. 189). Discordamos deste autor, pois, como já referimos anteriormente, em outra passagem deste trabalho, a preclusão acaba sempre por associar-se à coisa julgada e, desta forma, projeta-se para fora do processo junto com aquela, ambas espraiando efeitos preclusivos.

³³⁶ Comentário a la Sentencia de la Audiência Provincial de Zaragoza de 25 de marzo de 2004. In Revista Xurídica Galega. Disponível em: https://www.rexurga.es/pdf/COL211.pdf. Acessado aos 29 de junho de 2009.

de fazê-lo, sendo irrelevante qual o motivo que teria levado a esta sua atitude, sobrevindo, de qualquer modo, a preclusão de que se cuida³³⁷.

A norma em comento é de substancial relevância, na medida em pode se pensar ter ela repercussão sobre a faculdade relativa ao exercício do direito de ação, sendo dele restritivo, o que muitos podem pensar não condizer com a ordem constitucional, porquanto estaria comprometido o acesso à justiça, à tutela judicial efetiva, estes garantidos pelo art. 24, § 1º, da Constituição espanhola³³⁸.

Porém, a aludida garantia, da forma como erigida a regra da *preclusión impeditiva*, resulta resguardada, porque, como exposto acima, não sobrevém a perda representada por esta preclusão quando não haja sido dada, à parte atingida, efetiva possibilidade de praticar os atos processuais a ela afetos, ou seja, o acesso à justiça é oportunizado para que esta parte reclame a tutela judicial pretendida na extensão que o desejar, entretanto, uma única vez, dentro de determinadas condições, e, apenas quando não aproveitado este indicado momento, é que se exclui a faculdade do exercício do direito de ação como acima referimos, quando, então, estaria este sendo repetido, iniciativa vedada nos temos da lei infraconstitucional, a qual, como se vê, não viola a norma constitucional.

Acompanha e complementa este pensamento TOMÁS RUBIO GARRIDO, para quem o questionamento acima lançado não teria razão de ser, em que pese a força do princípio da autonomia privada, preservada na Constituição espanhola, e que poderia levar à conclusão de que apenas as alegações efetivamente feitas pelas partes influiriam na formação da coisa julgada. Em contraponto, diz que é possível entender que, delimitado pelas partes o objeto da controvérsia, "... todos los hechos a el relativos, aducidos o no por las partes, y todas las alegaciones jurídicas a él relativas, hechas o no por las partes, quedarían cubiertos por la cosa juzgada".

Diante tais elementos, pondera que o respeito absoluto ao princípio da autonomia privada, na hipótese, poderia conduzir a uma consequente lesão ao direito fundamental de uma das partes em obter uma tutela judicial efetiva, como esta vem garantida no art. 24, da Constituição espanhola, "... puesto que la sentencia obtenida podría ulteriormente quedar inefectiva por la invocación de hechos que (acaso a tal fin)

338 Cujo teor é o seguinte: "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

3

³³⁷ ESTAGNAN, JOAQUÍN SILGUERO. *La preclusión de alegaciones en el processo civil*. Navarra: Civitas, 2009, p. 91 e 181.

quedaron en la recámara de uno de los litigantes o la alegación de circunstancias (en su caso, acciones) que no se emplearon, aun pudiendo haber sido empleadas".

Seguindo, o jurista mencionado adverte que a referida autonomia privada, e os princípios processuais a ela atrelados, nascem já delimitados na lei, inclusive na constitucional (cf. arts. 10, 33 e 38, da Constituição espanhola; e aos arts. 19, 21 e 216, in fine, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, como ainda nos arts. 1255, e 6°, § 2°, do Código Civil). Ressalva, contudo, que não deve haver nenhum impedimento imposto pela lei resultante da preclusão que se aborda, quando se tratar de modificações fáticas posteriores ao julgamento, ou, também, quando evidenciado que a parte não tinha meios de saber da existência dos fatos que deixou de alegar, tanto que a própria *Ley de Enjuiciamiento Civil* traz regras que permitem, neste último caso, sejam aduzidos posteriormente tais fatos (arts. 222, § 2°; e 286), produza a parte provas referentes a estes e que não puderam ser oportunamente obtidas (arts. 270, 271, e 460, § 2° e 3°), e petições complementares (art. 426, § 3°)³³⁹.

Aliás, quanto a estas últimas, não se pode olvidar que também o § 1°, do art. 412, *Ley de Enjuiciamiento Civil*³⁴⁰, cuida da possibilidade de alegações complementares, no sentido expresso de permitir que, ainda no mesmo processo, sejam trazidos fatos e fundamentos jurídicos conexos aos que já mencionados em peça anterior, como também, fatos e informações novos³⁴¹, faculdade cujo exercício está

339 Cosa juzgada y tutela judicial efectiva. In Derecho privado y Constitución, nº 16, enero-diciembre 2002, La Rioja: Universidad de La Rioja, p. 259-392. Disponível em: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=294626. Acessado em 02 de fevereiro de 2010.
340 In verbis: "Prohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles. 1. Establecido lo que sea

_

objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente Ley". Anote-se que este dispositivo, para o seu melhor entendimento, deve ser associado ao quanto estabelecido na parte final do § 1º, do art. 400, da Ley de Enjuiciamiento Civil.

na parte final do § 1°, do art. 400, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

341 Observa JOSÉ MARIA ASENCIO MELLADO, que esta é "... una posibilidad excepcional y limitada" únicamente a este tipo de hechos los cuales, además, han de ser probados salvo que la contraparte los admita como tales" (Derecho Procesal Civil. Parte Primera. 3ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 164-165). Nesse sentido se tem decidido que as alegações complementares devem ter um teor absoltamente vinculado aos fatos e fundamentos jurídicos antecedentemente apresentados no processo, como se pode verificar neste julgado da Audiencia Provincial de Madrid, Seção 14 - Ap. nº 695/2008 (Sentencia nº 159/2009): "... de conformidad con lo establecido en los artículos 400, 412 y 426 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no cabe que una vez determinado el objeto del proceso en la demanda, (en la contestación o en la reconvención) aquél pueda ser modificado, so pena de causar indefensión a la contraparte al verse privado de la oportunidad de debate y defensa sobre las nuevas posiciones en que el demandante sitúe el 'thema decidendi' (principio de prohibición de la 'mutatio libelli' del artículo 412). Por tanto, es en la demanda cuando el actor ha de determinar la causa de pedir, sin que le sea lícito que posteriormente la modifique en base a fundamentos de hecho o de derecho diferente. La necesidad de la aplicación del principio de preclusión en las alegaciones de las partes (artículo 412) tiene por finalidade asegurar las debidas garantías del proceso, preservando los principios de igualdad de armas y contradicción, siendo ésta la razón por la que lo único que autoriza el artículo 426 Ley de

limitado a certo momento do processo³⁴², mas que, de qualquer modo, reserva oportunidade para que as partes possam cumprir com suas cargas processuais, e evitem

Enjuiciamiento civil es realizar alegaciones que sean complementarias a las ya efectuadas, aclarar las realizadas o rectificar pretensiones secundarias, sin permitir, en cualquier caso, introducir alegaciones principales que modifiquen la individualización de la pretensión planteada". A respeito do mesmo tema, a Audiencia Provincial de Ourense, Seção 1 (Recurso nº 36/2008, Sentencia nº 238/2009) já decidiu: "La Ley de enjuiciamiento civil de 2000 elabora el concepto de preclusión de alegaciones de las partes, de conformidad con lo establecido en los artículos 400, 412 y 426. Una vez fijado el objeto del proceso, bien en la demanda, en la contestación o en la reconvención, éste ha de permanecer invariable e inmutable pues de lo contrario se estaría admitiendo situaciones determinantes de indefensión al verse la parte contraria a aquella que modificó su posición, privada de la oportunidad de debatir v defenderse frente a las nuevas situaciones fácticas presentadas, al margen de aquellas en las que se situó el núcleo de la litis. Por consiguiente, será en la demanda cuando el actor ha de determinar la causa de pedir, sin que le sea lícito que posteriormente la modifique en base a antecedentes de hecho jurídicamente relevantes diferentes. Únicamente cabe, al margen de los hechos nuevos o de nueva noticia, al amparo el artículo 426, realizar alegaciones que sean complementarias a las ya efectuadas, aclarar las realizadas o rectificar pretensiones secundarias, sin permitir, en cualquier caso, introducir alegaciones principales que modifiquen la individualización de la pretensión planteada".

² Por ser de extrema relevância transcrevo os artigos que estão ligados ao assunto abordado no texto, a saber: "Art. 271. Preclusión definitiva de la presentación y excepciones a la regla. 1. No se admitirá a las partes ningún documento, instrumento, medio, informe o dictamen que se presente después de la vista o juicio, sin perjuicio de lo previsto en la regla tercera del artículo 435, sobre diligencias finales en el juicio ordinario. 2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso. Estas resoluciones se podrán presentar incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, dándose traslado a las demás partes, para que, en el plazo común de cinco días, puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia. El tribunal resolverá sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia"; "Art. 286. Hechos nuevos o de nueva noticia. Prueba. 1. Si precluidos los actos de alegación previstos en esta Lev y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer ese hecho, alegándolo de inmediato por medio de escrito, que se llamará de ampliación de hechos, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto del juicio o vista. En tal caso, se llevará a cabo en dichos actos cuanto se prevé en los apartados siguientes. 2. Del escrito de ampliación de hechos se dará traslado a la parte contraria, para que, dentro del quinto día, manifieste si reconoce como cierto el hecho alegado o lo niega. En este caso, podrá aducir cuanto aclare o desvirtúe el hecho que se afirme en el escrito de ampliación. 3. Si el hecho nuevo o de nueva noticia no fuese reconocido como cierto, se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil del modo previsto en esta Ley según la clase de procedimiento cuando fuere posible por el estado de las actuaciones. En otro caso, en el juicio ordinario, se estará a lo dispuesto sobre las diligencias finales. 4. El tribunal rechazará, mediante providencia, la alegación de hecho acaecido con posterioridad a los actos de alegación si esta circunstancia no se acreditase cumplidamente al tiempo de formular la alegación. Y cuando se alegase un hecho una vez precluidos aquellos actos pretendiendo haberlo conocido con posterioridad, el tribunal podrá acordar, mediante providencia, la improcedencia de tomarlo en consideración si, a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las demás partes, no apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos. En este último caso, si el tribunal apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación, podrá imponer al responsable una multa de veinte mil a cien mil pesetas"; e "Art. 435. Diligencias finales. Procedencia. 1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas: No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429. Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas. También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286. 2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la

a eventual superveniência da preclusión impeditiva. Labora esta regra para contribuir ainda mais para o afastamento da idéia de que a preclusão estudada violaria alguma garantia processual constitucional³⁴³.

TOMÁS RUBIO GARRIDO, em conclusão, afirma que os parâmetros constitucionais antes aludidos, foram todos respeitados pelos arts. 222, § 2°; 400, § § 1° e 2°; 406, § 4°; e 597, da Ley de Enjuiciamiento Civil, e, reputa ser a preclusão prevista neste Diploma, enquanto efeito específico ligado a uma carga ou ônus, figura "... legítima y normal, justificada por el interés público que claramente tiñe todo el procedimiento civil, para el que conviene estimular su rapidez, exigiendo participación activa de las partes (cfr. por ejemplo, arts. 269, 275, 342, 3, II, 401, 1 414, 3, II, 424, 2 y 499 LEC; también art. 1538 LEC/1881 y STC 215/89)", repisando que, na verdade, o objeto o qual resta coberto pela coisa julgada não é coincidente com o objeto do título e causa de pedir revelado na demanda, até porque possível interferência pertinente a isso provocada por eventual reconvenção, que veicula, da mesma forma, fatos e fundamentos jurídicos que podem alterar o objeto final a ser considerado para a identificação da res judicata, como ainda há disposições, como as dos arts. 222, § 2°; e 400, da Lev de Enjuiciamiento Civil, as quais se reportam a fatos e fundamentos dedutíveis até certo ponto do processo, mas que não o foram, e, em virtude dessa omissão, acarretam a preclusão da faculdade de alegar tais fatos e fundamentos posteriormente, o que leva a ver que "... el objeto de cognición y enjuiciamiento judicial (objeto del proceso) puede ser siempre algo más que lo en concreto aportado y aducido por las partes en litigio"344.

Prosseguindo, releva frisar que a regra do art. 222, da Ley de Enjuiciamiento Civil, trata da coisa julgada material, sendo que pelo seu conteúdo³⁴⁵, não revela

voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y

³⁴³ Consideração que conta com a aparente aquiescência de JOAQUÍN SILGUERO STAGNAN (La preclusión de alegaciones en el processo civil. Navarra: Civitas, 2009, p. 139-140).

³⁴⁴ Cosa juzgada y tutela judicial efectiva. In Derecho privado y Constitución, nº 16, enero-diciembre p. 259-392. La Rioja: Universidad de La Rioja, Disponível http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=294626. Acessado em 02 de fevereiro de 2010.

³⁴⁵"Cosa juzgada material. 1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo. 2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley. Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen. 3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y

nenhuma maior novidade, abordando a *res judicata* de uma forma que podemos reputar tradicional, tanto em relação ao seu alcance negativo³⁴⁶, como ao seu alcance positivo³⁴⁷.

Nesta disposição legal temos o que se designa por *preclusión excluyente* gerada pela coisa julgada, e, assim, destinada a operar em outros processos, como afirma JOAQUÍN SILGUERO ESTAGNAN, esclarecendo que tal preclusão "... *rechaza o niega el ejercicio posterior de una faculdad en otro processo*", evitando, desta maneira, seja rejulgado aquilo que já está resolvido, e, além disso, elimina as incertezas por obstruir toda e qualquer possibilidade de se retornar a discutir questões precedentemente definidas³⁴⁸, estas caracterizadas por serem antecedentes lógicos da demanda posterior³⁴⁹, nos quais esta viria a se sustentar, o que não se faz possível, justamente em razão da preclusão.

Portanto, a *prelusión excluyente* tanto consiste em uma barreira para a repetição de ações, como para que em processo futuro sejam reanalisadas questões as quais já tenham sido objeto de decisão em processo precedente. Atente-se, porém, que tais questões somente são as passíveis de ser classificadas como determinantes da sentença,

causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley. En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil. Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado. 4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal".

³⁴⁶ Sobre este alcance negativo já se decidiu: "En cuanto a la preclsión al haberse instado un procedimiento anterior en reclamación de las derramas segunda, tercera y cuarta, argumentando los mismos hechos y fundamentos jurídicos, se ha de entender que la función negativa de la cosa juzgada implica la exclusión de toda decisión judicial futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto. Ha de aplicarse el artículo 222.2 con relación artículo 400, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil" (Audiencia Provincial de Madrid, Seção 20, Ap. nº 580/2007 [Sentencia nº 235/2009]).
³⁴⁷ Tanto que SONIA CALAZA LÓPEZ, já na vigência da atual Ley de Enjuiciamiento Civil, asseverou

que "... el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada ha sido, de manera plausible, complementado con el efecto positivo o vinculante, que ha sido recogido en el apartado cuarto del precepto 222 de la LEC, y señala que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a todos ellos por disposición legal". (La cosa juzgada en el Proceso Civil y Penal. In Boletín de la Faculdad de Derecho de la UNED, nº 24, 2004, p. 131-146. Disponível em: http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-2004-24-10040&dsID=PDF. Acessado em 15 de faveriro de 2010).

C

³⁴⁸ La preclusión de alegaciones en el processo civil. Navarra: Civitas, 2009, p. 37-38, 42, 109-110 e 196. 349 La preclusión de alegaciones en el processo civil. Navarra: Civitas, 2009, p. 111 e 197.

ou melhor, são elas as que, uma vez resolvidas, influíram de modo decisivo no resultado do julgamento da primeira ação³⁵⁰.

Outro dispositivo que merece ser marcado é o art. 406³⁵¹, § 4°, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, pelo fato de fazer aplicar à reconvenção a mesma sistemática prevista para a inicial, no que diz respeito à obrigação de que sejam, também naquela peça, alegados todos os fatos e fundamentos jurídicos que servem ao embasamento da pretensão reconvencional.

Este tipo de regra preserva o tratamento igualitário que sempre deve ser dado às partes, e não haveria mesmo qualquer razão para deixar-se de exigir do réu o mesmo comportamento imposto ao autor, ficando expressamente demonstrado, pelo teor do aludido artigo, o respeito dado pela lei ao princípio da isonomia.

Associa-se a tais regras, ainda, o art. 421, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*³⁵² este que contempla procedimento a ser adotado em caso de haver litispendência ou coisa julgada, com possibilidade, inclusive, de suspensão do curso do processo, para que possa confirmar a existência de qualquer daquelas duas situações, no intuito claro de evitar-se seja proferida decisão sobre questão anteriormente decida, ou se repita um

³⁵⁰ La preclusión de alegaciones en el processo civil. Navarra: Civitas, 2009, p. 114 e 216.

De teor seguinte: "Contenido y forma de la reconvención. Inadmisibilidad de la reconvención no conexa con la demanda y de la reconvención implícita. 1. Al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvención, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante. Sólo se admitirá la reconvención si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal. 2. No se admitirá la reconvención cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza. Sin embargo, podrá ejercitarse mediante reconvención la acción conexa que, por razón de la cuantía, hubiere de ventilarse en juicio verbal. 3. La reconvención se propondrá a continuación de la contestación y se acomodará a lo que para la demanda se establece en el artículo 399. La reconvención habrá de expresar con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos. En ningún caso se considerará formulada reconvención en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal. 4. Será de aplicación a la reconvención lo dispuesto para la demanda en el artículo 400".

352 In verbis: "Resolución en casos de litispendencia o cosa juzgada. 1. Cuando el tribunal aprecie la

pendencia de otro juicio o la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 222, dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento. Sin embargo, no se sobreseerá el proceso en el caso de que, conforme al apartado 4 del artículo 222, el efecto de una sentencia firme anterior haya de ser vinculante para el tribunal que está conociendo del proceso posterior. 2. Si el tribunal considerare inexistente la litispendencia o la cosa juzgada, lo declarará así, motivadamente, en el acto y decidirá que la audiencia prosiga para sus restantes finalidades. 3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando la dificultad o complejidad de las questiones suscitadas sobre litispendencia o cosa juzgada lo aconsejen, podrá también resolver sobre dichas cuestiones mediante auto, dentro de los cinco días siguientes a la audiencia, que proseguirá en todo caso para sus restantes finalidades. Si fuese necesario resolver sobre alguna cuestión de hecho, las actuaciones oportunas, que ordenará el tribunal, se practicarán dentro del plazo antedicho".

julgamento já concedido em ação idêntica³⁵³, providência a qual, como se percebe, visa evitar que haja comprometimento em qualquer proporção da força da *res judicata*, que, nestes termos, sobressai prestigiada, em especial, sua eficácia preclusiva.

Do quanto visto até aqui, importa reforçar que o art. 400, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ao determinar que a coisa julgada reveste tanto o que foi julgado, como o que se poderia ter julgado – o deduzido e o dedutível, este último correspondendo ao que se poderia ter alegado até o momento permitido na lei –, mostra ser a sua razão orientadora impedir que diversos processos venham a ser ajuizados tendo por base a mesma relação jurídica, visando propiciar não só economia, como segurança jurídica, estas resultantes do fato de se poderem resolver todas as questões relativas ao litígio em que envolvidas as partes em um único processo³⁵⁴.

Os princípios da economia processual e da segurança jurídica, contidos no sentido do texto do artigo indicado, constituem o próprio fundamento da preclusão neste último contemplada, porquanto, a preclusão possibilita que o processo atinja seus fins

³⁵³ Julgamento que pode ter sido meramente homologatório [art. 415, *LEC*], ou proferido com base no fato da revelia [art. 497, *LEC*] (ESTAGNAN, JOAQUÍN SILGUERO. *La preclusión de alegaciones en el processo civil*. Navarra: Civitas, 2009, p. 112).
³⁵⁴ Como posto em decisão de 12 de julho de 2007, do juízo de Alicante (*Juicio Ordinario* nº 69/2007,

Sentencia nº 111/07): "La LEC tras indicar que la cosa juzgada de las sentencias firmes «excluirá, conforme a la Ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo», específica en su apartado 2 que la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de la Ley, referidos a la alegación de compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funda la demanda. El párrafo segundo del citado apartado 2 del artículo 222 indica lo siguiente: «Se considerarán hechos nuevos y distintos en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegaciones en el proceso en que aquellos se formularen». Tal disposición debe ponerse en relación con el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que bajo el epígrafe «Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos», dispone: «1.– Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación. 2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste». La nueva ley recoge la doctrina jurisprudencial de que «la cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible», en el sentido de que no se impide que la cosa juzgada despliegue su eficacia por la nueva circunstancia de que los litigantes aduzcan argumentos o razones que no esgrimieron en el primer proceso pero que ya existían en la fecha de la interpelación judicial. Precepto el que se sustenta la demandada, pero que aquí no entra en juego por los siguientes motivos: i) se refiere a hechos y fundamentos de derecho o títulos jurídicos, no a pretensiones o peticiones (SAP de Zaragoza 25/3/2004), que aquí son distintas y ii) en todo caso es indispensable que esos hechos y los fundamentos jurídicos alegados en el juicio posterior hubiesen podido alegarse en el anterior; circunstancia que aquí no era posible pues el actor no podía hacer valer ante el Juzgado de Palma los derechos derivados de la marca comunitaria al ser objetivamente incompetente, por ser el único competente este Juzgado como Juzgado de marca comunitaria y por ende no acumulables a las ejercitas en el primer juicio (art 71.1.1 LEC en relación con art 86 bis LOPJ y 92RMC)".

com um comprometimento econômico reduzido, dada a sua dinâmica, a qual sempre está impulsionando o processo adiante, sem permitir retornos indesejados, que só prolongariam o *iter* processual, como também, provocariam a permanência de um estado de incerteza desconfortável e inconveniente para as partes. A preclusão age, assim, para evitar esta situação, e, reflexamente, contribui para preservar o princípio da segurança jurídica.

Por levar em conta estes aspectos, firme no propósito de eliminar aquele estado de incerteza, a regra acima mencionada trabalha com a hipótese de que depois de certo momento fica comprometida qualquer faculdade processual atribuída à parte, mas por ela não exercitada³⁵⁵, de tal forma que cabe entender que "... la eficacia de cosa juzgada constituye causa de preclusión de todos aquellos poderes procesales que subsisten hasta el instante final del proceso. La llegada del momento en que se produce el efecto de cosa juzgada material trae consigo la preclusión de todos los poderes procesales relativos al proceso finalizado que todavía permanecían com vida³⁵⁶.

Nesse contexto, SONIA CALAZA LÓPEZ deixa assinalado que pela regra do art. 400, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, fica introduzida no sistema processual espanhol a preclusão do direito de ação, este resultante da extensão dos efeitos da coisa julgada material, extensão esta que se dá com relação às questões de natureza litigiosa, especialmente àquelas que podendo ser suscitadas, oportunamente, o deixaram de ser. Daí não estar direcionada a preclusão versada no dispositivo referido, propriamente, para atuar nas questões efetivamente decididas, tarefa que é cumprida pela coisa julgada material, porém, para impedir que venham a ser objeto de nova demanda fatos e fundamentos jurídicos que deveriam ter sido postos para análise em momento precedente, em processo anterior, mas não o foram. Assim é que, pela extensão dos efeitos da coisa julgada material a estes mencionados fatos e fundamentos jurídicos não alegados e não debatidos, não está a se ensejar a preclusão da variabilidade da decisão, a

-

³⁵⁵ Sobre o tema, a Audiencia Provincial de Lugo, Seção 1, na Ap. nº 132/2009 (Sentencia nº 393/2009), decidiu que "... el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su apartado segundo, dice que 'se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen', por tanto la cosa juzgada se extiende a aquellos hechos, fundamento de las pretensiones de las partes, existentes en la fecha en que tales pretensiones se articulan, por lo que, en el presente caso, si el arrendador hizo la reclamación de rentas derivadas del arrendamiento en un proceso anterior no reclamando sin embargo otras rentas ya devengadas y existentes, no puede hacerse posteriormente porque con arreglo al artículo citado ya se había producido la preclusión, es decir, la cosa juzgada respecto a las mismas".

³⁵⁶ Comentário a la Sentencia de la Audiência Provincial de Zaragoza de 25 de marzo de 2004. In

³⁵⁶ Comentário a la Sentencia de la Audiência Provincial de Zaragoza de 25 de marzo de 2004. In Revista Xurídica Galega. Disponível em: https://www.rexurga.es/pdf/COL211.pdf. Acessado aos 29 de junho de 2009.

qual já decorre do próprio advento da *res judicata*, e sim, além disso, a determinar a imutabilidade do não decidido e do não debatido, logo, daquilo que não foi objeto de julgamento. Lembra, ainda, a indicada autora, que se justifica o conteúdo da tratada norma, tal como consta da Exposição de Motivos da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (parágrafo VIII) "... por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente pueda zanjarse en uno solo"³⁵⁷.

Por fim, cabe assinalar, que pela jurisprudência espanhola a norma da preclusão que abordamos tem sido estritamente aplicada, com a consideração de que seu rigor é amenizado pelo teor de outros dispositivos da lei, estes os quais permitem que a parte possa complementar suas alegações, antes de sofrer "... con los efectos durísimos de la cosa juzgada".358.

³⁵⁷ El alcance virtual de la cosa juzgada material. Disponível em: http://www.aranzadi.net/index.php/informacion - juridica/actualidad-juridica-aranzadi/773/comentario-legislacion/el-alcance-virtual-de-la-cosa-juzgada-material. Acessado aos 20 de junho de 2009.

³⁵⁸ Conforme foi considerado pela *Audiencia Provincial de Madrid*, Seção 14, na Ap. nº 778/2008

⁽Resolución nº 172/2009), da qual se extrai o seguinte trecho: "La preclusión de la alegación de hechos del Art. 400 L.E.C. se ejecuta de acuerdo con los Arts 410 y 412 L.E.C., sin perjuicio de las alegaciones aclaratorias y complementarias del Art. 426 L.E.C., y de los hechos nuevos del Art. 286 L.E.C., lo que permite concebir una fase declarativa muy elástica que se contrapesa después con los efectos durísimos de la cosa juzgada ex Art. 222 L.E.C. En cualquier caso, esa petrificación de hechos, que no termina definitivamente hasta que comienza el plazo de dictar sentencia en primera instancia, o con el escrito de interposición del recurso en segunda...". Nesse mesmo sentido tem decidido de há muito o Tribunal Supremo espanhol, sendo que em seus julgados é comum se afirmar que "La cosa juzgada se extiende incluso a questiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado (SSTS 28-2-91 y 30-7-96), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al art. 400 de la nueva LEC" (Sala de lo Civil, Secão 1, Recurso de casación nº 3555/1998, Sentencia nº 1306/2002). Considerando ser caso de incidência da regra do art. 400, da Lev de Enjuiciamiento Civil, em razão de as questões aduzidas no processo subsequente guardarem íntima relação com as anteriormente alegadas no processo precedente, a Audiencia Provincial de Jaén decidiu: "La cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado (SSTS 28-2-91 y 30-7-96), postulados en gran medida incorporados explicitamente ahora al art. 400 de la nueva LEC" (Ap. nº 221/2009, Auto nº 72/2009). Reconhecendo que a norma do art. 400, da Ley de Enjuiciamiento Civil, ampliou os limites objetivos da coisa julgada, porém, deixando de reconhecer a sua incidência, pelo fato de se tratar, no caso, de fatos e fundamentos jurídicos diversos dos alegados na precedente ação: Audiencia Provincial de Burgos, Ap. nº 335/2009, Sentencia nº 426/2009.

4. Eficácia preclusiva da coisa julgada no Brasil

Em nosso ordenamento a eficácia preclusiva da coisa julgada vem tratada no texto do art. 471, e, particularmente, naquele do art. 474, ambos do Código de Processo Civil³⁵⁹

Literalmente, da primeira regra acima apontada consta que "nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide", aliás, como bem observa EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, nem que o seja para repetir o pronunciamento anterior³⁶⁰.

Claramente, está este dispositivo a advertir que a coisa julgada deve ser observada em novos processos entre as mesmas partes, nos quais pretenda qualquer dessas se valer do teor do anterior julgamento, o que poderá ser realizado apenas como forma de argumentação, jamais no intuito de ser revista a solução pretérita dada, pelo simples fato de ser, por tal razão, intangível.

Resguarda-se, de modo nítido, a *auctoritas rei judicatae*, que promana da coisa julgada³⁶¹ e tem efeito exterior ao processo no qual a sentença passada em julgado foi proferida, obstaculizando indevidas incursões sobre matérias já decididas no âmbito judiciário, as quais, portanto, não teriam como ser reexaminadas, sob pena de tornar-se inútil qualquer solução que fosse dada às questões apresentadas pelas partes, posto que seria aquela modificável, o que resultaria em extrema insegurança jurídica para as

.

³⁵⁹ Considerados os textos dos referidos artigos, pode se concluir ter sido acolhida entre nós a chamada teoria processual radical, expressão utilizada por ENRICO ALLORIO para destacar que tal teoria consagra uma proteção máxima à coisa julgada, ou seja, a sua aplicação torna inadmissível a ocorrência de um novo pronunciamento judicial por tê-lo como violador da *res judicata* em qualquer circunstância, ainda que o superveniente julgamento viesse apenas a repetir o quanto determinado na primeira sentença, pois mesmo isso já configuraria ofensa à coisa julgada (*La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1935, p. 33). Diversa a opinião de STEIN e HELLWIG sobre a matéria, como nos narra LEO ROSENBERG, porquanto aqueles juristas partem da premissa de que a coisa julgada vincula o juiz, isto no sentido de que será ele obrigado, no processo posterior, a observar a declaração contida na sentença passada em julgado, e resolver o litígio da mesma forma como decidido no processo precedente, na medida em que o que está impedido é unicamente a prolação de uma decisão divergente, não de uma repetida (*Tratado de Derecho Procesal Civil.* t. II. Buenos Aires: EJEA, 1955, p. 453).

³⁶⁰ Sentença e coisa julgada. Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 215. Sobre o tema da possibilidade da existência de uma segunda coisa julgada, e como se poderia tratar o conflito desta situação resultante ver o nosso Da coisa julgada prevalente. In Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 9, nº 1, São Paulo: Imprensa Oficial, jan.-jun. 2009, p. 75-90.

³⁶¹ No quanto aqui interessa, a coisa julgada material, pois é esta que tem reflexos para além do processo no qual prolatada a sentença que transitou em julgado. Porém, deixe-se anotado que a coisa julgada formal também tem a autoridade comentada, entretanto, apenas para dentro do próprio processo no qual a sentença foi exarada. Nesse sentido: MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. *Comentários ao Código de Processo Civil.* v. V. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 128; e GUIMARÃES, LUIZ MACHADO. *Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo*. In *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 16.

partes, estas que jamais poderiam afirmar que o seu litígio teria chega ao fim com o provimento jurisdicional conferido no processo havido entre elas. Não haveria garantia de estabilização das relações jurídicas, pelo fato de estarem sujeitas a constantes revisões.

Pertinente à interpretação do disposto no art. 474, do Código de Processo Civil, representando a quase unânime opinião da doutrina nacional, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, de há muito, definiu ser a eficácia preclusiva da coisa julgada, resultante do trânsito em julgado da sentença definitiva, que se refere às questões de fato ou de direito debatidas ou não no processo, não a coisa julgada em si, esta destinada apenas a tornar imutável o dispositivo daquela decisão³⁶². CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO segue na mesma trilha e sustenta que "A coisa julgada material não imuniza o julgamento de questões de fato ou de direito, o qual nada tem de vinculativo para futuras decisões sobre pretensões diversas³³⁶³.

Em verdade, lançada sentença no processo, e vencido o momento em que esta decisão poderia ser atacada, logo, em que verificada a ocorrência de seu trânsito em julgado, é a preclusão daí derivada que atua sobre as questões de fato e de direito tanto das suscitadas (o deduzido), como das não suscitadas (o dedutível) no devido tempo do trâmite processual³⁶⁴, levando ao impedimento de que sejam, ao depois, erigidas como fundamento para novas demandas. Tal preclusão se evidencia na roupagem da eficácia preclusiva da coisa julgada³⁶⁵, esta que, segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO "... é a aptidão, que a própria autoridade da coisa julgada material tem de excluir a renovação das questões suscetíveis de neutralizar os efeitos da sentença cobertos por

36

³⁶² A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In Revista Forense, ano 68, v. 238, Rio de Janeiro: Forense, abr.-jun. 1972, p. 55.

³⁶³ Instituições de Direito Processual Civil. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 324.

NELSON NERY JÚNIOR externa entendimento segundo o qual "A eficácia preclusiva da coisa julgada atinge, portanto, as questões de fato e de direito que poderiam ter sido discutidas e decididas no processo, mas que não o foram pelo magistrado, desde que possam, de alguma forma, influir no julgamento do processo subsequente" (*Eficácia preclusiva da coisa julgada. Questão prejudicial* [Parecer]. In *Revista de Processo*, ano XIII, nº 51, São Paulo: RT, jul.-set. 1988, p. 166.

³⁶⁵ Faz alusão à existência desta peculiar eficácia preclusiva LUIZ MACHADO GUIMARÃES, anotando que se trata de eficácia processual a qual "... influi no campo do direito material e no campo do direito processual, concomitantemente", sendo que "... ultrapassa os limites objetivos da coisa julgada, porque atinge questões (deduzidas e deduzíveis) que se não incluem no decisum" (Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 15, 21-22, 28 e 31-32). No mesmo sentido: DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. Vocabulário do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 138. DANIEL FRANCISCO MITIDIERO lembra que a o efeito da coisa julgada que se analisa tem várias denominações, sendo que além da que temos utilizado ao longo deste trabalho, poderia se identificar efeito de extensão, efeito de exclusão, efeito preclusivo, e, ainda, julgamento implícito (Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. In Revista Forense, ano 102, v. 388, Rio de Janeiro: Forense, nov.-dez. 2006, p. 64).

ela", como ainda expressa a idéia de ser apta a coisa julgada a produzir a preclusão de faculdades processuais³⁶⁶.

ROGÉRIO LAURIA TUCCI afirma atingir a eficácia preclusiva da coisa julgada "... questões não expressamente solucionadas, abrangendo não só aquelas deduzidas (*res deducta*), como também as que o poderiam ser e, por qualquer motivo, não o foram (*res deducenda*). E isto, por força do princípio '*tantum iudicatum quantum disputatum vel disputari debebat*', que estende o âmbito da coisa julgada às questões não debatidas, nem explicitamente decididas, mas que o poderiam ou deveriam ser, no processo em que pronunciado o ato decisório de mérito". Completa, ainda, o mencionado autor, que a coisa julgada material cobre o deduzido e o deduzível, como forma de cumprir sua finalidade prática, para que permaneça firme, não prejudicando esta consequência a circunstância de a discussão e a decisão de questões relevantes não terem abrangido o total das questões componentes da lide³⁶⁷.

Por seu turno, LUIZ MACHADO GUIMARÃES faz importante apontamento para a aferição da extensão dos efeitos preclusivos da coisa julgada e da sua eventual incidência ou não em determinado subsequente processo, para tanto comentando que desde que este se refira à mesma lide, opera a coisa julgada como condição (negativa) da ação, contudo, diferentemente se dará "... na hipótese de lide logicamente subordinada – como no caso de questão já definitivamente julgada por decisão revestida da *auctoritas rei judicatae* e invocada, no segundo processo, como questão prejudicial –...", pois aí a coisa julgada transmuta-se em pressuposto lógico e imutável da decisão de mérito a ser proferida no processo posterior³⁶⁸.

³⁶⁶ Instituições de Direito Processual Civil. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 323. GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA define a eficácia preclusiva da coisa julgada como sendo "... efeito decorrente da coisa julgada material, que a protege de violação, obstando alegações das partes com tal objetivo, posteriores ao trânsito em julgado, já deduzidas ou anteriormente dedutíveis" (Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In Revista de Processo, ano 30, nº 130, São Paulo: RT, dez. 2005, p. 51). Para ERNESTO HEINITZ não faz sentido admitir-se que algo que não constituiu o objeto da lide pude-se ser reputado imunizado pelos efeitos da coisa julgada, e, também ressalta que "... quando si insegna che la cosa giudicata copre lo dedotto ed il deducibile..." quer se dizer que incide aquela dentro dos limites dados pelas partes em função das alegações que realizaram. O dedutível para o autor é tudo o quanto diz respeito ao objeto do processo, este determinado pelo pedido e pela causa de pedir, ou seja, consiste nas matérias que poderia o autor aduzir em juízo sem modificar a sua demanda. I limiti oggettivi della cosa giudicata. Padova: CEDAM, 1937, p. 136.

³⁶⁷ Curso de Direito Processual Civil. Processo Civil de conhecimento II. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 113-114.

³⁶⁸ Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 16, nota 29.

Por esta linha, também é usual ser afirmado que as premissas (fundamentos sentenciais³⁶⁹) que levaram ao *decisum* não ficam recobertas pela autoridade da coisa julgada³⁷⁰, esta que incide apenas sobre o dispositivo da sentença. Tal visão do fenômeno processual que estudamos permite que possa haver outros processos entre as mesmas partes, para tratar de mesmos fatos e fundamentos jurídicos, desde que haja um novo pedido; formulação de um mesmo pedido, mas com causa de pedir diversa; apresentação de fatos e fundamento jurídicos supervenientes à propositura da primeira ação, ou do momento em que proferida a sentença nesta última, com pedido que pode tanto ser idêntico, como diferente.

Destas situações, apenas aquela que envolve mesmos fatos e fundamentos jurídicos, como um novo pedido, reclama nossa atenção, pois nas demais as circunstâncias de serem tais fatos e fundamentos diversos dos aduzidos na primeira ação, supervenientes ao ajuizamento desta, ou da oportunidade em que foi resolvido o processo, não tem relevância para o nosso estudo, na medida em que nenhuma delas suscita perquirir a respeito dos efeitos preclusivos da coisa julgada, justamente pela diversidade própria que apresentam quanto aos fatos e fundamentos nelas envolvidos, afastando a incidência da eficácia decorrente da preclusão formada em processo anterior e sobre conjunto de fatos e fundamentos diversos³⁷¹.

Pois bem.

As posições até aqui expostas, dada a sua consistência, nível de repetição e aceitação, pareceriam imunes a qualquer consideração diversa, todavia, não é o que ocorre.

36

³⁶⁹ Estes entendidos como aqueles relevantes e que influenciaram decisivamente para o resultado do julgamento. Fica claro, portanto, que fatos e fundamentos, que apesar de jurídicos, não tenham esta repercussão, tenham sido mencionados no processo de modo acidental, compondo a descrição que se entendeu pertinente para garantir o êxito da argumentação feita por qualquer das partes, não podem sequer ser cogitados para comporem o conjunto de situações que estariam sujeitas à eficácia preclusiva da coisa julgada. No mesmo sentido, aludindo a fatos que não constituem causa de pedir autônoma: GARCIA, GUSTAVO FILIPE BARBOSA. *Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada*. In *Revista de Processo*, ano 30, nº 130, São Paulo: RT, dez. 2005, p. 56.

³⁷⁰ GUIMARÃES, LUIZ MACHADO. *Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo*. In *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 22. MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. *Direito aplicado II (Pareceres)*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 439, 447 e 448.

³⁷¹ Embora sempre seja de bom alvitre se conferir se, realmente, são diversos os fatos e fundamentos agora apresentados daqueles que foram ou deveriam ter sido deduzidos na primeira demanda, pois não é incomum haver o tratamento das mesmas situações fáticas para descrevê-las de uma forma algo diferente, porém que deixam evidente que os fatos principais são simplesmente repetidos, utilizando-se a parte de fatos secundários para tentar encobrir a sua iniciativa. Aliás, muitas vezes estará a caracterizar esta prática autêntica repetição de ação, quando não se necessitará recorrer aos efeitos preclusivos comentados para decidir a questão, bastando, na hipótese, a própria autoridade da coisa julgada para repelir a ação, quando o processo deverá ser extinto, com fundamento no art. 267, inc. V, do Código de Processo Civil.

Voz dissonante questionando sobre a real repercussão dos efeitos preclusivos da coisa julgada é a de ARAKEN DE ASSIS³⁷², para o qual, a preclusão decorrente do trânsito em julgado se erige em obstáculo impediente da revisão do quanto já decidido em certo processo a respeito de questões que, acaso permitida a sua submissão a outra análise, poderiam ensejar alteração da solução dada à demanda, embora já formada a coisa julgada, tanto com relação ao deduzido, como ao dedutível.

Esta preclusão-garantia que atua para preservação da certeza do processo jurisdicional tenderia a ser eliminada, mas o referido autor encontra resposta à problemática levantada partindo do conceito de lide apresentado por FRANCESCO CARNELUTTI, assinalando a virtual importância da compreensão do conceito de lide parcial e total, o qual possibilita visualizar que a parte pode deduzir em juízo todas as suas alegações pertinentes ao conflito de interesse em que envolvida, ou apenas parte daquelas, situação concreta a qual conduz ao entendimento de que, cabe às partes definir o que exatamente pretendem ver decidido em juízo, sendo que, à luz de nosso art. 474, do Código de Processo Civil, pela vontade daquelas, pode permanecer parcela da lide pré-processual excluída de direta apreciação judicial, o que acabaria por acarretar um futuro julgamento explícito quanto ao efetivamente alegado, e outro implícito, pertinente à parcela excluída, que, não poderá, desta forma, ser uma vez mais deduzida para fundamentar nova demanda. Aqui, está, segundo o aludido jurista, o espírito que presidiu ao nascimento da regra processual antes apontada, qual seja, o de evitar a existência de um novo processo fundado na porção da lide pré-processual excluída voluntariamente da primeira relação processual. Na verdade, idealizada foi a conformação do artigo em análise para provocar que as partes tragam para o processo todos os elementos contidos em sua situação conflituosa, para incentivar a cumulação de demandas, enfim, para que em um único processo se possa resolver toda a lide.

Destaca, ainda, que nem sempre estará excluída a hipótese de haver um segundo processo, pois em alguns casos não incide a norma da eficácia preclusiva, como nas demandas de cognição sumária, em que se proíbem certas causas, e quando não tiver conhecimento o autor dos fatos a alegar ainda durante o tramitar do processo, o que leva a perceber que apenas após o trânsito em julgado da sentença proferida no primeiro processo, é que se farão sentir os efeitos preclusivos de que se trata.

Por fim, consigna que, em relação à procedência da demanda, a tendência dos

³⁷² Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 109-129.

tribunais é da aplicação estrita da regra do art. 474, do Código de Processo Civil. Para aqueles não interessa a natureza da exceção, dilatória ou peremptória, porque toda a matéria de defesa do réu, quanto àquele pedido, preclui com a coisa julgada material.

A doutrina de ARAKEN DE ASSIS sofre críticas, como as de DANIEL FRANCISCO MITIDIERO, ao qual a disposição processual em tela tem por função apenas proteger a integridade da coisa julgada, a autoridade desta, resguardando-a de ataques sorrateiros em que se pretenda obter julgamento de questões já julgadas³⁷³.

Porém, a aludida crítica, nos moldes em que realizada, não significa muito, pois é certo que ela se contém integralmente nas ponderações adrede feitas por ARAKEN DE ASSIS, cujos argumentos não refutam que, realmente, desempenha a eficácia preclusiva este papel protetor, tão somente faz ele com que a dita eficácia ganhe horizontes mais largos, o que é de total pertinência.

De nosso lado, temos que as propostas de ARAKEN DE ASSIS são arrojadas, e contribuem para que se possa tentar, como ele, dar um sentido renovado à regra do art. 474, do Código de Processo Civil, porquanto, também nos parece que não recebe ela a correta interpretação quer da doutrina, quer da jurisprudência³⁷⁴. Cabe deixar registrado que concordamos, no geral, com as idéias apresentadas pelo referido jurista, contudo, dissentimos dele em ponto essencial, identificado tal com a sua assertiva de que, em virtude da eficácia preclusiva, as questões não decididas seriam tomadas como implicitamente julgadas.

O motivo de nossa não concordância reside na certeza de que não pode existir julgamento implícito³⁷⁵. Aliás, como tratamos de coisa julgada, nos depararíamos com situação inusitada, onde, mesmo sem julgamento algum, teríamos *res judicata*.

Devemos, quanto ao tema, atentar para o fato de que os julgamentos devem conter, de ordinário, decisões expressas, sendo inadmissíveis pronunciamentos vagos ou sugestivos de uma solução que, diga-se, só contribuiriam para o aumento do uso dos

374 Conservadora se mostra a jurisprudência, consoante se depreende do teor dos seguintes julgados: TJSP – Ap. Civ. nº 1.188.202-3, rel. Des. SIMÕES DE VERGUEIRO; Ap. Civ. 1.231.780-1, rel. Des. CAMPOS MELLO; Ap. Civ. nº 1.146.942-2, rel. Des. Araldo Telles; Ap. Civ. nº 991.05.011292-0, rel. Des. ROBERTO BEDAQUE; AI nº 990.09.233.953-2, rel. Des. GOMES VARJÃO; AI. nº 994.246.085-5, rel. Des. Gurrieri Rezende; Ap. Civ. nº 991.08.103.991-6; e AR nº 992.09.049.036-2; TJDF – Ap. Civ. nº 2003.01.1.078522-5, rel. Des. Dácio Vieira; TJRS – Ap. Civ. nº 70028971323, rel. Des. Ergio Roque Menine; TJMG – Ap. Civ. nº 1.0024.06.219463-4/001(1), rel. Des. HILDA TEIXEIRA DA COSTA; TJPR – AI nº 558.507-1, rel. Des. LEONEL CUNHA.

.

³⁷³ Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. In Revista Forense, ano 102, v. 388, Rio de Janeiro: Forense, nov.-dez. 2006, p. 74.

³⁷⁵ Vale sobre o assunto verificar o quanto desenvolvido por MARIA TERESA DE PADURA BALLESTEROS. *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 27-112.

embargos declaratórios. Além disso, na decisão sempre deve haver uma deliberação clara sobre o objeto da demanda. Por exemplo, estando questionada a validade ou a nulidade de um contrato, ao se afirmar que tal instrumento é válido, por expresso, também se afirmou que o referido documento não é nulo, mas isto não resta implícito, está escancarado na primeira assertiva, nada aqui teria ficado subentendido.

Também não se olvide que, na falta de pedido e alegação correspondente, não poderia existir qualquer análise por parte do juiz, mesmo que ele entendesse possível fazer isto com sustentação no quanto mais foi aduzido no processo, pelo simples fato de que tal conduta romperia frontalmente com o princípio da inércia, com o princípio do contraditório, e, ainda, com o princípio da congruência, neste último aspecto estando claro que o julgado viria totalmente divorciado do quanto constante do processo e sujeito à análise pelo magistrado.

Posto isso, consoante nosso pensar, temos que ocorre, pela incidência da norma do art. 474, do Código de Processo Civil, a perda pela parte da faculdade de alegar certos e determinados fatos e fundamentos jurídicos em futuro processo, quando, em anterior, teve ampla oportunidade para tanto e não a aproveitou no momento adequado, seja por desídia, seja por ter decidido deste modo proceder, de qualquer forma devendo arcar com os ônus resultantes de sua conduta, tanto comissiva quanto omissiva³⁷⁶.

Com esta interpretação, o dispositivo ganha em significado, pois é este, acreditamos, o sentido de ter o legislador feito referência a alegações e defesas que deveriam ser deduzidas mas não o foram, e atrelado esta situação concreta a efeitos preclusivos³⁷⁷.

³⁷⁶ Para evitar desnecessárias repetições remetemos o leitor ao quanto acima (Título 2 – Da preclusão e da coisa julgada) já discorremos sobre os temas envolvidos no texto.

-

Para por à prova o quanto defendemos, vejamos os seguintes exemplos: 1) A envolve-se com B em um acidente de automóveis. A ajuiza ação contra B pleiteando indenização apenas por danos emergentes. A ação é julgada procedente. Após o trânsito em julgado desta decisão, promove A nova demanda contra B, agora para pleitear, com base no mesmo acidente, indenização por lucros cessantes e danos morais. Ora, deve B arguir a ocorrência da preclusão do direito de ação de A, pois na primeira demanda já poderia ter A deduzido os pedidos que apenas no segundo processo veio a realizar, porém, quando seu direito de ação já estava comprometido pela eficácia preclusiva da coisa julgada formada com base na primeira sentença. Note-se que A dispunha, já por ocasião do primeiro processo, de todos os elementos necessários para poder ter fundamentado os seus pleitos de indenização por danos morais e lucros cessantes, mas não o fez, e, desta forma, sofre a perda antes mencionada, decorrente da preclusão, aqui consumativa, por não ter aproveitado na íntegra, se o queria, a oportunidade a ele dada para deduzir as suas pretensões em juízo; 2) Pretendendo ajuizar ação de despejo por falta de pagamento deve o locador de plano decidir se sua pretensão é apenas justificar o seu pedido e obter o despejo, ou, ao contrário, se deseja também a condenação do locatário no pagamento dos locativos em atraso, pois, caso não deduza este pedido na inicial, não poderá fazê-lo posteriormente ao trânsito em julgado da decisão que acolher unicamente à pretensão de desocupação. Aqui, entretanto, surge uma situação inusitada. Como na sentença que determina o despejo necessariamente terá sido analisada a questão do não pagamento, esta questão se constitui em pressuposto lógico-jurídico do acolhimento do decreto de desocupação. Deste modo,

A mudança preconizada poderia servir para eliminar as dúvidas existentes sobre a adequada identificação do objeto do processo, surgidas justamente pela necessidade de se conhecer os limites objetivos do julgado, pois não seria mais necessário se interpretar os termos da demanda para, então, apurar-se o sobredito objeto. Este, obrigatoriamente, viria em seu formato definitivo na inicial, e se aprimoraria depois de também apresentados os termos da defesa, se desenvolvendo o processo em amplo e completo contraditório sobre aquilo que, *in concreto*, nas manifestações das partes, se revelou ser o litígio a ser equacionado pelo juiz.

Em conformidade com o quanto já havíamos pronunciado ao longo deste trabalho, e o quanto acabamos de sustentar, pensamos que a eficácia preclusiva da coisa julgada deve ter um tratamento em tudo diverso daquele que usualmente a ela tem sido conferido, isto visando propiciar que seu peculiar efeito possa agir de modo a garantir um resultado útil às partes do processo, vinculado à estabilidade da decisão imunizada pela coisa julgada, a trazer economia processual decorrente do impedimento da existência de novos processos, o que, reflexamente, enseja uma duração razoável do processo – por não se desdobrar em diversos posteriores –, e, ainda, a colaborar na preservação da atividade judiciária, com a minoração da possibilidade da existência de decisões conflitantes envolvendo mesmos fatos e fundamentos jurídicos, o que, como é comum, costuma desgastar por demais o Judiciário e seus órgãos.

Não seja isso, e continuar-se-á em infindáveis controvérsias para se saber o quanto contido em uma sentença não poderia ser abordado em outra posterior, se tentando aferir algo que acaba por ser de modo subjetivo definido, criando instabilidades e receios, pondo em risco importante instituto do processo civil, a coisa julgada.

constando da sentença a declaração expressa da existência da dívida, tanto que concedido o despejo pela falta de pagamento, poderá, em tese, o locador abrir fase de cumprimento da sentença proferida para com base nesta, e na declaração que contém, obter o pagamento da dívida existente e já judicialmente reconhecida (seguindo a jurisprudência pela qual tem eficácia executiva a sentença declaratória que traz a individualização da norma jurídica individualizada. Nesse sentido: STJ – EREsp 609.266/RS, rel. Min. Teori Zavscki, esta que encontraria amparo no inc. I, do art. 475-N, do CPC); 3) O réu em sua contestação pode aduzir exceção de compensação, prevenindo-se de uma eventual condenação, com o que estaria, na verdade, pedindo seja a ele garantido o direito de realizar compensação de crédito que detém contra o autor no momento de cumprir a ordem de pagamento contida na sentença. Esta matéria deve ser analisada pelo juiz, que ao conceder a compensação pleiteada, ainda que tenha sido aduzida na defesa, está a proceder a um julgamento do mérito envolvido nesta questão. Portanto, não temos dúvida de que, em uma situação como esta, ocorre coisa julgada, cujos efeitos preclusivos devem impedir possa o réu cobrar do autor, em uma demanda posterior, a mesma dívida que utilizou para exercer seu direito à compensação (Nesse sentido: BALLESTEROS, MARIA TERESA DE PADURA. *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 139 e 143-144).

CAPÍTULO IV

NOTAS CONCLUSIVAS

Levando-se em consideração tudo o quanto foi exposto e analisado no presente trabalho até este ponto, temos condição de realizar as seguintes notas conclusivas:

- 1. O exercício do direito de ação não pode ser concebido sob o prisma do interesse individual do autor, porém, obrigatoriamente, deve também ser visto e construído como forma de permitir possa se chegar à pacificação social almejada pelo Estado em todo e qualquer processo, razão de ser absolutamente pertinente o estabelecimento de restrição que em nada atinge a profundidade deste mesmo direito de ação, preservando o seu conteúdo útil e suficiente para recompor a lesão a direito cuja reparação é exigida pelo autor. Apenas se entrevê a necessidade de que este direito de ação seja exercitado de uma determinada forma, a fim de que não restem, depois de já ter havido um processo para solução de um litígio, arestas a serem aparadas, questões a serem discutidas sobre os mesmos fatos que originaram o conflito original entre as partes e que se quer definitivamente resolvido sem maiores dilações, sob pena de a prestação jurisdicional ficar afetada e limitada, tão somente porque o autor entende que assim o deva ser, concepção que, ao nosso ver, não se afina com os atuais escopos do processo, especialmente, com a busca constante que se faz para obter-se um processo que possa mesmo satisfazer a todos os interesses nele envolvidos.
- 2. O princípio da eventualidade acarreta apenas para o réu, segundo a concepção atual que se tem sobre o mesmo, visto o teor do art. 300, do Código de Processo Civil, preclusão do direito deste último em deduzir outras defesas pertinentes aos fatos aduzidos pelo autor em sua inicial, disto podendo se concluir que todos os fatos e fundamentos que possam servir para a construção da contestação

devem nela ser apresentados. Contudo, correto é se entender que o princípio da eventualidade é, igualmente, princípio que rege o exercício do direito de ação, naquilo que pertine ao conteúdo que, obrigatoriamente, deve ter a petição inicial, descrevendo os fatos e fundamentos em que está baseada a pretensão do autor, em cumprimento ao disposto no art. 282, inc. III, do Código de Processo Civil, descrição está que deve ser integral, relativa a todos os fatos e fundamentos que determinaram a lide, pois, em não procedendo o autor desta maneira, sofrerá com a mesma preclusão imposta ao réu, tratamento isonômico o qual estaria em consonância com a regra do art. 125, do Código de Processo Civil.

- 3. Ao poder de ação, assim como ao poder de defesa, está ligado o ônus de afirmar e alegar³⁷⁸, encargo que, não cumprido na forma da lei, deixando as parte de aproveitar a oportunidade a elas dada para que se expressassem do modo mais amplo possível, gera preclusão que, tanto ao autor, como ao réu, lhes retira a faculdade de, no futuro, aduzirem, em novo processo, quer os fatos e fundamentos debatidos no precedente, como também aqueles que neste último poderiam já ter sido por ambos apresentados como constitutivos da lide. Restarão para as partes tais fatos e fundamentos apenas como matérias de defesa.
- 4. Não pode ser vista a ordenação do exercício do direito de ação como uma proposta inconstitucional, porquanto, se é verdade que o direito de ação está consagrado constitucionalmente (art. 5°, inc. XXXV, da CR), o mesmo pode ser dito a respeito do direito de defesa (art. 5°, inc. LV, da CR), e nem por isso se pensa que a norma do art. 300, do Código de Processo Civil, é inconstitucional por, claramente, restringir aludido direito, o qual, segundo a garantia inserida em nossa Lei Maior, deve ser amplo.
- 5. A amplitude do direito de defesa, assim como do direito de ação, não implica na impossibilidade de serem estes melhor dimensionados para que possam vir a provocar a otimização do processo que se inicia, contribuindo para que tal, ao seu final, atinja, efetivamente, uma solução definitiva sobre o litígio nele

_

³⁷⁸ GRINOVER, ADA PELLEGRINI. *Preclusão. Erro material e erro aritmético*. In *O processo. Estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 450.

evidenciado. Esta idéia conduz, necessariamente, a uma demanda melhor informada e instruída, que propicia uma resposta completa, e, assim, conduz a um desfecho sempre ansiado pelas partes, este o que lhes confere certeza e segurança jurídica, sem a indicação de que, no futuro, por novas iniciativas, com esteio nos mesmos fatos adrede analisados e julgados, possa surgir um novo processo que venha as reconduza a juízo.

- 6. A idéia por nós defendida a respeito do entendimento que se deve ter a respeito da eficácia preclusiva da coisa julgada, não se aplica a processos nos quais, por sua natureza, não é ensejado maior amplitude de discussão em seu âmbito, como naqueles que tramitam pelo procedimento sumário. Também não incide a regra em relação a fatos que eram desconhecidos do autor quando da propositura de sua ação, nem quando a causa da nova demanda estiver fundada em fatos supervenientes.
- 7. Não haverá que se falar em eficácia preclusiva quando o autor propuser nova demanda, mesmo que esteja relacionada aos mesmos fatos e fundamentos alinhados no anterior processo, porém, em momento no qual ainda não há o trânsito em julgado da final decisão daquele último. Desta forma, não basta a existência de sentença para poder levantar-se a preclusão abordada, porquanto, a sua eficácia decorre do fato de ter adquirido o *status* de *res judicata*.
- 8. Inspirados no Direito Romano³⁷⁹ podemos afirmar que para articular controvérsias singulares se dão ações singulares, sendo suficiente para dirimi-las um único juízo, uma única sentença, com isso se evitando a multiplicação das demandas com inexplicável incremento da dificuldade disto resultante, ainda mais quando, em não havendo qualquer restrição, nas diversas ações forem dadas sentenças contrastantes em seus termos. Para isto evitar, deve ser dado adequado efeito preclusivo à coisa julgada, capaz de cumprir sua tarefa de ordenar os litígios, sem, contudo, por em risco garantias processuais.

³⁷⁹ PAULO, D. 44.2.1.6.

- 9. A cumulação de ações, inegavelmente, atende aos princípios da economia processual, da eficiência processual³⁸⁰, e da duração razoável do processo quando considerado o ganho de celeridade que se tem evitando-se a propositura de subsequente ação para a discussão de parte da lide ainda existente entre as partes e pendente de solução e, desta forma, ao dar-se nova interpretação aos efeitos preclusivos da coisa julgada, se leva o autor a ser mais diligente e deduzir todas as suas pretensões em uma única oportunidade para que, após regular contraditório, e reclamando-se do réu o mesmo comportamento inclusive no que diz respeito à interposição de eventual reconvenção possa ser dirimida a controvérsia instalada de modo definitivo, sem possibilidade de deixar-se para o futuro pequenas sementes que não só trazem de volta a discórdia do processo precedente, como propiciam que os envolvidos, pelo estado de beligerância constante em que se encontram, acabem por se ver emaranhados em diversas outras colaterais e derivadas lides.
- 10. Como o pedido é um ato de vontade³⁸¹, está sujeito aos efeitos comuns a todos os atos desta natureza, logo, a não realização de pedidos, no momento definido pela lei, natural que esteja sujeita a parte que não exerceu a sua faculdade de pedir a um ônus, dentro do quanto estudamos, irremediavelmente consubstanciado com o trânsito em julgado da decisão que analisou o pedido na forma deduzida, ou seja, irreversível com o advento da coisa julgada da qual emana sua eficácia preclusiva, obstativa esta do ajuizamento de uma nova demanda para tentar emendar a falha no processo anterior perpetrada.
- 11. Sendo indiscutível que foi adotado em nosso sistema processual a doutrina da substanciação, a meticulosa e completa descrição dos fatos jurídicos apresentados para dar esteio ao quanto pleiteia o autor é uma obrigação deste, pena de ver abortado o desenvolvimento de sua ação. Além disso, é necessário que se perceba que a combinação das regras do art. 282, inc. III, e do art. 474, ambos do Código de Processo Civil, conduzem à certeza de que quando este

³⁸⁰ BUENO, CÁSSIO SCARPINELLA. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento comum: ordinário e sumário. v. 2. t. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81.

-

³⁸¹ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Instituições do Processo Civil.* v. I. Campinas: Classicbook, 2000, p. 80; ALSINA, HUGO. *Tratado teorico pratico de Derecho Procesal Civil y Comercial.* t. I. 2ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 1963, p. 23.

último se vale do termo "alegações", está a se referir à petição inicial, e, portanto, deixando o requerente, como é seu exclusivo ônus, de deduzir todos os fatos jurídicos envolvidos na lide, bem como de deles extrair todos os pedidos possíveis, não poderá fazê-lo posteriormente ao trânsito em julgado da decisão que julgar a demanda na forma em que originalmente apresentada, isto em virtude da eficácia preclusiva da coisa julgada, a qual, como expressamente comanda a lei, atinge não só o quanto foi deduzido, como também aquilo que era dedutível³⁸², porém, deixou de sê-lo pelo autor, sem qualquer justificativa para tanto.

- 12. A eficácia preclusiva por nós descrita não atingiria àqueles direitos que, consoante se podem individualizar pelos seus próprios caracteres estruturais, independentemente do título de sua aquisição (v.g., direito de propriedade, direito de uso, direito de habitação, direito de usufruto, direito de servidão e direito de superfície)³⁸³. Poderia haver alguma dúvida quanto a isso, pela circunstância de que os aludidos direito são eles mesmos componentes da *causa petendi* e, forçosamente, uma nova demanda com base em qualquer daqueles, poderia ser vista como uma repetição da precedente. Contudo, isto não se verifica, pois a individuação da demanda nestes casos ocorre não pelos fatos, porém pelo conteúdo do pedido³⁸⁴.
- 13. Muito embora nas ações de estado, ao contrário do que costumam alguns afirmar, haja também coisa julgada, a eficácia preclusiva desta apresenta-se, em alguns casos, mitigada, porquanto, considerada a peculiaridade e natureza dos direitos envolvidos naquelas ações, não há como vedar-se, a princípio, a repropositura de nenhuma delas, ainda quando esteja caracterizada a chamada tríplice identidade (de pedido, causa de pedir e sujeitos).

382 "...son cuestiones deducibiles, desde el punto de vista del demandante, todos los hechos constitutivos que formen parte de la misma relación jurídica y, desde el punto de vista del demandado, todos los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes que hubiera podido oponer en el proceso terminado" (BALLESTEROS, MARIA TERESA DE PADURA. Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 69).

p. 117. ³⁸⁴ TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E. *A causa petendi no processo civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 116.

.

³⁸³ TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E. *A causa petendi no processo civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 117.

- 14. Sendo que é o autor quem determina de modo vinculante o objeto do litígio³⁸⁵, deve arcar com os eventuais ônus desta delimitação decorrentes, ainda que entres estes esteja o de suportar a eficácia preclusiva da coisa julgada, a perda da sua faculdade de utilizar dos mesmos fatos e fundamentos jurídicos para propor uma subsequente ação.
- 15. A preclusão³⁸⁶, associada à autoridade da coisa julgada, projeta-se para fora do processo e elimina por completo qualquer possibilidade de vir o titular do direito violado a se utilizar em subseqüente processo dos fatos e fundamentos jurídicos que serviram para demonstrar a sua razão, simplesmente porquanto já teria se valido daquele acervo para obter o resultado colhido na primeira demanda, sendo irrelevante tenha sido este de procedência ou improcedência.
- 16. A eficácia preclusiva da coisa julgada é não só impeditiva da reproposição de questões ao debate em novo processo, quando estas questões já tenham sido analisadas e julgadas em processo anterior, como também é extintiva, na medida em que atinge a faculdade³⁸⁷ do autor em demandar com base nos mesmos fatos e fundamentos jurídicos, ainda que alterando o seu pedido, pois sua pretensão resta, de qualquer modo, reflexamente atingida pela preclusão decorrente da *res judicata*.
- 17. A preclusão resultante da coisa julgada, de ordem estritamente processual, com reflexos materiais, no sentido que apesar de decorrer apenas de fatos processuais, acaba, eventualmente, por comprometer a satisfação ou reparação do direito do titular da ação, coadjuva com a prescrição e a decadência, de ordem estritamente material, podendo, em alguns casos, corresponder a um adiantamento das conseqüências típicas normalmente atribuídas aos mencionados institutos.

³⁸⁵ LUIGI PAOLO COMOGLIO, CORRADO FERRI e MICHELE TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 237.

-

³⁸⁶ A preclusão aqui é colocada como o instituto do qual decorre a perda de uma faculdade processual, que gera o impedimento da prática de um ato processual, assim, tendo eficácia positiva, como o afirma ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA (*Da preclusão processual civil.* 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 52).

p. 52). ³⁸⁷ Nesse sentido: ESTAGNAN, JOAQUÍN SILGUERO. *La preclusión de alegaciones en el processo civil*. Navarra: Civitas, p. 63.

- 18. A preclusão que está associada à idéia de eficácia preclusiva da coisa julgada é a consumativa³⁸⁸, pois é aquela decorrência de não ter o autor, em sua inicial, ou mesmo em momento posterior, apresentado em juízo todos os fatos jurídicos que agora pretende utilizar para embasar outras pretensões em um novo processo, iniciativa a ele vedada, porque já teria se valido da faculdade prevista em lei para reclamar certa prestação jurisdicional que entendesse adequada e necessária, relacionada a todas as causas de pedir ou pedidos cujo dever de expor e realizar lhe cabia como ônus³⁸⁹.
- 19. Consumida a oportunidade legal atribuída para o exercício do direito de ação, assim como para a dedução da demanda, ainda que haja, hipoteticamente, a possibilidade jurídica de o autor apresentar, com base na mesma causa de pedir, outros pedidos, após o julgamento final da lide, enfrentada a pretensão nos limites dados a essa pelo requerente, tal não poderá mais ser feito em virtude da eficácia preclusiva da coisa julgada. Poder-se-ia, ainda, entender que haveria, na hipótese, renúncia ao direito sobre o qual poderia vir a se fundar a futura ação, uma vez verificado ser disponível o tratado direito.
- 20. Em um sistema processual que admite resultar da contumácia do autor, repetida por mais de três vezes em ações sucessivas por ele ajuizadas, o que se conhece por perempção, esta a qual impede, de modo absoluto, que possa vir a demandar novamente o autor em defesa de seu direito violado, e versado nos processos repetidamente extintos, isto em virtude da perda do direito de ação (cf. art. 268, parágrafo único, do Código de Processo Civil), não é de modo algum estranho que a mesma conseqüência possa derivar do fato de ter o autor deixado de expor, oportunamente, em toda a sua amplitude, a sua pretensão. Não muda a conclusão, ainda que se pudesse considerar que na perempção há uma punição à parte, e na preclusão apenas perda de uma faculdade, porquanto,

³⁸⁸ "A chamada preclusão consumativa opera quando a parte, por já haver praticado determinado ato previsto em lei, vê-se impossibilitada de, após sua consumação, praticá-lo novamente" (MARCATO, ANTONIO CARLOS. *Preclusões: limitação ao contraditório?* In *Revista de Processo*, ano V, nº 17, jan.mar. 1980, p. 107).

3

³⁸⁹ A suportar esta idéia estão as palavras de ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA no sentido de que os atos e faculdades processuais devem ser "... exercitados no momento e pela forma adequados, de modo a imperar a ordem e a lógica processuais", sendo que a preclusão "É, em última análise, o instituto que estabelece um regime de responsabilidade, impondo a prática dos atos processuais no momento exato, pela forma adequada e conforme a lógica" (*Da preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 50).

substancialmente, mesmo com qualidades diversas (perempção – pena; preclusão – ônus), nada impede que ambos os institutos mencionados conduzam à perda do direito de ação.

- 21. Propor a demanda é um dever do autor, do contrário não pode obter a tutela do seu interesse, é sua carga processual³⁹⁰, portanto, embasá-la com fatos e fundamentos jurídicos (cf. art. 282, inc. III, do Código de Processo Civil) é de sua inteira e exclusiva responsabilidade, sabedor de que, não cumprindo com este ônus, não poderá, de futuro, promover outra demanda com espeque naqueles mesmos fatos e fundamentos, pelos efeitos preclusivos provocados pela decisão proferida no primeiro processo (decorrência do disposto no art. 474, do Código de Processo Civil), a qual, transitada em julgado, torna-se um obstáculo intransponível ao caduco direito de ação, precedentemente exercido e atingido por preclusão consumativa, tendo esta, por ser derivada da *res judicata*, eficácia pan-processual³⁹¹.
- 22. Fica reservado ao autor o direito de, modificado o estado de coisas considerado para o julgamento da primeira ação, ajuizar outra para tratar de uma nova lide fundada em novos fatos, ainda que resultantes dos precedentemente analisados e que consistiram em causa de pedir do processo original. Não haverá, contudo, qualquer possibilidade de alteração da resposta dada à primeira demanda³⁹².

p. 83, 382-383, 386-394 e 492-493).

Designação utilizada por LUIZ MACHADO GUIMARÃES (*Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo*. In *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 18); como por ENRICO REDENTI (*Diritto Processuale Civile. Il processo ordinario de cognizione*. v. 2. 4ª ed. Milano: Giufreè, 1997, p. 363); e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*A eficácia preclusiva da coisa julgada material*. In *Revista Forense*, ano 68, v. 238, Rio de Janeiro: Forense, abr.-jun. 1972, p. 56).

³⁹² Isto, tipicamente, ocorre em processos que envolvem questões derivadas do Direito de Família, especialmente, em se tratando de prestação alimentícia, esta que pode ser revisada, justamente, com base na alteração das circunstâncias primitivas levadas em conta para chegar-se ao resultado apontado na primeira sentença cuja determinação se pretende ver modificada. Indiscutível que a obrigação em

³⁹⁰ Trata-se aqui de uma carga, porquanto, o processo não se inicia sem a demonstrada intenção da parte autora que por instância, ato seu típico, dá ensejo à atuação da jurisdição desta forma provocada. Veja-se que aquela carga, que se pode denominar de impulso inicial, se apresenta associada a outra carga, qual seja, a de informação esta que "concerne ao que o juiz deve saber para poder prover, mediante o processo cognitivo ou executivo, sobre a lide ou o negócio". Conclusões e motivos são os objetos da informação. As conclusões correspondem aos efeitos jurídicos perseguidos pelo autor, ou seja, são pertinentes à tutela requerida para a proteção do bem da vida envolvido na lide. Os motivos são simplesmente as causas que estariam a orientar a concessão do efeito jurídico buscado pelo autor, consistindo aquelas em fatos e normas jurídicas, sendo que a conjugação destes últimos é que permitirá ser verificado se os efeitos pretendidos estão amparados no ordenamento e podem ser, assim, determinados ao requerente. (CARNELLUTTI, FRANCESCO. *Instituições do Processo Civil.* v. I. Campinas: Classic Book, 2000, p. 83, 382-383, 386-394 e 492-493).

23. A verdade da coisa julgada somente pode ser atingida quanto mais forem incentivadas as partes a proceder com lealdade e boa-fé na prática de seus atos no curso do processo. Este incentivo deve ser dado especialmente ao autor, quando da produção de sua inicial, como ao réu, na confecção de sua defesa, incentivo que aparece na forma de ônus quando estes não aleguem todos os fatos e fundamentos jurídicos relevantes ao julgamento da lide que os envolve. Aliás, somente com este tipo de atitude poderão as partes empreender efetivo e concreto contraditório, do qual, com o auxílio do juiz, poder-se-á extrair o conjunto de elementos e provas necessário ao mais preciso e justo julgamento. Desta maneira, quando se defende uma eficácia preclusiva abrangente, capaz de atingir o direito de ação do autor, como, de fato, já ocorre com relação ao direito de defesa do réu, além de certamente se possibilitar com isso um melhor equilíbrio entre as partes do processo, estar-se-á propiciando que o processo resulte otimizado, melhor informado e, assim, conduza a uma decisão definitiva para a controvérsia existente e que deve ser pacificada³⁹³, sem a possibilidade de reanálise de questões decididas, ou daquelas que deveriam ter sido apresentadas para tanto, porém não o foram, pois tal representaria um indesejável retorno que

discussão será a mesma, as partes serão idênticas, mas o pedido não pode ser de alteração da pensão pura e simplesmente, nem pode haver a pretensão de que a sentença reste revisada, pois se reclama, no caso, haja o cumprimento de uma premissa muito clara, qual seja, a de que a situação de fato considerada para estabelecimento da prestação alimentícia revisanda tenha se alterado de tal modo a permitir o pleito de revisão, o qual, assim, depende de novas circunstâncias fáticas para ter a possibilidade de vir a ser atendido. Aliás, cometem grande equívoco aqueles que sustentam não formar coisa julgada material a sentença proferida neste tipo de ação. A nossa lei específica sobre o assunto, é bom que se diga, contribui para o desacerto – dada a redação do art. 15, da L. nº 5.578/68 –, contudo, este vem sendo corrigido pela mais abalizada doutrina (FABRÍCIO, ADROALDO FURTADO. A coisa julgada nas ações de alimentos. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(2) %20-formatado.pdf. Acessado aos 10 de janeiro de 2010; ASSIS, ARAKEN DE. Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/ Araken%20%de%Assis%20-%20formatado.pdf. Acessado aos 10 de janeiro de 2010; MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. Algumas inovações do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Disponível em: http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewPDFInterstitial/7188/5138. Acessado aos 18 de janeiro de 2010, Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In Revista de Processo, ano IX, nº 34, São Paulo: RT, abr.-jun. 1984, p. 280; BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. Direito e processo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, s.d., p. 98-99). ARNALDO RIZZARDO inclusive afirma que, em razão de formar-se em ação de alimentos coisa julgada material, cabível a interposição de ação rescisória (*Limitações do trânsito em julgado e desconstituição da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 83).
³⁹³ "Tanto quanto a prescrição, a coisa julgada visa a paz jurídica, obstando a que os litígios se eternizem, envenenando as paixões e tornando instáveis as relações jurídicas" (REZENDE FILHO, GABRIEL

JOSÉ RODRIGUES DE. Curso de Direito Processual Civil. v. III. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1951,

p. 55).

sempre distanciaria as partes do fim do litígio e do próprio intuito de realização de justiça, em desprestígio aberto à segurança jurídica³⁹⁴.

24. O pretendido alargamento dos limites objetivos da coisa julgada, a defendida expansão da eficácia da coisa julgada, acarreta em economia processual sensível, especialmente se imaginarmos que, a partir da exata compreensão dos limites ditados no art. 474, do Código de Processo Civil, estar-se-á a indicar, via de consequência, qual a conduta a ser adotada pelas partes a fim de preservarem seus interesses e, mais do que isso, para que promovam ao desenvolvimento do processo de modo a produzirem o maior nível de informação possível pertinente ao fato ou conjunto de fatos que deram causa ao litígio, com o único objetivo de ser possível dar-se uma solução mais justa à controvérsia apresentada pelas partes, sem a necessidade da abertura de novas instâncias. O tempo ganho com a concentração operada com esta fórmula é indiscutível, ainda que se possa pensar que o processo se estenderia por um período pouco superior para que se fizesse possível a instrução e análise referente a uma gama maior de fatos, pois, ao final, também teremos a concentração de todas as atividades seguintes ao julgamento, as quais, não espalhadas por uma série de outros processos, podem ser melhor controladas, consumirão apenas um certo tempo, sem a perspectiva de se multiplicarem. Na prática do foro bem se sabe a diferença em ter-se um único processo entre as mesmas partes, e ter-se uma infinidade deles, em fases diversas, com providências múltiplas a cumprir, gastos diversos e repetidos a fazer, provas idênticas não aproveitadas e constantemente reproduzidas, decisões conflitantes e mais o que se pudesse aduzir para demonstrar ser de toda pertinência o quanto aqui se propõe.

-

Nesse sentido o pronunciamento de M. JEAN-PIERRE DINTILHAC, segundo o qual "On ne doit cependant pas perdre de vue que la chose jugée ne peut traduire la vérité qu'autant que les parties en litige, sous le contrôle actif du juge, se sont attachées, tout au long du procès, à respecter avec loyauté le principe de la contradiction qui constitue l'élément fondamental du procès équitable" (La verité de la chose jugée. Disponível em: http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_etudes_documents_176/etudes_theme_verite_178/jugee_m._6392.ht ml?_Imp=1. Acessado aos 15 de janeiro de 2010). Também JOAQUÍN SILGUERO ESTAGNAN destaca haver relação estreita entre a preclusão e a lealdade processual, pois aquela garante, em conjunto com esta última, que todos os fatos e fundamentos a serem apresentados pelas partes o sejam desde logo, como o que fica minorada em muito a possibilidade de haver surpresas pertinentes à alegação de novos fatos e a apresentação extemporânea de provas, que serviriam apenas para interferir negativamente no desenvolvimento do processo, violando a regra da imutabilidade do litígio quando já ultrapassadas determinadas fase processuais (*La preclusión de alegaciones en el processo civil*. Navarra: Civitas, p. 88).

- 25. Na atualidade há uma grande dificuldade de acertamento da doutrina e da jurisprudência na definição dos limites objetivos da coisa julgada, porém, com a proposta interpretação do texto do art. 474, do Código de Processo Civil, não persistirá esta dificuldade, ou pelo menos será minorada, porquanto não será possível deduzir-se uma nova demanda com base nos mesmos fatos e fundamentos jurídicos, perdendo sentido confrontar o julgamento constante do primeiro processo com o do subsequente.
- 26. A eficácia preclusiva da coisa julgada, na forma e com as consequências por nós alvitradas, trabalharia sob os influxos do princípio de preclusão, este cujo fundamento vem escorado nos princípios da lealdade e da igualdade, informadores do princípio do contraditório, e, portanto, propiciado seria adequado âmbito no processo para seu regular desenvolvimento, sem a possibilidade de qualquer das partes daquele se utilizar a seu talante e a exclusivo serviço de seus interesses³⁹⁵, inibindo indevidas protelações e indefinições, especialmente, neste último caso, no que diz respeito ao objeto do processo, na identificação da lide, justamente para incentivar-se a descrição completa dos fatos em uma única e concentrada oportunidade, tudo no intuito de ensejar esgotamento e real exercício do contraditório, necessária e melhor instrução da causa, e, correspondentemente, uma resposta judicial abrangente e, de fato, definitiva para composição integral do litígio, sem o inconveniente provocado pelo desdobramento da análise parcelada deste em inúmeros processos posteriores, nos quais é ainda preciso estar-se atento ao quanto já teria sido decidido quanto à controvérsia das partes, o que nem sempre se mostra tarefa fácil, exatamente para não se comprometer a autoridade da coisa julgada.
- 27. O princípio dispositivo vem sofrendo algumas adequações que se mostraram necessárias para manter-se a possibilidade de que o processo se desenvolva de modo a cumprir seus escopos tanto em benefício das partes, como em respeito aos anseios sociais e políticos que envolvem o tema³⁹⁶. Dentre estas adequações

³⁹⁵ ARAGÃO, EGAS DIRCEU MONIZ DE. *Preclusão (Processo Civil)*. In *Saneamento do processo*. *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 150.

-

p. 150. ³⁹⁶ "O interesse público impõe que, decidido o litígio com a observância das formalidades legais e garantida às partes a defesa de seus direitos, se respeite o julgado, impedindo-se a renovação do processo

aparecem a interferência judicial que passa a existir quanto ao impulso do processo e na instrução probatória³⁹⁷, verdadeiras exceções à disponibilidade que informa o sobredito princípio, com vistas a garantir-se que não se valerá nem o autor, nem o réu, do instrumento do processo para atender a egoísticos desígnios, ou para prejudicar a satisfação dos interesses alheios. Então, está claro que, mesmo havendo uma interferência que diz respeito à liberdade das partes, como a provocada ela idéia de interpretação que emprestamos ao teor do art. 474, do Código de Processo Civil, esta é feita com um objetivo maior, que ordena o processo para um resultado útil³⁹⁸ e o mais próximo possível da realidade, e, desta maneira, de modo algum prejudica aqueles que dele participam, ao contrário, dá condições de que a lide seja resolvida dentro de uma esfera de licitude, ética, e boa-fé, onde os diálogos e manifestações são garantidas para contribuir para o êxito da tarefa principal almejada no processo, qual seja, o julgamento do litígio.

28. A preclusão, com seu caráter garantista e dinâmico, assim como a coisa julgada, são complementares uma da outra e sua atuação é justificada pela exigência atual de efetividade da tutela judicial³⁹⁹. Não se pode prescindir de regras que contemplem estes institutos de modo a influenciarem nos destinos dos processos, para que tenham um conteúdo confiável, impassível de modificações circunstanciais, firme para embasar a solução do litígio, solução esta que, uma vez tendo adquirido estabilidade, recoberta por autoridade que advém da própria lei, também se torna imutável e indiscutível, além de ter força para impedir a reabertura de discussões sobre os fatos e fundamentos jurídicos que, utilizados no primeiro processo como causa de pedir, não mais poderão desempenhar a mesma função em outro posterior processo, uma vez que esgotada a sua capacidade em dar sustentação a novos pleitos, novas demandas.

entre elas. Este é o fundamento político da coisa julgada" (REZENDE FILHO, GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE. Curso de Direito Processual Civil. v. III. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1951, p. 55).

³⁹⁷ Estas interferências estão evidenciadas em nosso ordenamento nos textos do art. 130, e do art. 262, ambos do Código de Processo Civil.

³⁹⁸ EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO entende que "... a adoção do princípio da preclusão visa pôr ordem no procedimento, o que é essencial para proporcionar os resultados que dele todos esperam" (Preclusão (Processo Civil). In Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 152).

³⁹⁹ ESTAGNAN, JOAQUÍN SILGUERO. La preclusión de alegaciones en el processo civil. Navarra: Civitas, p. 56-57.

- 29. A responsabilidade de articular é exclusiva do autor quando da produção de sua inicial, e não pode ser suprida pela interferência do juiz, descabendo proteção exacerbada do Estado relativa ao cumprimento de tal responsabilidade, especialmente, diante do princípio dispositivo, o qual assegura que a parte pode deixar de praticar determinados atos ou de pleitear por certas providências em juízo, bastando que isto corresponda ao seu desejo. Além do mais, qualquer um tem bastante condição de depurar as circunstâncias fáticas que o envolvem para delas extrair as ocorrências relevantes e que, identificadoras de alguma violação de regra de direito, possibilitam ou justificam uma demanda. Logo, percebe-se que a demanda é produto da manifestação clara de vontade do requerente, esta que é autônoma e livre, podendo e devendo ser expressada com toda a amplitude que lhe garante o sistema, sendo que, uma vez expressada esta, torna-se vinculativa, na medida em que serve à delimitação do objeto do juízo⁴⁰⁰, como margem da atuação judicante, que não mais poderá daquela demarcação se desprender, o que acarreta em uma prestação de tutela nos exatos moldes pretendidos, sob pena de, inclusive, se por em risco a regularidade do julgamento. A idéia de uma preclusão que atinja aspectos ligados a esta atividade do autor apenas contribui para que a mesma seja ordenadamente desenvolvida e provoca venha o articulado a ser apresentado com todos os fatos e fundamentos jurídicos envolvidos na demanda, como também, sejam deduzidos todos os pedidos daquele conjunto derivados, tudo com o sentido de possibilitar efetivo contraditório e evitar a necessidade da existência de outros posteriores processos que viriam a ser baseados naqueles mesmos fatos e fundamentos, principalmente, com uma perda irreparável de tempo.
- 30. A eficácia preclusiva da coisa julgada na forma alvitrada viria a trabalhar como um reforço aos critérios ordenadores do procedimento, e, na mesma proporção, do instituto da preclusão⁴⁰¹, critérios e instituto que, certamente, não são prestigiados pela fórmula atual de interpretar-se o art. 474, do Código de Processo Civil, interpretação esta que conduz à permissão de efetuar as

⁴⁰⁰ Destacam LUIGI PAOLO COMOGLIO, CORRADO FERRI e MICHELE TARUFFO, ser um monopólio da parte a decisão de promover ao processo, assim como monopolístico é o seu poder em definir o objeto do litígio ao qual o juízo está adstrito (Lezioni sul processo civile. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 237).

⁴⁰¹ ESTAGNAN, JOAQUÍN SILGUERO. La preclusión de alegaciones en el processo civil. Navarra: Civitas, 2009, p. 134.

alegações, que já poderiam - ou, na verdade, deveriam - ter sido feitas precedentemente, em processo subsequente a outro já julgado e que envolveu os mesmos fatos e fundamentos jurídicos reapresentados em juízo para mais um julgamento.

- 31. A preclusão gerada pela eficácia preclusiva da coisa julgada deve ser compreendida como sendo de intensidade média, ou seja, não incidirá desde o ato inicial do processo⁴⁰², porquanto, apesar de em nosso ordenamento estar acolhida a teoria da substanciação, e um regime de preclusão rígido, o processo civil de resultados, e que se queira efetivo, deve possibilitar uma ampliação controlada da demanda, desde que isto se mostre compatível com o todo da causa, sirva para concentração dos fatos e fundamentos jurídicos pertinentes ao litígio existente entre as partes em um único processo, contribuindo para um melhor desenvolvimento da instrução, para encurtamento e otimização do tempo a ser consumido para que se possa resolver, na íntegra, as controvérsias apresentadas, com a eliminação da ocorrência de decisões eventualmente divergentes e que, por certo, acarretariam em desprestígio da atividade judiciária.
- 32. Em que pese a correta interpretação do texto do art. 474, do Código de Processo Civil, permita, como visto, alargar os horizontes da eficácia preclusiva da coisa julgada, seria, agora, preocupante que o acerto do conteúdo da norma se operasse na base doutrinária e repercutisse, posteriormente, na jurisprudência, pois a dúvida maior consistiria em responder qual seria o marco inicial para que se passasse a ter sobre o dispositivo de lei analisado a compreensão neste trabalho alvitrada. Assim, o que se pode sugerir é que, visualizados os benefícios da interpretação defendida, assentado que a mudança do entendimento referente à atuação da preclusão no processo é algo que não compromete em nada as garantias constitucionais a este instrumento pertinentes, fosse editada norma, nos moldes do art. 400, da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, com o que estaria

⁴⁰² Como ocorre, aliás, no ordenamento espanhol, como se pode constatar pela combinação do conteúdo dos arts. 401, § 2°; 412; 424; 426; 433, § 3°; 443, da Ley de Enjuiciamiento Civil (ESTAGNAN, JOAQUÍN SILGUERO. La preclusión de alegaciones en el processo civil. Navarra: Civitas, 2009, p. 145).

resolvido o problema acima indicado, já que tal norma não teria efeitos retroativos, e somente incidiria nos processos iniciados sob a sua vigência⁴⁰³.

- 33. O ônus de alegar se concebe como modo de impulsionar, quem esteja a ele sujeito, a trazer para o processo todos os elementos necessários a um julgamento definitivo sobre a lide, funcionando, portanto, como instrumento para eliminação das incertezas⁴⁰⁴, atuando para que haja a pacificação social que se almeja no processo, porém, com justiça⁴⁰⁵, esta retirada exatamente da análise que se poderá fazer de todo o acervo de informações carreadas ao processo, as quais passam a possibilitar um conhecimento mais profundo e detalhado da situação concreta que fez surgir a controvérsia que se quer ter solvida, único caminho para se chegar a uma decisão justa.
- 34. A regra do art. 474, do Código de Processo Civil, pode ser utilizada nos procedimentos arbitrais a fim de promover a sua eficiência, quando então as sentenças arbitrais passarão a ter efeitos conclusivos e preclusivos em relação a futuros processos arbitrais ou do juízo ordinário⁴⁰⁶.
- 35. A sentença arbitral tem efeitos preclusivos em futuros procedimentos arbitrais assim como em relação às alegações, causas de pedir, e questões de fato ou de direito, as quais podendo ter sido levantadas no processo, não o foram, resultando para aquele que provocar a existência de novo procedimento arbitral com base naquelas mesmas alegações, causas de pedir, questões de fato ou de direito, em eventual condenação por litigância de má-fé e abuso do processo⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Narra JOAQUÍN SILGUERO STAGNAN sobre a oportuna mudança operada na lei processual espanhola, reportando à anterior existência de dúvidas sobre qual a exata atuação da preclusão no âmbito das alegações, sobre a existência ou não de uma regra preclusiva implícita pertinente às distintas causas de pedir que pudesse interferir na faculdade do autor em utilizar de distintas causas de pedir para obter a mesma tutela jurídica (*La preclusión de alegaciones en el processo civil.* Navarra: Civitas, 2009, p. 177).

⁴⁰⁶ Conclusão inspirada em texto de regra constante da Resolução nº 01/2006 (Annex 2 International Law Association Recommendations on res judicata and arbitration), emitida durante a 72th Conference of the International Law Association, ocorrida em Toronto, Canadá, entre 4-8 de junho de 2006.

⁴⁰⁷ Conclusão inspirada em texto de regra constante da Resolução nº 01/2006 (*Annex 2 International Law Association Recommendations on res judicata and arbitration*), emitida durante a *72th Conference of the International Law Association*, ocorrida em Toronto, Canadá, entre 4-8 de junho de 2006.

_

⁴⁰⁴ STAGNAN, JOAQUÍN SILGUERO *La preclusión de alegaciones en el processo civil*. Navarra: Civitas, 2009, p. 215.

⁴⁰⁵ GUASP, JAIME. Concepto y metodo de Derecho Processal. Madrid: Civitas, 1997, p. 43.

- 36. Não entendemos correta a forma habitual de interpretar-se o texto do art. 474, do Código de Processo Civil. Não pela circunstância de a doutrina majoritária afirmar que este dispositivo não provoca o alargamento do âmbito da res judicata – o que talvez não seja totalmente verdadeiro⁴⁰⁸ –, nem permite, pelo seu teor, se tenham por indiscutíveis fatos e fundamentos jurídicos que concorreram, logicamente, para que se pudesse chegar ao julgamento da lide. Primeiro, porque também concordamos que não há julgamento implícito⁴⁰⁹. Ao depois, porque não é a coisa julgada que se relaciona diretamente com os fatos e fundamentos mencionados, e sim a sua eficácia preclusiva, que diz respeito às questões logicamente subordinantes, quando a lide seja a mesma anteriormente já decidida, ou quando para o julgamento da segunda ação devam ser observadas e respeitadas as questões analisadas e julgadas no processo precedente para que se possa julgar a ação subsequente⁴¹⁰.
- 37. Pensamos que julgamento somente há por expresso, ou seja, ou a matéria foi submetida a julgamento e este concretamente ocorreu, ou a matéria sequer foi

⁴⁰⁸ Em alguns particulares casos, pode o fundamento da decisão judicial, tanto quanto o dispositivo, ficar recoberto pela autoridade da coisa julgada, sendo que, no nosso ordenamento, talvez o maior e mais expressivo exemplo seja o julgamento proferido nas ações declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, e, ainda, ação de descumprimento de preceito fundamental (efeito transcendente dos motivos determinantes. Nesse sentido a jurisprudência do STF: ADI 2.868/PI, rel. Min. JOAOUIM BARBOSA; Rcl 1.987/DF, rel. Min. MAURÍCIO CORREA; RE 203.498-Agr/DF, rel. Min. GILMAR MENDES; e Rcl 1.722/RJ, rel. Min. CELSO DE MELLO).

Como sustenta MARIA TERESA DE PADURA BALLESTEROS, "... si non hay pronunciamiento, ni expreso, ni tácito, no puede decirse que existe cosa juzgada, ni expresa, ni tácita" (Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 97). Poderíamos pensar, inclusive, estarem desatendidos os comandos dos arts. 2º, e 128, ambos do Código de Processo Civil, na medida em que o juiz, julgando algo não posto regularmente em juízo, e, pior, de forma implícita, agiria de oficio, surpreendendo as partes.

⁴¹⁰ Reflitamos sobre a hipótese em que haja o reconhecimento da paternidade e respectiva condenação do réu a prestar alimentos ao autor. Não está vedada a possibilidade de um segundo processo envolvendo a mesma relação jurídica que deu causa ao primeiro processo, porém, nesta nova ação não se poderá mais questionar a existência do vínculo da paternidade, apenas, por fatos supervenientes, o valor da prestação alimentícia ou, até mesmo, a sua extinção, ou seja, viável é uma ação revisional de alimentos, ou uma exoneratória da obrigação antes constituída, jamais outra para provocar uma reanálise da decisão que reconheceu a paternidade. Também poderíamos pensar em uma ação de separação judicial, na qual decretada esta, determinado que a partilha seria feita em iguais proporções sobre o patrimônio que restasse identificado em sede de liquidação de sentença, não mais seria cabível qualquer rejulgamento de questões definidas durante a fase de conhecimento, a ser complementada na liquidação referida, pois a separação decretada já não poderá ser revertida - isto para o caso de as partes não pretenderem a reconciliação -, assim como o critério de partilha que já veio definido, não pode ser alterado, e deve ser seguido para definição do direito das partes sobre o patrimônio que restar identificado na fase antes mencionada. Assim é que, de fato, como o faz JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, pode ser afirmado que "... subpõem-se à eficácia preclusiva da res iudicata todas as questões cuja apreciação pudesse influir no teor do julgamento proferido...", sendo que a coisa julgada só impede a reapreciação das questões logicamente subordinantes enquanto possa o seu comando subsistir (A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In Revista Forense, ano 68, v. 238, Rio de Janeiro: Forense, abr.-jun. 1972, p. 57).

submetida ao conhecimento judicial, e, desta maneira, sobre ela não se tem qualquer pronunciamento, muito menos de maneira implícita, que, no caso, estaria, inclusive, vedado, ao menos por infringir, de modo muito evidente, ao princípio do contraditório. Daí que somente há sentido na disposição do art. 474, do Código de Processo Civil, enquanto se percebe que ele, ao mencionar alegações e defesas dedutíveis o faz para impedir que estas questões venham a ser deduzidas em outro futuro processo, não para que se tenham como julgadas, apenas para determinar que a faculdade de deduzi-las ficou preclusa em virtude da conduta adotada pelas respectivas partes na produção de alegações ou defesas, sendo que esta específica preclusão é que devemos chamar de eficácia preclusiva da coisa julgada.

38. Em virtude da eficácia preclusiva da coisa julgada, não restam questões em situação de incerteza, ou seja, que fossem passíveis de ser objeto de alegação, análise e julgamento em futuro processo, pois aquela acarreta em preclusão da faculdade de alegação dos fatos e fundamentos jurídicos existentes ao momento da propositura da ação e até o trânsito em julgado da sentença proferida, momento após o qual não mais será viável o exercício útil da ação, o qual ficou esgotado na última oportunidade aberta para que viesse o autor apresentar a sua demanda.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, ROBERT. *Teoria dos direitos fundamentais (Theorie der Grundrechte*) trad. da 5ª ed. alemã, Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLORIO, ENRICO. La cosa giudicata rispetto ai terzi. Milano: Giuffrè, 1935.

ALSINA, HUGO. *Tratado teorico pratico de Derecho Procesal Civil y Comercial.* t. I. 2ª ed.; t. III. 2ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 1963 e 1961.

ALVIM, ARRUDA. *Manual de Direito Processual Civil. Parte geral.* v. 1. 11^a ed. São Paulo: RT, 2007.

ALVIM, EDUARDO ARRUDA. *Direito Processual Civil.* 2ª ed. reform., atual. e ampl. da obra *Curso de direito processual civil.* São Paulo: RT, 2008.

_____. Antecipação da tutela. Curitiba: Juruá, reimp. 2008.

ALVIM, THEREZA. *Repensando a coisa julgada*. In *Revista Autônoma de Processo*, nº 2, Curitiba: Juruá, jan.-mar. 2007, p. 307-321.

ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE. *Noções Elementares de Processo Civil.* Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

ARAGÃO, EGAS DIRCEU MONIZ DE. Sentença e coisa julgada. Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992.

_____. Preclusão (Processo Civil). In Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 141-183.

ARGENTINA. Código Processal Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: Zavalia, 2007.

ARISTÓTELES. A Política. 2ª ed. trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ASSIS, ARAKEN DE. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 109-129.

	. Cumulação de ações. 4º ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.
	. Manual da execução. 11ª ed. rev. ampl. e atual. com a reforma processua
-2006/2007	7. São Paulo: RT, 2007.

Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20%de%Assis%20%20 formatado.pdf. Acessado em 10 de janeiro de 2010.

ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos).* 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BALENA, GIAMPIERO. *Preclusioni di merito e preclusioni instruttorie nel processo civil riformato*. Disponível em: http://www.csm.it/quaderni/quad_92.htm. Acessado em 16 de junho de 2009.

BALLESTEROS, MARIA TERESA DE PADURA. Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.

BARBI, CELSO AGRÍCOLA. *Da preclusão no processo civil.* In *Revista Forense*, ano 52, v. 158, Rio de Janeiro: Forense, mar.-abr. 1955, p. 59-66.

Garantias constitucionais processuais. In Revista dos Tribunais, v. 659, ano 79, São Paulo: RT, setembro 1990, p. 7-12.

BARBOSA, ANTÔNIO ALBERTO ALVES. *Da preclusão processual civil.* 2ª ed. rev. e atual. 2ª tiragem, com notas remissivas à legislação processual vigente por Antonio Cezar Peluso. São Paulo: RT. 1994.

BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006.

. Direito e processo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, s.d.

BERIZONCE, ROBERTO O. *Derecho Procesal Civil actual.* Buenos Aires: Abeledo-Perot, 1999.

• El "bloque de constitucionalidad" como pivote de las políticas públicas em la área de la justicia. In Bases científicas para um renovado Direito Processual. v. 1. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, p. 181-198.

BOBBIO, NORBERTO. *Teoria geral do direito (Teoria generale del diritto).* trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BUENO, CÁSSIO SCARPINELLA. Código de Processo Civil interpretado. São Paulo: Atlas. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil. v. 1; Procedimento comum: ordinário e sumário. v. 2. t. I. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, UADI LÂMMEGO. *Constituição Federal anotada*. 8ª ed. rev. e atual. até a EC nº 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUZAID, ALFREDO. *Despacho saneador. Coisa julgada e preclusão. Distinção (Consultas e Pareceres).* In *Revista dos Tribunais*, ano 51, v. 320, jun. 1962, p. 42-58.

CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. *Lições de Direito Processual Civil.* v. I. 17^a ed. inteiramente revista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMPBELL, JUAN COLOMBO. Funciones del Derecho Procesal Constitucional. In Revista Ius et praxis. Ano 8, v. 8, nº 2. Talca: Universidad de Talca, 2002, p. 11-69.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. *Estudos sobre Direitos Fundamentais.* 1ª ed. brasileira. 2ª ed. portuguesa. São Paulo: RT, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Derecho Processal Civil y Penal.* t. 4. *Biblioteca Clássicos del Derecho.* trad. Enrique Figueroa Alfonzo. México: Harla, 1997.

_____. *Instituições do Processo Civil.* v. I. trad. da 5ª ed. italiana, rev. e atual. pelo próprio autor, por Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, MILTON PAULO DE. *Do pedido no processo civil.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

_____. Os princípios e um novo Código de Processo Civil. In Bases científicas para um renovado Direito Processual. v. 1. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, p. 199-239.

CASSAD, ROBERT C.; CLERMONT, KEVIN M. Res judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001.

CASTILLO, NICETO ALCALÁ-ZAMORA. Estudios de teoria general e historia del proceso. t. I. Ciudad de México: UNAM, 1974.

CHILE. Codigo de Procedimiento Civil. Edición Oficial. 15ª ed. Chile: Editorial Juridica, 2000.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituições de Direito Processual Civil (Instituzioni di Diritto Processuale Civile*). v. I. 3ª ed. trad. da 2ª ed. italiana por Paolo Capitanio. Anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO; GRINOVER, ADA PELLEGRINI; DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Teoria geral do processo*. 19^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COELHO, FÁBIO ULHOA. *Curso de Direito Civil. Parte Geral.* v.1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMOGLIO, LUIGI PAOLO. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile.* Padova: CEDAM, 1970.

. Il principio di economia processuale. t. I. Padova: CEDAM, 1980.	
. Garanzie costitucionale e "giusto processo" (modeli a confronto). REPRO, nº 90, ano 23, São Paulo: RT, abrjun. 1998, p. 95-150.	In

; FERRI, CORRADO; TARUFFO, MICHELE. Lezioni sul processo civile. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

. Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica. In REPRO, nº 108, ano 27, São Paulo: RT, outdez. 2002, p. 133-183.
. Garanzie minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. In REPRO, nº 112, ano 28, São Paulo: RT, outdez. 2003, p. 159-176.
COUTURE, EDUARDO J. Fundamentos do Direito Processual Civil (Fundamentos del Derecho Procesal Civil). trad. Benedicto Giaccobini. Campinas: RED, 1999.
Estudios de Derecho Procesal Civil. La Constitución y el Proceso Civil. t. I. 4ª ed. Buenos Aires: Depalma, 2003.
CRETELLA NETO, JOSÉ. Fundamentos principiológicos do Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
DESTEFENNI, MARCOS. Curso de Processo Civil. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.
DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. Fundamentos do Processo Civil moderno. v. I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
. Instituições de Direito Processual Civil. v. I, II e III. São Paulo: Malheiros, 2001.
. Relativizar a coisa julgada material. In Revista da Escola Paulista da Magistratura, nº 2, vol. 2, jul-dez. 2001, p. 7-45.
. Capítulos de sentença. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.
Nova era do processo civil. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
Vocabulário do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2009.
DINTILHAC, M. JEAN-PIERRE. La verité de la chose jugée. Disponível em : http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_

2004_173/deuxieme_partie_etudes_documents_176/etudes_theme_verite_178/jugee_m. 6392.html? Imp=1. Acessado aos 15 de janeiro de 2010.

DORONZO, ADRIANA. Il regime delle preclusioni con riguardo alla costituzione del convenuto. L'intervento del terzo. (Relazione ad Incontro di studi del Consiglio Superiore della Magistratura. Roma, ottobre 1997). Disponível em: http://www.traniius.it/opinioni/Dor3.htm. Acessado em: 16 de junho de 2009.

DWORKIN, RONALD. Uma questão de princípio (A matter of principle). trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESTADOS UNIDOS. Standard California Codes. Four-in-one. Civil – Civil Procedure - Evidence - Rules of Court. New York: Matthew Bender, 2008.

ESTAGNAN, JOAQUÍN SILGUERO. La preclusión de alegaciones en el proceso civil. Navarra: Civitas, 2009.

FABRÍCIO, ADROALDO FURTADO. *A coisa julgada nas ações de alimentos.* Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3% ADcio(2)%20-formatado.pdf. Acessado em 10 de janeiro de 2010.

FAZZALARI, ELIO. *Instituições de Direito Processual (Instituzioni di diritto processuale)*. trad. da 8ª ed. italiana, Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRARI, SANTO; FERRARI, ROBERTO; FERRARI, GIORGIO. Còdice di Procedura Civile. Milano: Hoepli, 2006.

FERRAZ, CRISTINA. *Prazos no processo de conhecimento. Preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal.* (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 47). São Paulo: RT, 2001.

FRANÇA. Code Civil. Paris: Litec, 2004.	
. Noveau Code de Procédure Civil. 95ª ed. Paris: Dalloz.	2003.

FUX, LUIZ. Curso de Direito Processual Civil. Processo de conhecimento. Processo de execução. Processo cautelar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARRIDO, TOMÁS RUBIO. Cosa juzgada y tutela judicial efectiva. In Derecho privado y Constitución, nº 16, enero-diciembre 2002, La Rioja: Universidad de La Rioja, p. 259-392. Disponível em: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo? codigo=294626. Acessado em 02 de fevereiro de 2010.

GIANNICO, MAURÍCIO. A preclusão no direito processual civil brasileiro. 2ª ed. rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. Coleção Theotonio Negrão. São Paulo: Saraiva, 2007.

GÓMEZ, JUAN M. INFANTES. Consideraciones sobre el objeto del proceso. Su determinación e influencia sobre el mismo. Disponível em: http://www.biblopia.com/descarga.php?j=ZZai. Acessado aos 23 de outubro de 2009.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Direito Civil brasileiro. Parte Geral. v. 1. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO FILHO, VICENTE. *Direito Processual Civil brasileiro*. v. 2. 18^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI. *O processo. Estudos e pareceres.* São Paulo: Perfil, 2005.

GUASP, JAIME. Concepto y metodo de Derecho Processal. Madrid: Civitas, 1997.

GUIMARÃES, LUIZ MACHADO. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro — São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

GARCIA, GUSTAVO FILIPE BARBOSA. Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In Revista de Processo, ano 30, nº 130, São Paulo: RT, dez. 2005, p. 49-63.

HABSCHEID, WALTER J. L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. In Rivista di Diritto Processuale, v. 3, anno XXXV (seconda serie). Padova: CEDAM, luglio-settembre 1980.

_____. Introduzione al Diritto Processuale Civile comparato. Rimini: Maggioli, 1985.

HEINITZ, ERNESTO. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Studi di Diritto Processuale diretti da Piero Calamandrei. Padova: CEDAM, 1937

ITÁLIA. *I Còdici Esplicati. Còdice Civile (spiegato articolo per articolo).* Federico del Giudice (Cord.). Napoli: Giuridiche Simone, 2009.

JOLOWICZ, J. A. On Civil Procedure. Cambrige: Cambride University Press, 2000.

KELSEN, HANS. *Teoria geral das normas (Allgemeine theorie des normen).* trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

LA CHINA, SERGIO. Manuale di Diritto Processuale Civile. Le disposizioni generali. v. I. Milano: Giuffrè, 2003.

LARENZ, KARL. *Derecho justo – fundamentos de la ética jurídica (Richtiges Recht).* trad. Luiz Diéz-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LENT, FRIEDRICH. Diritto Processsuale Civile tedesco. Il procedimento de cognizione. Parte 1. trad. Eduardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962.

LEONEL, RICARDO DE BARROS. Causa de pedir e pedido. O direito superveniente. São Paulo: Método, 2006.

LIEBMAN, ENRICO TULLIO. Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata). Milano: Giuffrè, 1962.

. Processo de execução. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
. Manual de Direito Processual Civil (Manuale di Diritto Processuale Civile). 3ª ed. v. I. trad. e notas por Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros 2005.
. Eficácia e autoridade da sentenca (e outros escritos sobre a coiso

julgada). 4ª ed. trad. Alfredo Buzai e Benvindo Aires. Notas relativas ao direito

brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Estudos sobre o Processo Civil brasileiro. s.l.: Bestbook, 2004.
LÓPEZ, SONIA CALAZA. <i>El alcance virtual de la cosa juzgada material</i> . Disponível em: http://www.aranzadi.net/index.php/informacion-juridica/actualidad - jurídica - aranzadi/773/comentario-legislacion/el-alcance-virtual-de-la-cosa-juzgada-material. Acessado aos 20 de junho de 2009.
La cosa juzgada en el Proceso Civil y Penal. In Boletín de la Faculdad de Derecho de la UNED, nº 24, 2004, p. 131-146. Disponível em: http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-2004-24-10040&dsID=PDF. Acessado em 15 de faveriro de 2010.
LUCON, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS. <i>Devido processo legal substancial e efetividade do processo.</i> In <i>O Processo na Constituição.</i> Coord. Ives Gandra da Silva Martins e Eduardo Jobim. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 269-299.
MACHADO, ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA. Código de Processo Civil interpretado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2008.
MANCUSO, RODOLFO DE CAMARGO. Coisa julgada, "collateral stoppel" e eficácia preclusiva "secundum eventum litis". In Revista dos Tribunais, v. 608, ano 75, São Paulo: RT, jun. 1986, p. 23-33.
MANDRIOLI, CRISANTO. Corso di Diritto Processuale Civile. Il processo di cognizione. v. II. 10 ed. Torino: Giappichelli, 1995.
MANZANARES, RAQUEL CASTILLEJO. Comentário a la Sentencia de la Audiência Provincial de Zaragoza de 25 de marzo de 2004. In Revista Xurídica Galega. Disponível em: https://www.rexurga.es/pdf/COL211.pdf. Acessado aos 29 de junho de 2009.
MARCATO, ANTONIO CARLOS. <i>Preclusões: limitação ao contraditório?</i> In <i>Revista de Processo</i> , ano V, nº 17, janmar. 1980, p. 105-114.
(Coord.). Código de Processo Civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004.
Procedimentos especiais. 12ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006.
MARINONI, LUIZ GUILHERME. <i>Procedimentos especiais.</i> 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
Coisa julgada inconstitucional. A retroatividade da decisão (in)constitucional do STF sobre a coisa julgada. A questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: RT, 2008.
; MITIDIERO, DANIEL. Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, JOSÉ FREDERICO. *Instituições de Direito Processual Civil.* v. II, III e V. rev., atual. e compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000.

MEDINA, JOSÉ MIGUEL GARCIA; WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. *Processo Civil moderno. Parte geral e processo de conhecimento.* v. 1. São Paulo: RT, 2008.

MEDINA, JOSÉ MIGUEL GARCIA. *Processo Civil moderno. Execução.* v. 3. São Paulo: RT, 2008.

MELLADO, JOSÉ MARIA ASENCIO. Derecho Procesal Civil. Parte Primera. 3ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

MELLO FILHO, JOSÉ CELSO DE. *A tutela judicial da liberdade.* In *Revista dos Tribunais*, v. 526, ano 68, São Paulo: RT, agosto 1979, p. 291-302.

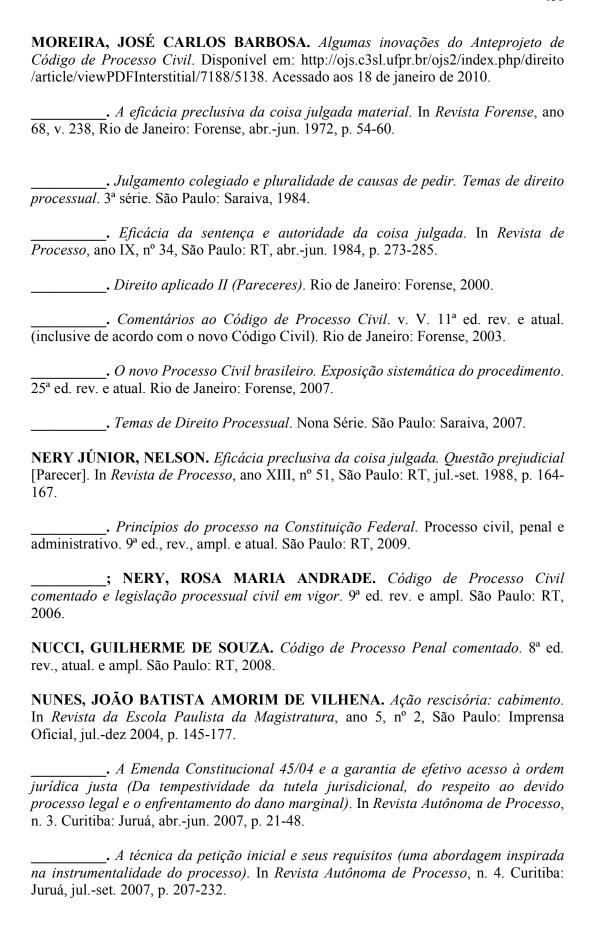
MENCHINI, SERGIO. I limiti oggetivi del giudicato civile. Milano: Giuffrè, 1987.

MENDES, JOÃO DE CASTRO. *Limites objectivos do caso julgado no processo civil.* Lisboa: Ática, 1968.

MESQUITA, JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE. Da ação civil. São Paulo: RT, 197	5.
Coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.	
Teses, estudos e pareceres de processo civil. v. 1. São Paulo: RT, 2005.	
MIRANDA, JORGE. <i>Manual de Direito Constitucional</i> . t. II. 3ª ed. Coimbra: Coimbeditora, 1996.	bra
MIRANDA, PONTES DE. Comentários ao Código de Processo Civil. t. I. 5ª et t. III. 4ª ed. rev. e aumentada por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 1998.	-
Sistema de Ciência Positiva do Direito. Fundamentos metodológicos critério e da investigação científica. t. IV. atual. por Vilson Rodrigues Alv Campinas: Bookseller, 2000.	
Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Exceções, direitos mutilad exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções, prescrição. t. 6. atual. por Vils Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.	

MITIDIERO, DANIEL FRANCISCO. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. In Revista Forense, ano 102, v. 388, Rio de Janeiro: Forense, nov.-dez. 2006, p. 51-78.

MONTELEONE, GIROLAMO. Diritto Processuale Civile. 3ª ed. Interamente riveduta e aggiornata. Padova: CEDAM, 2002.



_____. Da coisa julgada prevalente. In Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 9, nº 1, São Paulo: Imprensa Oficial, jan.-jun. 2009, p. 75-90.

OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO ALVARO. *Do formalismo no Processo Civil.* 2ª ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003.

Coisa julgada. Respeito que merece. Interpretação da sentença. Princípios pertinentes. À luz do sistema jurídico brasileiro, mostra-se inadmissível afrontar o comando transitado em julgado no processo de conhecimento, com amparo na aplicação do princípio da razoabilidade. Efeito pan-processual da eficácia preclusiva da coisa julgada. Inteligência do art. 474 do CPC (Parecer). In Revista de Processo, ano 31, nº 142, São Paulo: RT, dez. 2006, p. 239-250.

OTERO, PAULO. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PERELMAN, CHAÏM. Ética e Direito (Éthique et droit). 1ª ed. 3ª tiragem. trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PÉREZ, ALEX CAROCCA. Garantía constitucional de la defensa procesal. Barcelona: Bosch, 1998.

PETRELLA, VIRGINIA. Le definizione del thema decidendum, la progressiva formazione della cosa giudicata ed i limitti del giudicato esterno nel modelo ordinario di cognizione per effetto dell'applicazione dell'art. 111 Cost. Disponível em: http://host.uniroma3.it/centri/crispel/intervento%20Petrella.pdf. Acesso em 18 de fevereiro de 2010.

PINA, RAFAEL DE; LARRAÑAGA, JOSE CASTILLO. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 10^a ed. rev., aument. e atual. por Rafael de Pina Vara. México: Porrua, 1974.

PINTO, JUNIOR ALEXANDRE MOREIRA. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007.

PLATÃO. As leis, ou a legislação e epinomis. trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 1999.

PODETTI, J. RAMIRO. *Teoria y tecnica del Proceso Civil y trilogia estructural de la Ciencia del Proceso Civil.* Buenos Aires: EDIAR, 1963.

PORTO, GILBERTO SÉRGIO. *Coisa julgada civil.* 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: RT.

PORTUGAL. Código de Processo Civil. Novo regime da acção executiva. (alterado pelo Decreto-lei nº 38/2003, de 8 de março). 4ª ed. J. A. Santos (Coord.). Lisboa: DisLivro, 2003.

RADBRUCH, GUSTAV. *Filosofia do Direito*. 6ª ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor. trad. Prof. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RAWLS, JOHN. *Teoría de la justicia*. 2ª ed. trad. María Dolores Gonzáles. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

REALE, CONCETA PAPPALARDO. Riflessi sulle procedure concorsuali della riforma del processo civile. Disponível em: http://www.agatavvocati.it/UserFiles/File/Atti/obiettivo%20Riforma/RelDiCapua.pdf. Acesso em 16 de junho de 2009.

REDENTI, ENRICO. Diritto Processuale Civile. Il processo ordinario de cognizione. Il procedimento di primo grado. Il sistema delle impugnazioni. v. 2. 4ª ed. Milano: Giufreè, 1997.

REZENDE FILHO, GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE. Curso de Direito Processual Civil. v. III. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1951.

RIZZARDO, ARNALDO. Limitações do trânsito em julgado e desconstituição da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCHA, CESAR ASFOR. A luta pela efetividade da jurisdição. São Paulo: RT, 2007.

ROSENBERG, LEO. *Tratado de Derecho Procesal Civil. El procedimiento de sentencia.* t. II. trad. Ângela Romera Vera. Buenos Aires: EJEA, 1955.

ROSS, ALF. *Direito e Justiça (On law and justice*). trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

SANSEVERINO, MILTON. *Prescrição: da ação, do direito ou da pretensão?* In *Revista Forense*, ano 73, v. 257, Rio de Janeiro: Forense, jan.-mar. 1977, p. 413-414.

SANTOS, ERNANE FIDÉLIS DOS. *Manual de Direito Processual Civil. Processo de conhecimento.* v. 1. 9ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, MOACYR AMARAL. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. Processo de conhecimento. v. 1. 25^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SEGUEL, ALEJANDRO ROMERO. *Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección.* In *Revista chilena de derecho*, v. 26, Chile: Santiago, 1999, p. 503-515.

SICA, HEITOR VITOR MENDONÇA. *Preclusão processual civil.* 2ª ed. Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, OVÍDIO A. BAPTISTA DA. Coisa julgada e efeitos da sentença. Teoria Geral do Processo Civil. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006.

TALAMINI, EDUARDO. Coisa julgada e sua revisão. Coisa julgada e Constituição. O regime infraconstitucional da coisa julgada. A ação rescisória e outros meios rescisórios típicos. Os limites da revisão atípica ('relativização') da coisa julgada. As sentenças inexistentes. São Paulo: RT, 2005.

TEIXEIRA, GUILHERME FREIRE DE BARROS. O princípio da eventualidade no processo civil. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 10. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: RT, 2005.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. As reformas do Direito Processual Civil e o princípio constitucional da segurança jurídica. In O Processo na Constituição. Coord. Ives Gandra da Silva Martins e Eduardo Jobim. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 235-267.

____. Processo de Execução e cumprimento de sentença. 25ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LEUD, 2008.

TOMMASEO, FERRUCCIO. Appunti di Diritto Processuale Civile. Nozioni introduttive. 4ª ed. Torino: Giappichelli, 2000.

TROCKER, NICOLÒ. *Processo Civile e Costituzione. Problemi di Diritto tedesco e italiano.* Studi di Diritto comparato a cura di Mauro Cappelletti. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E. A causa petendi no processo civil. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil. São Paulo: RT, 2007.

_____. Duração razoável do processo (art. 5°, LXXVIII da Constituição Federal). In *O Processo na Constituição*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins e Eduardo Jobim. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 321-342.

TUCCI, ROGÉRIO LAURIA. Curso de Direito Processual Civil. Processo Civil de conhecimento II. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

VÉSCOVI, ENRIQUE. *Hacia un Proceso Civil universal*. In *REPRO*, nº 93, ano 24, São Paulo: RT, jan.-mar. 1999, p. 179-190.

_____. Teoria general del Proceso. 2ª ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

VILANOVA, LOURIVAL. Causalidade e relação no Direito. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

WAMBIER, LUIZ RODRIGUES (Coord.); ALMEIDA; FLÁVIO RENATO CORREIA DE; TALAMINI, EDUARDO. Curso avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e processo de conhecimento. v. 1. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005.

WATANABE, KAZUO. Acesso à justiça e sociedade moderna. In Participação e processo. Coord. Ada Pellegrini Grinover et. al. São Paulo: RT, 1988. p. 128-135.

Portais na *Internet* acessados para complementar consulta à legislação, doutrina e jurisprudência mencionadas neste trabalho:

- 1) www.stf.jus.br
- 2) www.stj.jus.br
- 3) www.tj.sp.gov.br
- 4) www.tjrj.jus.br
- 5) www.tjrs.jus.br
- 6) www.tjmg.jus.br
- 7) www.supremecourtus.gov
- 8) www.gouvqc.ca
- 9) www.law.cornell.edu
- 10) www.legis.state.la.us
- 11) www.courts.gov.bc.ca
- 12) www.ca1.uscourts.gov
- 13) www.canii.org
- 14) www.uniroma3.it
- 15) www.agatavvocati.it
- 16) www.cortedicassazione.it
- 17) www.trl.pt
- 18) www.stj.pt
- 19) www.verbojuridico.com
- 20) www.trc.pt
- 21) www.bger.ch
- 22) www.ila-hq.org
- 23) www.leginfo.ca.gov
- 24) www.utcourts.gov
- 25) www.scjn.gob.mx
- 26) www.tsjdf.gob.mx
- 27) www.ucm.es
- 28) www.legifrance.gouv.fr
- 29) www.courdecassation.fr
- 30) www.csjn.gov.ar
- 31) www.scba.gov.ar
- 32) www.poderjudicial.cl
- 33) www.poderjudicial.gub.uy
- 34) www.tsi.gov.ve
- 35) www.abdpc.org.br
- 36) www.rexurga.es
- 37) www.biblopia.com
- 38) www.aranzadi.net
- 39) www.juridicas.unam.mx
- 40) www.dialnet.unirioja.es

RESUMO

NUNES, JOÃO BATISTA AMORIM DE VILHENA. *A eficácia preclusiva da coisa julgada (reconstruindo a interpretação do art. 474, do CPC).* 2010. 120 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

No presente trabalho, após se passar em revista e relacionar alguns conceitos pertinentes ao direito de aceso à justiça, ao direito de ação, ao direito de defesa, ao princípio do devido processo legal, ao princípio da segurança jurídica, ao princípio do contraditório, ao princípio da igualdade, ao princípio da celeridade, ao princípio da economia processual, ao princípio da duração razoável do processo, e ao princípio da eventualidade, adentra-se a um estudo de aspectos referentes ao pedido, à causa de pedir, à preclusão, à coisa julgada, para com base neste material, seguir por uma análise que envolve a doutrina e jurisprudência de vários países, dos sistemas da common law e da civil law, para com isso permitir a visualização de como vem sendo tratada a questão dos efeitos preclusivos da coisa julgada, culminando com uma abordagem da questão no direito brasileiro, para ao final propor uma nova interpretação do teor do art. 474, do Código de Processo Civil, mais adequada e consentânea aos escopos de um processo de resultados, de um processo que conduza a uma solução firme, esta sendo intangível por ter sido proferida apenas após se ter garantido todas as possibilidades para que as partes atuassem de modo a preservarem os seus direitos, demonstrarem a sua razão, no curso de um processo equilibrado pela igualdade de tratamento dispensada aos seus participantes, tudo visando a garantir a sua eficácia, conduzir à afirmação deste como instrumento capaz de produzir resolução de litígios, apto a impedir a eternização das controvérsias.

Palavras-chave: Eficácia preclusiva da coisa julgada. Princípio da eventualidade. Preclusão. Coisa julgada.

RIASSUNTO

NUNES, JOÃO BATISTA AMORIM DE VILHENA. L'efficacia preclusiva della cosa giudicata (ricostruendo l'interpretazione dell'articolo 474 del CPC). 2010. 120 p. Thesis (Ph.D.) - Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2010.

Inizialmente, il lavoro esamina e riferisce alcuni concetti relativi al diritto di accesso alla giustizia, al diritto all'azione, al diritto di difesa, al principio del dovuto processo, al principio della sicurezza giuridica, al principio del contraddittorio, al principio della uguaglianza, al principio della celerità, al principio dell'economia processuale, al principio della ragionevole durata e al principio della eventualità. Continua con lo studio degli aspetti relativi alla richiesta, alla causa di richiesta, alla preclusione, alla cosa giudicata. Com base in questa introduzione, prossegue con la analisi che coinvolge la dottrina e la giurisprudenza in diversi paesi, i sistemi di common law e di civil law, in tal modo a permettere la visualizzazione di come sia mondialmente trattata la questione degli effetti preclusivi della cosa giudicata culminando con un approccio alla questione nel diritto brasiliano. Finalmente, propone una nuova interpretazione del testo dell'articolo 474 del Codice di Procedura Civile brasiliano, più adeguata e consentanea agli scopi di un processo di risultati, di un processo che porti ad una soluzione solida, intangibile perché proferita solamente dopo aver garantito alle parti tutte le possibilità di agire per preservare i loro diritti e dimostrare le loro ragioni, nel corso di un processo equilibrato per la parità di trattamento dato ai partecipanti. Il lavaro ha per obbiettivi garantire l'efficacia, proporre uno strumento capace di risolvere la lite e adatto per evitare il perpetuarsi delle controversie.

Parole chiave: Efficacia preclusiva della cosa giudicata. Principio dell'eventualità. Preclusione. Res judicata.

ABSTRACT

NUNES, JOÃO BATISTA AMORIM DE VILHENA. The preclusive effect of res judicata (reconstructing the interpretation of Article 474 of CPC). 2010. 120 pg. Thesis (Ph.D.) - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2010.

Initially, the essay inspects and reports some concepts related to the right of access to justice, the right of action, the right of defense, the principle of due process, the principle of legal certainty, the principle of contradictory, the principle of equality, the principle of celerity, the principle of procedural economy, the principle of reasonable process duration and the principle of eventuality. Then, continues with the study of issues related to the pleading, the cause of action, the preclusion, and the res judicata. Based on this introduction, follows the analysis of the doctrine and jurisprudence in different countries, the systems of common law and civil law, aiming to address the issue of preclusion effects of res judicata and approach the issue in the brazilian law. Finally, proposes a new interpretation of article 474 of the Brazilian Code of Civil Procedure, more appropriate and consentaneous to the scopes of a process "of results", a process that leads to a solid, intangible solution, since, during the whole process, it has been granted to the parties an even treatment and every opportunity to preserve their rights and demonstrate their reasons. The targets are: ensure the effectiveness, propose a tool suitable to solve litigation and able to avoid the perpetuation of controversies.

Keywords: Preclusive effect of res judicata. Principle of eventuality. Preclusion. Res judicata.