

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM
DIREITO PROCESSUAL**

ALEXANDRE SENRA

**A COISA JULGADA
NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:
PREMISSAS, CONCEITOS, MOMENTO DE FORMAÇÃO E
SUPORTES FÁTICOS.**

VITÓRIA
2016

ALEXANDRE SENRA

**A COISA JULGADA
NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:
PREMISSAS, CONCEITOS, MOMENTO DE FORMAÇÃO E
SUPORTES FÁTICOS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, na linha de pesquisa “Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais”, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei.

VITÓRIA
2016

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

S478c Senra, Alexandre, 1981-
A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015 :
premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos /
Alexandre Senra. – 2016.
322 f.

Orientador: Rodrigo Reis Mazzei.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Brasil. [Código de Processo Civil (2015)]. 2. Coisa julgada.
3. Direito e fato. 4. Direito - Linguagem. I. Mazzei, Rodrigo. II.
Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

ALEXANDRE SENRA

**A COISA JULGADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015:
PREMISSAS, CONCEITOS, MOMENTO DE FORMAÇÃO E SUPORTES
FÁTICOS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, na linha de pesquisa “Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais”, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Processual.

Aprovada em de de 2016.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei (Orientador – PPGDIR/UFES)

Prof. Dr. Luiz Eduardo Ribeiro Mourão (PPGDIR/UFES)

Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (Membro externo - UFAL)

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, Ludmylla, maior atingida pelas minhas escolhas, pelo amor e apoio, permanentes e incondicionais.

Aos meus pais, Linda e Mauricio, por serem meus motivadores e exemplos de vida desde sempre.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei, cuja produção acadêmica conheci muito antes de conhecer a pessoa, pela confiança em mim depositada ao tempo em que nem eu ainda confiava, por me instigar a pensar e pela paixão contagiante que nutre pelo Direito.

Ao Ministério Público Federal, por ter permitido que eu me dedicasse exclusivamente à pesquisa nos sessenta dias finais, e a todos os colegas de trabalho da Procuradoria da República em Cachoeiro de Itapemirim/ES, por contribuírem, cada um a seu modo, na construção do melhor ambiente de trabalho que alguém pode desejar.

Ao Prof. Dr. Luiz Eduardo Ribeiro Mourão e ao Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, por gentilmente terem aceito o convite para comporem a banca de defesa desta dissertação. Tê-los como arguidores é honra imensa.

A todos aqueles que foram meus professores no programa de mestrado da UFES, pela oportunidade que tive de com eles muito aprender, em especial ao Prof. Dr. Tárek Moysés Moussalem, que me reensinou a pensar o Direito.

A todos os meus colegas de mestrado, pela participação que tiveram nessa minha jornada de aprendizado, sobretudo ao João Felipe Calmon, pelas incontáveis e muito proveitosas conversas acadêmicas.

Muito obrigado!

RESUMO

A dissertação trata da coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), sob uma perspectiva normativa. Divide-se, basicamente, em duas partes. Na primeira parte, expõem-se as premissas do autor. O fenômeno jurídico é examinado, com base na teoria do fato jurídico, em nível de Teoria Geral do Direito. A linguagem do direito positivo é diferenciada da linguagem da Ciência do Direito, a partir de três critérios: hierarquia, tipo e função. Palavras, conceitos e definições são distinguidos e articulados entre si. Na segunda parte, desenvolve-se o tema propriamente dito (coisa julgada). Após o exame dos principais conceitos de coisa julgada trabalhados pela doutrina e um primeiro confronto deles com o CPC/15, são designados e definidos os conceitos de coisa julgada que o autor entende úteis à compreensão da matéria, tal como regulada no CPC/15. Voltam-se as atenções, então, à Constituição, para que sejam verificados os limites constitucionais à atividade do legislador em relação ao assunto, previamente ao exame mais detido do seu regramento no CPC/15. Depois disso, analisa-se o trânsito em julgado, momento de formação da coisa julgada, precisando-o temporalmente nas diversas situações possíveis. Finalmente, no mais longo capítulo, são examinados os tipos de fatos jurídicos que produzem o efeito jurídico coisa julgada, tripartindo-se a análise no que o autor denomina de “coisa julgada sobre questões principais”, “coisa julgada sobre questões processuais” e “coisa julgada sobre questões prejudiciais incidentais”.

Palavras-chave: Coisa julgada. Código de Processo Civil de 2015. Conceitos. Teoria do fato jurídico.

ABSTRACT

The research deals with the *res judicata* in the Civil Procedure Code of 2015 (CPC/15), from a normative perspective. It is divided basically into two parts. In the first part, are exposed the author's premises. The legal phenomenon is examined, according the theory of legal fact, in the level of general theory of law. The language of positive law is differentiated from the language of science of law, based on three criteria: hierarchy, type and function. Words, concepts and definitions are distinguished from each other and articulated. The second part develops the theme (*res judicata*). After examining the main concepts of *res judicata* developed and used by the doctrine and making a first confrontation between them and the CPC/15, the concepts of *res judicata* that the author considers useful to the understanding of the matter, as regulated by CPC/15, as designed and defined. Then, the attention is turned to the Constitution, so that the constitutional limits for the legislative activity on the subject are verified, prior to a deeper examination of the rules inside the CPC/15. After that, it analyzes the initial moment of *res judicata* in various situations. Finally, the longest chapter examines the types of legal facts that produce the legal effect *res judicata*. They are analyzed from three categories, which the author calls: "*res judicata* on main issues", "*res judicata* on procedural matters" and "*res judicata* on incidental prejudicial questions."

Keywords: *Res judicata*. Civil Procedure Code of 2015. Concepts. Theory of legal fact.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1ª PARTE: PREMISSAS DO ESTUDO	20
1 O FENÔMENO JURÍDICO À LUZ DA “TEORIA DO FATO JURÍDICO”.	20
1.1 PERSPECTIVA NORMATIVA.....	20
1.2 DOGMÁTICA JURÍDICA (= CIÊNCIA DO DIREITO <i>STRICTO SENSU</i>) E TEORIA GERAL DO DIREITO.	22
1.3 CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS.....	24
1.3.1 Mundo, mundo fático (= mundo não-jurídico) e mundo jurídico	24
1.3.2 Norma jurídica: um designativo, dois conceitos (“norma jurídica constitutiva” e “norma jurídica prescritiva”).	25
1.3.3 Suporte fático abstrato e suporte fático concreto	31
1.3.4 Preceito abstrato e preceito concreto	34
1.3.5 Fato jurídico e efeito jurídico	37
1.4 PLANOS DO MUNDO JURÍDICO: EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA.	41
2 OS DOIS NÍVEIS LINGUÍSTICOS BÁSICOS DO DISCURSO JURÍDICO: LINGUAGEM DO DIREITO POSITIVO E LINGUAGEM DA CIÊNCIA DO DIREITO.	45
2.1 HIERARQUIA DE LINGUAGENS.....	46
2.2 FUNÇÕES DA LINGUAGEM.....	47
2.3 TIPOS DE LINGUAGEM.....	49
3 PALAVRAS, CONCEITOS E DEFINIÇÕES	52
3.1 AS PALAVRAS.....	52

3.2	OS CONCEITOS.....	53
3.2.1	Conceitos lógico-jurídicos (= conceitos jurídicos fundamentais) e conceitos jurídico-positivos.	55
3.2.1.1	A coisa julgada é um conceito lógico-jurídico ou jurídico-positivo?.....	58
3.3	AS DEFINIÇÕES.....	60
3.3.1	Disputas meramente verbais e acordos meramente verbais.....	62
3.3.2	Definições legais e definições científicas.....	64
	2ª PARTE: A COISA JULGADA.....	67
4	OS CONCEITOS DE COISA JULGADA.....	67
4.1	OS CONCEITOS DE COISA JULGADA NA DOUTRINA E PRIMEIRAS CRÍTICAS.	68
4.1.1	Entre Hellwig, Liebman e Barbosa Moreira.....	71
4.1.1.1	Análise das divergências.....	71
4.2	A ASSUNÇÃO DE UM POSICIONAMENTO QUANTO À COISA JULGADA.	77
4.2.1	Teorias material e processual da coisa julgada. Natureza material e/ou processual das normas jurídicas pertinentes ao instituto.	80
4.2.1.1	A inserção do entendimento da coisa julgada vista como uma situação jurídica no grupo das “teorias processuais”.	81
4.2.1.2	A natureza material e/ou processual das normas jurídicas pertinentes ao instituto da coisa julgada.	85
4.3	A COISA JULGADA FORMAL E A COISA JULGADA MATERIAL NA DOUTRINA.	89
4.3.1	Coisa julgada formal e coisa julgada material na concepção da coisa julgada como um dos efeitos da sentença, ou sua eficácia específica.	91
4.3.2	Coisa julgada formal e coisa julgada material na concepção da coisa julgada como qualidade do conteúdo e dos efeitos da sentença.	92
4.3.3	Coisa julgada formal e coisa julgada material na concepção da coisa julgada como uma situação jurídica.	94

4.3.3.1 Coisa julgada formal e coisa julgada material na concepção de Luiz Eduardo Ribeiro Mourão.	95
4.4 OS CONCEITOS JURÍDICO-POSITIVOS DE COISA JULGADA ÚTEIS À COMPREENSÃO DA COISA JULGADA NO CPC/15.	97
4.4.1 As definições legais dos conceitos de coisa julgada	98
4.4.2 Os usos da palavra “coisa julgada” no CPC/15	99
4.4.3 A coisa julgada-efeito jurídico e a coisa julgada-fato jurídico	105
4.4.4 A coisa julgada formal, a coisa julgada material e algumas confusões terminológicas, envolvendo os termos “autoridade” e “preclusão”.	109
4.4.4.1 Por que discordamos das concepções pré-Liebman e de Liebman da coisa julgada formal e da coisa julgada material.	110
4.4.4.2 Aproximando-nos das concepções de Barbosa Moreira e de Mourão sobre coisa julgada formal e coisa julgada material.	110
4.4.4.3 Coisa julgada e autoridade de coisa julgada.....	112
4.4.4.4 Preclusão e coisa julgada formal.....	113
4.4.4.4.1 <i>Preclusão</i>	113
4.4.4.4.2 <i>“Coisa julgada formal” e “preclusão máxima”</i>	119
4.4.4.5 Justificativa para um conceito doutrinário de coisa julgada formal?.....	122
4.4.5 A coisa julgada relativa às questões prejudiciais incidentais	126
4.4.6 Proposta conceitual e escolhas terminológicas	129
4.5 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA (CRFB/88, ART. 5º, XXXVI).	132
4.5.1 O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada	138
4.5.1.1 Aproximação entre os conceitos de coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito.	140
4.5.1.2 Definição e distinção entre os conceitos de coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito.	141
4.5.1.3 Articulação entre os conceitos de coisa julgada, de direito adquirido e de ato jurídico perfeito.	144

5 O MOMENTO DE FORMAÇÃO DA COISA JULGADA (= O TRÂNSITO EM JULGADO).	146
5.1 DESIGNATIVO DE UM MOMENTO PROCESSUAL.....	151
5.2 UM PRONUNCIAMENTO DECISÓRIO.....	152
5.2.1 O trânsito em julgado não é referível ao processo, e sim ao pronunciamento decisório ou a seus capítulos.	154
5.2.2 O trânsito em julgado nunca relaciona-se a mais de um pronunciamento decisório.	155
5.2.3 “Pronunciamento decisório” é a denominação de um gênero.....	155
5.3 AO MENOS UM DOS SEUS CAPÍTULOS.....	157
5.3.1 O que denotamos com o termo “capítulo” ao empregá-lo na definição de trânsito em julgado (= a que capítulos refere-se ali a palavra “capítulo”).	159
5.3.2 Pronunciamentos decisórios incidíveis.....	161
5.3.3 Pronunciamentos decisórios cindíveis em capítulos.....	161
5.3.3.1 Capítulos subordinantes e capítulos subordinados.....	162
5.3.4 Capítulos.....	164
5.4 TORNAM-SE NÃO MAIS SUJEITOS A MODIFICAÇÕES NO BOJO DO MESMO PROCESSO.	167
5.4.1 O trânsito em julgado das decisões não recorridas.....	173
5.4.1.1 Legitimidade para recorrer.....	174
5.4.1.2 Renúncia ao direito de recorrer.....	175
5.4.1.3 Preclusão do direito de recorrer.....	175
5.4.2 O trânsito em julgado das decisões impugnadas por recursos admitidos.	179
5.4.3 O trânsito em julgado das decisões impugnadas por recursos inadmitidos.	180
5.4.3.1 Direito de se recorrer de determinada decisão e procedimento recursal.....	181
5.4.3.2 Da validade <i>prima facie</i> dos atos processuais.....	184
5.4.3.3 O juízo de inadmissibilidade como um juízo de natureza desconstitutiva sobre a validade do procedimento.	186

5.4.3.4 Por que discordamos do entendimento segundo o qual o juízo de inadmissibilidade teria natureza declaratória.	188
5.4.3.5 O juízo de inadmissibilidade como um juízo com efeitos, via de regra, não retroativos.	190
5.4.3.6 A possibilidade excepcional de os efeitos do juízo de inadmissibilidade retroagirem.	193
6 SUPORTES FÁTICOS DA COISA JULGADA (= OS TIPOS DE FATOS JURÍDICOS QUE PRODUZEM O EFEITO JURÍDICO COISA JULGADA).	197
6.1 “QUESTÃO PRINCIPAL”, “RESOLUÇÃO DO MÉRITO” E “PEDIDO”..	198
6.1.1 “Questão”.....	198
6.1.1.1 Questões principais.....	200
6.1.1.2 Coisa julgada e questões principais expressamente decididas.....	205
6.1.2 “Resolução do mérito”.....	206
6.1.2.1 Resolução do mérito, decisão do mérito, apreciação do mérito, solução do mérito, conhecimento do mérito e exame do mérito.	209
6.1.2.2 Resolução do mérito e julgamento do mérito.....	210
6.1.3 “Pedido”.....	215
6.1.3.1 Pedido, demanda e processo.....	216
6.1.3.2 Pedido de tutela definitiva e pedido de tutela provisória.....	218
6.1.3.3 Pedido de tutela provisória e requerimento de tutela provisória.....	218
6.2 DA COISA JULGADA SOBRE QUESTÕES PRINCIPAIS.....	219
6.2.1 Da decisão que acolhe ou rejeita, no todo ou em parte, um pedido (art. 487 c/c art. 490).	220
6.2.1.1 “Ação”.....	220
6.2.1.2 “Ação” no art. 487, I, do CPC/15 e “reconvenção”.....	222
6.2.2 Da decisão que versa sobre a ocorrência de decadência ou prescrição (CPC/15, art. 487, II).	225
6.2.2.1 Diferenças entre a prescrição e a decadência.....	226

6.2.2.2 Semelhanças entre a prescrição e a decadência.....	227
6.2.3 Da decisão que homologa ou que rejeita a homologação da autocomposição (CPC/15, art. 487, III).	228
6.2.3.1 Autocomposição e heterocomposição.....	228
6.2.3.2 Espécies de autocomposição.....	229
6.2.3.3 Decisão homologatória da autocomposição.....	229
6.2.3.4 Decisão que rejeita a homologação da autocomposição.....	231
6.2.4 Da decisão que versa sobre outras questões principais (i.e. juros legais, correção monetária ou verbas de sucumbência).	233
6.2.5 Coisa julgada e jurisdição voluntária.....	234
6.2.6 Coisa julgada e ação monitória.....	236
6.2.6.1 Da natureza decisória do pronunciamento judicial que defere a expedição do mandado monitório (CPC/15, art. 701, <i>caput</i>).	237
6.2.6.2 O pronunciamento judicial que defere a expedição do mandado monitório funda-se em cognição sumária.	241
6.2.6.2.1 <i>Cognição plena ou parcial e exauriente ou sumária.....</i>	241
6.2.6.2.2 <i>Processos com limitações à cognição e decisões de cognição limitada.</i>	243
6.2.6.3 Coisa julgada e o deferimento da expedição do mandado monitório não embargado.	245
6.2.6.4 Coisa julgada e o deferimento da expedição do mandado monitório objeto de embargos rejeitados.	247
6.2.6.5 Coisa julgada e o deferimento da expedição do mandado monitório objeto de embargos acolhidos.	249
6.2.6.6 Da relação entre coisa julgada e cognição exauriente.....	251
6.2.7 Coisa julgada e o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.	254
6.2.7.1 O direito à cautela e o direito acautelado. Coisa julgada relativa ao direito à cautela.	256
6.3 DA COISA JULGADA SOBRE QUESTÕES PROCESSUAIS.....	258
6.3.1 Classificação dos pronunciamentos decisórios e capítulos que compõem a categoria <i>decisão sem resolução do mérito</i>.	262

6.3.1.1 Extinção do processo sem resolução do mérito, no todo ou em parte.....	263
6.3.2 Decisões sem resolução do mérito e o art. 486 do CPC/15.....	265
6.3.2.1 A impossibilidade da propositura de nova ação diante das espécies de decisões sem resolução do mérito.	267
6.3.3 Decisão sem resolução do mérito e a coisa julgada fato-jurídico.....	268
6.3.4 Decisão sem resolução do mérito e a coisa julgada-efeito jurídico.....	271
6.3.5 Síntese conclusiva.....	273
6.4 DA COISA JULGADA SOBRE QUESTÕES PREJUDICIAIS INCIDENTAIS.	273
6.4.1 Questão prejudicial incidental.....	275
6.4.2 Regime jurídico comum e regime jurídico diferenciado de formação da coisa julgada.	276
6.4.3 Impossibilidade da formação de coisa julgada a partir da solução dada a questões prejudiciais incidentais consistentes na existência, na inexistência ou no modo de ser de fatos, excetuada a autenticidade ou falsidade de documento.	277
6.4.4 Requisitos do regime jurídico diferenciado de formação da coisa julgada previstos no art. 503, §§1º e 2º, do CPC/15.	279
6.4.4.1 Decisão expressa sobre a questão prejudicial incidental.....	280
6.4.4.2 Questão prejudicial incidental de cuja solução tenha dependido o sentido em que resolvido o mérito.	281
6.4.4.2.1 <i>A questão deve apresentar-se como prejudicial em relação ao mérito.....</i>	<i>283</i>
6.4.4.2.2 <i>A questão pode apresentar-se como prejudicial de quaisquer questões cuja solução caracterize resolução do mérito.</i>	<i>284</i>
6.4.4.3 Inexistência de revelia.....	284
6.4.4.4 Questão prejudicial incidental a cujo respeito tenha havido contraditório previamente oportunizado e efetivamente exercido.	285
6.4.4.4.1 <i>Contraditório prévio (= contraditório previamente oportunizado).....</i>	<i>286</i>
6.4.4.4.2 <i>Contraditório efetivo (= contraditório efetivamente exercido).....</i>	<i>288</i>
6.4.4.4.3 <i>Contraditório efetivamente exercido sobre a questão não se confunde com controvérsia instaurada sobre a questão.</i>	<i>288</i>

6.4.4.5	Decisão da questão prejudicial incidental proferida por juízo que tenha competência absoluta para resolvê-la como questão principal.	290
6.4.4.6	Questão prejudicial incidental decidida em processo onde não haja restrições probatórias a ela pertinentes nem limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da sua análise.	293
6.4.4.6.1	<i>Processos com restrições probatórias</i>	294
6.4.4.6.2	<i>Processos com limitações à cognição</i>	297
7	CONCLUSÕES	300
8	REFERÊNCIAS	313

INTRODUÇÃO

Trata-se a coisa julgada de um dos institutos mais antigos e de um dos temas sobre os quais mais se escreve no Direito. Seria de se esperar, conseqüentemente, um relativo esgotamento do assunto e consenso em torno da matéria.

A expectativa, no entanto, frustra-se por completo diante da realidade. Verifica-se que não tem havido um arrefecimento das discussões envolvendo a temática.

Pelo contrário, as discussões têm se renovado e se intensificado diante da nova disciplina que o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15 - Lei 13.105/15) confere ao instituto, bastante diversa daquela que constava do Código de Processo Civil revogado (CPC/73).

Objetivando colaborar com o desenvolvimento do assunto, consiste a presente dissertação em um estudo sobre a coisa julgada no CPC/15, dedicado à análise de quatro pontos: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos da coisa julgada. Os dois primeiros fundamentais ao próprio entendimento das discussões pertinentes à temática e os dois últimos relativos a determinados aspectos do regime jurídico da coisa julgada no CPC/15. Trata-se do corte metodológico empregado.

Não é objeto da pesquisa, conseqüentemente, a evolução história do instituto, a coisa julgada no direito comparado, a coisa julgada em outros ramos do direito, a coisa julgada em outras leis ou mesmo outros aspectos do regime jurídico da coisa julgada contidos no CPC/15, tais como: limites objetivos, “efeitos”, limites subjetivos e momento de extinção. Referências históricas, ao direito comparado, a outros ramos do direito, a outras leis ou a outros aspectos do regime jurídico da coisa julgada contido no CPC/15 são feitas na estrita medida em que necessárias à compreensão do objeto.

Emprende-se uma análise dogmática da coisa julgada no CPC/15, interessando, portanto, a disciplina normativa do instituto, compreendida e interpretada, evidentemente, à luz da

Constituição e do ordenamento jurídico como um todo. É essa a perspectiva de que se faz uso, de modo que considerações políticas e sociológicas sobre a coisa julgada não são expendidas.

A dissertação insere-se na linha de pesquisa “Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais”, do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Federal do Espírito Santo, encontrando sua aderência a ela justificativa na temática escolhida e na perspectiva adotada.

Encontra-se dividida em 02 (duas) partes: “1ª PARTE: PREMISSAS DO ESTUDO” e “2ª PARTE: A COISA JULGADA”.

A segunda parte cuida do tema propriamente dito, sendo naturalmente a mais extensa. Sua relevância justifica-se pelo fato de o CPC/15 ter entrado recentemente em vigor, havendo, ainda, uma carência de estudos mais profundos sobre a disciplina dele constante acerca da coisa julgada.

Na primeira parte, por sua vez, são expostas e firmadas as premissas aceitas pelo autor, pontos de partida para o posterior desenvolvimento do tema. Cuida-se de parte imprescindível ao controle de coerência dos posicionamentos assumidos na matéria.

Passa-se a uma brevíssima exposição do conteúdo do trabalho.

No **Capítulo 1**, a estrutura do fenômeno jurídico é examinada, com base em subsídios colhidos junto à “teoria do fato jurídico”, desenvolvida por MARCOS BERNARDES DE MELLO a partir das lições de PONTES DE MIRANDA.

Sendo a coisa julgada um fenômeno jurídico, compreendê-la depende da compreensão da estrutura do fenômeno jurídico. Dada a perspectiva normativa do estudo, é daí que se parte para a compreensão da disciplina da coisa julgada no CPC/15 e não, por exemplo, do Direito antigo.

No **Capítulo 2**, a linguagem do direito positivo é diferenciada da linguagem da Ciência do Direito.

Ninguém duvida de que existam diferenças entre um Manual de Processo Civil e o CPC/15. Por vezes, todavia, não se dá a devida atenção a essas diferenças e às consequências delas decorrentes, como o fato de que não se consegue ordenar teoricamente o CPC/15 nem texto normativo algum sem que se faça uso de uma linguagem necessariamente mais rigorosa do que aquela de que se valeu o legislador.

O **Capítulo 3** trata de palavras, de conceitos e de definições, abordando o significado de cada um desses termos e conferindo destaque: à diferença entre conceitos lógico-jurídicos (= conceitos jurídico fundamentais) e conceitos jurídico-positivos; à importância de disputas e de acordos meramente verbais serem percebidos e evitados, e à diferença entre definições legais e definições científicas.

Considerando os diversos problemas terminológicos e conceituais que envolvem o assunto coisa julgada, oportuniza-se o exame do que são palavras, do que são conceitos e do que são definições, notadamente para que se evite o tratamento indistinto de palavras e de conceitos – como se fossem uma coisa só ou elementos em correspondência biunívoca – e para a compreensão do que significa o ato de definir. Há a palavra (= termo designativo do conceito), o conceito (= ideia) e a definição (= enunciação do que o conceito compreende). Há a “coisa julgada”, palavra; há os conceitos de coisa julgada, e há as definições de coisa julgada. Não se pode prescindir dessa constatação.

No **Capítulo 4**, são enfrentados diversos problemas que se encontram à base de praticamente quaisquer discussões dentro da temática da coisa julgada. Entre eles: analisa-se como HELLWIG, LIEBMAN e BARBOSA MOREIRA compreenderam a coisa julgada; examina-se o que significa aderir-se a uma teoria material ou processual da coisa julgada, enfatizando-se que qualificar uma teoria da coisa julgada como processual não importa admitir-se que a normatização do instituto seja composta unicamente por normas processuais; lida-se com a grave problemática envolvendo as expressões “coisa julgada formal” e “coisa julgada material” e os diversos conceitos designados por cada uma delas, com apoio na valorosa contribuição dada ao tema

por LUIZ EDUARDO RIBEIRO MOURÃO; examina-se o significado normativo-constitucional da coisa julgada.

No item 4.4.6, expõem-se uma proposta de estruturação conceitual da matéria e as escolhas terminológicas adotadas. Sinteticamente: (a) “coisa julgada-fato jurídico”: fato jurídico consistente na propositura de uma nova ação idêntica à outra já decidida por decisão transitada em julgado, e (b) “coisa julgada-efeito jurídico” ou apenas “coisa julgada”: situação jurídica caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade da decisão em outros processos, formada a partir do trânsito em julgado da decisão; gênero composto pelas espécies (b1) “coisa julgada sobre questões principais”, (b2) “coisa julgada sobre questões processuais” e (b3) “coisa julgada sobre questões prejudiciais incidentais”.

O **Capítulo 5** lida com a problemática concernente ao momento de formação da coisa julgada (efeito jurídico), identificado com o trânsito em julgado.

Fornece-se, ali, uma definição inicial do conceito de trânsito em julgado, como o momento processual a partir do qual o conteúdo de um pronunciamento decisório ou de ao menos um dos seus capítulos torna-se não mais sujeito a modificações no bojo do mesmo processo. E, depois de justificados os diversos termos que compõem a definição enunciada, explora-se a problemática do trânsito em julgado pertinente: a decisões não recorridas, a decisões impugnadas por recursos admitidos e a decisões impugnadas por recursos inadmitidos.

No **Capítulo 6**, finalmente, examinam-se os suportes fáticos abstratos aos quais a coisa julgada encontra-se normativamente vinculada pelo CPC/15. Em outras palavras, identificam-se os tipos de fatos jurídicos que produzem o efeito jurídico coisa julgada.

Em observância à estruturação conceitual proposta e às escolhas terminológicas realizadas no item 4.4.6, a análise realizada no Capítulo 6 é dividida em suportes fáticos pertinentes: à coisa julgada sobre questões principais; à coisa julgada sobre questões processuais, e à coisa julgada sobre questões prejudiciais incidentais.

Registra-se, ainda, o destaque que é dado, no item 6.2.6, à séria problemática pertinente à formação de coisa julgada no procedimento monitorio.

O Capítulo 7, finalmente, sob a epígrafe “conclusões”, reúne uma seleção sintetizada das conclusões mais importantes e pertinentes à compreensão da disciplina da coisa julgada constante do CPC/15, alcançadas ao longo de todo o estudo.

1ª PARTE: PREMISSAS DO ESTUDO

1 O FENÔMENO JURÍDICO À LUZ DA “TEORIA DO FATO JURÍDICO”.

A coisa julgada é um fenômeno jurídico. Sua compreensão pressupõe, portanto, a compreensão do fenômeno jurídico. Daqui que partimos.

1.1 PERSPECTIVA NORMATIVA.

O fenômeno jurídico desenvolve-se em 03 (três) dimensões: **(a)** sociológica, **(b)** política ou axiológica e **(c)** normativa ou dogmática, podendo ser estudado em qualquer uma delas (MELLO, 2014, p. 46-51).

A “teoria do fato jurídico”, desenvolvida por MARCOS BERNARDES DE MELLO (2014, 2015a e 2015b) a partir das lições de FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA (1972 e 1977), examina o fenômeno jurídico na sua dimensão normativa.

Aceitar que o fenômeno jurídico possa ser analisado na sua dimensão normativa não importa reduzi-lo a tal dimensão. Uma coisa é o objeto de estudo; outra, o estudo do objeto. O corte que essa postura representa opera-se sobre o estudo do objeto e não sobre o objeto do estudo.

O Direito, enquanto objeto de estudo, é fato, é valor e é norma – não o negamos –, conforme desenvolvido por MIGUEL REALE, na estruturação da sua “teoria tridimensional do Direito”, cujas conclusões ele mesmo assim sistematiza:

a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; *b)* tais elementos ou fatores (*fato*,

valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram. (REALE, 2005, p. 65, grifo no original)

Em que pese o exposto, assumimos como premissa, com a teoria do fato jurídico, que possamos focar o exame do Direito (objeto de estudo) sob uma daquelas três perspectivas, no caso, sob a perspectiva da norma jurídica.

Como MARCOS BERNARDES DE MELLO afirma: trata-se de uma “questão metodológica – não doutrinária – [...], desde que, porém, não se esqueça de que o *corte epistemológico* que tal atitude representa não envolve uma exclusão dos outros aspectos da juridicidade.” (MELLO, 2014, p. 51, grifo no original).

Sociologia do Direito, Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica possuem em comum a característica de serem disciplinas jurídicas fundamentais, que têm por objeto de estudo o Direito (NADER, 2015, p. 10-12). Distinguem-se, no entanto, segundo a perspectiva pela qual examinam o fenômeno jurídico: a Sociologia do Direito estuda-o sob a ótica fática (= sociológica); a Filosofia do Direito, sob a ótica valorativa (= filosófica), e a Dogmática Jurídica, sob a ótica normativa (= dogmática).

A coisa julgada, por exemplo: **(a)** é fato social, no papel que desempenha ao estabilizar as soluções dadas aos conflitos de interesses; **(b)** é valor, ligada ao ideal de segurança jurídica, sua finalidade, e **(c)** é norma, na conformação que apresenta em distintos ordenamentos jurídicos.

Assumir a possibilidade de estudar-se a coisa julgada normativamente, i.e., sob a perspectiva da Dogmática Jurídica, não significa admitir que ela seja apenas norma. Visamos, com isso, apenas, evitar a confusão entre argumentações de diversas naturezas (i.e. entre argumentos normativos, sociológicos e axiológicos ou valorativos). O esforço, em outras palavras, é para que não se misture a descrição de como a coisa julgada normativamente é – tarefa a que nos propusemos –, com análises voltadas à sua efetividade ou a como ela deveria ser.

1.2 DOGMÁTICA JURÍDICA (= CIÊNCIA DO DIREITO *STRICTO SENSU*) E TEORIA GERAL DO DIREITO.

Um estudo normativo (= dogmático) da coisa julgada no CPC/15 é um estudo sobre a conformação que o instituto da coisa julgada apresenta no referido diploma legal, situando-se no âmbito da Dogmática Jurídica, disciplina cujo objeto e cujo não-objeto são muito bem definidos por PAULO NADER:

Ciência do Direito. Também chamada *Dogmática Jurídica*, esta disciplina aborda o Direito vigente em determinada sociedade e as questões relativas à sua interpretação e aplicação. O seu papel é revelar o *ser* do Direito, aquele que é obrigatório, que se acha *posto* à coletividade e se localiza, basicamente, nas leis e nos códigos. Não é de natureza crítica, isto é, não penetra no plano de discussão quanto à conveniência social das normas jurídicas. Ao operar no plano da Ciência do Direito, o cientista tão somente cogita dos juízos de constatação, a fim de apurar as determinações contidas no conjunto normativo. É irrelevante, nesse momento, qualquer consideração sobre o valor justiça, pois a disciplina se mantém alheia aos valores. Cumpre apenas, à Ciência do Direito, definir e sistematizar o conjunto de normas que o Estado impõe à sociedade. [...] (NADER, 2015, p. 10)

Perceba-se, então, que avaliar a conveniência social e a justeza da disciplina legal da coisa julgada são atividades impertinentes ao nosso estudo.

Isso não significa que um estudo dogmático da coisa julgada no CPC/15 seja incompatível com quaisquer críticas dirigidas aos seus enunciados prescritivos. Há, pelo menos, 02 (dois) tipos de críticas, no nosso entendimento, passíveis de serem feitas no âmbito de um estudo dogmático: **(i)** críticas dirigidas à terminologia empregada pelo legislador, que, apresentando-se vaga ou ambígua, pode dificultar a ordenação teórica do direito positivo por parte do intérprete, e **(ii)** apontamentos da inconstitucionalidade de determinadas normas jurídicas.

A compreensão normativa da coisa julgada no CPC/15, assim como a compreensão de qualquer manifestação normativa do Direito, pressupõe o conhecimento da estrutura do fenômeno jurídico, daquilo que todas as suas manifestações, onde e quando quer que ocorram, mantêm em comum.

Tentar conhecer um direito positivo particularizado sem prévio conhecimento da estrutura comum a quaisquer direitos positivos é como tentar conhecer a coisa julgada, que vemos, no CPC/15, como determinada espécie de efeito jurídico (= situação jurídica) e de fato jurídico (estruturas do fenômeno coisa julgada), sem que previamente esclareça-se o que é um fato jurídico e o que é um efeito jurídico.

A estrutura a que vimos nos referindo é o que sobra em comum aos direitos positivos particularizados ao fim da abstração de todo o seu conteúdo e é o que compõe o objeto da Teoria Geral do Direito. Na lição, mais uma vez clara, de PAULO NADER:

Teoria Geral do Direito. [...] de índole positivista e adotando subsídios da Lógica, é disciplina formal que apresenta conceitos úteis à compreensão de todos os ramos do Direito. A sua atenção não se acha voltada para os valores e fatos que integram a norma jurídica e por isso a sua tarefa não é descrever o conteúdo de leis ou formular a sua crítica. Seu objeto consiste na análise e conceituação dos elementos estruturais e permanentes do Direito [...]” (NADER, 2015, p. 5).

O risco de se lidar com a coisa julgada sem a prévia exposição de alguns *conceitos jurídicos fundamentais*, estudados na Teoria Geral do Direito, como os conceitos de norma jurídica, suporte fático, preceito, fato jurídico e efeito jurídico é o risco de não se fazer compreendido, ou pior, de se ver envolvido em disputas e em acordos meramente verbais.

Pois bem. Volta-se a “teoria do fato jurídico” ao exame do fenômeno jurídico em nível de Teoria Geral do Direito, tendo a pretensão de explicá-lo normativamente onde quer que ocorra. Justificada a necessidade de expormos alguns conceitos fundamentais, é da “teoria do fato jurídico” que iremos colher subsídios para tanto.

Registremos, por fim, que a “teoria do fato jurídico” é um modo de se pensar e de compreender-se o fenômeno jurídico. Não é o único¹ e não é perfeito², mas é o que seguiremos, motivados, sobretudo, pelo elevado grau de desenvolvimento e de publicidade

1 Façamos alusão a 02 (dois) outros: “teoria pura do direito” de Hans Kelsen (KELSEN, 1999), onde, por exemplo, não se diferencia existência de validade (v. KELSEN, 1999, p. 7-11), e “constitutivismo lógico-semântico” de Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2012), onde, por exemplo, não há fato jurídico que não seja *enunciado proferido na linguagem competente do direito positivo* (v. CARVALHO, 2012, p. 116) nem, conseqüentemente, incidência automática da norma jurídica. Em crítica à primeira daquelas teorias, cf. VASCONCELOS, 2010, e em crítica à segunda, cf. COSTA, 2009.

2 Para uma análise mais aprofundada de vários dos fundamentos da “teoria do fato jurídico”, cf.: DIDIER JR.; EHRHARDT JR. (coord.), 2010.

que lhe foram conferidos pelas obras de MARCOS BERNARDES DE MELLO (MELLO, 2014, 2015a e 2015b).

1.3 CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS.

Conceitos jurídicos fundamentais são aqueles indispensáveis à compreensão de qualquer direito positivo (DIDIER JR., 2016, p. 52).

1.3.1 Mundo, mundo fático (= mundo não-jurídico) e mundo jurídico.

Tomemos *mundo fático* e *mundo jurídico* como subconjuntos complementares do *mundo*³. Mundo fático e mundo jurídico funcionam de maneira similar: aos fatos vinculam-se efeitos. No mundo fático, aos fatos vinculam-se efeitos pela causalidade física (= natural); no mundo jurídico, aos fatos jurídicos vinculam-se efeitos jurídicos (= consequências jurídicas; = situações jurídicas *lato sensu*) pela causalidade jurídica (= imputação).

O mundo jurídico, contudo, é obra exclusiva do intelecto humano, “mundo do dever-ser” porque situado no plano das ideias, em oposição ao mundo fático, constituído pela realidade sensível, mundo do ser. Fatos jurídicos, causalidade jurídica e efeitos jurídicos só existem, com o perdão pelo truísmo, juridicamente.

Busca-se com o mundo jurídico ajustar a conduta humana na sua interferência intersubjetiva. É com esse objetivo que se criam fatos jurídicos e a ele se vinculam efeitos jurídicos. Também analisando o mundo jurídico sob a ótica de sua finalidade podemos, então, afirmar que se trata de “mundo do dever-ser”, mas aqui estaremos empregando o termo com outra significação:

3 Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello concordam que o mundo jurídico é um subconjunto do mundo, de modo que os elementos do mundo jurídico não deixam de ser elementos do mundo. Considerando a utilidade de, neste momento inicial, traçarmos um comparativo entre mundo jurídico e mundo não-jurídico, sem desrespeito à teoria dos conjuntos (ramo da matemática que estuda coleções de elementos): tomaremos por *mundo* um conjunto maior (coleção de fatos jurídicos + fatos não-jurídicos), onde se inserem os subconjuntos *mundo jurídico* (coleção de fatos jurídicos) e *mundo não-jurídico* ou *mundo fático* (coleção de fatos não-jurídicos).

mundo do “dever-ser” porquanto orientado a, mediante regras imperativas dirigidas à conduta humana, modificar o mundo fático.

A assertiva de que o mundo jurídico é mundo do dever-ser comporta 02 (duas) significações, conforme tenha-se em vista: **(a)** o ser do mundo do dever-ser (= o ser do mundo jurídico); **(b)** o dever-ser do mundo do ser (= dever-ser do mundo fático). O mundo jurídico é, digamos assim, duplamente (= em dois sentidos distintos) “mundo do dever-ser”.

Conhecer a finalidade do mundo é questão diversa de saber como ele funciona. Sabemos bastante sobre o funcionamento do mundo fático, mas praticamente nada sobre a sua finalidade ou mesmo se ela existe. Se a maçã se desprender da árvore, cairá; não sabemos, apesar disso, qual a finalidade, ou mesmo se existe alguma, em a maçã cair.

No mundo jurídico é diferente. Conhecemos o seu funcionamento e a sua finalidade. Se Caio, por ato ilícito, causar dano a Tício: **(a)** surgirá o dever de indenizá-lo e **(b)** Caio deverá indenizá-lo (art. 927 do CC/02). O dever surgirá no mundo jurídico, vinculado normativamente ao ato danoso – é assim que o mundo jurídico funciona; a conduta tornar-se-á devida no mundo fático – é para isso que o mundo jurídico existe. Ao não praticar a conduta que lhe é prescrita Caio contraria o que o mundo fático deveria ser, e não o que o mundo jurídico é. Não há como Caio ofender a existência do seu dever de indenizar.

1.3.2 Norma jurídica: um designativo, dois conceitos (“norma jurídica constitutiva” e “norma jurídica prescritiva”).

Na definição de MARCOS BERNARDES DE MELLO, a norma jurídica é “[...] uma proposição através da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (= suporte fático) a ele devem ser atribuídas certas consequências no plano do relacionamento intersubjetivo (= efeitos jurídicos)” (MELLO, 2014, p. 52). Na linguagem da lógica tradicional:

- “se SF então deve ser P, em que a hipótese (= antecedente) é representada pelo suporte fático (SF) e a tese (= consequente) pelo preceito (P)” (MELLO, 2014, p. 70)⁴.

O exemplo dado pelo autor em referência é esclarecedor dessa concepção:

[...] O Código Civil dispõe:
 “Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.”
 Nessa norma, temos: (a) como hipótese SF (suporte fático) o fato de alguém completar dezoito anos de idade e (b) como tese P (preceito) a aquisição da maioridade, ou seja, da habilitação para a prática de todos os atos da vida civil. (MELLO, 2014, p. 70, nota de rodapé n. 37)

Seguindo com MARCOS BERNARDES DE MELLO, a “[...] proposição jurídica, para ser completa, há de conter, ao menos: (a) a descrição de um suporte fático do qual resultará o fato jurídico; (b) a prescrição dos efeitos atribuídos ao fato jurídico respectivo.” (MELLO, 2014, p. 52).

Existem, no entanto, 02 (dois) sentidos de “norma jurídica” a serem considerados na teoria do fato jurídico, obscurecidos pela definição inicialmente reproduzida⁵:

- 1º como a proposição onde se vincula a um fato ou a um complexo de fatos (= suporte fático) certos efeitos que se operam no mundo jurídico (= preceito);
- 2º como a proposição onde se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou complexo de fatos (= suporte fático), torna-se devida certa conduta no mundo fático (= preceito).

A norma jurídica tanto ordena *para o* mundo fático (2º) como ordena *o* mundo jurídico (1º). No exemplo anterior (art. 5º do CC/02) – se tiver dezoito anos (SF) deve ser capacidade (P) – teve-se em conta o primeiro sentido. Tomou-se por norma jurídica a proposição na qual se vincula ao suporte fático *transcurso do período de 18 (dezoito) anos contados do nascimento com vida da pessoa natural o efeito habilitação para a prática de todos os atos da vida civil.*

4 A teoria do fato jurídico alinha-se ao posicionamento de autores como KARL LARENZ, VON TUHR e PONTES DE MIRANDA, que sustentam tenha-se aí uma norma jurídica completa. E se afasta do entendimento de autores como HANS KELSEN e LOURIVAL VILANOVA, que compreendem a norma jurídica completa, basicamente, como uma estrutura dúplice, composta de norma primária e norma secundária.

5 Não se trata de distinção explicitada por Marcos Bernardes de Mello, e sim de diferenciação que traçamos a partir do detido exame do seu trabalho.

Cuida-se de efeito que se verifica no mundo jurídico, indiferentemente à vontade das pessoas; não há (faticamente) como se desrespeitar essa norma jurídica; com a maioria (SF) sobrevém o efeito (P).

Vejam, agora, outra passagem da “Teoria do Fato Jurídico”, na qual norma jurídica é expressão empregada no segundo sentido:

De ordinário, a norma jurídica se realiza no mundo social pela concreção do seu suporte fático (= ocorrência dos fatos previstos) e pelo comportamento social de acordo com os seus ditames (= realização das consequências). Quando o devedor paga a sua dívida no vencimento, está realizando o comportamento prescrito pela norma do Código Civil segundo a qual o devedor deve cumprir a sua obrigação no tempo, lugar e forma convencionadas. (MELLO, 2014, p. 45)

Norma jurídica, aí, é designativo da proposição na qual se estabelece que, verificando-se determinado suporte fático, torna-se devida certa conduta no mundo fático. No caso, ocorrendo o vencimento da obrigação (SF), deve o devedor cumpri-la conforme o convencionado (P).

Outro exemplo tornará a diferença mais clara. Nos termos do art. 927 do CC/02: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” A depender do sentido conferido à expressão “norma jurídica”, chegaremos a proposições distintas:

- **1ª** se *A*, por ato ilícito, causar dano a *B* (SF), *deve ser* dever de *A* indenizar *B* (P);
- **2ª** se *A*, por ato ilícito, causar dano a *B* (SF), *deve* *A* indenizar *B* (P).

A primeira delas limita-se a estabelecer a relação de imputação entre fato jurídico e efeito jurídico; versa sobre o *ser do mundo jurídico* e por isso não pode ser faticamente desrespeitada. Já a segunda cuida do *dever-ser do mundo fático*, é norma de conduta, podendo ser faticamente desatendida. Quem quer que sejam os sujeitos *A* e *B*, o descumprimento por *A* do dever de indenizar *B* relaciona-se à segunda proposição, verdadeira norma de conduta, e não à primeira. Se *A* causar dano a *B* e não o indenizar, sua conduta divergirá de como o mundo fático deve ser e não de como o mundo jurídico é.

“Suporte fático” é termo cuja significação se mantém inalterada em ambos os casos. Já o sentido do termo “preceito” varia. Designa, na primeira hipótese, a parte da norma onde se prescrevem modificações operadas no mundo jurídico (surgimento do dever de *A* indenizar *B*) e, na segunda, a parte da norma onde se prescrevem condutas que devem ser adotadas no mundo fático (deve *A* indenizar *B*).

Tanto a fórmula “se SF então deve ser P”, quanto os termos “norma jurídica” e “preceito” comportam essa dubiedade em razão da multivocidade do “deve ser”, que no primeiro caso funciona como *imputação* e, no segundo, como *operador deôntico que qualifica condutas*. Respectivamente, *dever-ser lógico* e *dever-ser axiológico*, na distinção de CARLOS COSSIO (*apud* VILANOVA, 1997, p. 143).

Apesar de desenvolvido em outro contexto – “multivocidade do dever-ser em Kelsen” –, o fato de ser em tudo aplicável ao caso torna oportuna a transcrição dos ensinamentos de LOURIVAL VILANOVA:

O dever-ser não tem sentido unívoco na teoria de Kelsen. [...]
 [...] Quando Kelsen contrapõe o dever-ser ao ser, alude a dois *modos de relacionar os dados da experiência*. O que se me dá na experiência, posso relacionar na forma “se A é, então B é”, ou “se A é, então B deve-ser”. Ser e dever ser são formas categoriais, métodos de síntese dos dados empíricos para elaborar os juízos sintéticos, com os quais ponho gnosiologicamente ordem no mundo. Temos o dever-ser como imputação, ou seja, o modo de relacionamento normativo. [...]
 Como categoria ou modo fundamental do conhecimento, o dever-ser é axiologicamente neutro. Nem valioso nem desvalioso é o nexa que se estabelece entre os dados-de-experiência.
 Além desse uso [...] o dever-ser em Kelsen é tomado como functor ou operador deôntico, interligando não só o pressuposto e consequência, mas os sujeitos da relação jurídica, qualificando as condutas em proibidas, em obrigatórias e em permitidas. [...] (VILANOVA, 1997, p. 141-142, grifo no original)

Analisando-se a obra de MARCOS BERNARDES DE MELLO verifica-se que o autor tem em conta o primeiro sentido, por exemplo:

- (i) ao definir eficácia jurídica como o conjunto das consequências *imputadas* pelas normas jurídicas ao fato jurídico, desde as situações mais simples, como os estados pessoais (MELLO, 2015b, p. 18);

- **(ii)** quando afirma que produzir efeito jurídico é *situação que se passa no mundo dos nossos pensamentos* (MELLO, 2014, p. 43);
- **(iii)** ao dizer que a gama dos efeitos atribuíveis aos fatos jurídicos é, praticamente, ilimitada, porque, sendo *imputação*, é criação humana (MELLO, 2014, p. 112);
- **(iv)** quando examina as *características da incidência* da norma jurídica (incondicionalidade e inesgotabilidade) (MELLO, 2014, p. 118-125) e suas *consequências* (juridicização, pré-exclusão da juridicidade, invalidação, deseficacização e desjuridicização) (MELLO, 2014, p. 147-152), todos aspectos concernentes ao ser do mundo jurídico, e
- **(v)** ao cuidar das situações jurídicas simples ou unissubjetivas (MELLO, 2015b, p. 108-186).

Já o segundo sentido de norma jurídica é considerado pelo mesmo autor em diversas outras passagens, dentre elas:

- **(i)** ao se afirmar que a norma jurídica é *norma de conduta* obrigatória, que atribui ao fato jurídico consequências no plano das relações inter-humanas (MELLO, 2014, p. 37);
- **(ii)** quando registra que as normas jurídicas, de ordinário, realizam-se no mundo social, porque muito mais se cumpre do que se descumpre o direito (MELLO, 2014, p. 45);
- **(iii)** ao dizer que a *efetividade* da norma jurídica se mede pelo grau de coincidência do comportamento social com os modelos e padrões nela traçados (MELLO, 2014, p. 46);
- **(iv)** quando se define o preceito concreto como a efetivação do quanto previsto abstratamente na norma (MELLO, 2014, p. 113);
- **(v)** ao falar que normas jurídicas podem sofrer *violações* sem que isso afete a sua validade (MELLO, 2014, p. 312-313).

Sob o nome de “norma jurídica”, conforme exposto, a teoria do fato jurídico trata, então, de 02 (dois) conceitos (= ideias) distintos. Um deles relacionado a como o mundo jurídico é e o outro relativo a como o mundo fático deve ser.

Para evitar confusões, convém se atribuam nomes distintos a conceitos distintos. Doravante, então, convencionalmente, empregaremos as seguintes expressões:

- “*norma jurídica constitutiva*”, como designativo da proposição na qual se vincula a determinado SF uma modificação que se produz no mundo jurídico.
- “*norma jurídica prescritiva*”, como designativo da proposição na qual se vincula a determinado SF o dever de se adotar determinada conduta no mundo fático.

Quando falarmos em “norma jurídica constitutiva” teremos em vista como o mundo jurídico é e quando falarmos em “norma jurídica prescritiva” estaremos considerando como deve ser o mundo fático. “Norma jurídica” simplesmente será expressão de uso reservado para os casos em que quisermos fazer referência concomitante a ambos os conceitos.

A fórmula “Se SF deve ser P” mantém-se. O esclarecimento do sentido do modal “deve ser”, como imputação no primeiro caso e operador deôntico no segundo, e dos consequentes sentidos possíveis de “preceito”, todavia, desfaz a ambiguidade.

Não se trata de uma classificação. Ao assim proceder não estamos distribuindo em subconjuntos elementos de conjunto maior. Em vez disso, estamos precisando significações. Detectamos que uma mesma expressão (“norma jurídica”) é empregada na teoria do fato jurídico em duas acepções distintas e, em razão disso, arbitrariamente (i.e. unilateralmente), criamos novas palavras para estremá-las.

Em ambas, norma jurídica e texto não devem ser confundidos. Normas jurídicas são os sentidos construídos a partir dos textos normativos (Constituição, leis, determinados atos administrativos, decisões judiciais, negócios jurídicos etc). A clareza da lição de HUMBERTO ÁVILA oportuniza a sua transcrição:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. [...]

Em outros casos há dispositivo mas não há norma. [...]

Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. [...]

Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. [...]

E o que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro. (ÁVILA, 2014, p. 50-51, grifo no original)

1.3.3 Suporte fático abstrato e suporte fático concreto.

(a) *Suporte fático abstrato* (= suporte fático hipotético) é a parte da norma jurídica onde se descreve um fato ou complexo de fatos de possível ocorrência no mundo e (b) *suporte fático concreto* é a ocorrência no mundo do fato ou do complexo de fatos descrito no suporte fático abstrato.

Como *fatos*, MARCOS BERNARDES DE MELLO considera “tudo o que nos cerca, física ou psiquicamente”⁶ e classifica-os, seguindo critério que atribui a LOURIVAL VILANOVA, em eventos e condutas, da seguinte maneira (MELLO, 2014, p. 40):

- (i) eventos: puros fatos da natureza, aqueles que acontecem independentemente de atuação humana ou, quando há presença dessa atuação em sua origem, esta resulta, exclusivamente, de sua condição natural, biológica (ex. concepção, nascimento e morte de alguém);
- (ii) condutas: atos humanos volitivos ou mesmo avolitivos que não sejam decorrência exclusiva de sua natureza animal.

⁶ “A vida é uma sucessão permanente de fatos. Desde o nascimento até a morte, com todos os atos que integram a vida, desde a estrela cadente que risca o céu ao vai-e-vem da onda do mar, todo o que nos cerca, física ou psiquicamente, são fatos.” (MELLO, 2014, p. 40)

Fatos ou complexos de fatos são, então, descritos na norma jurídica, constituindo suportes fáticos, quando e porque interessam ao relacionamento intersubjetivo, dada a finalidade do Direito de ordenar a conduta humana.

Segundo se componha de apenas um fato ou de mais de um fato (= de um complexo de fatos), classifica-se o suporte fático, nas suas duas conotações (suporte fático abstrato e suporte fático concreto), em *suporte fático simples* e *suporte fático complexo*.

O “transcurso do período de 18 (dezoito) anos contados do nascimento com vida da pessoa natural” apresenta-se como suporte fático simples na norma que a ele vincula o efeito “habilitação para a prática de todos os atos da vida civil” (CC/02, art. 5º). Já “ato ilícito + dano que dele decorra” apresenta-se como suporte fático complexo na norma que vincula a esse conjunto o efeito “dever de reparar o dano” (CC/02, art. 927).

O ato humano não é um componente necessário do suporte fático. Inequivocamente há suportes fáticos sem ato humano, como: **(i)** na generalidade das normas jurídicas constitutivas de eficácia qualificante⁷, dentre elas aquela a que fizemos referência, construída a partir do 5º do CC/02, e **(ii)** em normas jurídicas constitutivas que tratam da aquisição por formação de ilhas, por aluvião e por abandono de álveo (modalidades de aquisição por acessão, cf. art. 1.248, I, II e IV e arts. 1.249, 1.250 e 1.252, todos do CC/02⁸).

Exemplifiquemos com algumas proposições, referenciando-as aos textos legais que lhes servem de base:

- **(i)** *Se for pessoa (natural), deve ser* capacidade de titularizar direitos e deveres na ordem civil (CC/02, art. 1º).
- **(ii)** *Se houver a formação de ilha no meio de corrente comum ou particular de rio, deve ser* direito de propriedade dos proprietários ribeirinhos fronteiros de ambas as margens

7 V. “Capítulo V – Das Situações Jurídicas Simples ou Unissubjetivas.” In: MELLO, 2015b, p. 108-186.

8 Há, ainda, outras duas formas de aquisição por acessão, decorrentes da avulsão e de plantações e construções (art. 1.248, III e V, CC/02), mas o regramento jurídico dessas espécies conta com a presença de ato humano (cf. arts. 1.251 e 1.253 a 1.259 do CC/02).

sobre a ilha, na proporção de suas testadas, até a linha que dividir o álveo em duas partes iguais (art. 1.249, I, CC/02).

Simplificadamente, no primeiro caso vincula-se normativamente (i.e. imputa-se) a “personalidade jurídica” (= capacidade de titularizar direitos e deveres na ordem civil⁹) a “ser pessoa humana”¹⁰ e, no segundo, o “direito de propriedade” à “formação de ilhas”. Não há ato humano em nenhum desses dois suportes fáticos. Como se verá mais à frente, fatos jurídicos *stricto sensu* resultam exatamente de suportes fáticos sem ato humano.

Convém observar que o rol de elementos que podem compor o suporte fático é bastante vasto, compreendendo (MELLO, 2014, p. 84-90):

- **(i)** fatos do animal e da natureza (ex.: arts. 936 e 937 do CC/02);
- **(ii)** atos (ex.: caso de todos os negócios jurídicos);
- **(iii)** dados psíquicos (ex.: o dolo no direito penal);
- **(iv)** estimações valorativas da conduta (ex.: negligência e imprudência, no art. 186 do CC/02);

9 Seguimos, no particular, a distinção traçada por José Carlos Moreira Alves entre capacidade e personalidade jurídica, entendendo a primeira como a medida da segunda: “Personalidade jurídica é a aptidão de adquirir direitos e de contrair obrigações. Em geral, os autores consideram sinônimas as expressões *personalidade jurídica e capacidade jurídica*. Parece-nos, entretanto, que é mister distingui-las. Com efeito, enquanto personalidade jurídica é conceito absoluto (ela existe, ou não existe), *capacidade jurídica* é conceito relativo (pode ter-se mais capacidade jurídica, ou menos). A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade (MOREIRA ALVES, 2004, p. 97).

10 Por mais que nos pareça naturalmente indissociável do fato ser pessoa humana o atributo personalidade jurídica, a história demonstra que, lamentavelmente, não o é. Moreira Alves noticia-nos que: “No direito romano, a princípio eram necessárias, para que o ser humano adquirisse personalidade jurídica, duas qualidades: a) ser livre; e b) ser cidadão romano (MOREIRA ALVES, 2004, p. 98).

- (v) meras probabilidades (ex.: a doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, prevista no art. 546 do CC/02);
- (vi) a causalidade física (ex.: crimes materiais consumados, como o homicídio simples – art. 121, *caput*, CP –, quando a norma jurídica faz a causalidade jurídica coincidir com a causalidade física);
- (vii) transcurso do tempo (ex.: atingimento da maioridade e suportes fáticos da prescrição, da preclusão temporal e da decadência);
- (viii) elementos negativos, como omissões, abstenções, o não acontecer, o não ter acontecido, a ausência e o silêncio;
- (ix) elementos do mundo jurídico (fatos jurídicos e efeitos jurídicos), que continuam sendo elementos do mundo (conjunto maior).

1.3.4 Preceito abstrato e preceito concreto.

Chama-se **(a)** *preceito abstrato*, na teoria do fato jurídico, a parte da norma jurídica onde se prescrevem os efeitos jurídicos atribuídos ao suporte fático abstrato e **(b)** *preceito concreto* a efetivação do preceito abstrato (MELLO, 2014, p. 113). Nas palavras de MARCOS BERNARDES DE MELLO:

Isso significa que, sempre que o fato jurídico ocorre, os efeitos a ele atribuídos, abstratamente, pela norma se devem realizar, concretamente.

[...]

É perfeitamente possível, no entanto, que o preceito concretizado não se venha a efetivar no campo da realidade social. (MELLO, 2014, p. 113)

Em exemplos que ele mesmo fornece, a *obrigação de indenizar* por perdas e danos em decorrência de ato ilícito seria um preceito abstrato, e *ficar A, concretamente, obrigado a ressarcir* os prejuízos que causou a B, um preceito concreto (MELLO, 2014, p. 113).

Efetivação do preceito abstrato (= preceito concreto) é o mesmo que sua realização prática, isto é, com *A* efetivamente ressarcir os prejuízos causados a *B*.

Preceito no primeiro caso (preceito abstrato) é a parte da norma onde se indica o efeito que se opera no mundo jurídico toda vez que o fato jurídico verifica-se; no segundo (preceito concreto) é o dever de adotar-se certa conduta no mundo fático em razão da ocorrência de determinado fato jurídico.

Observada a diferenciação que traçamos entre os conceitos de “norma jurídica constitutiva” e de “norma jurídica prescritiva”, afastamo-nos do sentido original desses termos para lhes cindir a significação, conforme estejamos considerando norma jurídica no sentido de “norma jurídica constitutiva” ou enquanto “norma jurídica prescritiva”.

Teremos, então:

- (x) na norma jurídica constitutiva:

(x1) preceito abstrato: a parte da norma jurídica onde se indica a modificação que ocorre no mundo jurídico toda vez que determinada espécie de fato jurídico se verifica;

(x2) preceito concreto: a modificação ocorrida no mundo jurídico em decorrência de um específico fato jurídico.

- (y) na norma jurídica prescritiva:

(y1) preceito abstrato: a parte da norma jurídica onde se prescrevem as condutas devidas no mundo fático toda vez que determinada espécie de fato jurídico se verifica;

(y2) preceito concreto: o dever de se adotar determinada conduta no mundo fático como decorrência de um específico fato jurídico.

Um exemplo facilitará o entendimento. Nos termos do art. 927 do CC/02: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” A partir desse texto construímos:

- (x) como norma jurídica constitutiva: “se *A*, por ato ilícito, causar dano a *B*, deve ser obrigação de *A* reparar o dano que causou a *B*”;
- (y) como norma jurídica prescritiva: “se *A*, por ato ilícito, causar dano a *B*, deve *A* reparar o dano que causou *B*”.

Limitando a análise a esse dispositivo legal, **teremos como:**

- (x1) preceito abstrato da norma jurídica constitutiva: “deve ser obrigação de *A* reparar o dano que causou a *B*”; sendo *A* e *B* quaisquer sujeitos de direito e $A \neq B$;
- (x2) preceito concreto relativo à norma jurídica constitutiva: “o dever de Caio reparar o dano que causou a Tício”; sendo Caio e Tício sujeitos de direito determinados e $\text{Caio} \neq \text{Tício}$;
- (y1) preceito abstrato da norma jurídica prescritiva: “deve *A* reparar o dano que causou a *B*”; sendo *A* e *B* quaisquer sujeitos de direito e $A \neq B$;
- (y2) preceito concreto relativo à norma jurídica prescritiva: “dever Caio reparar o dano que causou a Tício”; sendo Caio e Tício sujeitos de direito determinados e $\text{Caio} \neq \text{Tício}$.

Os preceitos abstratos tornam-se distintos, conforme o sentido de norma jurídica que tenhamos em consideração e os preceitos concretos assumem o significado de individualização (= particularização) dos preceitos abstratos.

Verifica-se, então, que as definições de preceito abstrato e de preceito concreto dadas por MARCOS BERNARDES DE MELLO corresponderão, respectivamente, ao que denominamos de preceito abstrato da norma jurídica constitutiva e preceito concreto da norma jurídica prescritiva.

1.3.5 Fato jurídico e efeito jurídico.

Fato jurídico é a imagem do suporte fático concreto que se forma no mundo jurídico, em razão de a norma ter sobre ele incidido. Como visto, no suporte fático abstrato podem ser descritos um fato ou um complexo de fatos. Verificado esse fato ou complexo de fatos no mundo, a norma jurídica – ou cada norma jurídica – ao incidir sobre ele irá lhe conferir uma nova imagem, a de fato jurídico, sendo que é ela que entrará no mundo jurídico.

Na definição de PONTES DE MIRANDA: “o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte.” (1972, p. 4).

Sua definição, todavia, necessita ser adequadamente compreendida. Suporte fático é conceito do mundo dos fatos; fato jurídico, conceito do mundo jurídico (MELLO, 2014, p. 81). Optamos, então, por definir fato jurídico como uma imagem, porque assim parece-nos ficar mais claro que: **(i)** apesar de o fato jurídico ser o que entra do suporte fático no mundo jurídico, nada do suporte fático sai do mundo fático; **(ii)** o mesmo fato ou complexo de fato pode gerar diversos fatos jurídicos – projetar diversas imagens no mundo jurídico –, a depender do número de normas que sobre ele incida. É o que destaca o próprio PONTES DE MIRANDA:

[...] o fato do mundo continua lá, com a sua determinação no espaço e no tempo, a despeito da sua entrada ou das suas entradas no mundo jurídico. (1972, p. 5)

[...] O mesmo fato ou complexo de fatos pode ser suporte fático de mais de uma regra jurídica. Então, as regras jurídicas incidem e fazem-no fato jurídico de cada uma delas, com a sua respectiva irradiação de eficácia. No mundo jurídico, ele é múltiplo; entrou, ou reentrou por várias aberturas, levado por diferentes regras jurídicas, sem deixar de ser, fora desse mundo, ou nele mesmo, inicialmente, um só. (1972, p. 27)

Há diversas formas de classificarmos os fatos jurídicos. A teoria do fato jurídico toma por base seus correlatos suportes fáticos e os classifica segundo:

(a) conformidade ou não do fato jurídico com o direito, em *fatos lícitos* e *fatos ilícitos*¹¹;

¹¹ *Fatos lícitos* e *fatos ilícitos* não é, contudo, a terminologia preferida por Marcos Bernardes de Mello:

(b) a presença ou não de ato humano no suporte fático e, quando presente, a relevância ou não da vontade, em **(b1)** fatos jurídicos *stricto sensu*, **(b2)** atos jurídicos *lato sensu* e **(b3)** atos-fatos jurídicos (MELLO, 2014, p. 185-217).

Essa segunda maneira de classificar os fatos jurídicos – em fatos jurídicos *stricto sensu*, atos jurídicos (*lato sensu*) e atos-fatos jurídicos –, resulta de 02 (dois) critérios que operam sucessivamente: **(i)** segundo haja ou não a presença de conduta humana no suporte fático; **(ii)** havendo sua presença, conforme o direito considere ou não relevante a vontade em praticá-la.

(b1) Fatos jurídicos *stricto sensu* são aqueles fatos jurídicos em cujo suporte fático não há conduta humana. Ex.: a cessação da menoridade (CC/02, art. 5º).

(b2) Atos jurídicos (*lato sensu*) são fatos jurídicos em cujo suporte fático há a conduta humana e a vontade em praticá-la é relevante. Ex.: a proposta de contrato (CC/02, art. 427, primeira parte).

(b3) Atos-fatos jurídicos são fatos jurídicos em cujo suporte fático há a conduta humana, sem que se confira relevância à vontade em praticá-la. O direito confere, nestes casos, relevância apenas ao resultado fático que dela decorre. Essencialmente é um ato a que o direito dispensa o tratamento de fato. Ex.: a ocupação (CC/02, art. 1.263). Dela resulta o “direito de propriedade” independentemente da vontade ou mesmo da capacidade daquele que tenha se assenhorado da coisa sem dono.

Os atos jurídicos *lato sensu* lícitos, conforme o direito reconheça ou não, dentro de certos parâmetros, poder de escolha dos efeitos a serem produzidos a quem os pratica, subdividem-se em: *negócios jurídicos* e *atos jurídicos “stricto sensu”*.

Como a distinção das diversas espécies de fatos jurídicos *lato sensu* é feita por exame do suporte fático – parte descritiva da norma jurídica –, para essa classificação haverá a

“Empregamos, preferencialmente, as expressões *fatos contrários a direito* e *fatos conformes a direito* porque têm uma abrangência semântica maior que as palavras ilícito e lícito [...]” (MELLO, 2014, p. 172, nota de rodapé n. 148).

necessidade de se considerar o fato em referência a determinado ordenamento jurídico, porque o tratamento normativo a ele dispensado nem sempre será o mesmo. A ocupação, como visto, é tratada como ato-fato jurídico no CC/02. Também o revogado CC/1916 (art. 592)¹² e o Código Civil Italiano em vigor (art. 923)¹³ disciplinaram-na como ato-fato jurídico, diversamente, todavia, do que ocorre no direito alemão, onde o suporte fático do §958, item 1, do Código Civil Alemão (BGB)¹⁴ exige o *animus domini*¹⁵.

“Efeito jurídico”, “consequência jurídica”, “eficácia jurídica” e “situação jurídica *lato sensu*”, todas são expressões tomadas como sinônimas na teoria do fato jurídico (MELLO, 2014, p. 52; 2015b, p. 23, 98-100), que não se confundem com “eficácia normativa” nem com “eficácia do direito”. No registro de MARCOS BERNARDES DE MELLO:

(a) *Eficácia normativa*, expressão sinônima de *incidência da norma jurídica*: define o efeito que tem a norma jurídica de juridicizar o seu suporte fático quando concretizado no mundo das realidades, gerando o fato jurídico. É, portanto, um *prius* em relação ao fato jurídico, uma vez que constitui pressuposto essencial condicionante de sua existência. A eficácia normativa se realiza, portanto, na criação do fato jurídico.

(b) *Eficácia jurídica*, diferentemente, designa o conjunto das consequências (= efeitos) imputadas pelas normas jurídicas ao fato jurídico, desde as situações jurídicas mais simples, como os estados pessoais, às relações jurídicas mais complexas, das quais se irradiam direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções às sanções, ônus e premiações, sendo, destarte, *posterius* em relação ao fato jurídico. Eficácia jurídica constitui decorrência específica e exclusiva do fato jurídico.

[...]

(c) *Eficácia do direito* (expressão que não é usual na obra de Pontes de Miranda), por sua vez, é usada na literatura jurídica, predominantemente, para designar a efetiva realização da norma jurídica no meio social a que se destina, referindo-se à circunstância de se tornarem realidades aquelas consequências por ela imputadas, hipoteticamente, ao fato jurídico. (MELLO, 2015b, p. 17-18)

Da incidência da norma jurídica sobre o suporte fático concreto resulta o fato jurídico e do fato jurídico resulta o *efeito jurídico*. Graficamente (MELLO, 2014, p. 117):

12 (CC/1916) “Art. 592. Quem se assenhorear de coisa abandonada, ou ainda não apropriada, para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei.”

13 (CC Ital./42) “Art. 923 *Cose suscettibili di occupazione. Le cose mobili che non sono proprietà di alcuno si acquistano con l'occupazione (827).*”

14 Na redação original: “§ 958 *Eigentumserwerb an beweglichen herrenlosen Sachen. (1) Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an der Sache*”. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_958.html>. Acesso em: 29/07/16. Traduzida para o inglês: “Section 958 (*Acquisition of ownership of ownerless movable things*). (1) *A person who takes proprietary possession of an ownerless movable thing acquires ownership of the thing.*” Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em 29/07/16.

15 A referência ao direito alemão é encontrada em Marcos Bernardes de Mello (MELLO, 2014, p. 182-183).

norma jurídica

↓(incidência) = fato jurídico → efeito jurídico.

suporte fático
concreto

Concordamos com a afirmação de que *efeitos jurídicos* decorrem de fatos jurídicos e só de fatos jurídicos (MELLO, 2015b, p. 47). Concordamos, também, com que não se deva misturar “efeito jurídico”, “eficácia normativa” e “eficácia do direito”. Não nos opomos a que as expressões “*efeito jurídico*”, “consequência jurídica”, “eficácia jurídica” e “situação jurídica *lato sensu*” sejam tomadas como sinônimas na linguagem jurídica, convindo, apesar disso, registrar que o significado dessas palavras não é equivalente na linguagem natural (= não-jurídica): *efeito* e *consequência* são o mesmo que resultado, mas eficácia significa a “qualidade ou propriedade de eficaz; eficiência” (FERREIRA, 2004, p. 716).

Necessitamos, no entanto, destacar que a expressão efeito jurídico comporta a mesma dubiedade assinalada quanto à norma jurídica, designando tanto a modificação que se opera no mundo jurídico quanto a conduta que se torna devida no mundo fático. O exemplo de KARL ENGLISH elucidada o problema:

[...] importa distinguir entre a estatuição da regra jurídica prescrevendo que de um contrato de compra e venda resultam certos direitos e deveres para o comprador e o vendedor (é esta a consequência jurídica enquanto parte constitutiva da regra de Direito) e os próprios direitos e deveres das partes contratantes que se encontram prescritos naquela regra: o direito do vendedor a exigir o preço da venda, o dever do comprador de pagar e receber a mercadoria. Quando dizemos que uma ofensa da lei ou dos bons costumes tem a consequência jurídica de fazer com que se não produzam consequências jurídicas (efeitos jurídicos), à expressão "consequência jurídica" há de ser atribuído um duplo sentido: um primeiro, significando o mesmo que parte constitutiva da regra jurídica, e um segundo, significando o mesmo que direito ou dever. Esta ambiguidade nunca poderá ser inteiramente evitada, por isso que a linguagem corrente dos juristas de contínuo se serve de ambas as expressões conjuntamente. (ENGLISH, 1988, p. 31-32)

Em razão das 02 (duas) significações de norma jurídica que consideramos (norma jurídica constitutiva e norma jurídica prescritiva), chegamos a 04 (quatro) conceitos de preceito (preceitos abstrato e concreto da norma jurídica constitutiva e preceitos abstrato e concreto da norma jurídica prescritiva) e, por coerência, deveremos considerar efeitos jurídicos também

em 04 (quatro) sentidos diversos, relacionados àqueles quatro conceitos de preceito e que, convencionalmente, nominaremos da seguinte forma:

- **(x)** na norma jurídica constitutiva:

(x1) efeito jurídico abstrato: a modificação que ocorre no mundo jurídico toda vez que determinada espécie de fato jurídico se verifica;

(x2) efeito jurídico concreto (= preceito concreto): a modificação ocorrida no mundo jurídico em decorrência de um específico fato jurídico;

- **(y)** na norma jurídica prescritiva:

(y1) efeito jurídico abstrato: a conduta que se torna devida no mundo fático toda vez que determinada espécie de fato jurídico se verifica;

(y2) efeito jurídico concreto (= preceito concreto): a conduta que se torna devida no mundo fático em decorrência de um específico fato jurídico.

1.4 PLANOS DO MUNDO JURÍDICO: EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA.

O fenômeno jurídico envolve 05 (cinco) momentos interdependentes:

- **(a)** a definição normativa hipotética do fato jurídico (no suporte fático abstrato);

- **(b)** a concreção dessa hipótese no mundo dos fatos (= suporte fático concreto);

- **(c)** sua consequente juridicização por força da incidência da norma e sua entrada como fato jurídico no *plano da existência* do mundo jurídico (i.e. formação de sua imagem no mundo jurídico);

- **(d)** a passagem dos fatos jurídicos lícitos nos quais a vontade humana é considerada relevante (= atos jurídicos *lato sensu*) pelo *plano da validade*;

- **(e)** a chegada dos fatos jurídicos ao *plano da eficácia*.

(a) e **(b)** já foram examinados por ocasião do tratamento dos conceitos jurídicos fundamentais (v. item 1.3). Passemos à análise de **(c)**, **(d)** e **(e)**.

Na “teoria do fato jurídico” o fenômeno jurídico – sempre na sua dimensão normativa – é analisado em 03 (três) planos distintos: no plano da existência, no plano da validade e no plano da eficácia (MELLO, 2014, p. 153-160).

O *plano da existência* é a porta de entrada para o mundo jurídico. “A existência do fato jurídico constitui, pois, premissa de que decorrem todas as demais situações que podem acontecer no mundo jurídico” (MELLO, 2014, p. 155).

Falar em “fato jurídico inexistente” (da mesma forma que em “ato jurídico inexistente”) é uma contradição em termos: se o fato é jurídico é porque já ingressou no mundo jurídico (pelo plano da existência), logo juridicamente existe. Por outro lado, não há sentido cogitar-se da (in)validade ou (in)eficácia do que não existe: “a inexistência é o *não ser* que, portanto, não pode ser qualificado” (MELLO, 2014, p. 155).

No *plano da validade* têm atuação as normas jurídicas invalidantes.

A invalidade (*r.* invalidação) é tratada pela teoria do fato jurídico como sanção¹⁶, consistente na supressão de efeitos do ato jurídico praticado, de maneira a impedir que aquele que o praticou obtenha proveito. Na lição de MARCOS BERNARDES DE MELLO:

A invalidade, em essência, constitui uma sanção imposta pelo sistema ao ato jurídico que, embora concretize suporte fático previsto em suas normas, importa, em verdade, violação de seus comandos cogentes. A recusa de validade a um ato jurídico consubstancia uma forma de punição, de penalidade, à conduta que infringe as normas jurídicas¹⁷, com a qual se busca impedir que aqueles que a praticaram possam obter resultados jurídicos e práticos vantajosos. (MELLO, 2015a, p. 42)

Só passam pelo plano da validade atos jurídicos *lato sensu* lícitos (atos jurídicos *stricto sensu* + negócios jurídicos) (MELLO, 2015a, p. 54-55). Fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos e atos ilícitos não estão sujeitos à apreciação da validade, do plano da existência passam diretamente ao plano da eficácia.

Não se invalidam nascimentos – fato jurídico *stricto sensu* (CC/02, art. 2º) – nem achados fortuitos de tesouro (CC/02, art. 1.264) – ato-fato jurídico –, porque seus correspondentes suportes fáticos abstratos não conferem relevância à vontade.

Também não se invalidam atos ilícitos, porque nestes os efeitos representam uma sanção e suprimi-los resultaria em benefício do seu autor. Veja-se que “sancionar” mediante a supressão de uma sanção é beneficiar: admitir-se a invalidação do ato ilícito danoso equivaleria a se aceitar a supressão do conseqüente dever de indenizar (CC/02, art. 927) como forma de sanção a quem o praticou, um total contrassenso.

Nesse plano analisa-se a presença ou não de *defeitos invalidantes*, sendo que defeito e invalidade não se confundem: o *defeito* está no ato jurídico (= deficiência no preenchimento do seu suporte fático); já a invalidade é a sanção (de invalidação) que o ordenamento jurídico impõe diante de *certos* defeitos.

16 Se a invalidade tem ou não natureza jurídica de sanção é questão altamente controvertida. Assumimos como premissa que sim. Posicionando-se contrariamente e arrolando amplas referências em ambos os sentidos, cf.: KOMATSU, 1991, p. 181-189 e nota de rodapé n. 18.

17 Na terminologia que estipulamos: norma jurídica prescritiva (regra de conduta); proposições onde se vincula ao SF um P indicativo da modificação que se opera no mundo jurídico toda vez que ocorre determinado fato jurídico não são regras de conduta nem, por conseguinte, infringíveis.

Não é todo defeito, portanto, que conduz à invalidade. FREDIE DIDIER JR. e PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA referiam-se à ausência de numeração e rubrica das folhas dos autos e a não utilização de tinta escura e indelével como exemplos de defeitos processuais que não geravam invalidade sob a égide do CPC/73 (DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2013, p. 80)¹⁸.

O *plano da eficácia*, finalmente, “é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem seus efeitos” (MELLO, 2014, p. 156).

Esta sucinta exposição dos planos do mundo jurídico representa um modelo simplificado, especialmente no que se refere aos planos da validade e da eficácia. Devemos, contudo, nos deter por aqui. Distinguir graus de invalidade e suas repercussões no plano da eficácia¹⁹ não é uma atividade que possa ser feita previamente ao exame do direito positivo, em nível de Teoria Geral do Direito, o que MARCOS BERNARDES DE MELLO admite, ao abdicar, já na “Apresentação” da sua obra diretamente pertinente ao tema, da pretensão de traçar uma teoria geral da validade:

Não contém este livro uma teoria geral da validade (ou da nulidade), porquanto esta nos parece uma tarefa impossível. Conforme mostramos no desenvolvimento da matéria, as necessidades práticas do direito impõem que soluções particularizadas sejam dadas às questões relativas à validade dos atos jurídicos. Assim, as peculiaridades que se encontram nos diversos ramos da Ciência Jurídica constituem um obstáculo à formulação de conceitos que, pelo seu nível de abstração, atendam a todas as situações possíveis. Fracassaram, pelo que nos consta, todas as grandes tentativas científicas de elaborar uma teoria geral da validade dos atos jurídicos. (MELLO, 2015a, p. 20)

¹⁸ A exigência de numeração e rubricas das folhas dos autos encontra-se no art. 207 do CPC/15 (correspondente do CPC/73, art. 167); já a exigência do uso de tinta escura e indelével, que constava do art. 169 do CPC/73 não foi reproduzida textualmente no CPC/15 (v. art. 209).

¹⁹ Marcos Bernardes de Mello classifica os atos jurídicos em válidos, nulos ou anuláveis. *Nulidade e anulabilidade* seriam graus de invalidade, diferenciados conforme a conduta afete diretamente a ordem pública (*ato jurídico nulo*) ou interesses particulares (*ato jurídico anulável*) (MELLO, 2015a, p. 100). E faz a distinção assim repercutir no plano da eficácia: (i) atos jurídicos válidos: têm entrada imediata no plano da eficácia; (ii) atos anuláveis: têm entrada imediata no plano da eficácia, mas irradiam seus efeitos provisoriamente (= eficácia interimística na nomenclatura ponteana), pois poderão vir a ser desconstituídos; (iii) atos nulos: de regra, não produzem sua plena eficácia. Todavia, a diferenciação deve ser vista com extrema cautela. Questões de (in)validade e de (in)eficácia dos fatos jurídicos não podem ser resolvidas pela aplicação de critérios apriorísticos, porque, na verdade, tudo vai depender do direito positivo.

2 OS DOIS NÍVEIS LINGUÍSTICOS BÁSICOS DO DISCURSO JURÍDICO: LINGUAGEM DO DIREITO POSITIVO E LINGUAGEM DA CIÊNCIA DO DIREITO.

A palavra “direito” possui múltiplas acepções, dentre elas: direito positivo, direito natural, direito objetivo, direito subjetivo e Ciência do Direito (MOUSSALLEM, 2001, p. 54; NADER, 2015, p. 79-80; FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 05-11). Interessam-nos aqui 02 (duas) delas: direito positivo e Ciência do Direito.

Consideraremos como direito positivo o conjunto de enunciados prescritivos (= suporte físico; = textos normativos) e de normas jurídicas (= sentidos) construídas a partir deles, vigente em determinada sociedade, e como Ciência do Direito (= Dogmática Jurídica) o estudo do direito positivo.

A expressão “Ciência do Direito” vai aí empregada, portanto, na sua acepção restrita, como disciplina que trata do Direito vigente em determinada sociedade e das questões relativas à sua interpretação e aplicação, e não em sentido amplo, como designativo da totalidade dos estudos desenvolvidos sobre o Direito (NADER, 2015, p. 10)²⁰.

Direito positivo e Ciência do Direito expressam-se por meio da linguagem, mas não devem ser embaralhados. No destaque de LOURIVAL VILANOVA: “As normas estão no mundo do direito positivo, e as descrições de normas no nível do conhecimento jurídico.” (VILANOVA, 1997, p. 65).

Há, segundo entendemos: **(a)** o mundo fático (realidade fenomênica), **(b)** o ser do mundo jurídico (formado pelas “normas jurídicas constitutivas”) e **(c)** o dever-ser do mundo fático (formado pelas “normas jurídicas prescritivas”).

²⁰ Todas as referências que fazemos ao longo do trabalho à expressão “Ciência do Direito” tomam-na no seu sentido restrito, como sinônimo de Dogmática Jurídica.

Quaisquer dos 03 (três) podem ser descritos, todavia não se deve misturar a descrição com o que se descreve. O ser do mundo jurídico (**b**) e o dever-ser do mundo fático (**c**) encontram-se no plano discursivo do direito positivo; a descrição do ser do mundo jurídico (**b1**) e a descrição do dever-ser do mundo fático (**c1**), no plano discursivo da Ciência do Direito.

É importante diferenciar as linguagens em que o direito positivo e a Ciência do Direito se exprimem, tomando-se por critérios: **(i)** o nível hierárquico, **(ii)** a função da linguagem e **(iii)** o tipo de linguagem²¹.

2.1 HIERARQUIA DE LINGUAGENS.

Com base no “nível hierárquico” distinguem-se as linguagens em linguagem-objeto (Lo) e metalinguagem (L₁). *Linguagem-objeto* é aquela em que se fala e *metalinguagem* é aquela que se usa para falar da linguagem-objeto. Ser linguagem-objeto e ser metalinguagem são posições relativas, ou seja, só se é linguagem-objeto ou metalinguagem em relação à outra linguagem.

No momento em que a Ciência do Direito fala do direito positivo, temos a Ciência do Direito como metalinguagem (L₁) e o direito positivo como linguagem-objeto (Lo). Quando falamos da Ciência do Direito, temos a nossa fala como metalinguagem da linguagem da Ciência do Direito e como meta-metalinguagem do direito positivo ou sua metalinguagem de segundo grau (L₂). Enfim, o direito positivo é uma coisa; falar sobre ele é outra; falar sobre as lições de quem fala dele é uma terceira, e assim sucessivamente; apesar de ser tudo linguagem. É o que registra TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM:

[...] há níveis de linguagem, de tal modo que *aquela em que se fala* é chamada de linguagem-objeto, ao passo que *a empregada para falar da linguagem-objeto* denomina-se metalinguagem. Assim, o direito positivo é a linguagem-objeto (Lo); a Ciência do Direito, que o descreve, será L₁; a Filosofia do Direito será L₂; uma obra crítica sobre a Filosofia do Direito será linguagem em nível L₃, e assim por diante. (MOUSSALLEM, 2001, p. 42-43)

21 A diferenciação é encontrada, *e.g.*, em: CARVALHO, 2013, p. 37-67; CARVALHO, 2014, p. 97-113.

Não é a linguagem de MARCOS BERNARDES DE MELLO que se encontra no Capítulo 1 deste trabalho, mas sim a nossa linguagem (metalinguagem) sobre a linguagem do referido autor (linguagem objeto); enunciação de como interpretamos as suas obra. A linguagem de MARCOS BERNARDES DE MELLO encontra-se nos seus livros.

2.2 FUNÇÕES DA LINGUAGEM.

De acordo com a função preponderante que desempenham no fato concreto da comunicação, PAULO DE BARROS CARVALHO classifica as linguagens em 10 (dez) espécies: a) descritiva, b) prescritiva de condutas, c) expressiva de situações subjetivas, d) interrogativa, e) operativa (= performativa), f) fática, g) propriamente persuasiva, h) afásica, i) fabulosa e j) metalinguística. Interessam-nos as 02 (duas) primeiras: **(a)** a linguagem descritiva e **(b)** a linguagem prescritiva de condutas.

(a) A linguagem descritiva, também chamada de informativa, declarativa, indicativa, denotativa ou referencial é aquela própria à transmissão de conhecimentos e de informações. É nela que a Ciência do Direito se expressa ao falar do direito positivo.

Esclareça-se que, ao afirmarmos que a Dogmática Jurídica (= Ciência do Direito em sentido estrito) expressa-se em linguagem descritiva, não tomamos partido na discussão sobre os limites do papel da doutrina²², se compete ao cientista do Direito, por exemplo, criticar determinada norma jurídica, exarando considerações de *lege ferenda*, ou não. Ficamos, em vez disso, com o que não comporta controvérsias: uma das funções da doutrina é, sem dúvidas, organizar teoricamente o direito positivo, mediante a interpretação dos seus enunciados prescritivos²³.

(b) Já a linguagem prescritiva de condutas é utilizada para a expedição de ordens dirigidas ao comportamento das pessoas. PAULO DE BARROS CARVALHO dá como exemplo o direito

²² Sobre o tema, confira-se: NUNES; ALMEIDA; REZENDE, 2014; STRECK, 2006.

²³ Paulo Nader, por exemplo, elenca 03 (três) funções da doutrina: **1ª** atividade criadora; **2ª** função prática da doutrina (é a que vai exposta no texto), e **3ª** atividade crítica (NADER, 2015, p. 182-183).

positivo, por considerá-lo como o conjunto de normas jurídicas prescritivas de condutas intersubjetivas (CARVALHO, 2013, p. 37-67).

O fato de considerarmos norma jurídica em 02 (duas) acepções distintas impõe-nos a admissão de 02 (dois) sentidos diversos também para a expressão “direito positivo”:

- 1º como o conjunto de enunciados prescritivos e de normas jurídicas prescritivas de condutas intersubjetivas – por nós designadas de normas jurídicas prescritivas – construídas a partir deles;
- 2º como o conjunto de enunciados prescritivos e de normas jurídicas prescritivas de modificações que se operam no mundo jurídico – por nós designadas de normas jurídicas constitutivas – construídas a partir deles.

O primeiro expressa-se em linguagem ordenadora de condutas para o mundo fático; o segundo, em linguagem ordenadora de efeitos do mundo jurídico. Com essa ressalva, o direito positivo, em ambas as acepções, é linguagem prescritiva.

Importante registrar-se que não há correspondência entre a função da linguagem e a forma gramatical na qual ela vem expressa, que poderá ser declarativa, interrogativa, imperativa ou exclamativa.

A forma liga-se à maneira como a linguagem se expressa e a função ao papel que ela desempenha. São classificações que partem de critérios distintos, daí porque não podemos identificar a função a partir da forma e vice-versa.

Exemplifiquemos com o art. 5º, LV, CRFB/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”. O fato de o legislador ter aí feito uso da forma declarativa em nada altera a função prescritiva da linguagem, assim como a circunstância de a doutrina vir a fazer uso de uma frase imperativa ao cuidar desse dispositivo constitucional

{“Os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos às partes [...]” (MORAES, 2011, p. 114)} não altera a função descritiva da linguagem doutrinária.

A diferenciação é abordada na lição de HANS KELSEN nos seguintes termos:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objetivo da ciência jurídica [...] (KELSEN, 1999, p. 50)

A ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for. Nenhum jurista pode negar a distinção essencial que existe entre uma lei publicada no jornal oficial e um comentário jurídico a essa lei, entre o código penal e um tratado de Direito penal. (KELSEN, 1999, p. 52)

2.3 TIPOS DE LINGUAGEM.

Com base no grau e modo de elaboração das mensagens, PAULO DE BARROS CARVALHO classifica as linguagens nos seguintes tipos: a) natural, b) técnica, c) científica, d) filosófica, e) artística e f) formalizada (CARVALHO, 2013, p. 37-67).

Convém ao nosso objeto de estudo distinguir entre linguagem **(a)** natural, **(b)** técnica e **(c)** científica. Em ordem crescente de complexidade (= grau de elaboração da mensagem, texto na linguagem escrita) os tipos de linguagem caminham da linguagem natural para a linguagem científica. O discurso na linguagem científica é mais elaborado que na linguagem técnica e o discurso na linguagem técnica é, por sua vez, mais elaborada que na linguagem natural.

Nenhum dos tipos de linguagem é *a priori* melhor que o outro, todavia, cada um deles é o tipo adequado para certo contexto comunicacional, conforme se infere do quadro a seguir, onde pontuamos algumas características desses tipos de linguagem:

Tipos de linguagem:	Características:
a) Natural:	- espontaneamente desenvolvida, coloquial, correspondendo à reivindicação própria da comunicação cotidiana; - lida com significações imprecisas dependendo do contexto para a boa compreensão;

b)	Técnica:	- assenta-se no discurso natural, mas faz uso de palavras e expressões pertinentes às comunicações científicas (termos científicos); - não chega a atingir estrutura sistematizada (comporta contradições);
c)	Científica:	- sistematicamente organizada; - discurso artificial: origem na linguagem comum, que passa por um processo de depuração: a linguagem arma-se para caminhar em direção à ideia limite de um sistema, consistente e rigoroso, apto a descrever seu objeto, cuja delimitação é pressuposto ao controle das proposições; - não comporta contradições; - persuasão deve decorrer da precisão descritiva da linguagem empregada.

Conforme registra PAULO DE BARROS CARVALHO:

[...] o direito positivo (normas gerais e abstratas + normas individuais e concretas) é linguagem técnica, em distintos graus (ex. exaradas pelo Judiciário tem mais rigor). Mas jamais poderia ser discurso científico porque não é descritiva de objetos e sim prescritiva de comportamentos intersubjetivos. Ainda que por vezes dissimulado esse aspecto relevante. (CARVALHO, 2013, p. 37-67)

A circunstância de um mesmo tipo de linguagem, como a linguagem técnica do direito positivo, comportar distintos graus de elaboração evidencia que o exame da forma da linguagem não é suficiente para se concluir por sua classificação como linguagem técnica ou científica. Torna-se necessário examinar, concomitantemente, sua função.

O que nos parece, contudo, fora de dúvidas é que a linguagem da Ciência do Direito deve, necessariamente, ser mais elaborada que a linguagem do direito positivo, para que possa organizá-lo teoricamente, atividade que não dispensa a consideração de todos os sentidos possíveis dos enunciados prescritivos.

A afirmação encontra amparo no ensinamento de TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM, bastante claro quanto à separação dos planos linguísticos e quanto à atividade da Dogmática Jurídica:

[...] a Ciência do Direito tem por objeto imediato o plano da expressão, os enunciados prescritivos inseridos no sistema do direito positivo [...]. A partir daí o cientista atribui sentido aos enunciados prescritivos criando as possíveis normas jurídicas (metalinguagem). [...]
[...] usou-se o vocábulo “possível”, pois, em verdade, a Ciência do Direito não cria norma jurídica (*Rechtsnorm*) [...] *Interpretar não é criar norma.*
[...] Com isso, não se está a afirmar que a Ciência do Direito é fonte de normas jurídicas. O cientista, em rigor, não produz norma jurídica. Não cria o direito positivo. Organiza-o teoricamente. Em linguagem rigorosa, não parece exato afirmar que o cientista constrói normas jurídicas. Apenas no plano do *juízo* é que se pode admitir a possibilidade de ele “construí-las” normas jurídicas. No plano do pensamento, não há diferença entre a norma construída pelo cientista e a norma

criada pelo agente aplicador do direito positivo. A diferença aparece no plano do documento normativo, uma vez que, enquanto este último inova o sistema do direito positivo, o primeiro apenas o faz, teoricamente, sem a via da recepção. (MOUSSALLEM, 2005, p. 100-101, grifos no original)

3 PALAVRAS, CONCEITOS E DEFINIÇÕES.

Lidaremos neste estudo com muitas palavras, conceitos e definições. Importante, dessarte, que, ainda a título de premissas, dediquemos algum tempo para discorrer sobre o que são palavras, o que são conceitos e o que são definições.

3.1 AS PALAVRAS.

As palavras, como ensina JOHN HOSPERS, “são signos arbitrários [...] que se tornam signos convencionais uma vez que tenham sido adotadas pelos usuários da língua.” (HOSPERS, 1984, p. 17, tradução nossa)²⁴.

Não há uma relação ou conexão natural entre as palavras e as coisas a espera de ser desvendada. A relação que se estabelece entre palavras e objetos²⁵ é, em vez disso, meramente convencional. As palavras surgem como signos linguísticos arbitrariamente instituídos, tornando-se convencionalmente aceitos com o passar do tempo e com a repetição do uso.

Efetivamente, em nada se alterariam as geladeiras e a coisa julgada (objetos) se resolvêssemos chamá-las de “mesas”, “quadrados”, “ações” ou “recursos”. Apesar disso, a comunicação ficaria bastante prejudicada, por não serem esses os sentidos convencionalmente aceitos dos termos “mesas”, “quadrados”, “ações” e “recursos”.

A única *essência* da coisa julgada que se pode, assim, alcançar é a ideia principal do que tem sido convencionalmente chamado de “coisa julgada”, à luz de distintos ordenamentos jurídicos, separados no tempo e no espaço; algo como um conceito fundamental de coisa julgada.

24 No original: [*las palabras*] “*son signos arbitrarios [...] que se convierten en signos convencionales una vez que los han adoptado los usuarios del lenguaje.*” (HOSPERS, 1984, p. 17)

25 “Objeto” vai aqui empregado na sua acepção mais ampla, como “Tudo que é apreendido pelo conhecimento, que não é o sujeito do conhecimento.” (FERREIRA, 2004, p. 1421). Designa, por conseguinte, tanto objetos materiais quanto objetos ideais (= que existem somente no pensamento).

Firmes nessa convicção, aderimos à *concepção convencionalista* a respeito da relação entre linguagem e realidade, assim defendida pela filosofia analítica:

Os filósofos analíticos assumem que a relação entre linguagem – sistema de símbolos – e realidade foi arbitrariamente estabelecido pelos homens e, ainda que haja um consenso em nomear certas coisas com determinados símbolos, ninguém está obrigado, nem por razões lógicas nem por força da experiência, a seguir os usos vigentes, podendo escolher qualquer símbolo para se referir a qualquer classe de coisas e podendo formar as classes de coisas que lhe sejam mais convenientes. (NINO, 1997, p. 12-13, tradução nossa)²⁶

Afastamo-nos, por conseguinte, do *realismo verbal*, concepção segundo a qual haveria uma só definição válida para cada palavra, obtida pela percepção intelectual da natureza intrínseca dos fenômenos por ela indicados, sendo a tarefa de defini-la, conseqüentemente, descritiva de certos fatos²⁷ (NINO, 1997, p. 12).

Tudo o que se pode fazer com as palavras gira em torno dos seus usos arbitrariamente estabelecidos e convencionalmente aceitos.

Ao cuidar do direito positivo, então, preservaremos tanto quanto possível a terminologia de que se utilizou o legislador no CPC/15, porque convém à comunicação do pensamento. Cientes, por outro lado, de que não há obrigatoriedade na sua observância, iremos nos afastar da terminologia legal sempre que o rigor da linguagem científica o exigir, visando-se, por exemplo, evitar dubiedades.

3.2 OS CONCEITOS.

Conceito não é a palavra, e sim a noção ou ideia por ela suscitada.

²⁶ No original: “*Los filósofos analíticos suponen que la relación entre el lenguaje – que es un sistema de símbolos – y la realidad há sido establecida arbitrariamente por los hombres y, aunque hay un acuerdo consuetudinario em nombrar a ciertas cosas com determinados símbolos nadie está constreñido, ni por razones lógicas, ni por factores empiricos a seguir los usos vigentes, pudiendo elegir cualquier símbolo para hacer referencia a cualquier clase de cosas y pudiendo formar las cases de cosas que le resulten convenientes.*” (NINO, 1997, p. 12)

²⁷ No original: “*Esta concepción sostiene que hay una sola definición válida para una palabra, que essa definición se obtiene mediante intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados por la expresión, y que la tarea de definir un término es, em consecuencia, descriptiva de ciertos hechos.*” (NINO, 1997, p. 12)

Enquanto representação mental, o conceito não se confunde com o termo (= palavra), sua expressão verbal. O conceito de manga não é a palavra “manga”, assim como o conceito de coisa julgada não é a palavra “coisa julgada”.

Várias palavras podem corresponder ao mesmo conceito – caso de palavras empregadas no mesmo sentido (= acepção) –, assim como uma mesma palavra pode corresponder a mais de um conceito – caso em que a palavra é empregada em sentidos diversos (= palavra ambígua).

As palavras “manga” (língua portuguesa) e “*mango*” (língua inglesa) referem-se a um mesmo conceito (→ fruto da mangueira). A palavra “manga”, contudo, é ambígua, posto que também se refere a um outro conceito (→ parte do vestuário onde se enfia o braço). Daí a necessidade de indicar-se o conceito de manga (= o sentido da palavra “manga”) que se tenha em consideração previamente a qualquer discussão que se pretenda travar sobre a manga.

O problema agrava-se sensivelmente diante de palavras que se referem a diversos conceitos estreitamente relacionados entre si, caso em que o contexto é de pouca ajuda.

Palavras nessa situação são bastante comuns na Ciência do Direito, sendo esse o caso, inclusive, da palavra “direito”, como registra CARLOS SANTIANO NINO:

La palabra “derecho” es *ambigua*, y para colmo tiene la peor especie de ambigüedad, que es, no la mera sinonimia accidental (como la de “banco”), sino la constituida por el hecho de tener vários significados relacionados estrechamente entre sí.²⁸ (NINO, 1997, p. 14)

Também a palavra “coisa julgada”, como ainda veremos, reporta-se a diversos conceitos (→ efeito da declaração contida na sentença, qualidade da sentença e de seus efeitos, situação jurídica ou efeito jurídico, fato jurídico, sentença transitada em julgado, coisa julgada material, coisa julgada formal, autoridade de coisa julgada etc), por vezes estreitamente relacionados entre si.

28 Em tradução livre: A palavra “direito” é ambígua e, ainda por cima, tem a pior espécie de ambigüidade, que é aquela onde a sinonímia não é meramente accidental (como a de “banco”), mas sim constituída por vários significados estreitamente relacionados entre si.

Necessário, dessarte, evitar-se a confusão entre a palavra “coisa julgada” e os conceitos por ela designados, o que faremos por meio da praxe de reservar-se o emprego da expressão entre aspas (“”) para os casos em que quisermos nos referir à palavra – como temos feito – e não aos conceitos de coisa julgada²⁹.

3.2.1 Conceitos lógico-jurídicos (= conceitos jurídicos fundamentais) e conceitos jurídico-positivos³⁰.

Do ponto de vista lógico, toda ciência é um conjunto de conceitos articulados entre si e subordinados a uma unidade sistemática. Nem todos, entretanto, encontram-se no mesmo plano: “Há uma hierarquia lógica que coordena e subordina os conceitos entre si. Uns têm um âmbito de validade específico, outros, genérico. Uns são fundamentais e principais, outros, derivados e adjacentes.” (VILANOVA, 1947, p. 9).

No âmbito da Ciência do Direito podemos classificar os conceitos em *lógico-jurídicos* e em *jurídico-positivos* (TERÁN, 2012, p. 81-83), conforme sejam construídos visando-se à compreensão, respectivamente, do fenômeno jurídico onde quer que ocorra ou de determinada manifestação sua (DIDIER JR., 2016, p. 49). Situamos, assim, o critério classificatório dos conceitos, em lógico-jurídicos e em jurídico-positivos, na *finalidade* do conceito.

A construção de ambas as espécies de conceitos procede da experiência – todo conceito procede da experiência (VILANOVA, 1947, p. 26-27) –, mas enquanto o conceito jurídico-

29 Note-se que discorrer sobre a palavra “coisa julgada” (palavra composta, plurissignificativa, substantivo do gênero feminino etc) é atividade completamente distinta de discorrer sobre os conceitos de coisa julgada (qualidade, eficácia ou efeito jurídico etc).

30 Há uma imensa controvérsia que envolve o tema, conforme apontado por Humberto Ávila, ao prefaciá-la obra “Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida”, de Fredie Didier Jr.: “Ademais de fundamental, o tema [...] é polêmico, em primeiro lugar, porque não há consenso sobre a estrutura e a função desses conceitos, nem na Epistemologia e na Filosofia, nem na própria Teoria Geral do Direito. De um lado, há aqueles que defendem a utilização de conceitos lógico-jurídicos [...] De outro lado, no entanto, há aqueles que não admitem a existência de conceitos jurídicos que sejam concebidos *a priori* e que tenham a pretensão de universalidade [...] O assunto é polêmico, em segundo lugar, porque não há concordância sobre a rigidez e funcionalidade desses conceitos. [...] O objeto é polêmico, em terceiro lugar, porque não há uniformidade de entendimento relativamente à própria função da Ciência do Direito.” (DIDIER JR., 2016, p. 22-23). A despeito do exposto, por entendermos bastante útil a classificação dos conceitos jurídicos em lógico-jurídicos e jurídico-positivos, assumimos como premissa que ela é possível, bem como serem tais espécies de conceitos estruturados e dotados das funções que vão expostas no texto.

positivo é construído a partir de um determinado direito positivo, o conceito lógico-jurídico é construído mediante análise da estrutura do fenômeno jurídico, daquilo que suas diversas manifestações apresentam em comum (DIDIER JR., 2016, p. 49 e 52). Distinguem-se, portanto, quanto à *origem*.

Conceitos jurídico-positivos são individuais (= contingentes; = históricos): “descrevem realidades criadas pelo homem em certo lugar, em certo momento” (DIDIER JR., 2016, p. 49); enquanto que conceitos lógico-jurídicos têm a pretensão de validade universal³¹, sendo gerais comparativamente àqueles. Essa é mais uma *característica* que os diferencia.

Os conceitos jurídico-positivos prestam-se, então, à compreensão de determinado direito positivo. Os conceitos lógico-jurídicos, por outro lado, têm uma dupla função: “servem de base à elaboração dos conceitos *jurídico-positivos* e auxiliam o operador do Direito na tarefa de compreender, interpretar e aplicar o ordenamento jurídico. Têm, sobretudo, função heurística: permitem e facilitam o conhecimento do Direito” (DIDIER, 2012, p. 49, grifo no original) – de qualquer direito positivo, atual ou passado, nacional ou estrangeiro. Dessarte, também suas *funções* não são as mesmas.

À Teoria Geral do Direito compete o estudo do que há de comum no fenômeno jurídico onde quer que ocorra e, conseqüentemente, a elaboração dos *conceitos lógico-jurídicos*. Já às Ciências Jurídicas Dogmáticas Específicas cabe o estudo de determinado direito positivo e, portanto, a elaboração dos *conceitos jurídico-positivos*. Ocorre que, para construí-los, as Ciências Jurídicas Dogmáticas Específicas servem-se dos conceitos lógico-jurídicos, na medida em que “[...] o conceito *jurídico-positivo* é uma especificação do conceito *lógico-jurídico*, que é genérico.” (DIDIER, 2012, p. 50, grifo no original).

31 A pretensão de validade universal dos *conceitos jurídicos fundamentais* (= *conceitos lógico-jurídicos*) não equivale à sua efetiva validade universal, desde sempre e para sempre. Também conceitos lógico-jurídicos são, em alguma medida, contingentes e históricos, como se infere das lições de Didier Jr.: “A elaboração desse tipo de conceito determina-se pelas contingências do seu tempo: repertório teórico existente, ideologias predominantes, concepções filosóficas prevaletentes, peculiaridades dos objetos investigados, limitações materiais para pesquisa e desenvolvimento do método etc. Tais conceitos são convencionalmente construídos e, exatamente por isso, também por convenção podem ser revistos. O conceito *lógico-jurídico* pode, exatamente por isso, tornar-se obsoleto. O progresso do pensamento filosófico revela-se precisamente quando se superam conceitos fundamentais consolidados. [...] Pode-se afirmar, assim, que esses conceitos, embora *a priori*, são provisórios, porque precisam ser testados empiricamente. A experiência pode eliminá-los, se inadequados, ou suprir-lhes os defeitos. [...]” (DIDIER JR., 2016, p. 56, grifo no original).

Nota-se, assim, que os conceitos definidos no Capítulo 1 (norma jurídica, suporte fático, preceito, fato jurídico e efeito jurídico) são *conceitos lógico-jurídicos*: **(a)** foram construídos visando-se à compreensão do fenômeno jurídico onde quer que ocorra (finalidade), a partir da análise da sua estrutura (origem); **(b)** pretende-se sejam universalmente válidos (característica), e **(c)** tanto servem de base à elaboração dos conceitos jurídico-positivos quanto permitem e facilitam o conhecimento do Direito (função).

Vejamos, agora, alguns exemplos de conceitos *jurídico-positivos*, restringindo nossa análise a conceitos que, úteis à compreensão do CPC/73, deverão ser reconstruídos à luz do CPC/15:

- **(i)** o conceito de sentença (v. CPC/73, art. 162, §1º, na sua redação original e pós-Lei 11.232/05, e CPC/15, art. 203, §1º)³²;
- **(ii)** o conceito de decisão interlocutória (v. CPC/73, art. 162, §2º, e CPC/15, art. 203, §2º)³³;
- **(iii)** o conceito de citação (v. CPC/73, art. 213, e CPC/15, art. 238)³⁴;
- **(iv)** o conceito de ação rescisória (v. CPC/73, art. 485, *caput*, e CPC/15, art. 966, *caput* e §2º)³⁵.

32 (CPC/73) “Art. 162. [omissis] §1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.” (na redação original) “§1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.” (na redação dada pela Lei 11.232/05) (CPC/15) “Art. 203. [omissis] §1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.”

33 (CPC/73) “Art. 162. [omissis] §2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. (CPC/15) “Art. 203. [omissis] § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.”

34 (CPC/73) “Art. 213. Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender.” (CPC/15) “Art. 238. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.”

35 (CPC/73) “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:” (CPC/15) “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] “§2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:”

3.2.1.1 A coisa julgada é um conceito lógico-jurídico ou jurídico-positivo?

Diante da dicotomia traçada, entre conceitos lógico-jurídicos e conceitos jurídico-positivos, não é de se estranhar que surja a seguinte pergunta: a coisa julgada é um conceito lógico-jurídico ou é um conceito jurídico-positivo?

Trata-se, no entanto, de indagação onde se esconde uma armadilha que inviabiliza a sua resposta, qual seja, a falácia da pressuposição (= falácia da pergunta complexa)³⁶. A pergunta parte de um pressuposto que não é verdadeiro, qual seja, a de que há apenas *um* conceito de coisa julgada.

Há ali, em verdade, uma primeira pergunta, prévia e implícita (“há apenas um conceito de coisa julgada?”), que, adequadamente respondida (“não”), priva de sentido a segunda pergunta, posterior e explícita³⁷.

A palavra “coisa julgada” reporta-se a diversos conceitos, de modo que situar o conceito de coisa julgada como lógico-jurídico ou jurídico-positivo dependerá sempre da indicação do conceito que se tenha em consideração.

O que se pode dizer é que, no mais das vezes, os conceitos de coisa julgada trabalhados pela doutrina são conceitos jurídico-positivos, visto que acabam por incorporar particularidades de

³⁶ *Falácia*: “2 FIL no *aristotelismo*, qualquer enunciado ou raciocínio falso que entretanto simula a veracidade; sofisma; 2.1 FIL na escolástica, termo us. Para a caracterização do *silogismo sofisticado* do aristotelismo, que consiste em um raciocínio verossímil, porém inverídico. ETIM lat. *fallacia,ae* 'engano, trapaça, manha'” (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 869). “Na lógica e na retórica, uma falácia é um argumento logicamente inconsistente, sem fundamento, inválido ou falho na tentativa de provar eficazmente o que alega. Argumentos que se destinam à persuasão podem parecer convincentes para grande parte do público apesar de conterem falácias, mas não deixam de ser falsos por causa disso.” Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Falácia>>. Acesso em: 28/07/16. *Falácia da pressuposição*: “Consiste na inclusão de uma pressuposição que não foi previamente esclarecida como verdadeira, ou seja, na falta de uma premissa. Ex.: Você já parou de bater na sua esposa? É uma pergunta maliciosa porque se divide em duas. A primeira seria 'Você bate na sua esposa?', é isso o que se pretende dizer aos ouvintes. É semelhante à pergunta complexa.” (grifo no original). Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Falácia>>. Acesso em: 28/07/16.

Pergunta complexa: “[...] Não se trata de perguntas simples a que se possa responder diretamente com um 'sim' ou 'não'. As perguntas deste gênero pressupõem que já foi dada uma resposta definida a uma pergunta anterior, que nem sequer foi formulada.” (COPI, 1978, p. 84-85)

³⁷ “[...] o procedimento inteligente é tratar a pergunta complexa não como se fosse simples, mas analisando-a em todos os seus componentes. Pode muito bem acontecer que, quando a pergunta prévia, implícita ou subentendida, é respondida de maneira correta, a segunda pergunta ou explícita simplesmente se dissolve.” (COPI, 1978, p. 85)

determinado(s) direito(s) positivo(s), como a sua referibilidade a uma sentença de mérito; referibilidade, diga-se de passagem, imprópria no regime do CPC/15 (v. *e.g.*: arts. 486, §1º; 502; 503, §1º, e 966, §2º).

Os conceitos de coisa julgada-fato jurídico, coisa julgada-efeito jurídico, coisa julgada sobre questões principais, coisa julgada sobre questões processuais e coisa julgada sobre questões prejudiciais incidentais, nos termos em que definimos mais à frente (v. item 4.4), são conceitos jurídico-positivos, haja vista que construídos visando-se à compreensão de determinada manifestação do fenômeno jurídico, qual seja, do direito positivo consubstanciado no CPC/15.

Não é de se excluir, contudo, a possibilidade de que a doutrina venha a construir um conceito lógico-jurídico de coisa julgada, mediante o exame daquilo que o instituto, nas suas diversas manifestações, apresenta em comum.

É isso o que nos parece tenha pretendido LUIZ EDUARDO RIBEIRO MOURÃO, ao definir a coisa julgada como “uma situação jurídica que se caracteriza pela proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros” (MOURÃO, 2008, p. 29), sustentando o seu posicionamento naquilo que o instituto preservaria desde as suas origens (MOURÃO, 2008, p. 65-70).

Em sentido similar, posiciona-se JORDI NIEVA-FENOLL, para quem:

O princípio básico de que parte o conceito de coisa julgada é o seguinte: os juízos só devem realizar-se uma única vez. Deste princípio se deriva que a coisa julgada consiste em uma proibição de reiteração de juízos. Esse foi o postulado da época de HAMMURABI, esse era o postulado no período romano, e esse é e seguirá sendo o postulado de que a coisa julgada partirá em todo caso. (NIEVA-FENOLL, 2016, p. 134-135)

Também na linha da construção de um conceito lógico-jurídico de coisa julgada caminham LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO, ao afirmarem que:

A coisa julgada obviamente não é mera regra de processo. Ademais, embora certamente protegida pela Constituição (art. 5.º, XXXVI), ela é muito mais do que um princípio constitucional. Trata-se de uma regra indispensável à existência do

discurso jurídico e, por conseguinte, ao exercício da própria jurisdição. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 153)

3.3 AS DEFINIÇÕES.

Definições são enunciações de conceitos (= ideias). No registro de TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM: “O objetivo de se definir é explicitar o conceito (aqui entendido como significado) das palavras (símbolos) empregadas no processo comunicacional, sempre empregando outras palavras” (MOUSSALLEM, p. 58, 2001).

Com a *definição* enuncia-se o significado em que uma palavra é utilizada, ou seja, comunica-se o conceito que se tem em consideração ao se fazer uso da palavra.

Os dicionários são repositórios de definições. Neles encontramos, para cada palavra, frequentemente, diversas definições, cada qual correspondendo à precisão de um dos significados daquela palavra. Falar em “definição da palavra” é, então, uma forma reduzida de se dizer “definição dos conceitos a que a palavra nos remete”.

Veja-se as definições das palavras “conceito” e “definir” constantes do Dicionário Básico de Filosofia dos autores HILTON JAPIASSÚ e DANILO MARCONDES:

Conceito (lat. *conceptum*: pensamento, ideia) 1. Em seu sentido geral, o conceito é uma noção abstrata ou ideia geral, designando seja um objeto suposto único (ex.: o conceito de Deus), seja uma classe de objetos (ex.: o conceito de cão). Do ponto de vista lógico, o conceito é caracterizado por sua extensão e por sua compreensão. [...] 4. Termo chave em filosofia, o conceito designa uma ideia abstrata e geral sob a qual podemos unir diversos elementos. [...]

Definir (lat. *definire*: limitar, delimitar) I. Do ponto de vista lógico, definir significa determinar a "compreensão" que caracteriza um conceito. (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2001)

O *conceito* é uma noção ou ideia e a *definição* é a determinação do que ela compreende. Ambos, conceito e correlata definição, são, contudo, operacionalmente indissociáveis; “[...] não há como se trabalhar qualquer conceito seja qual for o campo de conhecimento sem operar com a categoria lógica da definição”. (MOUSSALLEM, 2016, p. 251)

A precisão do conceito depende da sua definição, mas a sua definição demanda um prévio conhecimento do que se quer definir, conceito *a priori*, na terminologia de LOURIVAL VILANOVA (VILANOVA, 1947, p. 30).

Bem pensadas as coisas, há 02 (duas) representações mentais envolvidas no processo de definição: uma anterior a ela (conceito *a priori*), que orienta quem se disponha a definir o conceito, e outra subsequente, consistente no conceito já definido. Possuímos um conceito *a priori* de cadeira, que nos orienta a defini-lo, e outro subsequente à definição, por ela delimitado.

A definição permite-nos, portanto, esclarecer qual é a ideia geral que temos em consideração, ante a possibilidade de uma mesma palavra remeter-nos a mais de um conceito, e demarcá-la, sem ficarmos na dependência do contexto, que no mais das vezes não será suficiente para tanto.

Há vários tipos de definições³⁸. A mais recomendada para o uso científico é a definição conotacional operada por gênero próximo e diferença específica (MOUSSALLEM, 2016, p. 256).

Trata-se de definição onde delimita-se o conceito expondo-se os critérios de uso da palavra, isto é, quais características deverão estar presentes num dado objeto para que a palavra se preste a designá-lo (= definição conotacional), mediante a enunciação do gênero a que tal objeto deve pertencer e da(s) característica(s) que distingue(m) sua espécie das demais pertencentes ao mesmo gênero.

Dois exemplos. (i) “Cadeira” (FERREIRA, 2004, p. 356): peça de mobiliário consistente num assento com costas para uma pessoa. Todo objeto dotado dessas características (definitórias) está compreendido no conceito de cadeira e pode, por conseguinte, ser designado pela palavra “cadeira”; pertence ao gênero peça de mobiliário e à espécie desse gênero que se particulariza por consistir num assento com costas para uma pessoa.

³⁸ Irving Copi, por exemplo, elenca 05 (cinco) tipos de definições: 1) definições estipulativas, 2) definições lexicográficas, 3) definições aclaradoras, 4) definições teóricas e 5) definições persuasivas (COPI, 1978, p. 112-119).

(ii) “Decisão interlocutória” (CPC/15, art. 203, *caput* e §§1º e 2º): pronunciamento do juiz de natureza decisória que não seja sentença³⁹. Todo objeto dotado dessas características (definitórias) está compreendido no conceito de decisão interlocutória e pode, conseqüentemente, ser designado pela expressão “decisão interlocutória”; pertence ao gênero pronunciamento do juiz de natureza decisória e à espécie desse gênero que se particulariza por não ser sentença.

Negligenciar a definição dos conceitos traz 02 (dois) graves problemas a qualquer linguagem científica e, notadamente, à linguagem da Ciência do Direito, em razão dos seus inúmeros termos ambíguos: o risco de *disputas meramente* (= unicamente) *verbais* e de *acordos meramente* (= unicamente) *verbais*.

3.3.1 Disputas meramente verbais e acordos meramente verbais⁴⁰.

Acordos podem ser classificados em (a) genuínos ou em (b) meramente verbais, conforme haja convergência sobre as convicções das partes envolvidas ou unicamente sobre os termos por elas empregados.

De maneira similar, disputas (= desacordos) podem ser classificadas em (a) genuínas ou (b) em meramente verbais, conforme haja divergência sobre as convicções das partes envolvidas ou unicamente sobre os termos por elas empregados.

Acordos e disputas genuínos são acordos e disputas autênticos, verdadeiros; casos em que as partes acordam ou discordam nas suas convicções.

³⁹ A definição fornecida não se identifica com a definição legal constante do art. 203, §2º, CPC/15, pertencente ao plano da linguagem do direito positivo (linguagem objeto, técnica, prescritiva). Cuida-se de uma definição científica do conceito de sentença, enunciada, portanto, no plano da linguagem da Ciência do Direito (metalinguagem, científica, prescritiva), referente ao conceito (jurídico-positivo) que se constrói mediante o exame da totalidade das normas jurídicas e da qual deve ser excluídos, evidentemente, os acórdãos (cf. CPC/15, art. 204).

⁴⁰ A propósito do tema, cf. COPI, 1978, p. 109-111.

Acordos e disputas meramente verbais, por outro lado, são falsos acordos e falsas disputas. No acordo meramente verbal, sob a identidade de palavras utilizadas pelas partes, oculta-se um desacordo de convicções; enquanto que na disputa meramente verbal, sob a distinção de palavras utilizadas pelas partes, oculta-se um acordo de convicções. Aqui as aparências enganam.

A adequada definição dos conceitos empregados no discurso científico, todavia, faz com que as aparências dos falsos acordos e das falsas disputas sejam dissipadas e revela as verdadeiras disputas e acordos subjacentes.

Convém ao esclarecimento do assunto fornecermos 02 (dois) exemplos, um de disputa meramente verbal e outro de acordo meramente verbal, o que faremos vinculando ambos aos conceitos de coisa julgada formal e de coisa julgada material.

1º Exemplo de uma disputa meramente verbal.

Para LÚCIO DELFINO e para MOURÃO (DELFINO; MOURÃO, 2015), o art. 486, §1º, do CPC/15 consagra casos de *coisa julgada formal*, enquanto que para DIOGO ASSUMPÇÃO REZENDE DE ALMEIDA (ALMEIDA, 2016) e para JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA (MEDINA, 2011) as hipóteses ali previstas seriam casos de *coisa julgada material*.

Apesar disso, todos os mencionados autores concordam nas suas convicções, no sentido de que o dispositivo veda seja proposta nova ação sem a correção do vício apontado na decisão anterior. O desacordo é apenas terminológico, DELFINO e MOURÃO chama essa proibição de coisa julgada formal, enquanto que ALMEIDA e MEDINA chamam-na de coisa julgada material.

2º Exemplo de um acordo meramente verbal.

Em que pese a controvérsia quanto à necessidade ou não da subsistência do conceito de coisa julgada formal, fato é que a unanimidade da doutrina reconhece a existência dos conceitos de coisa julgada formal e de coisa julgada material. Acontece que, sob esse aparente acordo, há muitas convicções doutrinárias dissonantes sobre o que é a coisa julgada formal e sobre o que

é a coisa julgada material. Sob tais rótulos escondem-se diversas ideias distintas e por vezes até opostas quanto ao significado dessas expressões.

Tais divergências são objeto de detida análise no item 4.3, para o qual remetemos o leitor.

3.3.2 Definições legais e definições científicas⁴¹.

O discurso jurídico, como visto, expressa-se em 02 (dois) corpos linguísticos diversos: a) Ciência do Direito (metalinguagem, científica, descritiva) e b) direito positivo (linguagem-objeto, técnica, prescritiva).

As definições jurídicas (definições legais + definições científicas) podem, por conseguinte, habitar uma ou outra dessas linguagens. Conforme situem-se na linguagem da Ciência do Direito ou na linguagem do direito positivo, serão designadas, respectivamente, de definições científicas (enunciadas na doutrina) e de definições legais (enunciadas na lei⁴²).

A diferenciação é importante, porque às definições estendem-se as características do corpo de linguagem no qual inseridas: hierarquia, tipo e função.

Definições científicas devem ser dotadas de uma maior precisão e são falseáveis, visto que dirigidas à descrição do direito positivo, sua linguagem objeto⁴³. Definir-se a apelação como um recurso dirigido à reforma ou à invalidação de uma decisão não é suficiente, porque todos os demais recursos, à exceção dos embargos de declaração, também têm essa finalidade (v. CPC/15, arts. 1.016, III e 1.029, III). Definir-se, por outro lado, a apelação como um recurso dirigido ao esclarecimento de uma decisão é incorreto, porque não é essa a sua finalidade legal (v. CPC/15, art. 1.010, III).

41 A distinção é trabalhada por Tarek Moysés Moussallem (MOUSSALLEM, 2016, p. 262-268).

42 “Lei” vai aí empregada na sua acepção ampla, em alusão a quaisquer textos normativos.

43 *Falseabilidade* ou *refutabilidade* é a propriedade de uma asserção, ideia, hipótese ou teoria poder ser provada falsa.

Definições legais, por sua vez, não são falseáveis e possuem uma menor precisão. O legislador não descreve, prescreve; não erra nem acerta, portanto, ao definir decisão interlocutória como todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não seja sentença (CPC/15, art. 203, §3º)⁴⁴. Erra, porém, o cientista do Direito ao assim defini-la, porque a ele compete a elaboração de uma definição precisa do conceito jurídico-positivo de decisão interlocutória, que não abranja, p. ex., os acórdãos (CPC/15, art. 204).

É o cientista, e não o legislador, quem assume o comprometimento da ordenação teórica do direito positivo, mediante a construção de um conjunto de conceitos articulados entre si.

Face a menor precisão e a não falseabilidade das definições legais, considerá-las requer a seguinte cautela: a definição de um conceito por parte do legislador não é garantia alguma de que ele manter-se-á fiel à definição enunciada toda vez em que fizer uso do mesmo termo ou expressão⁴⁵ (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1991, p. 451). “Sentença”, por exemplo, a despeito de legalmente definida em sentido restrito no art. 203, §1º, do CPC/15⁴⁶, é palavra usada na sua acepção *lata*, como designativa do gênero pronunciamento judicial de natureza decisória (= decisão), no art. 506 do CPC/15⁴⁷.

Não devem as definições legais, por outro lado, serem desprezadas. Situadas no corpo do direito positivo, também elas são dotadas de função prescritiva. Ainda nos valendo do termo “sentença”, ignorar-se a definição legal de sentença inviabiliza a elaboração de uma definição científica do conceito jurídico-positivo de sentença, falseável, mais precisa e necessária à compreensão das normas do direito positivo vigente, relativas à sentença *stricto sensu*.

Compete à doutrina, no caso, enunciar uma definição do conceito jurídico-positivo de sentença em termos menos obscuros que a ressalva constante do início da definição legal

44 A assertiva de que o legislador não erra nem acerta deve ser adequadamente compreendida: não erra nem acerta porque não faz sentido falar-se em erro ou acerto da parte de quem emite uma linguagem prescritiva. Falseabilidade é característica própria de linguagens descritivas.

45 No original: “*Aunque el legislador haya formulado una definición explícita en el texto de la ley, es decir, haya dicho que va a usar un término en uno sentido determinado, no hay garantías que lo haya hecho realmente, pues puede haber una definición y logo haber usado el término en cuestión en otro sentido*”. (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1991, p. 451)

46 (CPC/15) “Art. 203. [...] §1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.”

47 (CPC/15) “Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.”

presente no art. 203, §1º, do CPC/15 (“ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais [...]”), a fim de que não haja dúvidas, por exemplo, quanto à recorribilidade de determinado pronunciamento judicial dar-se ou não via apelação (CPC/15, art. 1.009, *caput*).

É o que DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA fazem quando definem sentença da seguinte forma: “[...] sentença é o pronunciamento pelo qual o juiz, analisando ou não o mérito da causa, põe fim a uma fase (cognitiva ou executiva) do procedimento em primeira instância” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 307).

Assentadas essas premissas, podemos passar ao desenvolvimento do tema propriamente dito.

2ª PARTE: A COISA JULGADA.

4 OS CONCEITOS DE COISA JULGADA.

Acaso tivesse a expressão “coisa julgada” um único e preciso significado, todo este capítulo seria dispensável. Acontece que não tem⁴⁸. A advertência feita por BARBOSA MOREIRA acerca do assunto, há quase 50 (cinquenta) anos, lamentavelmente subsiste atual:

Séculos de paciente e acurada investigação foram incapazes de produzir [...] ao menos a fixação de uma base comum em que se possam implantar as multiformes perspectivas adotadas para o tratamento da matéria.

A razão fundamental desse desconcerto parece residir na equivocidade do próprio conceito a partir do qual se desenvolvem as elaborações dos doutrinadores. Não é de se espantar que se chegue a resultados tão díspares quando se verifica quão longe se está de alcançar um consenso mínimo sobre a determinação mesma do ponto de partida. [...] Como esperar que se harmonizem as vozes, antes de ter-se a certeza de que todas se referem a uma única e definida realidade? (BARBOSA MOREIRA, 1970)

À palavra “coisa julgada” correspondem conceitos diversos e outras tantas definições, havendo a palavra “coisa julgada”, os conceitos de coisa julgada e as definições dos conceitos de coisa julgada.

A expressão “coisa julgada” reporta-se a diversos conceitos de coisa julgada e cada definição de coisa julgada enuncia a compreensão de algum desses conceitos.

Imprescindível o exame de alguns desses conceitos, construídos pela doutrina, antes de tomarmos partido na discussão.

⁴⁸ Em um estudo geométrico sobre o triângulo, *e.g.*, não se faz necessário definir o conceito de triângulo, porque o significado do conceito designado pela palavra “triângulo” é único e preciso. Triângulo é um polígono de três lados.

4.1 OS CONCEITOS DE COISA JULGADA NA DOCTRINA E PRIMEIRAS CRÍTICAS.

Numa primeira aproximação, podemos afirmar que todos os conceitos doutrinários de coisa julgada relacionam-se de algum modo à *ideia de estabilidade do que foi decidido*⁴⁹.

MOURÃO, valendo-se de amplas referências, discorre sobre a origem da coisa julgada, situando-a na regra *bis de eadem re ne sit actio* (MOURÃO, 2008, p. 65-70), por ele assim traduzida com base em lição de COGLIOLO: “Sobre a mesma relação jurídica não se pode exercer duas vezes a ação da lei, isto é, o processo.” (MOURÃO, 2008, p. 66).

ANTONIO DO PASSO CABRAL faz um inventário histórico de outras 07 (sete) teorias que, sem se distanciarem dessa noção de coisa julgada como estabilidade, objetivaram compreendê-la (CABRAL, 2014, p. 72-75).

Na vertente das **(a)** teorias materiais, situar-se-iam os entendimentos da coisa julgada como: **a.1** presunção da verdade (ULPIANO); **a.2** ficção da verdade (FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY), ou **a.3** *lex specialis* (OSKAR VON BÜLOW, OTTO BACHMANN).

Já na vertente das **(b)** teorias processuais, teríamos os entendimentos da coisa julgada como: **b.1** presunção de autoridade (EDUARDO J. COUTURE); **b.2** eficácia da declaração (KONRAD HELLWIG); **b.3** extinção do dever jurisdicional (UGO ROCCO e GUILHERME ESTELLITA), ou **b.4** qualidade da sentença e de seus efeitos (ENRICO TULLIO LIEBMAN)⁵⁰.

Teorias materiais entenderam-na como um fenômeno vinculado diretamente ao direito material e teorias processuais, que as teriam sucedido⁵¹, compreenderam-na como um

49 “Em todos os estudos que procuraram definir a coisa julgada, um ponto parece pacífico: ela representa um vínculo estável que envolve não só o Estado-juiz, mas também as partes, em torno do direito material discutido.” (CABRAL, 2014, p. 64).

50 A categorização da teoria de Liebman sobre a coisa julgada como processual é feita por Antonio do Passo Cabral (CABRAL, 2014, p. 71 e 76), devendo-se, no entanto, observar registro feito pelo próprio Liebman de que, para ele, “a coisa julgada, por si só, não é nem 'processual' nem 'material'” (LIEBMAN, 2007, p. 45).

51 No sentido de que não houve propriamente um embate entre teorias materiais e teorias processuais da coisa julgada, mas sim, na verdade, uma sucessão de teorias, com as teorias processuais – hoje praticamente unânimes – sucedendo às materiais, cf., e.g.: CABRAL, 2014, p. 84; POHLE, 2012, p. 12 e ALLORIO, 1935, p. 218.

fenômeno de direito processual, relacionando-a apenas mediadamente ao direito material. Conforme análise realizada por CABRAL (2014, p. 66-77):

[...] Ulpiano sustentava, no célebre aforisma *res iudicata pro veritate habetur*, que a coisa julgada “vale como verdade”. Tratava-se da compreensão da coisa julgada como uma presunção (absoluta), assumindo que o decidido pelo juiz correspondesse à verdade dos fatos [...] **[a1]** (p. 66)

[...] Savigny procurou corrigir e apurar a formulação das fontes romanas, afirmando que, ao invés de tratar-se de uma presunção, a coisa julgada seria uma *ficção* **[a2]** (p. 67)

[Para Bülow] A coisa julgada encerraria um comando estatal (*staatliche Rechtsgebot*), o qual, quando correto, cria uma relação jurídica privada, e quando erroneamente extraído da lei, prevalece porque mais forte que ela **[a3]**.” (p. 69)

Couture apresenta uma vertente presuntiva da teoria processual, baseada na “presunção de autoridade” do julgado. [...] a coisa julgada não está relacionada com a verdade, mas sim com a paz social. **[b.1]** (p. 71)

[Para Hellwig] só o conteúdo declaratório das sentenças é abrangido pela coisa julgada. Vale dizer, no momento do trânsito em julgado, um outro efeito *reforça* o elemento declarativo da sentença: a indiscutibilidade ou incontestabilidade (*Unbestreitbarkeit*), tornando apenas a declaração vinculante para todos os juízes em processos futuros. **[b2]** (p. 73)

[A concepção de Rocco e Estellita] parte de uma visão *funcionalista* da coisa julgada, que presta apenas para eximir o Estado de seu dever de “prover com imutabilidade”. **[b3]** (p. 75)

[Para Liebman] a coisa julgada seria uma *qualidade* de certos tipos de sentença, um adjetivo que se agregaria a algumas decisões jurisdicionais e seus efeitos, mas com estes (os efeitos) não poderia ser confundida. A coisa julgada seria “neutra e incolor” ao conteúdo e aos efeitos da sentença, pois não os altera, apenas imuniza. **[b4]** (p. 77).

[referências às páginas e textos entre colchetes acrescidos]

Adotaram-se, como se nota, distintas perspectivas para o tratamento da matéria; tiveram-se em conta variados conceitos de coisa julgada.

Às concepções de ULPIANO e de SAVIGNY interessou a relação entre verdade e coisa julgada. BÜLOW focou-se na relação entre coisa julgada e lei, entendida como norma geral. COUTURE dissociou verdade e coisa julgada, ligando esta à paz social. ROCCO e ESTELLITA partiram de uma visão funcionalista da coisa julgada. HELLWIG (concepção alemã) tomou-a como um *efeito* (indiscutibilidade ou incontestabilidade) *que se agrega ao elemento/conteúdo declaratório da sentença*. E LIEBMAN (concepção italiana) considerou-a como uma *qualidade imunizante do conteúdo e dos efeitos da sentença*⁵².

52 LIEBMAN, 2007, p. 51, grifo no original: “Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode

BARBOSA MOREIRA, por sua vez, tomou a coisa julgada como uma *situação jurídica caracterizada pela estabilidade do conteúdo da sentença*. Nas suas palavras:

Não se expressa de modo feliz a natureza da coisa julgada, ao nosso ver, afirmando que ela é um efeito da sentença, ou um efeito da declaração nesta contida. Mas tampouco se amolda bem à realidade, tal como a enxergamos, a concepção de coisa julgada como uma qualidade dos efeitos sentenciados, ou mesmo da própria sentença. **Mais exato parece dizer que a coisa julgada é uma situação jurídica: precisamente a situação que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável.** (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 273, grifo nosso)

Essa enorme variação de perspectivas adotadas para o exame da coisa julgada foi também destacada por JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, que, a título de síntese conclusiva da evolução doutrinária, consignou que:

As inúmeras teorias sobre o tema não seguem um perfil metodológico homogêneo, visto que se assentam em perspectivas e pressupostos diferenciados, cada qual procurando resultados coerentes com o respectivo ordenamento jurídico, tanto no plano do direito material, quanto na órbita do processo. [...] (CRUZ E TUCCI, 2006, p. 99).

Diante desse cenário, firmarmos um posicionamento sobre o assunto não depende de analisarmos cada uma dessas teorias, e sim de, primeiramente, elegermos a perspectiva que nos orienta.

Buscamos um ou mais conceitos de coisa julgada que viabilize(m) a ordenação teórica do direito positivo, notadamente dos enunciados prescritivos do CPC/15 que a ela se referem direta ou indiretamente. Buscamos, enfim, conceitos dogmaticamente úteis de coisa julgada.

Mirando tal objetivo e em razão de a doutrina pátria, maciçamente, aderir a um dos 03 (três) últimos entendimentos mencionados – à concepção alemã⁵³, à concepção italiana⁵⁴ ou à concepção de BARBOSA MOREIRA⁵⁵ –, inobstante por vezes lhes incorporando algumas nuances, é neles que nos deteremos.

definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.”

53 E.g.: PONTES DE MIRANDA, 1997, p. 157; SILVA, 2003, p. 81.

54 E.g.: CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 343.

55 E.g.: TALAMINI, 2005, p. 44. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 513.

4.1.1 Entre Hellwig, Liebman e Barbosa Moreira.

Seguindo a concepção alemã, ARAKEN DE ASSIS afirma que:

[...] a coisa julgada restringe-se a uma eficácia, proveniente da inimpugnabilidade, que recobre a força ou o efeito⁵⁶ declaratório da sentença, porquanto somente a declaração se revela, na prática, imutável e indiscutível. (ASSIS, 2001, p. 243)

Encampando a concepção italiana, assevera CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que:

[...] a coisa julgada material incide sobre os efeitos da sentença de mérito mas não é, ela também, um efeito desta. [...] A coisa julgada é somente uma capa protetora, que imuniza esses efeitos e protege-os contra as neutralizações que poderiam acontecer caso ela não existisse. (DINAMARCO, 2009, p. 309)

Perfilando o posicionamento de BARBOSA MOREIRA, consigna ALEXANDRE FREITAS CÂMARA que:

A meu juízo, a coisa julgada se revela como uma *situação jurídica*. Isto porque, como o trânsito em julgado da sentença, surge uma nova situação, antes inexistente, que consiste na imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da sentença [...] (CÂMARA, 2008, p. 461, grifo no original)

Também aqui notamos perspectivas diversas e posicionar-nos entre essas compreensões da coisa julgada, mesmo depois de estabelecida a diretriz que nos guia, demanda algumas reflexões, sem descurar do que nelas há de comum: **(a)** nenhuma nega haja íntima relação entre coisa julgada e imutabilidade/indiscutibilidade; **(b)** todas entendem que a coisa julgada surge com o trânsito em julgado.

4.1.1.1 Análise das divergências.

56 “Efeito” é palavra que aí se emprega no sentido de “elemento”, termo este por nós preferido, em atenção ao destaque dado por Barbosa Moreira quanto à impropriedade do primeiro. *Ipsis litteris*: “A sentença – toda sentença – contém uma declaração, podendo conter ou não um, junto dela, um *aliud*. Falar-se-á, pois, do conteúdo declaratório da sentença, ou do elemento declaratório presente nesse conteúdo. [...] Aludir, porém, ao efeito declaratório da sentença, a rigor, *c’est parler pour ne rien dire*. Quando a uma declaração se atribui efeito declaratório, ou se está embutindo *a priori* neste conceito uma significação que a fórmula mal exprime, ou se está pura e simplesmente perpetrando uma tautologia: a declaração produz o efeito... de declarar.” (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 81-89).

As divergências entre os 03 (três) posicionamentos em exame concentram-se em 02 (dois) pontos, intimamente relacionados, mas que podem ser divisados: 1º) no que é a coisa julgada e 2º) sobre o que se estende a imutabilidade/indiscutibilidade.

1º) O que é a coisa julgada?

HELLWIG a entende como um *efeito*; para LIEBMAN ela é uma *qualidade*, e, para BARBOSA MOREIRA, uma *situação jurídica*.

Ao afirmar que a coisa julgada é uma *situação jurídica*, BARBOSA MOREIRA reconduz o instituto à Teoria Geral do Direito, permitindo que a compreendamos como um *efeito jurídico*⁵⁷, expressão que a teoria do fato jurídico toma como sinônima de situação jurídica *lato sensu*.

Significa dizer, à luz do que expusemos no primeiro capítulo, que a coisa julgada, como todo efeito jurídico concreto, decorre de um fato jurídico e, como todo efeito jurídico abstrato, vincula-se normativamente a um suporte fático (abstrato), cuja identificação só pode ser feita através do exame do direito positivo.

Dizer, por outro lado, que a coisa julgada é um *efeito* ou uma *qualidade* nada significa enquanto não se esclareça o que devemos entender por *efeito* e por *qualidade*.

LIEBMAN chamou-a de *qualidade* visando deixar claro que a coisa julgada não seria um efeito da sentença, e sim uma qualidade (= atributo; = predicado; = característica) que se agregaria a ela e a seus efeitos.

A justificativa do expediente empregado por LIEBMAN é encontrada no quadro doutrinário reinante até então (década de 30): gozava de ampla aceitação o entendimento de que a coisa julgada seria um *efeito da sentença*. Mesmo HELLWIG a entendera dessa forma. Confira-se:

⁵⁷ Também nesse sentido, equiparando situação jurídica a efeito jurídico, cf. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 513: “Como situação jurídica, a coisa julgada é um efeito jurídico – efeito que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica.”

[...] a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado.

Caem todas as definições correntes no erro de substituir uma qualidade dos efeitos da sentença por um efeito seu autônomo.

Assim, quando HELLWIG – com já se viu – define a coisa julgada como o efeito específico da sentença que já não seja recorrível e mais precisamente como a eficácia declaratória da sentença, confunde justamente o efeito normal da sentença com a definitividade e incontestabilidade deste efeito. [...] (LIEBMAN, 2007, p. 41)

Acontece que, definir a coisa julgada como uma *qualidade* quer dizer muito pouco. Definir a coisa julgada como efeito da sentença significa que a coisa julgada decorre da própria sentença, causa do efeito coisa julgada. Todavia, defini-la como uma qualidade nada diz sobre a sua causa.

Encampar a posição de HELLWIG não é impedimento a que se considere a coisa julgada como uma qualidade, qualidade que seria apenas da declaração contida na sentença, mas, ainda assim, uma qualidade, consistente na força vinculante que à declaração se agregaria com o trânsito em julgado da sentença de mérito. É o que se conclui a partir de comentários à lição de HELLWIG feitos pelo próprio LIEBMAN: “[Para Hellwig] [...] a coisa julgada (*Rechtskraft*) consiste na força vinculante da declaração” (LIEBMAN, 2007, p. 21). [trecho entre colchetes por nós acrescido]

Veja-se, por exemplo, como MARINONI, ARENHART e MITIDIERO definem a coisa julgada: “A coisa julgada não é uma eficácia da sentença, mas simplesmente uma qualidade que se agrega ao efeito declaratório da sentença de mérito transitada em julgado.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015d, p. 514).

A divergência – verdadeira oposição –, neste ponto, entre as concepções alemã e italiana da coisa julgada consiste, então, em entendê-la como um efeito da própria sentença (HELLWIG) ou não (LIEBMAN). Situar o dissenso nos termos *efeito* e *qualidade* é se perder num desacordo meramente verbal.

Resumidamente, então, na concepção de BARBOSA MOREIRA a coisa julgada é um efeito jurídico; na concepção alemã a coisa julgada é um efeito da sentença, e na concepção italiana a coisa julgada *não* é um efeito da sentença.

Afirmar-se que a coisa julgada *não é um efeito da sentença* – pressupondo-se a veracidade da assertiva – logicamente significa que a coisa julgada poderia ser, ainda, efeito de qualquer outra coisa. Praticamente, todavia, não restam alternativas diante das premissas que adotamos.

Há efeitos e efeitos jurídicos. *Tertium non datur*. Efeito é conceito pertinente ao mundo fático, designativo das alterações que se produzem na realidade fenomênica em decorrência de fatos. Efeito jurídico é conceito jurídico, designativo de alterações que se produzem no mundo jurídico e de condutas que, em razão dessas alterações, tornam-se devidas no mundo fático.

A coisa julgada não implica alteração no mundo fenomênico. Não faz, nesse sentido, “do branco preto; origina e cria as coisas; transforma o quadrado em redondo; altera os laços de sangue e transforma o falso em verdadeiro”, como no dístico de SCASSIA (SCASSIA *apud* COUTURE, 1946, p. 329) levado ao pé da letra. Trata-se, então, de efeito jurídico.

Pode a lei – e frequentemente o faz – tomar a sentença como parte de suporte fático ao qual se vincula como preceito a coisa julgada. Acontece que nesse caso teremos a coisa julgada como efeito jurídico, resultante do fato jurídico formado pela incidência da norma jurídica sobre o suporte fático concreto de que a sentença faz parte, e não simplesmente como efeito conatural da sentença.

Comprovam o que se afirma a existência de sentenças que não compõem suporte fático da coisa julgada (efeito jurídico), como é o caso de sentenças que tenham sido objeto de impugnação total via recursos de apelação admitidos (CPC/15, arts. 1.008 e 1.009).

Demais disso, a histórica conhece casos de sentenças absolutamente inaptas à formação de coisa julgada, condição, por exemplo, das sentenças proferidas em causas sobre o estado das

pessoas no Direito Canônico (Cân. 1643⁵⁸), bem como a existência de ordenamentos jurídicos que desconheciam por completo a coisa julgada, situação do antigo direito escandinavo⁵⁹.

2º) Sobre o que se estende a imutabilidade/indiscutibilidade?

Para HELLWIG torna-se imutável/indiscutível apenas o conteúdo declaratório da sentença; para LIEBMAN, qualquer conteúdo da sentença e seus efeitos; para BARBOSA MOREIRA, apenas o conteúdo da sentença.

O exame da divergência pressupõe se estabeleça a distinção entre conteúdo e efeitos da sentença.

Escusando-nos pela obviedade, o conteúdo está dentro da sentença, enquanto que seu efeito está fora, vinculado a ela por força de um nexo de imputação criado pela norma jurídica.

O ponto é bem percebido por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, ao tratar da classificação das sentenças de procedência, conforme o conteúdo⁶⁰, convindo a transcrição dos seus ensinamentos:

A **sentença meramente declaratória** é a que **contém**, apenas, o acerto da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de um documento.

[...] seu **efeito** consiste em que a relação jurídica valerá para as partes na forma como foi acertada, tornando-se irrelevante qualquer impugnação. (CÂMARA, 2008, p. 420, grifo nosso)

A certeza jurídica, ou certeza oficial, é o efeito que corresponde ao conteúdo da sentença desta espécie. (CÂMARA, 2008, p. 421)

[...] na **sentença constitutiva**, há um **conteúdo** da sentença, consistente no reconhecimento da existência de um direito à obtenção de uma modificação jurídica

58 TÍTULO IX - DA COISA JULGADA E DA RESTITUIÇÃO "IN INTEGRUM". CAPÍTULO I - DA COISA JULGADA. "Cân. 1643 - Nunca passam em julgado causas sobre o estado das pessoas, não excetuando causas sobre separação de cônjuges." Disponível em: <<http://www.portalarismatico.com.br/menu/download/C%C3%B3digo%20de%20Direito%20Can%C3%B4nico.pdf>>. Acesso em: 28/07/16.

59 O apontamento é feito por Antônio do Passo Cabral: "[...] no antigo direito escandinavo, simplesmente não havia coisa julgada. Vale dizer, estes países [países da península escandinava] são a prova histórica de que se aplicou um modelo que desconhecia a "imutabilidade" da sentença [...]" (CABRAL, 2014, p. 253)

60 Para Alexandre Freitas Câmara as sentenças de procedência do pedido classificam-se, segundo o seu conteúdo, em 03 (três) espécies: *meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias*. (CÂMARA, 2008, p. 419). Filia-se o autor, desse modo, à conhecida classificação ternária.

[...], e na atuação deste mesmo direito; e há um **efeito**, consistente na situação nova, criada pela sentença [...] (CÂMARA, 2008, p. 420, grifo nosso)

É tradicional a afirmação em doutrina de que esta espécie de sentença seria formada por dois “momentos lógicos”, um declaratório e outro constitutivo. [...] É o que se tem, por exemplo, na sentença que decreta o divórcio. O juiz, num primeiro momento lógico, declara a existência do direito à extinção do vínculo matrimonial [...] e, num segundo momento, decreta a dissolução do casamento. Este é o conteúdo da sentença, que não pode ser confundido com seu efeito, consistente no rompimento dos vínculos (direito e obrigações) existentes entre as partes, e decorrentes da relação jurídica que se extinguiu. (CÂMARA, 2008, p. 421)

[...] a **sentença condenatória** é aquela que impõe ao réu o cumprimento de uma prestação (de dar, fazer ou não fazer), correspondendo a este **conteúdo** (via de regra) o **efeito** de permitir a execução forçada do comando contido na decisão. (CÂMARA, 2008, p. 425, grifo nosso)

Um esclarecimento faz-se necessário: “efeito da sentença” aí significa efeito jurídico que decorre do fato jurídico sentença. Ou seja, há normas jurídicas que tomam a sentença como suporte fático e, a depender da natureza do seu conteúdo (declaratório, constitutivo ou condenatório), vinculam-lhe distintos efeitos jurídicos.

Podemos agora retomar o assunto do tópico.

Para sustentar seu ponto de vista, BARBOSA MOREIRA parte de premissa que entende como pacífica: a de que a coisa julgada é instituto com uma finalidade essencialmente prática, consistente em conferir estabilidade à tutela jurisdicional, tornando, para isso, o resultado final do processo imune a futuras contestações. “Se constitutiva a sentença, o que importa preservar é justamente a modificação jurídica operada, não o mero direito de promovê-la, reconhecido ao autor.” (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 83). Exemplo por ele mesmo fornecido evidencia que a concepção alemã a isso não se prestaria:

Por sentença trântita em julgado, mediante ação proposta por *A* contra *B*, anulou-se contrato entre ambos celebrado. Noutro processo, *B* exige de *A* o cumprimento da obrigação contratual e argumenta: “Não discuto que *A* tivesse *direito à anulação do contrato*; ora, *só isso* é que ficou coberto pela autoridade da coisa julgada. A anulação mesma, em si, essa não goza de igual proteção; logo, posso contestá-la, para afirmar subsistente o contrato, e por conseguinte demandar-lhe o cumprimento, sem ofender a *res iudicata*”. (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 83, grifo no original)

Se, de um lado, limitar a estabilidade ao conteúdo declaratório da sentença frustraria a finalidade prática do instituto⁶¹, do outro, a experiência demonstra que ela não se estende aos

⁶¹ Interessante o registro de Barbosa Moreira, no sentido de que mesmo os adeptos dessa concepção não admitem a conclusão a que se chega no exemplo fornecido: “Na verdade, cumpre observar, ninguém tira aqui

efeitos (sempre jurídicos) da sentença, razão pela qual também a concepção italiana não deveria ser aceita. Confira-se:

[...] podem os donos de terrenos confinantes estabelecer convencionalmente, para as respectivas áreas, divisa diferente da que se fixara no processo da ação de demarcação. No tocante ao efeito executório, peculiar às sentenças condenatórias, a coisa é de ofuscante evidência: cumprida espontaneamente ou executada a sentença, cessa o efeito, que já nascera com o normal destino de extinguir-se. (BARBOSA MOREIRA, 1970)

4.2 A ASSUNÇÃO DE UM POSICIONAMENTO QUANTO À COISA JULGADA.

Concordamos com BARBOSA MOREIRA, para entender que o mais adequado, *em termos de teorização*, é compreender-se a coisa julgada como uma situação jurídica, formada a partir do trânsito em julgado e caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade: **(i)** do conteúdo da decisão, não apenas do seu elemento declaratório, e **(ii)** só do conteúdo da decisão, com exclusão dos seus efeitos.

Frisamos “em termos de teorização” porque ainda não analisamos o direito positivo brasileiro, notadamente o CPC/15, a fim de verificar se seus enunciados prescritivos oferecem alguma dificuldade ao referido entendimento. Adiantamos que não oferece, assim como o CPC/73 também não oferecia.

Confira-se, a propósito, a redação dos arts. 502 e 503 do CPC/15 acompanhados dos seus correspondentes do CPC/73:

CPC/15:	CPC/73:
Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.	Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.
Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. [omissis]	Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

as consequências rigorosas (e absurdas) que seria lícito prever. Para todos os efeitos práticos, reconhece-se que, passada em julgado a sentença constitutiva, a modificação por ela produzida já não pode ser objeto de contestação juridicamente relevante. [...]” (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 83).

Fale-se em “autoridade” ou “eficácia”, tanto faz, permanece o fato de que os arts. 502 do CPC/15 e 467 do CPC/73 não restringem a imutabilidade e indiscutibilidade a quaisquer dos conteúdos da sentença/decisão, como faz, por exemplo, o texto do artigo 2.909 do Código Civil Italiano, ao circunscrever a coisa julgada à declaração contida na sentença passada em julgado:

CC Ital./42:

Art. 2909 Cosa giudicata

L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa (1306, 1595; Cod. Proc. Civ. 324).⁶²

Daí porque nos parece correto, neste momento, entendermos a coisa julgada, na linha do posicionamento de BARBOSA MOREIRA, e à luz do direito positivo vigente, como uma situação jurídica (= efeito jurídico), surgida a partir do trânsito em julgado e caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial (definição científica).

Importante que não se confunda a referência à situação jurídica com a referência às características da situação jurídica, seus predicados. Tomamos a “coisa julgada” aqui como designativo de uma situação jurídica caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial, e não como sinônimo de imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão, tal como o faz, por exemplo, MEDINA, ao afirmar que: “Coisa julgada é a imutabilidade e indiscutibilidade da determinação do conteúdo contido na decisão de mérito.” (MEDINA, 2015, p. 492).

Acontece que, como exposto no Capítulo 1, há 04 (quatro) acepções possíveis para a expressão “efeito jurídico”, às quais chegamos através de 02 (dois) critérios classificatórios. **(a)** Conforme tenhamos em consideração um específico fato jurídico ou uma determinada classe de fatos jurídicos, estaremos diante, respectivamente, de efeitos jurídicos **(a.1)** concretos ou **(a.2)** abstratos. **(b)** E, segundo o conceito com que estejamos trabalhando de norma jurídica, teremos efeitos jurídicos da norma jurídica **(b.1.)** constitutiva ou **(b.2)** prescritiva.

62 (Código Civil Italiano de 1942) Art. 2.909. Coisa julgada. A declaração contida na sentença passada em julgado vincula as partes, seus herdeiros ou sucessores. (tradução nossa)

Definir a coisa julgada como um efeito jurídico significa, então, designar de coisa julgada 04 (quatro) entidades diversas:

- **(i)** o tipo de estabilidade de decisões, que se opera no mundo jurídico, em decorrência de determinadas classes de fatos jurídicos⁶³;
- **(ii)** a estabilização de uma específica decisão, que se opera no mundo jurídico, em decorrência de um certo fato jurídico;
- **(iii)** o tipo de conduta de respeito à estabilização do decidido, que se torna devida no mundo fático, em decorrência de determinadas classes de fatos jurídicos, e
- **(iv)** a conduta de respeito à estabilização do decidido, que se torna devida no mundo fático, em decorrência de um certo fato jurídico.

Diversamente do que ocorre com substantivos próprios, substantivos comuns⁶⁴ (= palavras de classe) denominam tanto uma classe de elementos quanto os elementos dessa classe⁶⁵. “Livro”, por exemplo, é designativo tanto de uma classe de objetos (livro) quanto dos próprios objetos nela contidos, isto é, do livro A, do livro B, do livro C etc. Similarmente, “coisa julgada” designa a classe coisa julgada e os seus elementos (i.e. a coisa julgada A, a coisa julgada B, a coisa julgada C etc).

Em **(ii)** e **(iv)** emprega-se “coisa julgada” como nome, respectivamente, de cada um dos elementos das classes **(i)** e **(iii)**, que igualmente recebem o nome de “coisa julgada”. Seria como se falar em “coisa julgada abstrata” e “coisa julgada concreta”, da maneira como fizemos ao tratar de efeito jurídico.

Não empregaremos, todavia, essas adjetivações, visto que não utilizadas pelo legislador, pela doutrina ou pela jurisprudência, e, sobretudo, porque o contexto em que empregada a

63 O legislador pode vincular o efeito coisa julgada a distintos suportes fáticos. E o faz, como veremos no Capítulo 6.

64 BECHARA, 2009, p. 113: “Substantivo próprio é o que se aplica a um objeto ou a um conjunto de objetos, mas sempre individualmente.” “Substantivo comum é o que se aplica a um ou mais objetos particulares que reúnem características inerentes a dada classe. [...]”

65 O conceito de classe é abordado no item 4.4.4.2.

expressão “coisa julgada” sempre irá nos permitir distinguir uma da outra – a abstrata da concreta.

Estabilidade de decisão que se opera no mundo jurídico e conduta de respeito a essa estabilidade, por sua vez, são aspectos discerníveis do efeito jurídico coisa julgada, mas indissociáveis: por um ângulo, existe o dever de não se rediscutir ou se alterar a decisão porque ela tornou-se indiscutível e imutabilizada pela coisa julgada; por outro, a decisão só é indiscutível e imutável na exata extensão do dever de não se rediscuti-la ou se alterá-la. Não há conduta que se torne devida no mundo fático sem mudança que se opere no mundo jurídico, a despeito de uma coisa não se misturar com a outra.

Enunciar, então, apenas que a coisa julgada é uma situação jurídica, caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial, surgida a partir do seu trânsito em julgado, não compromete a sua definição.

Apesar disso, ainda se fará necessário agregar-lhe à definição a expressão “em outros processos”. Adiantemos: *característica da situação jurídica coisa julgada no CPC/15 é a imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial em outros processos e não meramente no processo onde proferida a decisão.*

4.2.1 Teorias material e processual da coisa julgada. Natureza material e/ou processual das normas jurídicas pertinentes ao instituto.

Aludimos no item 4.1, *en passant*, à classificação das teorias sobre a coisa julgada em teorias materiais e teorias processuais, distinguidas, grosso modo, de acordo com os respectivos entendimentos sobre o tipo de relação que seria mantida entre o fenômeno da coisa julgada e o direito material – direta para as teorias materiais e indireta para as teorias processuais, segundo as quais a relação direta seria mantida entre a coisa julgada e o direito processual.

Firmamos, no item 4.2, o nosso primeiro posicionamento acerca da ideia de coisa julgada, entendida como uma situação jurídica caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial, na linha do que sustenta BARBOSA MOREIRA.

Acrescentamos ali, todavia, o fato de essa situação jurídica (= efeito jurídico) dever ser vista sob um duplo aspecto: como o tipo de estabilidade de decisões, que se opera no mundo jurídico, e como tipo de conduta de respeito à estabilização do quanto decidido, que se torna devida no mundo fático.

Cabe-nos, agora, esclarecer se sustentamos uma teoria material ou uma teoria processual da coisa julgada.

Convém adiantarmos a resposta e fazermos um alerta para uma possível confusão que deve ser evitada. A concepção que sustentamos de coisa julgada insere-se no grupo das teorias ditas processuais acerca da coisa julgada, o que não significa dizer que todas as normas jurídicas pertinentes à coisa julgada têm natureza processual ou somente natureza processual – não têm, como veremos. Estamos diante, portanto, de duas questões diversas.

4.2.1.1 A inserção do entendimento da coisa julgada vista como uma situação jurídica no grupo das “teorias processuais”.

Uma resposta cuidadosa à indagação sobre a inserção da concepção da coisa julgada como uma situação jurídica no grupo das teorias processuais ou no grupo das teorias materiais dependeria do exato esclarecimento: **(i)** da(s) característica(s) comum(ns) às teorias materiais; **(ii)** da(s) característica(s) comum(ns) às teorias processuais, e **(iii)** do critério distintivo entre teorias materiais e teorias processuais.

Ocorre que tal rigor não se faz possível. A falta de consenso quanto ao que seja uma “teoria material” e quanto ao que seja uma “teoria processual” – designações metonímicas do conjunto de teorias materiais e do conjunto de teorias processuais – é percebida e comprovada

por JORDI NIEVA-FENOLL, mediante a reprodução das palavras dos principais autores espanhóis que examinaram o tema. Confira-se:

[...] **os poucos autores espanhóis que se referiram à questão, ainda que possa parecer surpreendente, não convergem na descrição concreta de uma e outra teoria.** Existe em todos eles, logicamente, certa concordância sobre quanto deve ser elementar de cada uma delas, mas também **aparecem discrepâncias insanáveis.** (NIEVA-FENOLL, 2016, p. 52; grifo nosso)

[...] para a teoria processual, segundo este autor [Prieto-Castro Ferrándiz], “a coisa julgada é vinculante para todos os órgãos jurisdicionais civis a quem depois poderia levar-se o mesmo assunto, e para os particulares, que deveriam respeitar tal sentença”. (NIEVA-FENOLL, 2016, p. 52; trecho entre colchetes por nós acrescido)

[...] SERRA DOMINGUEZ entende que a teoria material comporta a vinculação “tanto aos Tribunais como às partes interessadas, declarando de forma definitiva a relação jurídica que, posteriormente, deve vigorar entre as partes”; e, de outro lado, na processual, a vinculação afetaria “unicamente aos Tribunais, mas não produz efeitos diretos com respeito às partes” [...] (NIEVA-FENOLL, 2016, p. 53)

RAMOS MÉNDEZ [...] aqueles que sustentam a teoria processual indicariam que os efeitos da coisa julgada “regem-se tão somente por normas processuais e operam tão somente no processo, deixando a salvo a relação material nele deduzida”. (NIEVA-FENOLL, 2016, p. 53)

DE LA OLIVA SANTOS [...] para a teoria processual, “a sentença estável sobre o mérito não afeta ordinariamente a realidade jurídica, limitando-se a produzir uma vinculação (...) dos tribunais, que, posteriormente, poderiam entrar em relação com a matéria do primeiro processo, no que foi objeto daquela sentença”. (NIEVA-FENOLL, 2016, p. 53)

[...] para MONTERO AROCA [...] teoria material, segundo a qual “a coisa julgada material justifica sua força vinculante porque a sentença estabelece em cada caso qual é o direito entre as partes; o tribunal do processo posterior fica vinculado à coisa julgada porque as relações jurídicas são como as sentenças as declaram. A coisa julgada produz efeitos novatórios no âmbito das relações jurídicas materiais; estas ficam constituídas, na realidade, segundo o decidido na sentença.” Por fim, em contraste com a tese anterior, a teoria processual entenderia que “a coisa julgada material é um vínculo de natureza jurídica pública que obriga os tribunais a não julgarem de novo o que já foi decidido.” (NIEVA-FENOLL, 2016, p. 53-54)

O fato de terem sido reunidas teorias tão diversas acerca da compreensão do fenômeno da coisa julgada sob um mesmo rótulo (grupo de teorias processuais ou grupo de teorias materiais) sem dúvidas contribuiu com o surgimento dessas divergências acerca daquilo que qualifica uma teoria da coisa julgada como processual e do que a qualifica como material.

A confusão não para por aí. Não há acordo, também, quanto ao fato de a dicotomia teorias processuais e teorias materiais cobrir ou não toda a classe das teorias sobre a coisa julgada. Seguindo o que fizera CABRAL (2014, p. 72-75), no item 4 situamos o entendimento da coisa

julgada como presunção da verdade (ULPIANO) dentro do grupo das teorias materiais, enquanto que para RAMON MÉNDEZ e para MONTERO AROCA (*apud* NIEVA-FENOLL, 2016, p. 53-54) a teoria da presunção da verdade seria uma espécie situada fora dos grupos de teorias materiais e de teorias processuais.

Não há acordo, sequer, quanto à efetiva oposição entre teorias materiais e teorias processuais ou mesmo quanto ao fato de essa dicotomia fazer algum sentido⁶⁶. Veja-se o que NIEVA-FENOLL pensa a esse respeito:

Pessoalmente, com PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, creio que ambas as teorias são a mesma. (NIEVA-FENOLL, 2016, p. 57)

Evidente que ambas as teorias, a material e a processual, são compatíveis, simplesmente porque são a mesma teoria, ainda que parcelada em duas diferentes. (NIEVA-FENOLL, 2016, p. 58)

Frente a esse cenário, partilhamos da preocupação externada por RUDOLF POHLE ao tratar do assunto: “A diversidade de opiniões poderá depender, de maneira não desprezível, da circunstância de a mesma pergunta, volta e meia, adquirir um sentido diverso.” (POHLE, 2012, p. 14)

Da nossa parte, pensamos que esta, assim como qualquer outra discussão, não faz sentido enquanto não definidas as premissas do raciocínio.

Desde que estipulado um critério distintivo entre teorias materiais e teorias processuais, conseguiremos situar a teoria da coisa julgada como uma situação jurídica no seu duplo aspecto em relação àqueles grupos. E, desde que declarado o critério empregado, será possível o controle de coerência da nossa escolha.

O recomendável é que o entendimento das expressões “teoria material” e “teoria processual” não se dê de forma totalmente arbitrária e sim com observância dos significados convencionalmente mais aceitos, ou seja, dos pontos de convergência identificáveis nas divergências.

⁶⁶ Há mais de cinquenta anos atrás, Salvatore Satta assim já se posicionava: “discutir se a coisa julgada tem natureza material ou processual é coisa, na verdade, sem sentido.” (tradução nossa; no original: “*discutere se la cosa giudicata abbia natura sostanziale o processuale è cosa in effetti priva di senso*”; *apud* BUSNELLI, 1961, p. 1321).

Entenderemos, então, que as classes teoria material e teoria processual da coisa julgada esgotam o gênero de possíveis teorias da coisa julgada, são mutuamente excludentes, e distinguem-se segundo a relação mantida entre a coisa julgada e o direito material, nestes termos enunciada:

- uma teoria da coisa julgada qualificar-se-á como material se sustentar que a coisa julgada liga-se diretamente à relação jurídica de direito material deduzida em juízo, definindo-a ou alterando-a, e
- uma teoria da coisa julgada qualificar-se-á como processual se sustentar que a coisa julgada liga-se diretamente ao direito processual, constituindo-se como um impedimento de revisão do quanto decidido, indiferente ao conteúdo da decisão.

Respeitada essa premissa, podemos classificar a teoria da coisa julgada que vimos sustentando como uma teoria processual, haja vista que a característica da situação jurídica coisa julgada foi definida como sendo a de tornar imutável e indiscutível uma decisão judicial, não importando o seu conteúdo.

Vem a calhar o seguinte registro feito por CABRAL, que interpretamos como aquilo que representa aderirmos a uma teoria processual da coisa julgada:

“[...] se a coisa julgada existe para conferir segurança jurídica, não pode ser relacionada com o direito material, muito menos com a adequação do conteúdo da sentença ao direito substancial: a coisa julgada atinge os objetivos de certeza e segurança jurídica mesmo quando estabiliza julgamentos injustos.” (CABRAL, 2014, p. 80).

Não precisamos entrar aqui na discussão sobre a possibilidade de relativização atípica da coisa julgada. Parece-nos suficiente registrar que os mais graves defeitos constantes de decisões judiciais são defeitos que o legislador erige à categoria de vícios rescisórios, cuja existência não infirma a existência da coisa julgada. Pelo contrário, a existência dos vícios rescisórios, caracterizados como causas de desconstituição da situação jurídica coisa julgada, pressupõe a existência da coisa julgada (v. CPC/15, art. 966).

Adotamos, portanto, uma teoria processual da coisa julgada, na medida em que a entendemos como uma situação jurídica que se forma indiferentemente ao conteúdo da decisão judicial.

4.2.1.2 A natureza material e/ou processual das normas jurídicas pertinentes ao instituto da coisa julgada.

Adotar-se uma teoria processual da coisa julgada, nos termos em que definimos essa categoria, não importa admitir que o instituto da coisa julgada seja disciplinado exclusivamente por normas de direito processual⁶⁷. Não é.

A imensa controvérsia que envolve a fixação do critério distintivo entre normas jurídicas materiais e normas jurídicas processuais pode ser contornada seguindo-se a lição de RODRIGO REIS MAZZEI (2008, p. 45-70), que nos parece traçar a diferença valendo-se do ponto de maior consenso alcançável entre os variados critérios empregados em diversos contextos⁶⁸: qualificam-se como normas processuais aquelas que produzem consequências no plano processual e qualificam-se como normas materiais as que produzem consequências no plano material.

Não há dúvidas de é mais simples afirmar o que, seguramente, não é um critério distintivo entre normas materiais e normas processuais: o fato de os correlatos dispositivos legais encontrarem-se numa codificação de direito processual ou numa codificação de direito material.

Ainda que possa haver divergências quanto à classificação de determinada norma como de direito material ou de direito processual, são de aceitação pacífica os fatos de que: constroem-se também normas de direito material a partir de dispositivos contidos em codificações de direito processual e constroem-se também normas de direito processual a partir de

⁶⁷ Note-se que, se definíssemos teoria processual da forma como, por exemplo, o fez RAMOS MÉNDEZ ao descrevê-la (“[...] aqueles que sustentam a teoria processual indicariam que os efeitos da coisa julgada 'regem-se tão somente por normas processuais [...]’”; *apud* NIEVA-FENOLL, 2016, p. 53), as discussões se confundiriam e sustentar uma teoria processual da coisa julgada importaria admitir que apenas normas processuais disciplinam o instituto.

⁶⁸ Cf., *e.g.*: THEODORO JÚNIOR, 2015a; CABRAL, 2015; SANTOS JUNIOR, 2015; NERY JR., 2014; LOPES, 1996.

dispositivos contidos em codificações de direito material. Trata-se das chamadas “*normas heterotópicas*” (MAZZEI, 2008, p. 45-70), caracterizadas pela localização topográfica descompassada com o nome da codificação em que inseridas.

No que mais de perto nos interessa, existem, inequivocamente: dispositivos legais de natureza processual inseridos no CC/02, de que é exemplo o seu art. 232⁶⁹, e dispositivos legais de natureza material inseridos no CPC/15, de que é exemplo o seu art. 79. Confira-se:

CC/02:

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

CPC/15:

Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Diversamente, no entanto, do que ocorre com esses exemplos, a diferença poderá, a depender do caso, não ser evidente, devendo o intérprete atentar, ainda, para o fato de que existem *dispositivos legais* que fundamentam a produção efeitos materiais e de efeitos processuais, conforme destaca MAZZEI, denominando-os de “*normas bifrontes*”⁷⁰, em lição que convém seja reproduzida:

Nem sempre há uma transparência tão clara quanto à carga que é impregnada no dispositivo, sendo possível lhe extrair (simultaneamente) efeitos materiais e processuais. Nesse tipo de norma o *deslocamento* não é total, já que há no seu núcleo um caráter híbrido que permite, ao menos em parte, a localização do dispositivo naquele diploma específico. A este tipo de regra com dupla faceta (material e processual) chamamos de *normas bifrontes*. (MAZZEI, 2008, p. 49-50)

Nem a adoção de uma teoria processual sobre a coisa julgada nem a circunstância de a sua disciplina legal encontrar-se precipuamente no CPC/15 tornam-na, assim, um instituto de natureza unicamente processual.

69 O exemplo é de Rodrigo Reis Mazzei. Para uma análise específica da índole processual do art. 232 do CC/02, v.: MAZZEI, 2006, p. 259-269. Elencando, ainda, diversos outros dispositivos legais do CC/02 que subsidiam a construção de regras heterotópicas de natureza processual, cf.: THEODORO JÚNIOR, 2004.

70 Há um ponto que requer atenção: o sentido em que Mazzei emprega o termo “norma” neste contexto não se identifica com o sentido que vimos conferindo à palavra “norma”. Norma jurídica vem sendo tratada como uma proposição onde se vincula a *um* suporte fático *um* efeito jurídico, material ou processual, tornando-o fato jurídico. Para cada efeito jurídico, uma norma jurídica, de modo que, no nosso sentido, uma mesma norma nunca poderia ser bifronte. Dessarte, numa possível conciliação entre o nosso posicionamento e o de Mazzei, compreenda-se a expressão “norma bifronte” com o sentido de “dispositivo bifronte”, entendido como o dispositivo a partir do qual são construídas normas com efeitos processuais e normas com efeitos materiais.

Trata-se, ao revés, de um instituto cujo regime jurídico é híbrido, constituído por normas jurídicas processuais e por normas jurídicas materiais.

O instituto da coisa julgada não se resume à impossibilidade *processual* de modificação e de rediscussão da decisão; há, também, normas que nos autorizam a compreendê-la sob o aspecto de uma situação jurídica ativa de direito material, que se incorpora ao patrimônio de determinados sujeitos a partir do trânsito em julgado da decisão judicial.

Sob esse aspecto, a coisa julgada mostra-se como um específico direito adquirido (v. item 4.5.1.3), o direito de, mantidas as circunstâncias fáticas e jurídicas, não se ser novamente demandado pelo mesmo fato (v. CPC/15, arts. 337, VII; 485, V; 505, I, e 508).

Dito isso, e sem olvidar a grande importância que a distinção entre normas processuais e normas materiais apresenta em outras temáticas⁷¹, como a da contagem dos prazos fixados em dias (v. CPC/15, art. 219, par. ún.), vemos pouca utilidade na distinção no campo da disciplina normativa da coisa julgada no CPC/15.

Em primeiro lugar, porque a competência privativa para legislar sobre direito civil e sobre direito processual concentra-se, atualmente, no mesmo ente político (União, cf. CRFB/88, art. 22, I), diversamente do que ocorria na primeira Constituição Republicana, onde a competência para legislar sobre direito civil era apenas da União, mas a competência para legislar sobre direito processual bipartia-se entre União e estados⁷².

Dessa forma, a competência legislativa para disciplinar o instituto da coisa julgada é sempre da União, independentemente da natureza processual ou material da norma.

71 A despeito dessa importância, impende reiterar que não existe um critério distintivo claro e seguro para se diferenciar normas materiais de normas processuais, de modo que a consequência inevitável é a insegurança na classificação. Veja-se, por exemplo, o registro que é feito por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco logo depois de diferenciarem normas jurídicas materiais (ou substanciais) de normas jurídicas instrumentais (gênero de que, no entender dos mencionados autores, as normas processuais seriam espécie): “É preciso, pois, admitir a relatividade da distinção entre normas materiais e instrumentais, da qual deflui naturalmente a consequência de que há uma região cinzenta e indefinida nas fronteiras entre umas e outras.” (CINTRA; GRINIVER; DINAMARCO, 2015, p. 117).

72 (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, na redação dada pela EC n. 3/1926) “Art.34. Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 22. legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal; (Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 28/07/16.

Em segundo lugar, porque uma das graves repercussões práticas da distinção entre normas materiais e normas processuais, ligada à problemática do direito intertemporal, não mais se sustenta face ao art. 14 do CPC/15. Uma das consequências que NELSON NERY JR. (2014), pronunciando-se ainda sob o regime do CPC/73, extraía da diferença entre normas processuais e normas materiais consistia em “[...] a lei material não poder ser aplicada imediatamente de modo a prejudicar direitos subjetivos e direitos adquiridos no passado [...]”.

Acontece que, no regime do CPC/15, não vemos aí distinção alguma entre normas processuais e normas materiais. Também a aplicabilidade imediata da norma processual, nos termos do seu art. 14, *in fine*, dá-se sem prejuízo da preservação das “[...] situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.”

Em terceiro lugar, porque o ponto mais problemático relativo ao entroncamento dos assuntos direito intertemporal e coisa julgada encontra solução expressa no art. 1.054 do CPC/15 (“Art. 1.054. O disposto no art. 503, §1º, somente se aplica aos processos iniciados após a vigência deste Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.”).

Em quarto e último lugar, porque todos os dispositivos do CPC/15 que fizeram expressa alusão aos designativos direito/ natureza “material” e “processual” previram a aplicabilidade da mesma disciplina legal às normas de ambas as espécies (v. arts.: 774, par. ún.; 928, par. ún.; 976, §4º, e 1.043, §2º).

Alguma utilidade, no entanto, existe.

Diante, por exemplo, da jurisprudência firmada pelo STJ, sob a égide do CPC/73, no sentido de que “não cabe a Reclamação disciplinada na Resolução STJ 12/2009⁷³ [reclamação contra

⁷³ Com a entrada em vigor do CPC/15 esse posicionamento do STJ terá que ser revisto. Discriminar o cabimento da reclamação, com base na natureza material ou processual da norma em discussão, não se faz mais possível, diante do disposto no art. 988, IV c/c art. 928, par. ún., do CPC/15. A Resolução STJ 12/2009 foi recentemente revogada pelo art. 4º da Emenda Regimental 22/2016. Logo depois, veio a ser editada a Resolução STJ 3/2016, dispondo caber aos Tribunais de Justiça processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual ou do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (art. 1º) – sem qualquer referência à natureza material ou processual da norma discutida. Consta, no entanto, do seu art. 3º, que ela não se aplica às reclamações já

acórdão de turma recursal estadual] para uniformizar a interpretação das normas processuais” (AgRg na Rcl 7.765/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2012, DJe 22/05/2012; trecho entre colchetes por nós acrescido)⁷⁴, importava destacar a existência de um aspecto de direito material no instituto da coisa julgada, enquanto situação jurídica ativa que existe fora e previamente à instauração do processo – o direito de se ser repetidamente demandado pelos mesmos fatos. Trata-se, inclusive, do aspecto que fica mais em evidência no contexto constitucional (CRFB/88, art. 5º, XXXVI), onde a coisa julgada apresenta-se como uma das concretizações do princípio da segurança jurídica (v. item 4.5.1.1).

Rediscutir a ocorrência ou não de coisa julgada, por conseguinte, envolve a discussão dessa situação jurídica ativa de direito material, razão pela qual discordamos de recente julgado da Primeira Seção do STJ que concluiu tratar-se o assunto de mera questão de direito processual (RCD na Rcl 29.029/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2016, DJe 02/03/2016)⁷⁵.

4.3 A COISA JULGADA FORMAL E A COISA JULGADA MATERIAL NA DOUTRINA.

Existe, como já vimos, uma série de conceitos doutrinários diversos de coisa julgada. Natural que haja também diferentes conceitos de coisa julgada material e de coisa julgada formal, concebidos na dependência do que se entenda por coisa julgada.

Similarmente ao que ocorre com a “coisa julgada”, há, então, as palavras “coisa julgada formal” e “coisa julgada material” e os significados dessas palavras.

distribuídas, pendentes de análise no Superior Tribunal de Justiça.

74 Nesse sentido, ainda, *e.g.*: AgRg na Rcl 14.652/DF, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 01/07/2015; AgRg na Rcl 4.682/AL, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/05/2011, DJe 01/06/2011.

75 Extraí-se da respectiva ementa de acórdão: “[...] a jurisprudência desta Corte uniformizou-se no sentido de que também descabe reclamação para discussão acerca de questões de direito processual, como no presente caso, em que o agravante pretende rediscutir a ocorrência ou não de coisa julgada.”

A cada qual dessas expressões correspondem vários significados, por vezes intimamente relacionados ou mesmo coincidentes com o sentido de outras expressões, como “coisa julgada”, “autoridade de coisa julgada” e “preclusão máxima”.

Impera no assunto uma tremenda falta de consenso terminológico, obstáculo à avaliação crítica de praticamente quaisquer afirmações que envolvam os conceitos de coisa julgada formal e de coisa julgada material sem prévio esclarecimento da definição considerada.

Exemplifiquemos com algumas assertivas que poderão ser verdadeiras ou falsas, a depender dos significados que se atribua àqueles termos:

- **(i)** coisa julgada formal e coisa julgada material são espécies do gênero coisa julgada;
- **(ii)** “coisa julgada material” significa o mesmo que “coisa julgada” e que “autoridade de coisa julgada”;
- **(iii)** coisa julgada formal aproxima-se ou mesmo se confunde com uma das espécies de preclusão (= preclusão máxima).

Veremos mais à frente que:

- **(i)** coisa julgada formal e coisa julgada material são espécies do gênero coisa julgada nas concepções de BARBOSA MOREIRA e de MOURÃO, mas não o são segundo as concepções de HELLWIG e de LIEBMAN;
- **(ii)** “coisa julgada material” significa o mesmo que “coisa julgada” e que “autoridade de coisa julgada” também para HELLWIG e para LIEBMAN, mas não para BARBOSA MOREIRA nem para MOURÃO;
- **(iii)** o conceito de “coisa julgada formal”, apesar de tradicionalmente relacionado/identificado com o de preclusão, para MOURÃO nada tem a ver com preclusão.

Ante o apontado problema, serão objeto de considerações neste tópico os principais e mais conhecidos sentidos de “coisa julgada formal” e de “coisa julgada material”, convindo registrar que “coisa julgada formal” é expressão cunhada pela doutrina, não sendo empregada nem no CPC/15 nem no CPC/73.

Para tanto, relacionaremos os significados de “coisa julgada formal” e de “coisa julgada material” a 03 (três) categorizações⁷⁶ da coisa julgada, assim ordenadas cronologicamente, num corte simplificado:

1^a a coisa julgada como um dos efeitos da sentença, ou sua eficácia específica (concepção pré-liebmaniana⁷⁷⁻⁷⁸, defendida, entre outros, por HELLWIG);

2^a a coisa julgada como qualidade do conteúdo e dos efeitos da sentença (concepção de LIEBMAN);

3^a a coisa julgada como uma situação jurídica (concepção de BARBOSA MOREIRA).

Seja como um efeito da própria sentença, seja como uma qualidade do seu conteúdo e de seus efeitos, seja como uma nova situação jurídica, é comum a todas essas categorizações a vinculação dos conceitos de coisa julgada formal e de coisa julgada material à ideia de estabilidade da decisão, atingida com o seu trânsito em julgado.

4.3.1 Coisa julgada formal e coisa julgada material na concepção da coisa julgada como um dos efeitos da sentença, ou sua eficácia específica.

76 “Categorização”: “2 LING organização da experiência humana em conceitos, tendo rótulos linguísticos a eles associados”. (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 423)

77 “Enrico Tullio Liebman foi um dos autores que, de acordo com a opinião dominante na doutrina brasileira, teria dado à teoria da coisa julgada um salto teórico, ou talvez proporcionado uma ruptura acadêmica com a tradição dominante até então. Muitos autores chegaram a referir-se a uma era pré-liebmaniana e outra pós-liebmaniana, um tempo 'antes ou depois de Liebman', para ressaltar a importância de sua obra.” (CABRAL, 2014, p. 76)

78 “Na opinião e linguagem comuns, a coisa julgada é considerada, mais ou menos clara e explicitamente, como *um dos efeitos* da sentença, ou como a sua *eficácia* específica.” (LIEBMAN, 2007, p. 3, grifo no original)

Antes de LIEBMAN, entendia-se por “coisa julgada”, “autoridade de coisa julgada” (“*auctoritas rei iudicatae*”) ou “coisa julgada material” um dos efeitos de sentença de mérito, ou sua eficácia específica, surgida com o trânsito em julgado e consistente na sua imutabilidade externa (i.e. em outros processos), com algumas variações relacionadas a sobre o que se estenderia essa imutabilidade – para HELLWIG estender-se-ia apenas sobre a declaração.

Já por “coisa julgada formal” compreendia-se a qualidade assumida por toda sentença quando não mais recorrível, significativa de sua imutabilidade interna (i.e. nos autos em que proferida). É o que registra o próprio LIEBMAN, em ensaio de 1935 (“*Efficacia ed autorità della sentenza*”):

Não há, pode-se dizer, discordância entre os escritores sobre o ponto da distinção entre coisa julgada em sentido formal e em sentido substancial (ou material). É a primeira uma qualidade da sentença, quando já não é recorrível por força da preclusão dos recursos; seria, por sua vez, a segunda a sua eficácia específica e, propriamente, a autoridade da coisa julgada, e estaria condicionada à formação da primeira.

Dessa distinção derivam, aliás, importantes consequências, especialmente porque, enquanto todas as sentenças são, sem dúvida, suscetíveis da primeira, conseguiriam, pelo contrário, a segunda somente as sentenças que acolhem ou rejeitam a demanda no mérito. (LIEBMAN, 2007, p. 55)

4.3.2 Coisa julgada formal e coisa julgada material na concepção da coisa julgada como qualidade do conteúdo e dos efeitos da sentença.

LIEBMAN depara-se com o estado da ciência descrito no item anterior e pretende superá-lo com a sua concepção, distinguindo a coisa julgada dos efeitos da sentença.

Em sua concepção, o conceito de coisa julgada formal não se altera, permanece sendo a qualidade assumida por toda sentença quando não mais recorrível, significativa de sua imutabilidade interna.

“Coisa julgada material”, por outro lado, deixa de ser definida como um efeito da sentença e passa a ser vista como uma qualidade do conteúdo e dos efeitos da sentença de mérito transitada em julgado, consistente na sua imutabilidade externa.

“Coisa julgada” e “autoridade de coisa julgada” subsistem sendo sinônimos de “coisa julgada material”, em que pese a preferência de LIEBMAN pela expressão “autoridade de coisa julgada” por motivos de ordem legal, como se infere da seguinte passagem: “Hoje não se fala de coisa julgada senão para usar uma forma elíptica, a fim de designar a autoridade da coisa julgada (arts. 1.350 e 1.351 do Cód. Civil italiano)⁷⁹.” (LIEBMAN, 2007, p. 5).

A vinculação entre coisa julgada formal e imutabilidade interna, de um lado, e coisa julgada material e imutabilidade externa, do outro, permanece. No entanto, os conceitos de coisa julgada formal e de coisa julgada material passam a ser agrupados sob um denominador comum. Antes de LIEBMAN, coisa julgada formal era uma qualidade e coisa julgada material um efeito; com ele, ambos tornam-se “qualidade”, a rigor, a mesma qualidade.

Coisa julgada formal e coisa julgada material tornam-se aspectos, no entender de LIEBMAN incidíveis, de um mesmo conceito (coisa julgada – qualidade), o que reduz a importância da distinção. Oportuniza-se reproduzir a sua lição a respeito:

Se é, porém, exato o ponto de vista sustentado neste trabalho, tem em realidade a própria distinção importância bem menor do que a que comumente se lhe atribui. Realmente, também a coisa julgada substancial não é um efeito da sentença, mas somente aspecto particular daquela qualidade que ela logra, quando se opera a preclusão dos recursos; indica, pois, a coisa julgada formal a imutabilidade da sentença como ato processual, e a **coisa julgada substancial indica a mesma imutabilidade, em relação ao seu conteúdo e mormente aos seus efeitos.**

Esfumam-se assim, quanto à formulação, embora permaneçam de fato, também as consequências da distinção. **A unidade do conceito impede, sem mais, que os seus dois aspectos se possam cindir e manter-se separados conforme o objeto da sentença.** Assim, uma sentença que julgar os pressupostos processuais (por exemplo, competência) ou a admissibilidade de um meio de prova, ou despache em geral sobre o processo, não se pode dizer que logre uma coisa julgada diversa da que acolha ou rejeite a demanda como fundada ou infundada. Verdade é que no primeiro caso tem a sentença efeito meramente interno no processo no qual foi prolatada, e perderá toda a importância com o término do mesmo processo; no segundo, porém, a sentença, decidindo sobre a relação deduzida em juízo, destina-se a projetar a sua eficácia também e sobretudo fora do processo e a sobreviver a este. Mas **a diferença está toda no comando contido na sentença e nos seus efeitos, não na coisa**

⁷⁹ A referência é ao Código Civil Italiano de 1865, revogado pelo Código Civil Italiano de 1942, que, diversamente, não emprega o vocábulo “*autorità*” ao se referir à coisa julgada.

(CC Ital./1865) “**1350.** *La presunzione legale è quella che una legge speciale attribuisce a certi atti o a certi fatti. Tali sono [...] 3° L'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata.*” “**1351.** *L'autorità della cosa giudicata non há luogo, se non relativamente a ciò che há formato il soggetto della sentenza. [...]*” Disponível em: <http://www.notaio-busani.it/download/docs/CC1865_400.pdf>. Acesso em 28/07/16. Em nossa tradução: “**1350.** A presunção legal é aquela que uma lei especial atribui a determinados atos ou fatos. Estes são: [...] 3° A autoridade que a lei atribui à coisa julgada.” “**1351.** A autoridade da coisa julgada não tem lugar se não em relação ao que tenha sido objeto da sentença. [...]”

julgada, que permanece sempre a mesma. (LIEBMAN, 2007, p. 55-56, grifo nosso em negrito e grifo em itálico no original)

4.3.3 Coisa julgada formal e coisa julgada material na concepção da coisa julgada como uma situação jurídica.

A partir dos ensinamentos de BARBOSA MOREIRA (1970, 1984, 1988), ganha corpo a compreensão da coisa julgada como uma situação jurídica. Nas palavras desse autor: “coisa julgada é uma situação jurídica: precisamente a situação que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável.” (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 273)

“Coisa julgada material” e “coisa julgada formal” tornam-se designativos de situações jurídicas novas, que surgem com o trânsito em julgado, particularizadas pelos atributos da imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da sentença. E “autoridade de coisa julgada” passa a ser o nome dado a esses atributos.

Torna-se possível, assim, falar-se em “autoridade de coisa julgada material” e em “autoridade de coisa julgada formal”, como designativos, respectivamente, da imutabilidade própria da coisa julgada material (i.e. externa) e da coisa julgada formal (i.e. interna).

Os conceitos de coisa julgada material e de coisa julgada formal passam, então, a ser diferenciados segundo a variável extensão dessa imutabilidade:

- se restrita ao processo em que prolatada a sentença, falar-se-ia em coisa julgada formal;
- em se projetando para além desses limites, ou seja, havendo imutabilidade externa ao processo onde proferida a sentença, estaríamos diante da coisa julgada material.

Tais significados ficam bastante claros nas lições de BARBOSA MOREIRA:

A variável extensão da imutabilidade abre ensejo à distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material. Dá-se a primeira quando a sentença só se torna imutável no âmbito do processo em que foi proferida; ou seja, quando não há óbice a que, em outro processo, se profira nova decisão com o mesmo objeto. Ocorre a

segunda quando a imutabilidade da sentença prevalece ainda em relação a processos distintos.

[...] O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso. [...] Não há confundir “res judicata” com “auctoritas rei iudicatae”. A coisa julgada não se identifica nem com a sentença transitada em julgado, nem com o particular atributo (imutabilidade) de que ela se reveste, mas com a situação jurídica em que passa a existir após o trânsito em julgado. Ingressando em tal situação, a sentença adquire uma autoridade que – esta, sim – se traduz na resistência a subseqüentes tentativas de modificação do seu conteúdo. A expressão “auctoritas rei iudicatae” e não “res judicata”, portanto, é a que corresponde ao conceito de imutabilidade. (BARBOSA MOREIRA, 1970)

Perceba-se que, nessa concepção, coisa julgada formal e coisa julgada material não são mais aspectos de um mesmo conceito, como em LIEBMAN, e sim conceitos distintos, agrupados como espécies de um mesmo gênero, do gênero coisa julgada.

“Coisa julgada material” permanece sendo sinônimo de “coisa julgada”, não mais, todavia, de “autoridade de coisa julgada”.

A vinculação entre coisa julgada formal e imutabilidade interna, de um lado, e coisa julgada material e imutabilidade externa, do outro, ainda aqui subsiste. Entretanto – e isso há que ser destacado – BARBOSA MOREIRA vê a relação entre, de um lado, sentenças de mérito e coisa julgada material e, do outro, sentenças que não são de mérito e coisa julgada formal apenas como habitual, e não mais necessária, como a visualizara LIEBMAN, conforme nota-se no texto a seguir:

[...] ao direito positivo cabe discriminar os casos em que a imutabilidade é restrita e os casos em que é irrestrita; tudo que se pode observar, em termos muito genéricos, é a tendência dos legisladores a reservar para as sentenças de mérito a proteção, bem mais intensa, da coisa julgada material. (BARBOSA MOREIRA, 1984)

Para BARBOSA MOREIRA, a relação entre sentenças de mérito e coisa julgada material (= situação jurídica caracterizada pela imutabilidade do conteúdo da sentença em outros processos) e entre sentenças que não são de mérito e coisa julgada formal (= situação jurídica caracterizada pela imutabilidade apenas do conteúdo da sentença apenas nos autos em que prolatada) não se impõe, portanto, ao legislador.

4.3.3.1 Coisa julgada formal e coisa julgada material na concepção de Luiz Eduardo Ribeiro Mourão.

MOURÃO também entende a coisa julgada como uma situação jurídica; efeito jurídico, dessarte, que o legislador imputa a determinados fatos jurídicos. Entretanto o seu posicionamento é substancialmente distinto do entendimento de BARBOSA MOREIRA. Confira-se:

Definimos, pois, a *res iudicata* como *uma situação jurídica que se caracteriza pela proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros. Para alcançar esse desiderato, vale-se o legislador de duas técnicas processuais: (a) veda a repetição da demanda; (b) imutabiliza as decisões judiciais transitadas em julgado.* (MOURÃO, 2008, p. 29, grifo no original).

Na verdade, a coisa julgada (seja essa material ou formal, como veremos no Capítulo 4 desta obra) é imutabilidade do conteúdo da decisão judicial em *processos futuros*. (MOURÃO, 2008, p. 51, grifo no original)

[...] o critério para diferenciação entre a coisa julgada material e coisa julgada formal é a natureza do conteúdo da decisão imutabilizada. (MOURÃO, 2008, p. 167)

Para MOURÃO, a característica da situação jurídica coisa julgada é “a proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros”, e não a imutabilidade e indiscutibilidade em si, que seriam, no seu entender, técnicas processuais a serviço da coisa julgada.

A diferença traz sérias consequências. A característica “imutabilidade” pode ser classificada em interna ou externa, e sobre essa classificação edificou-se até aqui a distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material. Coisa julgada formal, quer como qualidade da sentença irrecorrível, quer como determinado tipo de situação jurídica, guardou até aqui relação com imutabilidade e indiscutibilidade da decisão apenas no processo em que prolatada. A característica “proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional [...] em processos futuros”, por outro lado, evidentemente não comporta o mesmo tipo de classificação; sendo *em processos futuros*, será sempre externa.

Admitindo-se que coisa julgada formal e coisa julgada material sejam espécies do gênero coisa julgada – e MOURÃO o admite –, torna-se necessário que o critério distintivo seja outro que não a variável extensão da imutabilidade, já que essa será externa em ambos os casos.

Imutabilidade externa do conteúdo decisório, nesta concepção, é característica do gênero coisa julgada e não da coisa julgada material, enquanto espécie daquele gênero.

MOURÃO elege como critério para a diferenciação entre a coisa julgada material e a coisa julgada formal a natureza do conteúdo da decisão judicial (MOURÃO, 2008, p. 167): coisa julgada material, em se tratando de decisões de mérito, e coisa julgada formal, em se tratando de decisões de conteúdo processual.

Imutabilidade da decisão judicial nos autos em que prolatada, própria da coisa julgada formal na concepção de BARBOSA MOREIRA, para MOURÃO só se designa por “preclusão” (MOURÃO, 2008, p. 167). Coisa julgada, seja formal seja material, na sua concepção, importa em imutabilidade e indiscutibilidade externas (= em processos futuros), decorrentes da proibição de repetição. Nas suas palavras:

A coisa julgada jamais interferirá na possibilidade ou não de se discutir, dentro do mesmo processo, a questão já decidida. Essa função é exclusiva da preclusão. A coisa julgada (formal e material) somente obstará a análise da questão em processos diversos. (MOURÃO, 2008, p. 135)

4.4 OS CONCEITOS JURÍDICO-POSITIVOS DE COISA JULGADA ÚTEIS À COMPREENSÃO DA COISA JULGADA NO CPC/15.

Até este momento conduzimos uma análise do fenômeno da coisa julgada em nível de Teoria Geral do Direito, valendo-nos de subsídios doutrinários e furtando-nos, tanto quanto possível, do exame do direito positivo.

Devemos, a partir daqui, voltar as atenções ao direito positivo brasileiro vigente e iniciar a construção de sentidos e dos conceitos jurídico-positivos que se façam necessários à

compreensão do tema tal como regrado pelo CPC/15, utilizando-nos da doutrina como norte interpretativo na matéria.

4.4.1 As definições legais dos conceitos de coisa julgada.

Na legislação infraconstitucional, encontram-se definições do conceito de coisa julgada na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), já revogado, e no CPC/15:

Decreto-Lei 4.657/42 (LINDB):

Art. 6º. [omissis]

§3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Lei 5.869/73 (CPC/73):

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

Lei 13.105/15 (CPC/15):

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Segundo a literalidade do art. 6º, §3º, LINDB – reprodução do art. 3º, §3º, do Código Civil de 1916 (CC/1916)⁸⁰ – *coisa julgada* é o nome dado à decisão judicial irrecurável. Conforme art. 467 do CPC/73, *coisa julgada material* é “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” E, de acordo com o art. 502 do CPC/15, *coisa julgada material* é “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Há diferenças sensíveis entre aquelas 03 (três) definições legais de coisa julgada. Na primeira delas a coisa julgada é um fato, é a própria decisão judicial irrecurável; enquanto que nas outras duas a coisa julgada é um efeito jurídico.

O emprego dos vocábulos “eficácia” ou “autoridade”, nos arts. 467 do CPC/73 e 502 do CPC/15, respectivamente, pode ser indicativo da predileção do legislador por uma ou outra

80 (CC/1916) “Art. 3º. [omissis]. § 3º Chama-se coisa julgada, ou caso julgado, a decisão judicial, de que já não caiba recurso.”

concepção doutrinária, não tem, todavia, repercussão alguma no que toca à compreensão da coisa julgada como um efeito jurídico.

Chame-se do que quiser – eficácia, autoridade ou efeito –, se é algo que opera uma mudança no mundo jurídico, consistente no surgimento de uma imutabilidade e indiscutibilidade que antes não existiam, é algo que pertence à classe “efeito jurídico”, conceito jurídico fundamental (= conceito lógico-jurídico).

Da admissão de cada qual dessas definições decorrem diferentes conceitos jurídico-positivos de coisa julgada.

A divergência entre as definições constantes do art. 467 do CPC/73 e do art. 502 do CPC/15 não apresenta problemas, porque a primeira reporta-se ao regime do CPC/73 e a segunda ao CPC/15, que revoga o Código anterior no tocante à matéria (CPC/15, art. 1.046⁸¹). Como se proceder, no entanto, em relação à definição constante da LINDB, que, pelo menos expressamente, não se encontra revogada?

Já dissemos que as definições legais não representam garantia de que o legislador se manterá fiel a elas toda vez em que fizer uso do mesmo termo (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1991, p. 451). Por outro lado, não podemos infirmá-las com definições científicas, eis que definições legais e definições científicas habitam corpos de linguagem distintos (linguagem do direito positivo e linguagem da Ciência do Direito), nem de pronto descartá-las, dada a função prescritiva do texto legal.

O caminho consistirá, então, em analisar-se os dispositivos legais do CPC/15, nos quais se faz uso da expressão “coisa julgada”, a fim de verificar-se se, em algum deles, a expressão é utilizada na acepção em que legalmente definida na LINDB.

Referida análise é objeto do próximo tópico (item 4.4.2). Esclareçamos desde logo, contudo, que em nenhum dos dispositivos legais do CPC/15 a expressão “coisa julgada” é empregada

81 (CPC/15) “Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.”

na acepção em que definida na LINDB, impondo-se concluir que tal definição da coisa julgada não tem utilidade alguma na compreensão do CPC/15.

4.4.2 Os usos da palavra “coisa julgada” no CPC/15.

Emprega-se 14 (quatorze) vezes a expressão “coisa julgada” no CPC/15, 02 (duas) delas em epígrafes e outras 12 (doze) em dispositivos legais.

Reproduzimos, no quadro a seguir, os dispositivos legais e epígrafes onde o vocábulo aparece, com grifo nosso, além de outros dispositivos igualmente imprescindíveis ao exame do tema (conceito de coisa julgada); todos acompanhados de seus eventuais correspondentes do CPC/73.

CPC/15:	CPC/73:
<p>Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303⁸², torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. [...] § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º⁸³ deste artigo.</p>	(sem correspondente)
<p>Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] VII – coisa julgada; [...] § 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. § 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. [...] § 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.</p>	<p>Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: [...] VI – coisa julgada; [...] § 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. § 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. §3º [...] há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.</p>

82 (CPC/15) “Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.”

83 (CPC/15) “Art. 304. [...] § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.”

CPC/15:	CPC/73:
Art. 433. A declaração sobre a falsidade do documento, quando suscitada como questão principal, constará da parte dispositiva da sentença e sobre ela incidirá também a autoridade da coisa julgada .	Art. 395. A sentença, que resolver o incidente, declarará a falsidade ou autenticidade do documento.
<p>CAPÍTULO XIII – DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA Seção I – Disposições Gerais</p> <p>Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:</p> <p>[...]</p> <p>V – reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;</p> <p>[...]</p> <p>§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.</p>	<p>CAPÍTULO III - DA EXTINÇÃO DO PROCESSO</p> <p>Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:</p> <p>[...]</p> <p>V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;</p> <p>[...]</p> <p>§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; [...]</p>
<p>Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.</p> <p>§ 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485⁸⁴, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.</p>	<p>Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V⁸⁵, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.</p> <p>(sem correspondente)</p>
<p>Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:</p> <p>I – acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;</p> <p>II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;</p> <p>III – homologar:</p> <p>a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;</p> <p>b) a transação;</p> <p>c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.</p> <p>Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º⁸⁶ do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.</p>	<p>Art. 269. Haverá resolução de mérito:</p> <p>I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;</p> <p>IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;</p> <p>II – quando o réu reconhecer a procedência do pedido;</p> <p>III – quando as partes transigirem;</p> <p>V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.</p> <p>(sem correspondente)</p>

84 (CPC/15) “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: I – indeferir a petição inicial; [...] IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – reconhecer a existência de [...] litispendência [...]; VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; [...]”

85 (CPC/73) “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) [...] V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de **coisa julgada**; [...]”

86 (CPC/15) “Art. 332. [...] § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.”

CPC/15:	CPC/73:
Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.	Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.
Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.	Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.
Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.	Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.
Art. 525. [omissis] § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;	Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;
Art. 525. [omissis] § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.	(sem correspondente)
Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;	(sem correspondente)
Art. 535. [omissis] § 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.	(sem correspondente)
Art. 601. [omissis] Parágrafo único. A sociedade não será citada se todos os seus sócios o forem, mas ficará sujeita aos efeitos da decisão e à coisa julgada .	(sem correspondente)

CPC/15:	CPC/73:
Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão: [...] IV – não ofender a coisa julgada brasileira;	(sem correspondente)
Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] IV – ofender a coisa julgada ; [...] § 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça: I – Nova propositura da demanda; ou II – admissibilidade do recurso correspondente.	Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] IV – ofender a coisa julgada ; [...] (sem correspondente)
Art. 966. [omissis] § 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1(um) capítulo da decisão.	(sem correspondente)
Art. 966. [omissis] § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.	Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

Análise contextual dos referidos dispositivos legais permite-nos expender as seguintes considerações sobre os sentidos em que a expressão “coisa julgada” é utilizada no CPC/15:

- **(a)** nenhum dos dispositivos do CPC/15 utiliza-se de “coisa julgada” no sentido definido na LINDB, de modo que a definição dela constante não se presta a compor com aqueles dispositivos norma jurídica alguma⁸⁷;
- **(b)** o art. 502 do CPC/15 define a *coisa julgada material* como um efeito jurídico⁸⁸;

⁸⁷ Sustentamos, como já dito, que a definição de coisa julgada constante da LINDB é inútil ao regime do CPC/15. Posicionar-se, contudo, sobre a absoluta inutilidade (ou não) daquela definição legal reclamaria exame de toda a legislação pátria vigente, tarefa que não assumimos.

⁸⁸ A interpretação do art. 467 do CPC/73 igualmente conduzia-nos à conclusão de que a coisa julgada material seria um efeito jurídico, decorrente, no regime anterior, contudo, do outro fato jurídico, como ainda veremos. Com isso, afirmamos apenas ter havido alteração no suporte fático a que o legislador imputa o efeito coisa julgada, mas nada dissemos, ainda, sobre qual era e sobre qual passou a ser esse suporte fático. Registramos, todavia, desde já, que a análise isolada de dispositivos legais reclama sempre cautela. Apenas para exemplificar o que se afirma com uma assertiva que não comporta controvérsia: não eram todas as sentenças transitadas em julgado e nem só sentenças (*stricto sensu*) que compunham, no regime do CPC/73, suportes fáticos a que se vinculava a coisa julgada material.

- (c) também se reportam ao conceito de *coisa julgada* como um *efeito jurídico* os arts.: (c1) 304, §6º; (c2) 433; (c3) 504; (c4) 506; (c5) 601, par. ún.; (c6) 963, IV; (c7) 966, IV;
- (d) diversamente, designam de *coisa julgada* uma espécie de *fato jurídico* os arts.: (d1) 337, VII e §§1º e 4º; (d2) 485, V.

“Coisa julgada” é palavra empregada, dessarte, em mais de um sentido no CPC/15 – como também o era no CPC/73 – e, em razão disso, deverá ser construído, a partir dos seus enunciados prescritivos, mais de um conceito jurídico-positivo de coisa julgada para a adequada compreensão da disciplina legal do instituto.

4.4.3 A coisa julgada-fato jurídico e a coisa julgada-efeito jurídico.

Uma primeira diferenciação que convém seja feita, à luz do CPC/15, é aquela entre a coisa julgada-fato jurídico e a coisa julgada-efeito jurídico.

Iniciemos pela definição legal do conceito de coisa julgada constante do CPC/15. (b) O art. 502 do CPC/15 denomina de *coisa julgada material* “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.” Visto que pacífico, registra-se desde logo: as mencionadas imutabilidade e indiscutibilidade não devem ser compreendidas em termos absolutos.

A indiscutibilidade não se estende aos terceiros prejudicados (CPC/15, art. 506) e a ação rescisória é um instrumento típico de desconstituição da coisa julgada (CPC/15, art. 966), que viabiliza, na hipótese de procedência, a mudança do conteúdo da decisão.

Indiscutibilidade e imutabilidade são características que se relacionam intimamente: não há sentido admitir-se a discussão do que não pode ser mudado; podem, todavia, ser discernidas.

Retomemos, para tanto, os 02 (dois) sentidos a que fizemos referência de efeito jurídico: como modificação que se opera no mundo jurídico e como conduta que se torna devida no mundo fático (v. item 4.2).

A transformação da decisão de mutável e discutível em imutável e indiscutível opera-se no “ser do mundo jurídico”. Contudo, imutabilidade e indiscutibilidade significam também vedação à mudança da decisão e vedação da rediscussão do que foi decidido, condutas se que tornam proibidas no “dever-ser do mundo fático” ao mesmo tempo em que aquela transformação no “ser do mundo jurídico” verifica-se.

Há dispositivos legais que disciplinam/mitigam essas vedações de mudança (*e.g.* CPC/15, art. 494, *caput* e inciso I) e de rediscussão (*e.g.* CPC/15, art. 337, VII e §§1º e 4º, e art. 966). No entanto, ainda que não os houvesse, tais condutas encontrar-se-iam, em alguma medida, proibidas, pelo mero fato de a coisa julgada ser imutabilidade e indiscutibilidade. Conclusão diversa redundaria em admitir-se que imutabilidade e indiscutibilidade poderiam nada significar.

Algo só se torna imutável e indiscutível na exata medida em que se vedem a mudança e rediscussão suas, de modo que podemos, assim, incorporar ao sentido daquela definição legal os 02 (dois) sentidos de efeito jurídico a que fizemos alusão, como aspectos indissociáveis do efeito jurídico coisa julgada.

Coisa julgada é uma situação jurídica caracterizada pela imutabilidade e pela indiscutibilidade da decisão e, concomitantemente, pela vedação de se modificá-la e de se rediscuti-la. Quando falarmos em coisa julgada-efeito jurídico teremos em consideração, então, esses 02 (dois) aspectos, salvo expressa ressalva em sentido contrário.

Valem-se da *coisa julgada como efeito jurídico* os arts. 304, §6º, 433, 504, 506 e 601, par. ún., do CPC/15. Em nossa interpretação:

- **(c1)** CPC/15, art. 304, §6º: a decisão que concede a tutela nos termos do art. 303 do CPC/15 não se torna imutável e indiscutível;

- **(c2)** CPC/15, art. 433: a falsidade ou autenticidade do documento, quando suscitada como questão principal, deverá ser resolvida na parte dispositiva da sentença, e também tal pronunciamento tornar-se-á imutável e indiscutível;
- **(c3)** CPC/15, art. 504: os motivos e a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença não se tornam imutáveis e indiscutíveis;
- **(c4)** CPC/15, art. 506: a sentença torna-se imutável e indiscutível para as partes, não prejudicando, com isso, terceiros;
- **(c5)** CPC/15, art. 601, par. ún.: ainda que não seja citada, a sociedade sujeita-se aos efeitos da decisão e à imutabilidade e indiscutibilidade desta, desde que todos os seus sócios tenham-no sido.

As proibições de alterar-se a decisão e de rediscutir-se a matéria decidida, como toda norma de conduta, dirigem-se a determinados sujeitos [cf. (c3), (c4) e (c5)], razão pela qual apenas para eles a decisão torna-se imutável e indiscutível.

Também os arts. 963, IV e 966, IV, CPC/15 reportam-se à *coisa julgada-efeito jurídico*, guardando relação mais próxima, no entanto, com o aspecto concernente às proibições de rediscussão e de mudança do quanto decidido⁸⁹⁻⁹⁰. Segundo os compreendemos:

- **(c6)** CPC/15, art. 963, IV: é requisito indispensável à homologação da decisão estrangeira que ela não tenha resultado de rediscussão ou de mudança que se encontravam vedadas pelo efeito jurídico coisa julgada;

89 Não há como se ofender no mundo fático algo que é no mundo jurídico. Com o trânsito em julgado a decisão torna-se imutável e indiscutível, independentemente da conduta de quaisquer sujeitos. O que pode ser violado são as proibições de mudança e de rediscussão, impostas a determinados sujeitos.

90 Há outros dispositivos que guardam relação direta com o ponto, como os arts. 494 e 505, que não são objeto de análise neste momento por não empregarem a expressão “coisa julgada”.

- **(c7)** CPC/15, art. 966, IV: a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando resultante de rediscussão ou de mudança vedadas pelo efeito jurídico coisa julgada.

Os artigos 337 e 485, por outro lado, valem-se de “coisa julgada” como designativo de uma espécie de *fato jurídico*, consistente na propositura de uma nova ação idêntica a outra já decidida por decisão transitada em julgado e ao qual se vincula como efeito jurídico o dever de o juiz, de ofício ou por provocação, abster-se de lhe resolver o mérito. Em nossa interpretação:

- **(d1)** CPC/15, art. 337, VII, §§1º e 4º: incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar que o autor propôs nova ação idêntica (= mesmas partes, causa de pedir e pedido) a outra já decidida por decisão transitada em julgado. Alega-se um fato jurídico, consistente na repositura da demanda e nominado pela lei de coisa julgada (fato jurídico);
- **(d2)** CPC/15, art. 485, V: tratando-se de ação idêntica a outra já decidida por decisão transitada em julgada, o juiz deverá abster-se de lhe resolver o mérito. O juiz abstém-se de resolver o mérito ao reconhecer a coisa julgada (fato jurídico) a que o art. 337, VII, §1º e 4º, CPC/15 faz alusão, podendo, inclusive, reconhecê-la de ofício (art. 485, §3º, CPC/15).

Tais significados foram aqui construídos apenas para se evidenciar que existe a *coisa julgada-efeito jurídico* e a *coisa julgada-fato jurídico*.

Coisa julgada-efeito jurídico e coisa julgada-fato jurídico, nos termos em que definimos, não são o mesmo conceito, mas sim conceitos distintos, articulados entre si. A coisa julgada-fato jurídico existe em função da coisa julgada-efeito jurídico. Veda-se a nova propositura de idêntica demanda (coisa julgada-fato jurídico) porque resolvê-la dependeria de rediscussão do que se tornara indiscutível e poderia resultar em ofensa ao que se tornara imutável (coisa julgada-efeito jurídico).

Baseamo-nos, neste momento, só nos dispositivos legais expressamente referidos, sendo certo que a análise sistemática de toda a disciplina legal da coisa julgada no CPC/15 resultaria na descrição de normas jurídicas mais elaboradas e imporia algumas retificações.

Ilustremos o que se afirma. **(i)** “Sentença” nos arts. 433, 504 e 506 é designativo do gênero pronunciamento judicial de natureza decisória e não de uma de suas espécies, tal como definida no art. 203, §1º, do CPC/15. **(ii)** Duas ações com as mesmas partes, causa de pedir e pedido indubitavelmente são idênticas (art. 337, §2º, CPC/15), mas ainda há diversos outros casos de “identidade de demandas”, entendendo-se como tais aqueles aptos à caracterização da litispendência e da coisa julgada-fato jurídico, no que se inclui a hipótese de identidade parcial.

4.4.4 A coisa julgada formal, a coisa julgada material e algumas confusões terminológicas envolvendo os termos “autoridade” e “preclusão”.

Considerando que referências aos 04 (quatro) entendimentos expostos no item 4.3 serão frequentes neste tópico, oportuniza-se sintetizá-los no quadro a seguir:

Concepção:	Termo:	Significado:	Imutabilidade e indiscutibilidade:	Observações:	Observações comuns:
1 Pré-Liebman:	1.1 “coisa julgada material”	– um dos efeitos da sentença de mérito transitada em julgado;	– externa;	Equipara-se aos conceitos de coisa julgada e de autoridade de coisa julgada.	Coisa julgada formal e coisa julgada material: (i) são conceitos distintos; (ii) não são espécies de um mesmo gênero.
	1.2 “coisa julgada formal”	– qualidade de toda sentença transitada em julgado;	– interna;	-	
2 Liebman:	2.1 “coisa julgada material”	– qualidade que reveste o conteúdo e os efeitos das sentenças de mérito transitadas em julgado;	– externa;	Equipara-se aos conceitos de coisa julgada e de autoridade de coisa julgada.	Coisa julgada formal e coisa julgada material: - não são conceitos distintos, e sim aspectos de um mesmo conceito ⁹¹ .
	2.2 “coisa julgada formal”	– qualidade de toda sentença transitada em julgado;	interna;	Identifica-se com o conceito de 1.2.	
3 Barbosa Moreira:	3.1 “coisa julgada material”	– situação jurídica caracterizada pela <i>imutabilidade/ indiscutibilidade do conteúdo da sentença</i> ;	– externa;	Autoridade de coisa julgada material designa o atributo (imutabilidade externa) dessa situação jurídica.	Coisa julgada formal e coisa julgada material: (i) são conceitos distintos; (ii) são espécies de um mesmo gênero;

91 Uma confusão que daí decorre consiste em se admitir que o termo “coisa julgada material” refere-se tanto ao conceito de coisa julgada quanto a um de seus aspectos.

Concepção:	Termo:	Significado:	Imutabilidade e indiscutibilidade:	Observações:	Observações comuns:
	3.2 “coisa julgada formal”	– situação jurídica caracterizada pela <i>imutabilidade/ indiscutibilidade do conteúdo da sentença</i> ;	– interna;	Autoridade de coisa julgada formal designa o atributo (imutabilidade interna) dessa situação jurídica.	(iii) distinguem-se pela variável extensão da imutabilidade.
4 Mourão:	4.1 “coisa julgada material”	– situação jurídica caracterizada pela <i>proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros</i> ;	– externa;	Refere-se a decisões de mérito.	Coisa julgada formal e coisa julgada material: (i) são conceitos distintos; (ii) são espécies de um mesmo gênero; (iii) distinguem-se pela natureza do conteúdo da decisão imutabilizada.
	4.2 “coisa julgada formal”	– situação jurídica caracterizada pela <i>proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros</i> ;	– externa;	Refere-se a decisões que não sejam de mérito.	

4.4.4.1 Por que discordamos das concepções pré-Liebman e de Liebman da coisa julgada formal e da coisa julgada material.

As mesmas razões que fundamentaram nossa discordância quanto a se definir a coisa julgada como um *efeito da sentença* ou como uma *qualidade* sua e de seus efeitos (item 4.1.1.1), prestam-se a justificar a nossa discordância também em se definir os conceitos de coisa julgada material e de coisa julgada formal dessa mesma maneira.

Sobram-nos do exposto as concepções de BARBOSA MOREIRA e de MOURÃO. Aderir a um desses dois posicionamentos não é um imperativo científico, entretanto, desconsiderar o já foi pensado e construído acerca do tema contraria a razão.

4.4.4.2 Aproximando-nos das concepções de Barbosa Moreira e de Mourão sobre coisa julgada formal e coisa julgada material.

Já tivemos a oportunidade de assinalar que as concepções BARBOSA MOREIRA e de MOURÃO acerca da coisa julgada formal e da coisa julgada material são sensivelmente diversas. Existem, no entanto, também pontos de contato.

Começemos, então, pelo que elas guardam em comum.

Em primeiro lugar, coisa julgada, coisa julgada formal e coisa julgada material são, para esses dois autores, situações jurídicas (= efeitos jurídicos), ou seja, resultam de fatos jurídicos, aos quais se encontram normativamente vinculadas pela vontade do legislador. Desfaz-se, dessa maneira, a relação necessária, existente até a concepção liebmaniana, entre, de um lado, sentenças de mérito e imutabilidade externa e, do outro, sentenças de não-mérito e imutabilidade interna (BARBOSA MOREIRA, 1984; MOURÃO, 2008, p. 123, nota de rodapé n. 223).

Em segundo lugar, também em ambas as concepções, coisa julgada formal e coisa julgada material são espécies – as únicas espécies – de coisa julgada (gênero).

Fazemos aqui uso das palavras “gênero” e “espécie” como sinônimos, respectivamente, de “classe” e de “subclasse”. Nesse sentido, “gênero” e “espécie” são termos relativos, cujos precisos significados são esclarecidos na lição de IRVING COPI:

As classes com membros podem dividi-los em subclasses (sic). Por exemplo, a classe de todos os triângulos pode ser dividida em três subclasses não-vazias: a dos triângulos escalenos, dos triângulos isósceles e dos triângulos equiláteros. Os termos “gênero” e “espécie” são usados frequentemente em referência a essas divisões: **a classe cujos membros se dividem em subclasses é o gênero e as diversas subclasses são as espécies**. Tais como usadas aqui, as palavras “gênero” e “espécie” são termos *relativos*, como “pai” e “filho”. Tal como a mesma pessoa é pai em relação aos seus filhos e filho em relação a seus pais, também a mesma classe pode ser um gênero em relação às suas subclasses e uma espécie em relação a alguma classe mais ampla da qual seja uma subclasse. Assim, a classe dos triângulos é um gênero a respeito da espécie *triângulo escaleno* e uma espécie a respeito do gênero *polígono*. O uso que o lógico faz das palavras “gênero” e “espécie” como termos relativos é diferente do uso que delas faz o biólogo como termos absolutos, e os dois usos não devem ser confundidos.

Como uma classe é uma coleção de entidades que tem alguma propriedade em comum, **todos os membros de um determinado gênero terão alguma propriedade em comum**. [...] Este gênero pode ser dividido em diversas espécies ou subclasses, de modo tal que **todos os membros de uma subclasse tenham alguma outra propriedade em comum, a qual não é compartilhada por membro algum de qualquer outra subclasse**. [...] (COPI, 1978, p. 128, grifo nosso em negrito e grifo em itálico no original)

A característica que serve para distingui-los é a chamada *diferença específica*. Assim, ter três lados é a diferença específica entre a espécie *triângulo* e todas as outras espécies do gênero *polígono*. (COPI, 1978, p. 129, grifo nosso em negrito e grifo em itálico no original)

Para MOURÃO e para BARBOSA MOREIRA a coisa julgada é, então: **(a)** *espécie* em relação ao gênero situação jurídica e **(b)** *gênero* composto pelas espécies coisa julgada formal e coisa julgada material.

Conseqüentemente: **(i)** deve haver no mínimo uma característica que distinga a coisa julgada das demais situações jurídicas (= diferença específica); **(ii)** tal característica é comum às espécies coisa julgada formal e coisa julgada material; **(iii)** deve haver no mínimo uma característica que diferencie a coisa julgada formal da coisa julgada material.

Concordamos com todas essas assertivas, desde que feita uma ressalva: no nosso entendimento, o CPC/15, assim como já o fazia o CPC/73, trabalha com os conceitos de coisa julgada-fato jurídico e de coisa julgada-efeito jurídico (v. item 4.4.3), de maneira que todas as considerações feitas neste tópico guardarão estrita pertinência apenas com o conceito de coisa julgada-efeito jurídico.

Inobstante compreendam a coisa julgada como espécie do gênero situação jurídica e a coisa julgada formal e a coisa julgada material como espécies do gênero coisa julgada, as concepções de BARBOSA MOREIRA e de MOURÃO divergem entre si no que se refere à diferença específica desses 03 (três) conceitos. Dito de modo, não há acordo:

- em relação a qual característica distingue a coisa julgada das demais situações jurídicas;
- nem quanto à característica que diferencia a coisa julgada formal da coisa julgada material.

Lidaremos com essas questões subsequentemente a duas precisões terminológicas necessárias, envolvendo os conceitos de *autoridade de coisa julgada* e de *preclusão*, que deverão ser definidos a fim de que possam ser distinguidos, respectivamente, dos conceitos de coisa julgada e de coisa julgada formal (ou com eles identificados).

4.4.4.3 Coisa julgada e autoridade de coisa julgada.

LIEBMAN não diferenciava as expressões “coisa julgada” e “autoridade de coisa julgada” (LIEBMAN, 2007, p. 5), entendendo que ambas referir-se-iam ao mesmo conceito de imutabilidade e indiscutibilidade (qualidade do conteúdo e dos efeitos da sentença). Existe, apesar disso, quem, na linha de BARBOSA MOREIRA, as distinga, nos seguintes termos:

Não há confundir “res judicata” com “auctoritas rei iudicatae”. A coisa julgada não se identifica nem com a sentença transitada em julgado, nem com o particular atributo (imutabilidade) de que ela se reveste, mas com a situação jurídica em que passa a existir após o trânsito em julgado. Ingressando em tal situação, a sentença adquire uma autoridade que – esta, sim – se traduz na resistência a subseqüentes tentativas de modificação do seu conteúdo. A expressão “auctoritas rei iudicatae” e não “res judicata”, portanto, é a que corresponde ao conceito de imutabilidade. (BARBOSA MOREIRA, 1970)

Trata-se de diferenciação coerente com o desenvolvimento doutrinário do tema por parte do referido autor, que perde, entretanto, o seu potencial explicativo face ao CPC/15, que definitivamente não a observa, quando, depois de se referir à “autoridade de coisa julgada” no seu art. 433, incorpora o mesmo vocábulo “autoridade” à definição de coisa julgada material no seu art. 502.

Alterando-se a expressão “coisa julgada”, constante do art. 433 do CPC/15, pela definição legal, prevista no art. 502 do CPC/15, chegar-se-ia à confusa constatação de que, nos termos da lei, autoridade de coisa julgada é a autoridade de uma autoridade.

4.4.4.4 Preclusão e coisa julgada formal.

O conceito de preclusão não é o nosso foco, contudo, não há como confrontá-lo com o conceito de coisa julgada formal sem antes examiná-lo.

4.4.4.4.1 Preclusão.

Diversamente do que ocorre com a expressão “coisa julgada formal”, “preclusão” é termo utilizado tanto no CPC/73 quanto no CPC/15, como se nota no quadro adiante (grifo nosso):

CPC/15:	CPC/73:
Art. 63. [omissis] [...] § 4º Citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão .	(sem correspondente)
Art. 104. O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão , decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente.	Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. [...]
Art. 209. [omissis] [...] §2º Na hipótese do § 1º, eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento de realização do ato, sob pena de preclusão , devendo o juiz decidir de plano e ordenar o registro, no termo, da alegação e da decisão.	Art. 169. [omissis] § 3º No caso do §2º deste artigo, eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento da realização do ato, sob pena de preclusão , devendo o juiz decidir de plano, registrando-se a alegação e a decisão no termo.
Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão . Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento.	Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão . Parágrafo único. Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão , provando a parte legítimo impedimento.
Art. 293. O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão , e o juiz decidirá a respeito, impondo, se for o caso, a complementação das custas.	Art. 261. O réu poderá impugnar, no prazo da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor. A impugnação será autuada em apenso, ouvindo-se o autor no prazo de 5 (cinco) dias. Em seguida o juiz, sem suspender o processo, servindo-se, quando necessário, do auxílio de perito, determinará, no prazo de 10 (dez) dias, o valor da causa. Parágrafo único. Não havendo impugnação, presume-se aceito o valor atribuído à causa na petição inicial.
Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão .	Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão .

Em todos os dispositivos transcritos “preclusão” é palavra utilizada no sentido de perda de um poder ou faculdade processual⁹². Determinado sujeito deixa, em razão da preclusão, de poder fazer algo que antes dela lhe era legalmente autorizado:

⁹² A diferenciação entre “poder processual” e “faculdade processual” não tem relevância no assunto que analisamos, razão pela qual as expressões vão empregadas de maneira indistinta ao longo do texto.

- o réu perde o poder de impugnar a abusividade da cláusula de eleição de foro se não o fizer na contestação (CPC/15, art. 63, §4º);
- o advogado é autorizado a postular em juízo sem procuração, excepcionalmente, para evitar a perda de um poder ou faculdade processual do seu cliente (CPC/15, art. 104);
- os sujeitos que tenham participado dos atos documentados na forma do art. 209, §1º, CPC/15 perdem o poder de impugnar as contradições na transcrição se não o fizerem oralmente no momento de sua realização (CPC/15, art. 209, §2º);
- perdem o poder de impugnar nulidades que não sejam decretáveis de ofício as partes que não o fizerem na primeira oportunidade que lhes caiba falar nos autos, salvo se provarem legítimo impedimento (CPC/15, art. 278, *caput* e par. ún.);
- perde o poder de impugnar o valor atribuído à causa pelo autor o réu que não o fizer em sede de contestação (CPC/15, art. 293);
- as partes perdem o poder de discutirem no processo as questões já decididas (CPC/15, art. 507).

Sendo a perda de um poder ou de uma faculdade processual, trata-se a preclusão de um efeito jurídico, assim como a coisa julgada-efeito jurídico, nas suas 02 (duas) acepções: é a modificação que se opera no mundo jurídico (i.e. sem qualquer alteração na realidade fenomênica) e é a conduta que se torna devida no mundo fático (i.e. o sujeito não deve mais praticar determinado ato). Encontra-se, por conseguinte, normativamente vinculada a determinados suportes fáticos.

GIUSEPPE CHIOVENDA foi o principal responsável pelo conceito e sistematização hoje amplamente aceitos de preclusão, gênero que contaria com 03 (três) espécies: **(a)** *preclusão temporal*, **(b)** *preclusão consumativa* e **(c)** *preclusão lógica*; conforme resultem,

respectivamente, da perda de um prazo conjugada à inércia, da prática de um ato incompatível e do exercício do poder ou da faculdade processual (SICA, 2008, p. 72-90).

FREDIE DIDIER JR. e PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA entendem que a elas deva-se atualmente somar mais uma espécie, que denominam de **(d)** preclusão-sanção ou *preclusão punitiva*, definindo-a como a perda de um poder ou faculdade processual resultante da prática de um ato ilícito (DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2013, p. 167-173). Sustentam os seus posicionamentos nestes termos:

Cabe ao legislador determinar a eficácia jurídica que pretende ver produzida a partir de um fato jurídico. [...]

[...]

Não se pode dizer que a *preclusão* seja uma eficácia exclusiva de atos lícitos, embora normalmente, à luz do direito positivo, isso aconteça. Há preclusão decorrente da prática de ato ilícito (*preclusão-sanção* ou *preclusão punitiva*), categoria que deve ser lembrada, para manter a coerência da classificação da preclusão pelo seu respectivo fato jurídico. (DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2013, p. 166, grifo no original)

Diante do CPC/15, concordamos com a existência dessas 04 (quatro) espécies de preclusão. De fato, há nele exemplos de cada um daqueles 04 (quatro) tipos de preclusão.

(a) O art. 223, *caput*, CPC/15 (correspondente do CPC/73: art. 183, *caput*)⁹³ conta com regra concernente à preclusão temporal.

(b) Os arts. 200, *caput*, e 494 do CPC/15 (correspondentes do CPC/73: arts. 158 e 463)⁹⁴ fundamentam a preclusão consumativa.

93 (CPC/15) “Art. 223. Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa.”

(CPC/73) “Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.”

94 (CPC/15) “Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.” “Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I – para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo; II – por meio de embargos de declaração.”

(CPC/73) “Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.” “Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.”

(c) Os arts. 276 e 1.000, *caput*, do CPC/15 (correspondentes do CPC/73: art. 243 e 503, *caput*)⁹⁵ tratam de casos de preclusão lógica.

E (d) os arts. 77, §7º e 234, §2º, CPC/15 (sem correspondentes no CPC/73) trazem exemplos de preclusão punitiva⁹⁶.

Na condição de detentores de poderes e faculdades processuais, quaisquer sujeitos processuais podem, em tese e a depender do regramento legal, vir a perdê-los. Dessarte, também o *amicus curiae* (v. CPC/15, art. 138, *caput*; sem correspondente no CPC/73)⁹⁷ e o órgão julgador submetem-se à preclusão, não exatamente nos mesmos moldes que as partes, porque seus poderes e faculdades processuais não são idênticos àqueles das partes (v. CPC/15, arts. 138, §2º e 139-143).

Preclusões para o juiz⁹⁸.

Das 04 (quatro) mencionadas espécies de preclusão, a única que no direito positivo vigente não se aplica em hipótese alguma a poderes ou a faculdades do juiz é a preclusão punitiva.

95 (CPC/15) “Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa. “Art. 1.000. A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer.”

(CPC/73) “Art. 243. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.” “Art. 503. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer.”

96 (CPC/15) “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: [...] IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; [...] § 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.” “Art. 234. Os advogados públicos ou privados, o defensor público e o membro do Ministério Público devem restituir os autos no prazo do ato a ser praticado. [...] § 2º Se, intimado, o advogado não devolver os autos no prazo de 3 (três) dias, perderá o direito à vista fora de cartório e incorrerá em multa correspondente à metade do salário-mínimo.”

97 (CPC/15) “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.”

98 O uso da expressão “preclusão pro judicato” neste contexto, apesar de ser comum, é equivocado. No escólio de José Maria Tesheiner: “Preclusão *pro judicato* não significa preclusão para o juiz. Em latim, *judicato* significa *julgado*; juiz é *iudex (nominativo)* ou *iudicem* (acusativo). Preclusão *pro judicato* significa ‘preclusão como se tivesse sido julgado’. Se houve decisão, e ocorreu preclusão, não há ‘preclusão *pro judicato*’, porque esta supõe *ausência* de decisão. [...] Admitindo-se que haja preclusão para o juiz, diga-se, em bom português: ‘preclusão para o juiz’; não, preclusão ‘pro judicato’, em mau latim.” (grifo no original)

Todas as outras contam com previsão normativa de aplicação ao juiz em específicos casos, consoante indicado nos exemplos a seguir.

(a) Exemplo de preclusão temporal para o juiz. Salvo quando o relator declare estar-se diante de matéria infraconstitucional, ausência de manifestação contrária à existência de repercussão geral no caso, dentro do prazo comum de vinte dias, extingue a possibilidade de os Ministros do STF que tenham-se omitido oporem-se ao reconhecimento da repercussão geral (RISTF, art. 324, §§ 1º e 2º, na redação vigente⁹⁹).

(b) Exemplo de preclusão lógica para o juiz¹⁰⁰. Nos termos do enunciado n. 297 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 355) O juiz que promove julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de outras provas não pode proferir sentença de improcedência por insuficiência de provas. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento).” Nesse sentido já se manifestava a jurisprudência do STJ sob a égide do CPC/73, a despeito de não se referir à preclusão¹⁰¹.

99 **RISTF:** “Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de vinte dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. §1º Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral. §2º Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil, se alcançada a maioria de dois terços de seus membros.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 28/07/16.

100 Não se deve olvidar que também o juiz encontra-se vinculado ao dever de boa-fé objetiva (CPC/15, art. 5º), regra de conduta que fundamenta a preclusão lógica. Nesse sentido, confira-se enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “**374.** (art. 5º) O art. 5º prevê a boa-fé objetiva. (Grupo: Normas fundamentais)”. “**375.** (art. 5º) O órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva. (Grupo: Normas fundamentais)”. “**376.** (art. 5º) A vedação do comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional. (Grupo: Normas fundamentais)”

101 V.: REsp 1328380/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 03/11/2014; AgRg no REsp 1415970/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 15/08/2014; AgRg no REsp 1067586/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013; AgRg no AgRg no REsp n. 1.280.559/AP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6/8/2013, DJe 13/9/2013; AgRg no REsp n. 1.151.137/MT, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/11/2012, DJe 26/11/2012; REsp n. 1.228.751/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 6/11/2012, DJe 4/2/2013; AgRg no REsp n. 1.232.862/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/6/2011, DJe 1º/8/2011; e REsp n. 948.289/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 9/12/2008, DJe 3/2/2009.

É evidente a ofensa à boa-fé objetiva por parte do juiz que, tendo indeferido a realização de uma oitiva, venha, ao final, a concluir pela improcedência do pedido sob o argumento de que a prova dos fatos constitutivos do direito do autor dependia daquela inquirição¹⁰².

(c) *Exemplo de preclusão consumativa para o juiz*: não pode o juiz proferir nova sentença em substituição a anterior já prolatada (CPC/15, art. 494), assim como se proíbe, via de regra¹⁰³, que a parte ofereça novo recurso em substituição a outro já apresentado.

Demonstra-se, com isso, que o emprego do termo pelo legislador não trai o desenvolvimento doutrinário do instituto. Respeita-se a ideia de que “preclusão” designa a perda de um poder ou de uma faculdade processual.

4.4.4.4.2 “Coisa julgada formal” e “preclusão máxima”.

O entendimento da coisa julgada formal como um tipo de preclusão é bastante comum na doutrina (e.g. MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015d, p. 515; CABRAL, 2014, p. 280), que frequentemente a denomina também de “preclusão máxima” (e.g. WAMBIER, 1985; DIDIER JR., 2003; HESPANHA, 2004; GIANNICO, 2005; CUNHA, 2008).

Há, no entanto, alguns inconvenientes em assim se proceder.

Em primeiro lugar, há um problema classificatório. A perda de um poder ou faculdade processual é tanto o que distingue a preclusão das demais subclasses que compõem a classe efeito jurídico, quanto o traço comum que todas as espécies de preclusão apresentam.

¹⁰²Embora sem se referir à preclusão e valendo-se de outros argumentos, recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul invalidou sentença penal onde o juiz absolvera o réu por falta de prova suficiente, depois de ter indeferido a oitiva de testemunha presencial do fato, requerida pelo assistente da acusação. (TJRS – proc. N° 0377920-50.2012.8.21.7000 – 2ª CCrim., Rel. Des. José Ricardo Coutinho Silva, unânim., j. 25/02/16). Cuida-se de típica situação de preclusão lógica para o juiz. O indeferimento da oitiva de testemunha presencial do fato extinguiu a possibilidade de o juiz, validamente, absolver o réu por insuficiência de provas.

¹⁰³Existe, por exemplo, a justificável exceção constante do art. 1.024, §4º, CPC/15, sem correspondente no CPC/73: “Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias. [...] § 4º Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.”

Identificar ou não o conceito de coisa julgada formal como espécie de preclusão dependerá, então, de compreendermos ou não a coisa julgada formal como uma situação jurídica caracterizada pela perda de um poder ou faculdade processual (= característica do gênero preclusão). Deveremos, ainda, identificar algum atributo adicional próprio da espécie coisa julgada formal (= diferença específica), sob pena de comprometimento da classificação, por não conseguirmos diferenciá-la das demais espécies de preclusão.

O que se nota é que a espécie é estranha à classificação até aqui examinada, que divide o gênero preclusão em 04 (quatro) espécies (preclusão temporal, lógica, consumativa e punitiva). Além disso, não há nome difundido para se denominar a “preclusão não-máxima”.

Em segundo lugar, pode haver um problema de coerência. Entender a coisa julgada formal como um tipo de preclusão não é coerente com todas as concepções de coisa julgada até aqui expostas.

O entendimento não é compatível, por exemplo, com a tese de LIEBMAN, de que a coisa julgada formal seria uma qualidade de toda sentença transitada em julgado. Perceba-se que não faz sentido incluir uma *qualidade* como espécie do gênero *situação jurídica*. O ponto não passou despercebido à arguta análise de ADA PELLEGRINI GRINOVER, que, perfilando o posicionamento de LIEBMAN, coerentemente nega-se a identificar coisa julgada formal e preclusão:

A distinção entre coisa julgada formal e material, reestruturada por LIEBMAN no nº 19 com vistas aos conceitos de eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, é acolhida unanimemente na doutrina brasileira contemporânea, que costuma equiparar a coisa julgada formal à preclusão, falando em “preclusão máxima” quando se trata de *sentença definitiva*. Alguns autores têm até propugnado a supressão do termo “coisa julgada formal”, substituída que ficaria pela preclusão. **Na verdade, porém, coisa julgada formal e preclusão são dois fenômenos diversos, na perspectiva da decisão irrecurável. A preclusão é, subjetivamente, a perda de uma faculdade processual e, objetivamente, um fato impeditivo; a coisa julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, sua imutabilidade, dentro do processo.** Trata-se, assim, de institutos diversos, embora ligados entre si por uma relação lógica de antecedente-consequente. (LIEBMAN, 2007, p. 68, nota de Ada Pellegrini Grinover; grifo nosso em negrito e grifo em itálico no original)

Haja vista que compreendemos a coisa julgada formal como conceito pertencente ao gênero situação jurídica, não seguindo o entendimento de LIEBMAN na matéria, se desejássemos tomar

a coisa julgada formal como um tipo de preclusão, a nós esse problema de coerência não se poria.

A rigor e no terreno do que guardam em comum os posicionamentos de BARBOSA MOREIRA e de MOURÃO, tanto a coisa julgada formal quanto a coisa julgada material são situações jurídicas que importam na perda de poderes e faculdades processuais.

Abstraídas as particularidades dos conceitos de coisa julgada formal e material em cada uma dessas concepções, é certo que sempre, em alguma medida, perdem as partes o poder de tornarem a discutir o que já foi decidido (indiscutibilidade) e perde o juiz o poder de modificar o conteúdo de uma decisão (imutabilidade).

Logicamente, é possível tratar a coisa julgada (formal ou material) como espécie do gênero preclusão, haja vista que também a coisa julgada é um efeito jurídico que importa na perda de poderes e faculdades processuais.

Coisa julgada e preclusão são institutos que guardam muitas similitudes e pontos de contato. Não é por acaso que países do *common law* (e.g.: Estados Unidos e Suécia) conferem-lhes tratamento conjunto (CABRAL, 2015, p. 182, 184 e 258).

No direito brasileiro, entretanto, não nos parece útil compreendê-los dessa forma. É que, diversamente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, no direito positivo brasileiro vigente, pelo menos no plano do enunciado (i.e. dos textos normativos), os institutos encontram-se bem separados.

O CPC/15, similarmente ao que já fazia o CPC/73, extensa e pormenorizadamente dispõe sobre o regramento do que chama de “coisa julgada”, de modo que reconduzi-la à categoria das preclusões acaba trazendo mais problemas e dificuldades que soluções – no nosso entendimento.

Além disso, considerando serem “coisa julgada formal” e “preclusão máxima” expressões desconhecidas pela linguagem do direito positivo, não há razão alguma para a subsistência na

linguagem da Ciência do Direito desses 02 (dois) nomes caso com eles queira-se designar um mesmo fenômeno.

Conclusivamente, então, **(i)** sustentamos o abandono da expressão “preclusão máxima”, porquanto desnecessária, e **(ii)** negamos a utilidade de, à luz do direito positivo vigente – e só em razão disso –, tratar-se a coisa julgada, em quaisquer de suas modalidades, juntamente com as preclusões.

4.4.4.5 Justificativa para um conceito doutrinário de coisa julgada formal?

Se estamos frente a uma categoria unicamente doutrinária – e no caso da “coisa julgada formal” estamos –, é importante que seja clara a sua definição e que ela tenha alguma utilidade diante do direito positivo, sob pena de a abandonarmos.

Cabe, então, indagar se, à luz do CPC/15, justifica-se a existência de algum conceito doutrinário de coisa julgada formal, como espécie do conceito genérico de coisa julgada.

A resposta passa pelo exame das 02 (duas) principais divergências, já apontadas e correlatas, entre os posicionamentos de BARBOSA MOREIRA e de MOURÃO:

- **(a)** a primeira delas consistente na identificação da característica que diferencia a coisa julgada (gênero) das demais situações jurídicas, e
- **(b)** a segunda envolvendo o critério distintivo entre as espécies coisa julgada formal e coisa julgada material.

(a) O efeito jurídico coisa julgada (gênero) na concepção de BARBOSA MOREIRA particulariza-se pela *imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da sentença*, isto é, veda-se que determinados sujeitos modifiquem ou voltem a discutir o conteúdo da sentença. Já para MOURÃO particulariza-se pela *proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por*

terceiros), em processos futuros; reconhece-se, desse modo, que a coisa julgada importa sempre em algum grau de imutabilidade e indiscutibilidade externa do conteúdo da decisão.

(b) As espécies coisa julgada material e coisa julgada formal são distinguidas por BARBOSA MOREIRA de acordo com a extensão da imutabilidade/indiscutibilidade (externa ou interna) e por MOURÃO conforme o tipo de decisão que componha o seu suporte fático (se de mérito ou de conteúdo processual).

Ao verificar se tais ideias prestam-se à compreensão dos significados das expressões “coisa julgada” e “coisa julgada material” nas ocasiões em que utilizadas no CPC/15 em alusão a determinado tipo de situação jurídica, parece-nos que a melhor estruturação conceitual consista: **(i)** em definir-se a coisa julgada (gênero) como uma situação jurídica, caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade da decisão em outros processos (i.e. externa), diversamente do que faz BARBOSA MOREIRA, e **(ii)** em diferenciar-se os conceitos de coisa julgada formal e de coisa julgada material nos moldes em que o faz MOURÃO.

Três fatos merecem registro em abono a essa conclusão.

1º Excetuados os arts. 337 e 485 do CPC/15 que fazem uso de “coisa julgada” como designativo de um fato jurídico, os demais dispositivos legais que empregam o termo querem com ele designar uma situação jurídica caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade necessariamente externa da decisão. Veja-se que o regramento contido nos arts. 304, §6º, 433, 504, 506, 601, par. ún., 963, IV e 966, IV, CPC/15 não é pertinente a hipóteses em que a sentença tenha-se tornado imutável e indiscutível apenas no âmbito do processo em que proferida.

2º Ao definir o conceito de coisa julgada material, o art. 502 do CPC/15 refere-se à *decisão de mérito*. E a construção de um conceito jurídico-positivo de coisa julgada material voltado à compreensão do CPC/15 não pode ignorar esse dado. A atividade do intérprete encontra limites, não lhe sendo lícito interpretar que onde está escrito mérito deva-se ler também não-mérito.¹⁰⁴

104A hipótese não se identifica com o expediente hermenêutico legítimo de, por exemplo, compreender-se que “sentença” é palavra empregada nos arts. 494, *caput*, 505, I e 506 do CPC/15 no sentido de pronunciamento

3º Os arts. 486, §1º e 966, §2º, CPC/15 tornam inquestionável a existência de decisões judiciais que se tornam imutáveis e indiscutíveis em outros processos (i.e. externamente) *sem serem de mérito*¹⁰⁵. Trata-se de decisões que compõem o suporte fático de situações jurídicas identificadas como integrantes da classe coisa julgada, mas que não fazem parte da subclasse coisa julgada material.

Encontramos no CPC/15, dessa maneira, uma denominação para o gênero das situações jurídicas caracterizadas pela imutabilidade e indiscutibilidade externas de decisões transitadas em julgado (coisa julgada) e outra para as situações jurídicas caracterizadas pela imutabilidade e indiscutibilidade externas de *decisões de mérito* transitadas em julgado (coisa julgada material), espécie daquele gênero.

Não encontramos, por outro lado, uma expressão que denomine as situações jurídicas caracterizadas pela imutabilidade e indiscutibilidade externas de *decisões de conteúdo processual*, indubitavelmente existentes no CPC/15.

A menos que se deixe claro o objetivo de expender-se críticas de *lege ferenda*, não deve a doutrina (metalinguagem, científica, descritiva) rivalizar com o legislador (linguagem objeto, técnica, prescritiva). O esforço deve, em vez disso, voltar-se à construção, a partir do texto legal, de sentidos que imprimam coerência ao conjunto de enunciados normativos.

jurisdicional de natureza decisória (gênero) e não como a espécie definida no art. 203, §1º, CPC/15. “Sentença” comporta esses dois significados: gênero e espécie; mérito, por outro lado, não pode significar mérito e não-mérito.

105A despeito da falta de previsão legal expressa no CPC/73 a esse respeito – referidos artigos não encontram correspondentes no CPC/73 – e da profunda divergência doutrinária e jurisprudencial que se instalou desde o início de sua vigência, acabou prevalecendo sob a sua égide, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento pela possibilidade de também o conteúdo de sentenças que não fossem de mérito tornar-se imutável e indiscutível em outros processos. Exemplificativamente, mantidas as circunstâncias fáticas e jurídicas, uma sentença que, reconhecendo a falta de uma das condições da ação, extinguisse o processo sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa (art. 3º e 267, VI, CPC/73), obstaría nova propositura de demanda idêntica. A polêmica é retratada em diversos julgados do STJ (e.g.: REsp 45.935-4/SP, 3ª T., j. 04/10/94; REsp 25.297-4/SP, 4ª T., j. 13/02/95; REsp 191.934/SP, 4ª T., j. 21/09/00; REsp 281.711/MG, 5ª T., j. 21/11/00; REsp 103.584/SP, 4ª T., j. 05/06/01; REsp 278.696/MG, 5ª T., j. 23/04/02; AgRg no REsp 914.218/PR, 1ª T., j. 26/06/07; REsp 1.006.091/SP, 3ª T., j. 17/03/08; REsp 1.215.189/RJ, 4ª T., j. 02/12/10; REsp 4.222/BA, 3ª S., j. 22/10/14), sobretudo nos Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) 160.850/SP, julgados pela Corte Especial em 03/02/03. O novo diploma legal, digno de elogios na matéria, não comporta mais essa controvérsia.

É esse o cenário do CPC/15 que justifica a existência dogmática de um conceito jurídico-positivo diverso do que se deva denominar de “coisa julgada material”, em observância à linguagem do direito positivo, com a função heurística de facilitar a compreensão da disciplina legal da coisa julgada (gênero), que não se esgota no regramento da coisa julgada material (espécie).

Alguns exemplos evidenciarão o que se afirma.

Não são apenas as decisões de mérito que fazem coisa julgada às partes entre as quais são dadas, não prejudicando terceiros (CPC/15, art. 506). Às decisões de conteúdo processual tornado imutável e indiscutível, nos termos do art. 486, §1º, do CPC/15, igualmente deve-se aplicar essa regra.

Também as regras previstas nos arts. 601, par. ún., 963, IV e 966, IV, do CPC/15 devem ser aplicadas àquelas decisões de conteúdo processual. A consequência, no que se refere ao último dos mencionados dispositivos¹⁰⁶, é que sustentamos a possibilidade de que seja rescindível, inclusive, a *decisão de mérito*, transitada em julgado, que tenha ofendido a coisa julgada formada a partir de uma *decisão de conteúdo processual*¹⁰⁷.

A possibilidade de coisa julgada sobre *decisões de conteúdo processual* reclama um designativo, que não se encontra na linguagem do CPC/15 e que, no entendimento de MOURÃO, deveria ser o de “coisa julgada formal”, outra espécie do gênero coisa julgada.

Anuímos com a conveniência de que haja uma denominação para as *decisões de conteúdo processual* tornado imutável e indiscutível, como já adiantado. Pensamos, no entanto, com o devido respeito a MOURÃO e louvando os seus esforços dirigidos à reconceituação da coisa julgada formal, seja preferível a eleição de algum outro nome, que não “coisa julgada formal”,

106(CPC/15) “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] IV – ofender a coisa julgada;”

107Ex.: Uma primeira sentença extingue a demanda *x*, de *A* contra *B*, liminarmente e sem resolução do mérito, com base na manifesta ilegitimidade de *B* (CPC/15, arts. 330, II e 485, VI), vindo a transitar em julgado. *A*, ignorando a previsão constante do art. 486, §1º, do CPC/15, propõe novamente a mesma demanda *x* contra *B*, na qual vem a ser proferida sentença de procedência. Entendemos seja essa segunda sentença (de mérito) rescindível, com fundamento no art. 966, IV, do CPC/15.

dada a elevada carga semântica que a tradição já faz pesar sobre esse designativo, potencial de graves equívocos na comunicação do pensamento.

4.4.5 A coisa julgada relativa à decisão de questões prejudiciais incidentais.

Uma das dificuldades, senão a maior delas, em falar sobre institutos jurídicos reside na imprecisão das linguagens, tanto da linguagem do direito positivo quanto da linguagem da Ciência do Direito. São frequentes as necessidades de esclarecimentos terminológicos, posto que são frequentes os empregos de termos vagos e ambíguos.

Na matéria de que ora nos ocupamos não é diferente. Falamos no tópico anterior em *decisões de mérito* e em *decisões de conteúdo processual*, sem que tenhamos esclarecido, ainda, o que se deva entender por cada uma delas.

O assunto será abordado com a devida profundidade no Capítulo 6, mas o desenvolvimento do presente tópico exige seja adiantado o que entendemos, neste contexto, por: *questão*, *decisão*, *decisão de mérito* e *decisão de conteúdo processual*.

(a) “Questão” é o designativo de qualquer assunto. Nesse sentido amplo, questão não é apenas ponto controvertido.

(b) “Decisão” é o produto do ato de se decidir uma questão. Nessa acepção, decisão não é o mesmo que pronunciamento decisório, ato jurídico no qual podem vir a ser decididas várias questões.

(c) “Decisão de mérito” é o produto do ato de se decidir qualquer questão principal, entendendo-se por questões principais aquelas que, sendo impertinentes à validade do procedimento, são submetidas ao juízo, pelas partes ou diretamente pela Lei, para que a solução a elas dada torne-se imutável e indiscutível pela coisa julgada. Nesse sentido, decisão

sobre a questão pertinente aos honorários advocatícios¹⁰⁸ é tão decisão de mérito quanto a decisão que acolhe um dos pedidos formulados pelo autor da demanda; a diferença entre ambas as situações consiste em os honorários advocatícios serem submetidos ao juízo como questão principal por força direta da Lei e o pedido o ser por força do ato postulatório da parte.

(d) “Decisão de conteúdo processual”, por fim, é o produto do ato de se decidir uma questão processual apta a extinguir o processo, no todo ou em parte, sem resolução do mérito.

Pois bem. Nos significados que enunciamos, as espécies *decisão de mérito* e *decisão de conteúdo processual* não esgotam o gênero de decisões com aptidão à formação de coisa julgada no CPC/15.

Existe, além delas e compreendida no mesmo gênero, a espécie *decisão de questão prejudicial incidental*, em razão do disposto nos parágrafos primeiro e segundo do art. 503 do CPC/15.

Basta, por ora¹⁰⁹, que se diga que o produto do ato de se decidir uma questão prejudicial incidental não se identifica nem com o produto do ato de se decidir uma questão principal nem com o produto do ato de se decidir uma questão processual apta a extinguir o processo, no todo ou em parte, sem resolução do mérito.

Observados os requisitos previstos no art. 503, §§1º e 2º, do CPC/15, a solução que se dê à questão prejudicial incidental, em decisão transitada em julgado¹¹⁰, tornar-se-á imutável e indiscutível, características próprias da situação jurídica coisa julgada.

É importante que não se misture (i) a coisa julgada relativa à solução dada à questão prejudicial incidental: (ii) nem com a coisa julgada relativa à solução dada a uma questão

108A fixação dos honorários advocatícios é questão principal por força de Lei, devendo ser decidida pelo juízo independentemente da formulação de pedido a respeito e podendo a sua decisão vir a compor suporte fático do efeito jurídico coisa julgada.

109A análise do que é uma questão prejudicial incidental é feita no item 6.4.1.

110Note-se que falamos aqui no trânsito em julgado da decisão da questão prejudicial incidental e não necessariamente do pronunciamento decisório onde aquela questão se encontra decidida. O trânsito em julgado do pronunciamento decisório, a depender da sua cindibilidade em capítulos autônomos, poderá fracionar-se em vários momentos distintos.

principal; **(iii)** nem com a coisa julgada relativa à solução dada a uma questão processual, que tenha extinguido o processo, no todo ou em parte, sem resolução do mérito.

Existe a decisão da questão prejudicial incidental e existe a decisão da questão de mérito, principal e prejudicada em relação à primeira (v. CPC/15, art. 503, §1º, I), a despeito de ambas comporem um mesmo pronunciamento decisório.

Admite-se, conseqüentemente, naquele mesmo pronunciamento, a existência de 02 (duas) decisões aptas à formação da coisa julgada, cada qual delas gerando o que a doutrina usualmente denomina de “efeito positivo” e de “efeito negativo” da coisa julgada.

Imaginemos um pronunciamento decisório transitado em julgado onde, diante do preenchimento dos requisitos previstos no art. 503 do CPC/15, tenham-se formado coisas julgadas relativas: **(ii)** à procedência do pedido do segurado *A* (questão principal), para que o plano de saúde *B* fosse obrigado a mantê-lo em internação hospitalar pelo prazo necessário ao seu total convalescimento; **(i)** à nulidade de pleno direito da cláusula de limitação do tempo de internação, presente no contrato de adesão que fora celebrado entre as partes (questão prejudicial incidental).¹¹¹

O que proibirá o plano de saúde *B* de limitar o tempo de internação do segurado *A*, diante de nova moléstia que o acometa, é a coisa julgada relativa à solução dada à questão prejudicial incidental e não aquela referente à solução dada à questão principal prejudicada, responsável pela formação da coisa julgada material.

Admite-se, inclusive, com esteio no art. 966, §3º, do CPC/15, seja proposta uma ação rescisória voltada à rescisão unicamente da coisa julgada que se tenha formado em relação à solução dada à questão prejudicial incidental.

Nesse sentido, veja-se o teor do enunciado n. 338 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 966, caput e §3º, 503, §1º) Cabe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada

¹¹¹(Lei 8.078/90) “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:” V., ainda, Súmula n. 302 do STJ: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

formada sobre a resolução expressa da questão prejudicial incidental. (Grupo Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória)”.

Também os requisitos previstos nos parágrafos primeiro e segundo do art. 503 do CPC/15, ao particularizarem o regime de formação da coisa julgada sobre a solução dada a questões prejudiciais incidentais, militam em favor da conveniência de um designativo próprio para essa espécie de coisa julgada.

4.4.6 Proposta conceitual e escolhas terminológicas.

É chegado o momento de estabelecermos os conceitos (jurídico-positivos) de coisa julgada que nos serão úteis à compreensão do CPC/15, oportunizando-se uma prévia síntese do caminho que nos conduziu até as escolhas terminológicas que serão feitas neste tópico.

Firmamos o nosso primeiro posicionamento no sentido de entender a coisa julgada como uma situação jurídica (= efeito jurídico), que surge no momento do trânsito em julgado, caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade da decisão, característica definitiva dessa espécie de efeito jurídico, que o distingue dos demais (item 4.2).

Expusemos, então, os conceitos de coisa julgada formal e de coisa julgada material na doutrina (item 4.3), e, depois disso, voltamos as atenções ao direito positivo (item 4.4).

Já cuidando do CPC/15, destacamos interesse à compreensão da “coisa julgada”, ao lado daquele conceito de coisa julgada-efeito jurídico, o conceito de coisa julgada-fato jurídico, do qual se valem seus arts. 337, VII, §§1º e 4º e 485, V (item 4.4.3).

Após isso, detectamos 03 (três) espécies discerníveis de coisa julgada no CPC/15. Uma primeira, relativa à solução dada às questões principais (= “coisa julgada material” na linguagem do CPC/15). Uma segunda, pertinente à solução dada a questões processuais que importem na extinção total ou parcial do processo sem resolução do mérito. E uma terceira, referente à solução dada às questões prejudiciais incidentais.

As três são o mesmo efeito jurídico coisa julgada, até porque se não fossem não poderiam pertencer ao gênero comum (coisa julgada-efeito jurídico).

Parece-nos, apesar disso, seja útil à compreensão do CPC/15 que a doutrina atribua nomes diversos a elas, categorizando-as como espécies de um mesmo gênero, visando-se, com isso, deixar claro 02 (duas) coisas. Primeira, que ao lado das decisões de mérito, há também, no regime do CPC/15, decisões de questões processuais e decisões de questões prejudiciais incidentais que se tornam imutáveis e indiscutíveis em outros processos. Segunda, que todas as decisões cujo conteúdo tenha-se tornado indiscutível e imutável em outros processo com o trânsito em julgado, compõe suportes fáticos de um mesmo tipo de efeito jurídico, qual seja, do efeito jurídico coisa julgada.

Vemos, então, utilidade nos conceitos de coisa julgada-fato jurídico e de coisa julgada-efeito jurídico, bem como em serem discernidas 03 (três) espécies dentro do gênero coisa julgada-efeito jurídico.

Não é de se estranhar que esses conceitos relacionem-se proximamente. No registro de LOURIVAL VILANOVA, toda ciência é uma construção conceptual, um conjunto de conceitos que se articulam (VILANOVA, 1947, p. 9) e, no caso, tratamos, no plano discursivo da Ciência do Direito, de conceitos designados por uma expressão em comum “coisa julgada”.

Um dos aspectos do efeito jurídico coisa julgada é tornar devida para certos sujeitos a conduta de não voltarem a discutir em outro processo o que já foi decidido (= indiscutibilidade externa da decisão). O fato consistente na violação desse comando é chamado pelo legislador de “coisa julgada” nos arts. 337, VII, §§1º e 4º, e 485, V, CPC/15. E por se cuidar de fato ao qual se imputam efeitos jurídicos, qualifica-se como fato jurídico (coisa julgada-fato jurídico).

Dentro da classe coisa julgada-efeito jurídico, por sua vez, situamos 03 (três) subclasses, cujas existências dogmáticas justificam-se (somente) para que se facilite a compreensão do direito positivo.

O critério distintivo entre elas foca-se num dos elementos dos suportes fáticos correspondentes, qual seja, na decisão transitada em julgado, que poderá ser relativa a uma questão principal, a uma questão processual ou a uma questão prejudicial incidental.

Examinaremos, então, a disciplina da coisa julgada no CPC/15, municiados dos conceitos de coisa julgada que assim resolvemos denominar e definir:

- **(a) “coisa julgada-fato jurídico”**: fato jurídico consistente na propositura de uma nova ação idêntica à outra já decidida por decisão transitada em julgado;

- **(b) “coisa julgada-efeito jurídico”** ou apenas **“coisa julgada”** (gênero): situação jurídica caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade da decisão em outros processos¹¹², formada a partir do trânsito em julgado da decisão;

(b1) “coisa julgada sobre questões principais”: coisa julgada pertinente à solução dada a questões principais¹¹³;

(b2) “coisa julgada sobre questões processuais”: coisa julgada pertinente à solução dada a questões processuais¹¹⁴, e

(b3) “coisa julgada sobre questões prejudiciais incidentais”: coisa julgada pertinente à solução dada a questões prejudiciais incidentais¹¹⁵.

112Mais extensamente enunciada, a definição da coisa julgada-efeito jurídico seria a seguinte: situação jurídica formada a partir do trânsito em julgado, caracterizada por um duplo aspecto, um deles consistente na imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial em outros processos (modificação que se opera no mundo jurídico) e o outro consistente nas condutas omissivas que se tornam devidas por parte de determinados sujeitos, de se absterem de rediscutir e de modificar o conteúdo daquela decisão em outros processos (condutas que se tornam devidas no mundo fático). Acontece que, em que pese distinguíveis, esses dois aspectos do fenômeno jurídico coisa julgada são indissociáveis, como exposto no item 4.4.3 (“Algo só se torna imutável e indiscutível na exata medida em que se vedem a mudança e a rediscussão suas.”), razão pela qual a enunciação de apenas um deles no *definiens* não compromete a definição do conceito.

113Em outras palavras, “coisa julgada sobre questões principais” é o designativo da situação jurídica caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade da decisão de uma questão principal em outros processos, formada a partir do respectivo trânsito em julgado.

114Em outras palavras, “coisa julgada sobre questões processuais” é o designativo da situação jurídica caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade da decisão de uma questão processual em outros processos, formada a partir do respectivo trânsito em julgado.

115Em outras palavras, “coisa julgada sobre questões prejudiciais incidentais” é o designativo da situação jurídica caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade da decisão de uma questão prejudicial incidental em outros processos, formada a partir do respectivo trânsito em julgado.

Reitera-se, assim, que as espécies **(b1)**, **(b2)** e **(b3)** possuem a característica comum do gênero **(b)**, distinguindo-se entre si segundo a natureza da questão decidida (principal, processual ou prejudicial incidental).

Há uma justificativa terminológica final. Convém substituir-se a expressão “coisa julgada material”, empregada na linguagem do direito positivo, pela expressão “coisa julgada sobre questões principais”, a ser empregada na linguagem da Ciência do Direito, por dois motivos: **(i)** pela elevada carga semântica que a tradicionalidade faz recair sobre a expressão “coisa julgada material”, quase sempre tomada como sinônimo de “coisa julgada”, fonte de possíveis confusões; **(ii)** pelo fato de a expressão “coisa julgada sobre questões principais” ser mais autoexplicativa que “coisa julgada material” quando colocada dentro do gênero coisa julgada e quando confrontada com a expressão “coisa julgada sobre questões prejudiciais incidentais”.

4.5 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA (CRFB/88, ART. 5º, XXXVI).

Já indicados os conceitos de coisa julgada que entendemos apropriados à compreensão do assunto “coisa julgada” no CPC/15 e enunciadas as respectivas definições científicas, antes de prosseguirmos na análise legal do tema, faz-se necessário olhar para a Constituição vigente, na tentativa de extrair-se algum conteúdo do seu art. 5º, XXXVI, dispositivo que consagra e protege a coisa julgada.

Ignorar-se este ponto inviabilizaria qualquer discussão quanto à constitucionalidade de normas legais pertinentes ao tema e redundaria em se admitir que o legislador pode tudo no que toca à disciplina da coisa julgada, não significando nada a referência constitucional ao instituto – o que não admitimos.

A Constituição de 1934 foi a primeira Constituição brasileira a fazer uso da expressão “coisa julgada”. Desde então a “coisa julgada” apareceu em todas as subsequentes constituições,

excetuada a Constituição de 1937¹¹⁶, sempre ao lado do “direito adquirido” e do “ato jurídico perfeito”, em dispositivos de mesma redação – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”; até a Constituição de 1969 em capítulo denominado “dos direitos e (das) garantias individuais” e, na Constituição de 1988, no Capítulo “Dos direitos e Deveres Individuais e Coletivos”:

CONSTITUIÇÃO DE 1934:

TÍTULO III

Da Declaração de Direitos

CAPÍTULO II

Dos Direitos e das Garantias Individuais

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] 3) A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

CONSTITUIÇÃO DE 1946:

TÍTULO IV

Da Declaração de Direitos

CAPÍTULO II

Dos Direitos e das Garantias individuais

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] § 3º. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

CONSTITUIÇÃO DE 1967:

TÍTULO II

Da Declaração de Direitos

CAPÍTULO IV

Dos Direitos e Garantias Individuais

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] § 3º. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

CONSTITUIÇÃO DE 1969 (Constituição de 1967 na redação dada pela EC Nº 01/69):

TÍTULO II

Da Declaração de Direitos

CAPÍTULO IV

Dos Direitos e Garantias Individuais

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] § 3º A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

¹¹⁶Constituições brasileiras disponíveis em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1>>. Acesso em 28/07/16.

CONSTITUIÇÃO DE 1988:
 TÍTULO II
 Dos Direitos e Garantias Fundamentais
 CAPÍTULO I
 Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos
 XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Apesar disso, nenhuma delas definiu o conceito de coisa julgada, isto é, o que se deve ali entender pela palavra “coisa julgada”. Podemos, então, afirmar com segurança que a coisa julgada goza há muito de status e de proteção constitucional – caracterizada, aliás, como cláusula pétrea na atual Constituição (CRFB/88, art. 60, §4º, IV) –, mas não, com a mesma segurança, o que esse status e proteção significam.

Significam, por óbvio, que o legislador infraconstitucional não pode abolir a coisa julgada. Algum conteúdo adicional, entretanto, há que ser extraído dessa garantia previamente ao exame do direito infraconstitucional. Compactuar com a possibilidade de o legislador infraconstitucional dizer livremente o que é a coisa julgada e regular seu regime jurídico sem qualquer limitação importa esvaziar por completo a garantia. A legislação infraconstitucional deve ser interpretada conforme a Constituição, e não o contrário. Isso não se discute.

Algum sentido constitucional do conceito de coisa julgada preexiste à legislação infraconstitucional, da mesma forma que algum significado dos enunciados prescritivos preexiste ao término de cada processo interpretativo. Como nos ensina HUMBERTO ÁVILA:

[...] a constatação de que os sentidos são construídos pela intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que afirmar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. (ÁVILA, 2014, p. 52)

O texto pode significar muitas coisas, mas não significa qualquer coisa; os limites à atividade do intérprete são bastante amplos, mas há limites. Entre as compreensões de que o texto tenha um significado fixo, uma pluralidade de significados possíveis ou não tenha significado algum (o que equivale a poder significar qualquer coisa), ficamos com a posição intermediária, na linha do que defende UMBERTO ECO:

[...] o problema não consiste em discutir a velha ideia de que o mundo é um texto que pode ser interpretado (e vice-versa), e sim em decidir se ele tem um significado

fixo, uma pluralidade de significados possíveis, ou, ao contrário, não tem significado algum. (ECO, 2004, p. 279)

[...] Na realidade, os símbolos crescem, mas jamais permanecem vazios. (ECO, 2004, p. 290)

Podemos e devemos, assim, construir um conceito jurídico-positivo, ainda em nível constitucional, indicativo da conformação mínima que o instituto da coisa julgada deve apresentar.

Iniciemos por sua pré-compreensão comum. A coisa julgada (CRFB/88, art. 5º, XXXVI) é uma garantia de estabilidade da decisão final (sentença *lato sensu*), transitada em julgado, operada mediante sua imutabilização/indiscutibilidade¹¹⁷, vinculando-se, portanto, ao princípio da segurança jurídica¹¹⁸.

Há, além disso, os seguintes princípios constitucionais que colaboram na construção desse conceito mínimo de coisa julgada: **a)** inafastabilidade da jurisdição (CRFB/88, art. 5º, XXXV), **b)** devido processo legal (CRFB/88, art. 5º, LIV), **c)** contraditório e ampla defesa (CRFB/88, art. 5º, LV).

A constitucionalidade do regramento legal da coisa julgada dependerá de nenhum deles ser vulnerado, razão pela qual podemos defini-la, em nível constitucional, como: *uma garantia de estabilidade da decisão final, transitada em julgado, a ser regulamentada pelo legislador de modo que promova a segurança jurídica, sem violação dos princípios da inafastabilidade da Jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.*

Sabemos, por outro lado, que a garantia constitucional da coisa julgada não representa a absoluta impossibilidade de desconstituição da decisão com conteúdo imutável e indiscutível.

¹¹⁷Falamos em pré-compreensão comum porque a vinculação da coisa julgada à imutabilidade e à indiscutibilidade da decisão (sentença *lato sensu*) é aspecto com o qual concordam as teorias mencionadas até aqui sobre a coisa julgada. Interessantíssimo, todavia, o posicionamento de Antônio do Passo Cabral, que propõe um novo formato para a segurança jurídica no processo, mediante a substituição do modelo de *segurança-imutabilidade* por um modelo de *segurança-continuidade* (CABRAL, 2014, p. 313-337). A construção, a partir dessa ideia, de um novo conceito constitucional de coisa julgada é possível, porque o modelo que Antonio do Passo Cabral concebe é em tudo compatível com os demais princípios constitucionais envolvidos – parece-nos até que os concretiza em maior medida que o modelo atual. Acontece que não foi o modelo adotado no CPC/73 nem no CPC/15, em cujos textos vemos obstáculos à implementação desse novo paradigma. E é neste ponto que discordamos do autor em referência, para quem o modelo de *segurança-continuidade* poderia ser implementado *de lege lata* (CABRAL, 2014, p. 587).

¹¹⁸Com relação ao princípio da segurança jurídica, vide, adiante, item 4.5.1.

A própria CRFB/88 prevê a ação rescisória e a revisão criminal, instrumentos que pressupõem a coisa julgada, nos seus arts.: 102, I, “j”; 105, I, “e”; 108, I, “b”, e 27, §10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹¹⁹. E a indicação não é exaustiva. Desconhecemos qualquer sério questionamento quanto à constitucionalidade da previsão de ação rescisória¹²⁰, por exemplo, na Justiça Estadual (CPC/15, art. 966, *caput* e CPC/73, art. 485, *caput*)¹²¹, na Justiça Eleitoral (Código Eleitoral, art. 22, I, “j”)¹²² ou na Justiça do Trabalho (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 836, *caput*)¹²³.

Reconhecemos que essa definição é bastante vaga, mas não há como ser diferente. O regramento constitucional da matéria é eminentemente principiológico e definição mais precisa do que seja o conceito constitucional de coisa julgada trairia a natureza descritiva da nossa linguagem.

De todo modo, apresentamos com isso um esquema dentro do qual deverão se desenvolver as interpretações dos dispositivos legais pertinentes ao tema e a argumentação quanto à constitucionalidade ou não de determinado aspecto do regramento legal da coisa julgada, focando-as na discussão acerca da violação ou não de algum daqueles princípios constitucionais.

119(CRFB/88) “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: [...] j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;” “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: [...] e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;” “Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: I – processar e julgar, originariamente: [...] [...] b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;” (ADCT) “Art. 27. [omissis] [...] § 10. Compete à Justiça Federal julgar as ações nela propostas até a data da promulgação da Constituição, e aos Tribunais Regionais Federais bem como ao Superior Tribunal de Justiça julgar as ações rescisórias das decisões até então proferidas pela Justiça Federal, inclusive daquelas cuja matéria tenha passado à competência de outro ramo do Judiciário.”

120Determinados aspectos do regramento da ação rescisória já tiveram sua constitucionalidade questionada (cf. e.g., ADI N^{os} 1.753 e 1.910), a constitucionalidade do instrumento em si, por outro lado, nunca foi objeto de questionamento, pelo que sabemos.

121(CPC/15) “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...]” (CPC/73) “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...]”

122(Lei 4.737/65) “Art. 22. Compete ao Tribunal Superior: I – Processar e julgar originariamente: [...] j) a ação rescisória, nos casos de inelegibilidade, desde que intentada dentro de cento e vinte dias de decisão irrecorrível, possibilitando-se o exercício do mandato eletivo até o seu trânsito em julgado. (Incluído pela LCP n^o 86, de 1996)

123(Dec.-Lei 5.452/43) “Art. 836. É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória, que será admitida na forma do disposto no Capítulo IV do Título IX da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, sujeita ao depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor. (Redação dada pela Lei n^o 11.495, de 2007)”

EDUARDO TALAMINI vale-se daqueles mesmos princípios mencionados para identificar alguns outros limites constitucionais ao regramento legal do instituto da coisa julgada, concluindo: **(a)** que a coisa julgada só seria extensível subjetivamente àqueles a quem o contraditório tenha sido ao menos oportunizado e **(b)** que a cognição exauriente seria um pressuposto constitucional da coisa julgada. Confira-se:

(a) A coisa julgada só opera perante as partes do processo em que ela se estabeleceu. Eis uma imposição das garantias do acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, XXXVI, LIV e LV): apenas a parte tem a possibilidade de exercer o direito de ação ou defesa em sua plenitude dentro do processo; portanto, apenas ela pode ficar vinculada ao resultado desse processo. [MARTINS; DOTTI (coord.), 2013, p. 832]

(a) Apenas é constitucionalmente deferível a coisa julgada à decisão proferida em processo desenvolvido em regime de contraditório entre as partes – o qual será efetivo ou potencial, conforme o grau de disponibilidade dos interesses em disputa. Somente pode ser destinatário de comando irreversível aquele a quem antes foi dada a oportunidade de participar do processo de formação desse comando. [...] Estabelecer como imutável uma decisão perante terceiro, que não teve a oportunidade de participar do processo em que ela foi proferida, afrontaria não apenas a garantia do contraditório, como também o devido processo legal e a inafastabilidade da tutela jurisdicional. [...] também entre as próprias partes do processo o princípio do contraditório põe-se como baliza para a incidência da coisa julgada: a lei não pode atribuir essa autoridade a pronunciamentos emitidos sem a oitiva da parte contrária. (TALAMINI, 2005, p. 53)

(b) Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente. [...] isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo. (TALAMINI, 2005, p. 54)
[letras entre parênteses por nós acrescentadas]

Concordamos com os lindes dentro dos quais referido autor desenvolve sua argumentação, razão principal pela qual a transcrevemos nesta oportunidade, discordamos, no entanto, com a devida vênia, de ambas as conclusões.

A Constituição não veda ao legislador a possibilidade de **(a)** estender a coisa julgada a quem não tenha sido oportunizado o contraditório ou **(b)** vinculá-la a decisões que não tenham se fundado em cognição exauriente, porque nem uma coisa nem outra, no nosso entender, violam, *a priori*, normas constitucionais.

A divergência no tema é prenhe de consequências. O entendimento que se firme sobre a primeira daquelas questões condicionará toda a análise do regramento dos limites subjetivos da coisa julgada (v. CPC/15, arts. 109, 506 e 601, par. ún., e CC/02, art. 274) enquanto que o

posicionamento sobre a segunda questão repercutirá no exame do regramento da estabilidade no procedimento monitório (CPC/15, arts. 700-702).

Quanto à primeira questão, veja-se que ninguém é vulnerado em quaisquer dos seus direitos constitucionais por aquilo que lhe favoreça. Percebendo o ponto, ainda no regime anterior, CRUZ E TUCCI sustenta corretamente que o terceiro beneficiado pela coisa julgada carece de interesse processual para impugná-la:

Nessas condições, com o trânsito em julgado da sentença e a consequente imutabilidade do comando que dela emerge, não se vislumbra, em relação ao terceiro, qualquer violação, necessidade de modificação ou estado de incerteza atual, que possa gerar-lhe interesse processual para agir contra a coisa julgada que o favorece. (CRUZ E TUCCI, 2006, p. 210-211)

Dispensa-se a citação do réu nos casos de indeferimento liminar da petição inicial (CPC/15, arts. 330-331) e de improcedência liminar do pedido (CPC/15, art. 332) exatamente porque a sentença nestes casos o favorece¹²⁴.

Não há óbice constitucional a que a coisa julgada favoreça terceiros, realidade positivada no art. 506 do CPC/15¹²⁵. A Constituição não veda a extensão da coisa julgada a quem não tenha sido oportunizado o contraditório. O que se proíbe é que o legislador, através dessa extensão da coisa julgada a terceiros, viole princípios constitucionais, como os da inafastabilidade da Jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à segunda questão, remetemos o leitor ao item 6.5.2, onde examinamos a relação entre coisa julgada e cognição exauriente. As razões de nossa discordância no ponto dependem da distinção entre os diversos tipos de cognição e da definição do conceito de cognição exauriente, atividades que até aqui ainda não realizamos.

¹²⁴O trânsito em julgado da sentença de improcedência liminar do pedido caracteriza, inclusive, um específico caso de inequívoca coisa julgada em favor de terceiros – não tendo o réu sido citado, permanece processualmente sendo um terceiro –, presente desde a Lei 11.277/06, que introduziu o art. 285-A no CPC/73, inobstante prevendo hipótese de incidência completamente distinta daquelas previstas no CPC/15, art. 332.

¹²⁵Trata-se do sentido que se constrói interpretando-se o art. 506 do CPC/15 *a contrario sensu* e comparando-o com a primeira parte do seu correspondente do CPC/73, art. 472: (CPC/15) “Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.” (CPC/73) “Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. [...]”

4.5.1 O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Como já dito, à exceção da Constituição de 1937, todas as constituições brasileiras, desde a Constituição de 1934, tem-se referido à coisa julgada, sempre ao lado do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, tal como se verifica na Constituição vigente (CRFB/88, art. 5º, XXXVI)¹²⁶.

Só essa circunstância já oportuniza sejam esses três conceitos articulados, sem se perder de vista que o objeto do nosso estudo é a coisa julgada, de modo que o tratamento dispensado ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido limitar-se-á ao necessário para distingui-los e relacioná-los ao conceito de coisa julgada.

Uma observação inicial a ser feita é a de “lei”, na acepção em que empregada no art. 5º, XXXVI, da CRFB/88, assume o significado amplo de ato normativo. Compreenda-se, assim, que nenhum ato normativo prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nesse sentido, confira-se trecho do voto do Min. CARLOS AYRES BRITTO, proferido no julgamento da ADI 3.105-8/DF¹²⁷:

Quando a Constituição emite o discurso de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI), ela está dizendo direito/lei, qualquer ato da ordem normativa constante no art. 59 da Constituição. (ADI 3105, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2004, DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-02 PP-00123 RTJ VOL-00193-01 PP-00137 RDDT n. 140, 2007, p. 202-203)

Dizer que nenhum ato normativo prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada significa, basicamente, duas coisas:

- 1ª que normas jurídicas não prejudicarão os *institutos* do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada;
- 2ª que normas jurídicas não prejudicarão os direitos já adquiridos, os atos jurídicos já aperfeiçoados e as coisas julgadas já constituídas.

¹²⁶A mesma referência conjunta é igualmente encontrada no art. 6º da LINDB (“A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”)

¹²⁷A referência foi encontrada inicialmente em: BULOS, 2015, p. 633.

Vedam-se tanto atos normativos que ofendam coisas julgadas preteritamente constituídas quanto atos normativos que ofendam o instituto da coisa julgada, abolindo-o dali para frente. O mesmo raciocínio aplica-se ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

Examinando-se mais de perto aquele segundo significado do dispositivo constitucional, nota-se que o art. 5º, XXXVI, da CRFB/88 mantém íntima relação com o direito intertemporal. Sob um ângulo, proíbe que novas normas jurídicas atinjam retroativamente aquela tríade, mediante a extinção superveniente de direitos já adquiridos e de coisas julgadas já constituídas ou mediante a invalidação superveniente de atos jurídicos concluídos sem defeito. Sob outro ângulo, impõe a ultratividade de normas jurídicas revogadas, de modo a se preservar a existência dos direitos já adquiridos e das coisas julgadas já constituídas e a higidez dos atos jurídicos validamente concluídos.

Em sentido similar, assim se posicionam ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS e ERIK FREDERICO GRAMSTRUP: “[...] as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada podem ser entendidas de duas maneiras: uma, como impedimentos à retroeficácia da lei; a outra, como fundamentos de sua ultratividade.” (RAMOS; GRAMSTRUP, 2016, p. 101)

4.5.1.1 Aproximação entre os conceitos de coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito.

A coisa julgada a que faz referência o texto constitucional é a coisa julgada espécie de situação jurídica (= efeito jurídico), caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo de uma decisão judicial. Não faz sentido tomar a expressão “coisa julgada”, no seu emprego pelo art. 5º, XXXVI, da CRFB/88, como designativa do fato jurídico definido pelo art. 337, §4º, do CPC/15.

A principal finalidade de se proteger a coisa julgada (efeito jurídico), o direito adquirido e o ato jurídico perfeito é a garantia da segurança jurídica, concretizada constitucionalmente através dessa blindagem face às mudanças normativas supervenientes.

Em que pese a ausência de referência explícita no texto constitucional à segurança jurídica¹²⁸, a jurisprudência do STF é pacífica em reconhecê-la como uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito, dotada, conseqüentemente, de normatividade¹²⁹.

Veja-se, então, que a vinculação axiológica à segurança jurídica é a característica comum aos conceitos de coisa julgada, de direito adquirido e de ato jurídico perfeito, no contexto em que ali empregados. O ponto é pacífico¹³⁰.

4.5.1.2 Definição e distinção entre os conceitos de coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito.

Distinguir os conceitos de coisa julgada, de direito adquirido e de ato jurídico perfeito pressupõe suas definições.

Sem olvidar-se da cautela que devemos guardar em relação às definições legais (v. item 3.2.2) e do fato de que lei contrária à Constituição ou é lei por ela não recepcionada (se anterior à Constituição) ou é lei com vício de inconstitucionalidade (se posterior à Constituição), importa examinar as definições legais presentes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, na redação dada pela Lei 3.238/57, dos conceitos de ato jurídico perfeito, de direito adquirido e coisa julgada:

128A despeito de o *caput* do art. 5º da CRFB/88 utilizar-se do termo “segurança”, não se costuma tomá-lo como base normativa da segurança jurídica. José Afonso da Silva, por exemplo, trata, sob a epígrafe “direito à segurança”, da “segurança do domicílio”, da “segurança das comunicações pessoais”, da “segurança em matéria penal” e da “segurança em matéria tributária” (SILVA, 2011, p. 438-442). O dispositivo constitucional mais utilizado como ponto de partida para o desenvolvimento do tema “segurança jurídica” é, em vez disso, o art. 5º, XXXVI, da CRFB/88 (cf. SILVA, 2011, p. 434-435; MENDES; BRANCO, 2015, p. 365-367). Na legislação infraconstitucional há referências explícitas à “segurança jurídica” no CPC/15 em 07 (sete) oportunidades, arts.: 525, §13; 535, §6º; 927, §§3º e 4º; 976, II; 982, §3º, e 1.029, §4º.

129Para ficarmos apenas com um julgado recente de cada um dos Órgãos colegiados do STF, cf.: MS 31704, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 19/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 13-05-2016 PUBLIC 16-05-2016; RE 589513 ED-EDv-AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016; MS 27006 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016.

130V. e.g.: MENDES; BRANCO, 2015, p. 365-396; SILVA, 2011, 434-438; BULOS, 2015, p. 633-639.

LINDB:

Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§1º Reputa-se *ato jurídico perfeito* o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se *adquiridos* assim os *direitos* que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se *coisa julgada* ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. [grifo nosso]

A mencionada definição legal de coisa julgada não se presta ao entendimento da sua proteção constitucional¹³¹. Ao tutelar a coisa julgada, o que a Constituição protege é a situação jurídica caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão em julgado em outros processos e não a decisão judicial transitada em julgado em si, enquanto fato jurídico que a LINDB chama de coisa julgada.

Já as definições de ato jurídico perfeito e de direito adquirido podem ser mais claramente enunciadas.

Ato jurídico perfeito é o ato jurídico cujas etapas de formação completaram-se sob determinado regime jurídico. Esclarece-se, assim, que a consumação a que faz referência o art. 6º, §1º, da LINDB, diz respeito ao esgotamento das etapas de formação regular do ato e não ao esgotamento dos seus efeitos.

Como consignam ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS e ERIK FREDERICO GRAMSTRUP: “Perfeito’ é sinônimo de acabado ou terminado. É de bom aviso prevenir uma confusão: o que está

131Repelindo a utilidade dessa definição legal para a compreensão da proteção constitucional da coisa julgada, confira-se, entre outros: RAMOS, GRAMSTRUP, 2016, p. 110; SILVA, 2011, p. 437-438. Em sentido contrário, veja-se ementa de acórdão onde o STF socorreu-se da definição legal de coisa julgada constante da LINDB para afastar da abrangência daquela cláusula constitucional à impropriamente denominada coisa julgada administrativa: “Ação rescisória. Recurso extraordinário. Alegação de ofensa a coisa julgada administrativa e a direito adquirido. - A coisa julgada a que se refere o artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna é, como conceitua o § 3º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, a decisão judicial de que já não caiba recurso, e não a denominada coisa julgada administrativa. Por outro lado, sob o ângulo da alegação de ofensa ao referido dispositivo constitucional no que diz respeito ao direito adquirido, o recurso extraordinário, em se tratando de acórdão que julgou ação rescisória, teria de atacá-lo com a demonstração de que esse aresto errou ao declarar inexistente violação à literalidade do preceito constitucional - o que no caso não ocorre - e não com a alegação de que o acórdão rescindendo o teria contrariado, pois a via rescisória não é mera reiteração da via originária que se pretende rescindir. Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 144996, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 29/04/1997, DJ 12-09-1997 PP-43732 EMENT VOL-01882-02 PP-00325)

acabado não são os efeitos do ato, mas sim os passos necessários ao seu aperfeiçoamento.” (RAMOS; GRAMSTRUP, 2016, p. 107).

Completado (= aperfeiçoado) o ato jurídico sob a égide de um regime jurídico, alteração posterior desse regime não poderá repercutir no plano da sua validade (MENDES; BRANCO, 2015, p. 368).

Direito adquirido, por sua vez, é o direito (= espécie de efeito previsto na norma) ainda não exercido por completo, cujo fato jurídico gerador (= fato aquisitivo) já se verificou por completo.

Mediante tal definição, estremamos do conceito de direito adquirido os conceitos de expectativa de direito e de direito consumado, assim definidos por LUÍS ROBERTO BARROSO: “a) expectativa de direito: o fato aquisitivo teve início, mas não se completou; [...] c) direito consumado: o fato aquisitivo já se completou e o efeito previsto na norma já se produziu integralmente.” (BARROSO, 2015, p. 220).

Cumpre registrar que a aparente simplicidade na definição dos conceitos de ato jurídico perfeito e de direito adquirido oculta a complexidade casuística de se saber quando estamos diante de um e do outro, tarefa que aqui não nos cabe¹³².

Podemos, agora, diferenciá-los.

¹³²Mesmo a diferença entre direito adquirido e regime jurídico, muito importante à compreensão da jurisprudência do STF, pacífica em afirmar que não há direito adquirido ao regime jurídico [ex.: ARE 667780 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 18-05-2016 PUBLIC 19-05-2016; RE 900759 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 28-04-2016 PUBLIC 29-04-2016; ADI 3711, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 21-08-2015 PUBLIC 24-08-2015], torna-se obscura e casuística diante de casos como o da ADI 3105 [ADI 3105, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2004, DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-02 PP-00123 RTJ VOL-00193-01 PP-00137 RDDT n. 140, 2007, p. 202-203], onde se reconheceu a constitucionalidade da contribuição imposta pela EC 41/03 inclusive a quem já era aposentado ou pensionista quando da sua entrada em vigor. Comentando referida decisão, Uadi Lamego Bulos afirma que “o pensamento pretoriano destruiu a garantia do direito adquirido, relativizando conquistas alcançadas e incorporadas, em definitivo, ao patrimônio do povo brasileiro.” (BULOS, 2015, p. 636).

Começemos por uma verdade trivial: o direito adquirido é, antes de tudo, um direito e o ato jurídico perfeito é, antes de tudo, um ato jurídico.

Direito é uma situação jurídica ativa, espécie do gênero efeito jurídico, produto de um fato jurídico. Já o ato jurídico é uma espécie de fato jurídico, produtor de um efeito jurídico. O ato jurídico perfeito frequentemente é causa de direitos adquiridos, mas fato e efeito não são a mesma coisa.

Sendo a coisa julgada, no contexto constitucional, uma situação jurídica (= efeito jurídico), fica clara a diferença básica entre o seu conceito e o de ato jurídico perfeito.

Quanto aos conceitos de coisa julgada e de direito adquirido, convém rememorar um dos aspectos que destacamos do efeito jurídico coisa julgada: são as condutas omissivas que se tornam devidas por parte de determinados sujeitos, de se absterem de rediscutir e de modificar, em outros processos, o conteúdo da decisão tornada indiscutível e imutável.

Designa-se por “coisa julgada”, assim, uma específica situação jurídica passiva, consistente na submissão de determinados sujeitos ao respeito do que fora decidido. O direito adquirido, por outro lado, é uma espécie de situação jurídica ativa, consiste na incorporação de determinada vantagem ao patrimônio dos sujeitos titulares do direito.

4.5.1.3 Articulação entre os conceitos de coisa julgada, de direito adquirido e de ato jurídico perfeito.

O mundo jurídico, na sua estrutura mais básica, compõe-se de fatos jurídicos e de efeitos jurídicos. A norma jurídica toma em consideração fatos do mundo no seu suporte fático e a eles vincula, no seu preceito, efeitos jurídicos, tornando-os fatos jurídicos.

Protege-se a higidez do ato jurídico perfeito face ao direito superveniente porque se assim não fosse poderia ele vir a ser invalidado, com a conseqüente extinção de eventuais direitos adquiridos (= espécie de efeito jurídico) a partir dele.

O reverso da observância à coisa julgada, por sua vez, é o direito a se exigir-lhe o respeito. Existe o dever de respeito à coisa julgada porque existe o direito a se exigir que ela seja observada, direito adquirido no momento em que integralmente preenchido o suporte fático da coisa julgada, fato jurídico que o gera.

Apesar, então, da autonomia científica dos conceitos de coisa julgada, de direito adquirido e de ato jurídico perfeito, quando os examinamos como concretizações da segurança jurídica, somos levados à conclusão de que todos os três voltam-se, em certa medida, à proteção do direito adquirido, compreendido como uma situação jurídica ativa, incorporada ao patrimônio de determinada pessoa e protegida em face do direito superveniente.

Em sentido semelhante, assim se pronuncia GILMAR FERREIRA MENDES: “[...] a despeito dessa formal tripartição, o conceito central é o de direito adquirido, nele contempladas de alguma forma tanto a ideia de ato jurídico perfeito como a de coisa julgada.” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 369).

5 O MOMENTO DE FORMAÇÃO DA COISA JULGADA (= O TRÂNSITO EM JULGADO).

Interessa-nos aqui responder quando o efeito jurídico coisa julgada surge.

Não são todas as decisões que têm aptidão para o trânsito em julgado. O juízo positivo provisório de admissibilidade (v. CPC/15, arts. 1.030, V; 1.041, §2º), por exemplo, não a tem.

Não são todas as decisões aptas ao trânsito em julgado que, efetivamente, transitam em julgado. Decisões impugnadas por recursos admitidos dotados de efeito substitutivo (CPC/15, art. 1.008)¹³³, por exemplo, são retiradas do mundo jurídico antes que se possa falar no trânsito em julgado delas.

E não são todas as decisões transitadas em julgado que produzem coisa julgada. A decisão que concede a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, por exemplo, mesmo transitada em julgado não resulta em coisa julgada (CPC/15, art. 304, §6º).

Apesar disso, em todos os casos onde estejamos diante da coisa julgada, seu surgimento terá coincidido temporalmente com o trânsito em julgado. Especificar o momento de formação do efeito coisa julgada é, então, o mesmo que precisar o trânsito em julgado da decisão que compõe o seu suporte fático. Para tanto, não há como se abrir mão de uma definição de trânsito em julgado.

O CPC/15 emprega as expressões “trânsito em julgado”, “transitada em julgado” e “transitado em julgado” num total de 51 (cinquenta e uma) vezes. Não define, entretanto, o conceito de trânsito em julgado¹³⁴.

¹³³À exceção dos embargos de declaração (CPC/15, art. 1.022), todos os recursos admitidos produzem o efeito substitutivo.

¹³⁴Ainda que o fizesse isso não representaria garantia alguma de que as expressões estariam empregadas no mesmo sentido em todas essas ocorrências, como já vimos ao tratar das “definições legais” no item 3.3.2.

Diversamente do que ocorre com a “coisa julgada”, “trânsito em julgado”, “transitada em julgado” e “transitado em julgado” são expressões empregadas sempre em sentido similar no CPC/15. A compreensão do assunto pode, então, partir de uma única definição de trânsito em julgado, que assim enunciamos:

- ***trânsito em julgado** é o momento processual a partir do qual o conteúdo de um pronunciamento decisório ou de ao menos um dos seus capítulos torna-se não mais sujeito a modificações no bojo do mesmo processo.*

No regime do CPC/15, *decisões* – aqui entendidas como o conteúdo de um pronunciamento decisório ou de um capítulo decisório (= produto do ato de se decidir algo; = solução dada a um assunto) – tornam-se insuscetíveis a modificações nos mesmos autos, via de regra, quando não mais sujeitas aos recursos.

Todavia, é preciso atentar para a existência de decisões cuja modificação, nos mesmos autos, pode vir a ser realizada *também* por outros meios, que não recursos. Convém elencá-los:

- **(a)** o pronunciamento decisório que saneia e organiza o processo, modificável em razão de pedido de esclarecimentos ou solicitação de ajustes (CPC/15, art. 357, §1º);
- **(b)** decisões sujeitas ao duplo grau de jurisdição, modificáveis via remessa necessária (CPC/15, art. 496);
- **(c)** o pronunciamento decisório que defere a expedição do mandado monitório¹³⁵, modificável via embargos à ação monitória (CPC/15, arts. 701 e 702).

(a) O pronunciamento decisório que saneia e organiza o processo transita em julgado quando esgotado o prazo comum de 05 (cinco) dias previsto para o pedido de esclarecimentos ou solicitação de ajustes (CPC/15, art. 357, §1º), excetuados os capítulos desse pronunciamento que sejam agraváveis, como, por exemplo, o que redistribua o ônus da prova

¹³⁵“Mandado monitório” é expressão empregada na doutrina e na jurisprudência em alusão ao mandado passível de expedição pelo juiz no início do procedimento monitório. É gênero de que o mandado de pagamento e o mandado de entrega de coisa eram espécies no CPC/73 e de que, agora, são espécies os mandados de pagamento, de entrega de coisa e para execução de obrigação de fazer ou de não fazer.

nos termos do art. 373, §1º, do CPC/15 (CPC/15, art. 1.015, XI), que transitarão em julgado quando não mais sujeitos ao recurso de agravo de instrumento, interponível no prazo de 15 (quinze) dias (CPC/15, art. 1.003, §5º).

(b) Decisões sujeitas ao duplo grau de jurisdição não transitam em julgado enquanto não apreciada a remessa necessária (CPC/15, art. 496). É assim desde o regime do CPC/39, sob a égide do qual o STF editou a Súmula 423, do seguinte teor: “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.”

Acerca do tema, oportuno trazer-se à colação os enunciados n. 297 e n. 439 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

FPPC:

311. (arts. 496 e 1.046) A regra sobre remessa necessária é aquela vigente ao tempo da publicação em cartório ou disponibilização nos autos eletrônicos da sentença ou, ainda, quando da prolação da sentença em audiência, de modo que a limitação de seu cabimento no CPC não prejudica as remessas determinadas no regime do art. 475 do CPC/1973. (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias; redação alterada no V FPPC-Vitória e no VII FPPC-São Paulo)

439. (art. 503, §§ 1º e 2º) Nas causas contra a Fazenda Pública, além do preenchimento dos pressupostos previstos no art. 503, §§ 1º e 2º, a coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental depende de remessa necessária, quando for o caso. (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos da Fazenda Pública)

(c) O pronunciamento decisório que defere a expedição do mandado monitório, por fim, transita em julgado quando não mais sujeito aos embargos à ação monitória, oponíveis no prazo de 15 (quinze) dias (CPC/15, arts. 701 e 702).¹³⁶

Enunciada mais extensamente, a definição de trânsito em julgado, necessária e suficiente à cobertura de quaisquer hipóteses do CPC/15, seria, então, a seguinte:

- trânsito em julgado é o momento processual a partir do qual o conteúdo de um pronunciamento decisório ou de ao menos um dos seus capítulos torna-se não mais sujeito a recursos, previstos no art. 994 do CPC/15, ao pedido de esclarecimentos ou solicitação de

¹³⁶Consigne-se que o único recurso manejável contra o pronunciamento decisório que defere a expedição do mandado monitório são os embargos de declaração, porque visam ao esclarecimento, à integração e à correção de erro material de qualquer decisão judicial (CPC/15, art. 1.022). Nenhum outro recurso é interponível, em razão da falta de interesse recursal da parte ré, que dispõe dos embargos à ação monitória para alegar qualquer matéria passível de alegação como defesa no procedimento comum (CPC/15, art. 702, §1º).

ajustes, previsto no art. 357, §1º, do CPC/15, ao duplo grau de jurisdição, previsto no art. 496 do CPC/15, e aos embargos à ação monitória, previstos no art. 702 do CPC/15.

Mantidas as circunstâncias fáticas e jurídicas (v. CPC/15, arts. 342, I; 493, e 507) presentes ao tempo da decisão de saneamento e de organização do processo, a impossibilidade de modificar-se a solução nela dada às questões (i.e. seu trânsito em julgado) decorre agora, inclusive, de previsão expressa da sua estabilidade (CPC/15, art. 357, §1º).

Quanto à remessa necessária e aos embargos à ação monitória, forneceremos adiante exemplos que demonstram a repercussão prática do posicionamento assumido e a necessidade de o conceito de trânsito em julgado observá-los.

(i) Nos termos do art. 85, §16, do CPC/15: “Quando os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão.”

(i.1) Fixados em quantia certa os honorários advocatícios em sentenças submetidas à remessa necessária, os juros de mora só deverão incidir depois de sua confirmação pelo tribunal, haja vista que antes disso a sentença é ineficaz (CPC/15, art. 496) e ainda poderá vir a ser reformada ou invalidada.

(i.2) Fixados em quantia certa os honorários advocatícios no pronunciamento que defere a expedição do mandado monitório – caso ele não se encontre também sujeito à remessa necessária (v. CPC/15, arts. 700, §6º e 701, §4º) –, os juros de mora só deverão incidir quando aquela decisão não mais se encontrar sujeita aos embargos à ação monitória, visto que antes disso ainda haverá a possibilidade de sua reforma ou invalidação.

(ii) Em sendo referidas decisões omissas quanto ao direito aos honorários advocatícios ou ao seu valor, mesmo depois de esgotado o prazo para a oposição dos embargos de declaração, não será o caso de se propor ação autônoma para sua definição e cobrança (CPC/15, art. 85, §18), haja vista que o suprimento da omissão ainda poderá ser realizado pelo Tribunal, no caso da remessa necessária, e pelo próprio juiz, no caso dos embargos à ação monitória.

(iii) Sentença de improcedência liminar do pedido (CPC/15, art. 332, *caput* e §1º), proferida contra ente público, em causa de elevada expressão econômica (v. CPC/15, art. 496, §3º), transita em julgado apenas depois de confirmada pelo Tribunal, de modo que a intimação do réu do trânsito em julgado da sentença deve ser subsequente ao julgamento do tribunal e não a eventual não interposição do recurso de apelação (CPC/15, art. 332, §2º).

(iv) Repetir ação já decidida por decisão ainda submetida à remessa necessária ou aos embargos à ação monitória não caracteriza o fato jurídico coisa julgada (CPC/15, art. 337, §4º), mas sim o fato jurídico litispendência, haja vista que a primeira ação ainda estará em curso quando da propositura da segunda (CPC/15, art. 337, §3º).

(v) Decisões interlocutórias de mérito submetidas à remessa necessária evidentemente não comportam execução definitiva (CPC/15, art. 356, §3º) enquanto não confirmadas pelo Tribunal.

(vi) Apesar de esgotados os prazos recursais, enquanto as decisões encontrarem-se sujeitas à remessa necessária ou à oposição dos embargos à ação monitória é possível que o órgão judicial competente conheça de ofício da matéria constante dos incisos IV-VI e IX do art. 485 do CPC/15 (v. art. 485, §3º).

(vii) Não há a chamada eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC/15, art. 508) enquanto a decisão ainda se encontre sujeita à remessa necessária ou aos embargos à ação monitória.

(viii) Prova obtida pela Fazenda Pública ao tempo em que ainda pendente de julgamento a remessa necessária e prova obtida pelo réu da ação monitória ao tempo em que ainda lhe era possível a oposição dos embargos à ação monitória não caracterizam a hipótese de rescindibilidade prevista no art. 966, VII, do CPC/15.

(ix) Enquanto não julgados a remessa necessária e os embargos à ação monitória, não há impedimento ao uso do instrumento reclamação contra a decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição ou que deferiu a expedição do mandado monitório.

A justificativa dos demais termos presentes na definição do conceito de trânsito em julgado será exposta na sequência. Adiantamos, todavia, entender que ela permite a compreensão de todos os usos que o legislador faz da expressão “trânsito em julgado” no CPC/15 (v. arts.: 77, §3º; 85, §§16 e 18; 95, §4º; 98, §3º; 123, *caput*; 102, *caput*; 241; 331, §3º; 332, §2º; 337, §4º; 356, §3º; 485, §3º; 501; 508; 515, VI; 517, *caput*; 531, §1º; 572, §1º; 582, *caput*; 594, §1º; 655, *caput* e par. ún.; 656; 659, §2º; 675, *caput*; 692; 743, §2º; 760, §2º; 776; 910, §1º; 966, *caput* e §2º).¹³⁷

5.1 MOMENTO PROCESSUAL.

O trânsito em julgado não é um fato jurídico nem é um efeito jurídico. Fato jurídico ou efeito jurídico, a depender da posição que ocupe na norma jurídica (fato jurídico → descrito no suporte fático; efeito → previsto no preceito), é o trânsito em julgado *da decisão judicial*.

Uma sentença transitada em julgado que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, pode, por exemplo, ser efeito jurídico da inércia da parte vencida (CPC/15, art. 996, *caput*) + esgotamento do prazo de apelação (CPC/15, arts. 1.003, §5º e 1.009), bem como é fato jurídico que tem como um dos seus efeitos autorizar o cumprimento definitivo da sentença a requerimento do exequente (CPC/15, art. 523, *caput*)¹³⁸.

Só “trânsito em julgado”, entretanto, não designa um fato nem um efeito. Definir o trânsito em julgado como um momento processual, conseqüentemente, não significa definir algo pelo momento da sua ocorrência. O trânsito em julgado não é algo que ocorre em determinado

¹³⁷O único dispositivo do CPC/15 ao qual a definição fornecida não se adequa é o §16 do art. 85. Mas não porque o legislador tenha ali se valido de outro conceito de trânsito em julgado, e sim porque de maneira redundante empregou a expressão “da data” antes de “trânsito em julgado da decisão”.

¹³⁸Como *efeito jurídico*, o trânsito em julgado da decisão judicial do exemplo pode também decorrer do fato de ter o recurso de apelação, tempestivamente interposto, sido definitivamente inadmitido. Já na posição de *fato jurídico*, autorizar-se o *cumprimento definitivo da sentença a requerimento do exequente* é apenas um dentre os efeitos que o CPC/15 imputa ao trânsito em julgado dessa decisão. Também como decorrência do trânsito em julgado da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, autoriza-se ao exequente a realização da hipoteca judiciária (CPC/15, art. 495).

momento. É, em vez disso, o próprio momento em que algo ocorre no processo¹³⁹. Daí porque fazemos alusão a momento *processual*: não há trânsito em julgado fora do processo.

Falar-se em momento do trânsito em julgado é, rigorosamente, uma redundância. Note-se que o CPC/15 utiliza-se das expressões “depois de transitada em julgado” (art. 656), “após o trânsito em julgado” (arts.: 77, §3º; 95, §4º; 525, §15; 535, §8º; 537, §3º; 734, §3º; 756, §3º, e 988, §5º), e não “depois do momento em que transitada em julgado”, “após o momento do trânsito em julgado”.

5.2 UM PRONUNCIAMENTO DECISÓRIO.

Preliminarmente, uma justificativa terminológica. Evitamos empregar “decisão” na definição de trânsito em julgado por se tratar de termo com múltiplas acepções estreitamente relacionadas entre si, dotado, portanto, do pior tipo de ambiguidade.

Duas delas devem ser aqui destacadas para que não sejam embaralhadas: “decisão” designa tanto o **(a)** *produto do ato de se decidir algo*¹⁴⁰ (= conteúdo da decisão) quanto o **(b)** *pronunciamento judicial onde se decide algo* (= pronunciamento decisório; = formalização da decisão).

Vejamos alguns exemplos.

(i) Em qualquer pronunciamento judicial que conceda a tutela provisória de urgência o juízo deve apreciar ao menos duas questões: se há probabilidade do direito e se há perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (CPC/15, art. 300, *caput*)¹⁴¹.

¹³⁹“Processo” é tomado, neste contexto, como procedimento (= ato jurídico complexo de formação sucessiva), ou seja, no seu aspecto existencial. A advertência se faz necessária, porque há outras 02 (duas) importantes perspectivas de exame do processo: a perspectiva eficaz, que analisa o processo como um feixe de situações jurídicas processuais (metonimicamente, como relação jurídica processual), e a perspectiva da teoria da norma jurídica, que examina o processo como método de criação de normas jurídicas. Destacando essas 03 (três) perspectivas, cf.: DIDIER JR., 2015, p. 30-33.

¹⁴⁰“Decidir” vai aí empregado em sentido amplo: quaisquer questões sobre as quais o juízo se posicione são por ele decididas.

¹⁴¹Importante quanto à matéria fazer-se referência aos enunciados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que adotam entendimentos contrários um ao outro, sem repercussão, entretanto, no exemplo que vai no texto: “(TJMG) Enunciado 18 – (art. 300) O perigo de dano

(ii) Na decisão de saneamento e de organização do processo deve o juiz “resolver as questões processuais pendentes, se houver”, “delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos”, “definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373”, “delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito” e “designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.” (CPC/15, art. 357).

(iii) Na sentença o juiz deve decidir as questões principais que as partes lhe submeterem, depois de decidir sobre outras questões de fato e de direito (CPC/15, art. 489, II e III).

(iv) Também em sede recursal, o Colegiado ou o membro de Órgão Colegiado, respectivamente em acórdão ou em decisão unipessoal, devem decidir inúmeras questões, atinentes à admissibilidade e ao mérito do recurso (cf. CPC/15, arts. 932, II-VI; 997; 1.010, §3º e 1.013).

Enfim, num único pronunciamento o juízo frequentemente decide várias questões. Equivale dizer que frequentemente há várias *decisões* (= conteúdos) em uma mesma *decisão* (= forma).

O CPC/15 emprega bastante o termo “decisão” – bem mais que o CPC/73¹⁴² – e, para fins de estudo do trânsito em julgado, sua leitura exige a atenção do intérprete a pelo menos esses 02 (dois) significados.

Seu artigo 9º é um bom exemplo do que se afirma: a palavra “decisão” é ali empregada 02 (duas) vezes, cada qual delas em um dos sentidos destacados. Confira-se:

CPC/15:

Art. 9º Não se proferirá *decisão* (= nenhuma questão será decidida) contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (a respeito da questão).

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

[...]

ao direito material da parte deve ser analisado para o deferimento da tutela antecipada e o risco ao resultado útil do processo para a concessão da tutela cautelar.” “(FPPC) 143. (art. 300, caput) A redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada. (Grupo: Tutela Antecipada).”

142As palavras “decisão” e “decisões” somam 280 (duzentas e oitenta) ocorrências no CPC/15, enquanto que no CPC/73 somavam 88 (oitenta e oito) ocorrências.

III – à *decisão* (= ao pronunciamento decisório) prevista no art. 701.
(trechos entre parêntesis e grifos acrescidos)

Na definição de trânsito em julgado fornecida utilizamos a expressão “pronunciamento decisório” para evitar essa grave ambiguidade.

Por convenção, salvo ressalva expressa em sentido contrário, utilizaremos “decisão”, ao longo do texto, sempre naquele primeiro sentido: como o produto do ato de se decidir algo.

5.2.1 O trânsito em julgado não é referível ao processo, e sim ao pronunciamento decisório ou a seus capítulos.

Não é o processo que tem aptidão ao trânsito em julgado, e sim o pronunciamento decisório ou seus capítulos. Quaisquer referências ao trânsito em julgado do processo, inobstante frequentemente encontradas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁴³, são, por conseguinte, equivocadas.

A expressão “trânsito em julgado do processo” aparece, inclusive, em uma das teses firmadas pelo STJ em sede de recurso especial repetitivo:

Tema 741:

Os dividendos são devidos durante todo o período em que o consumidor integrou ou deveria ter integrado os quadros societários. No caso das ações convertidas em perdas e danos, é devido o pagamento de dividendos desde a data em que as ações deveriam ter sido subscritas, até a data do trânsito em julgado do processo de conhecimento, incidindo juros de mora e correção monetária segundo os critérios do

¹⁴³Todos os órgãos colegiados do STJ, sem exceção, utilizam-se da expressão “trânsito em julgado do processo” em diversos acórdãos. Cf., e.g.: EDcl no Ag 1431710/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/11/2015, DJe 20/11/2015; AgRg nos EmbExeMS 2.422/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2015, DJe 08/04/2015; REsp 1301989/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/03/2014, DJe 19/03/2014; AgRg na Rcl 6.627/PI, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2011, DJe 18/11/2011; HC 344.529/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016; RHC 63.451/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016; AgRg no REsp 1374199/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 24/09/2015; AgRg no REsp 1356818/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 17/02/2016; RMS 45.713/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 10/12/2015; AgRg no REsp 1404823/SC, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 25/11/2015.

item anterior. (REsp 1301989/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/03/2014, DJe 19/03/2014).

Onde consta no Tema 741 “até a data do trânsito em julgado do processo de conhecimento”, entenda-se: até o trânsito em julgado do pronunciamento decisório ou do capítulo onde se tenha reconhecido o direito do consumidor à percepção dos dividendos.

5.2.2 O trânsito em julgado nunca relaciona-se a mais de um pronunciamento decisório.

Não há trânsito em julgado que diga respeito a mais de um pronunciamento decisório, o que não afasta a possibilidade de mais de um deles transitar em julgado no mesmo momento.

Ilustrativamente, sendo *A* e *B* pronunciamentos decisórios transitados em julgado, há o trânsito em julgado de *A* (T^A) – ou de capítulos de *A* – e o trânsito em julgado de *B* (T^B) – ou de capítulos de *B*, sempre, ainda que T^A e T^B coincidam. A coincidência, no caso, será temporal e não existencial.

Um exemplo. O trânsito em julgado da sentença no todo apelada coincide com o trânsito em julgado da decisão que inadmita a apelação por insuficiência não suprida do valor do preparo (CPC/15, art. 1.007, §2º)¹⁴⁴.

5.2.3 “Pronunciamento decisório” é a denominação de um gênero.

Todo ato jurídico onde o juiz decide algo é um pronunciamento decisório. **(a)** Sentenças, **(b)** decisões interlocutórias, **(c)** acórdãos e **(d)** decisões unipessoais de membro de órgão colegiado são as 04 (quatro) espécies que, no sistema do CPC/15, compõem o gênero “pronunciamento decisório”.

¹⁴⁴Diante do juízo de inadmissibilidade, não há que se falar em efeito substitutivo (CPC/15, art. 1.008).

Inobstante o art. 203, *caput* e §§1º e 2º e o art. 204 do CPC/15 deem a entender que a sentença, a decisão interlocutória e o acórdão esgotam as espécies desse gênero, no nível (mais preciso) da metalinguagem científica descritiva do direito positivo essa impressão não se confirma.

Interpretação sistemática do CPC/15 impõe o reconhecimento de mais uma espécie de pronunciamento decisório, qual seja, a decisão unipessoal de membro de órgão colegiado, de que são subespécies as decisões do relator (ex. CPC/15, art. 932, II-VI) e do presidente ou vice-presidente do tribunal (ex. CPC/15, arts.: 1.029, §5º, III e 1.030, ambos na redação dada pela Lei 13.256/16).

Empregar-se na definição de trânsito em julgado a expressão “pronunciamento decisório” apresenta a vantagem de nela incluir todas as espécies anteriormente referidas e de dela excluir os pronunciamentos não-decisórios, chamados de “despachos” pelo CPC/15¹⁴⁵⁻¹⁴⁶, de que são exemplos aqueles que simplesmente impulsionam o procedimento¹⁴⁷ e os pronunciamentos onde o juiz adverte quaisquer sujeitos do processo de que suas condutas poderão ser punidas como ato atentatório à dignidade da justiça (CPC/15, art. 77, §1º) sem, no entanto, puni-las de imediato.

Despachos são irrecorríveis (CPC/15, art. 1.001) exatamente porque nada neles se decide, não havendo sentido falar-se no trânsito em julgado de despachos. Importante atentar-se, todavia, para o fato de que despachos podem dar ensejo ao surgimento de questões, que deverão ser resolvidas em pronunciamentos decisórios subsequentes (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 209).

Um exemplo. O juiz, em despacho, nomeia tradutor (CPC/15, art. 162); a parte interessada, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, argui a suspeição do tradutor nomeado (CPC/15, art. 148, II e §1º); pronunciamento judicial subsequente acerca da

¹⁴⁵Chega-se a tal conclusão interpretando-se os arts. 203 e 204 do CPC/15.

¹⁴⁶“Despacho de mero expediente” era a terminologia empregada pelo art. 504 do CPC/73, na sua redação original. Padecendo de um sério problema lógico, haja vista que inexistiam “despachos” que não fossem “de mero expediente”, a expressão veio a ser substituída pelo termo “despacho”, com a supressão dos termos “de mero expediente”, ainda no regime do CPC/73, pela Lei 11.276/06.

¹⁴⁷Tais como os que dispõem sobre: prazos para a prática de atos (CPC/15, art. 218, §1º), intimação de sujeitos do processo (CPC/15, arts. 154, par. ún.; 261, §1º; 271; 847, par. 4º; 1.010, §1º) e nomeação de auxiliares da justiça (CPC/15, arts. 162).

alegação de suspeição, proferido ao final do processamento do incidente (CPC/15, art. 148, §2º), terá conteúdo decisório, terá decidido a questão pertinente à suspeição ou não do tradutor nomeado naquele primeiro despacho, caracterizando-se o último pronunciamento judicial como decisão interlocutória (CPC/15, art. 203, §2º).

Importante perceber, ainda, que o nome atribuído pelo juiz ao pronunciamento não lhe altera o conteúdo. Pronunciamento onde o juiz resolva o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é decisão interlocutória agravável (CPC/15, arts. 136 e 1.015, IV), ainda que o órgão julgador o faça, inadvertidamente, sob a epígrafe de “Despacho”.

5.3 AO MENOS UM DOS SEUS CAPÍTULOS.

Num sentido amplo, capítulos do pronunciamento decisório são o resultado de qualquer cisão ideológica (= operação mental de abstração) sobre ele realizada (DINAMARCO, 2014, p. 11).

Qualquer questão sobre a qual o juízo se pronuncie pode, em tese, dar ensejo a um capítulo. Mais que isso, a depender da questão¹⁴⁸ e do sentido em que resolvida¹⁴⁹, uma só questão também pode dar ensejo a mais de um capítulo. Veja-se o exemplo da procedência parcial do pedido de condenação em quantia certa. O pedido quantificável é uma só questão (principal), mas a solução a ele dada comporta a divisão em 02 (dois) capítulos, um deles pertinente à parcela procedente do pedido e o outro relativo à parcela improcedente.

Capítulo nada tem a ver, portanto, com decomposição estrutural do pronunciamento, como a divisão da sentença em “relatório”, “fundamentos” e “dispositivo” (DINAMARCO, 2014, p. 15) – seus elementos essenciais, nos termos do art. 489 do CPC/15.

A decomposição estrutural do pronunciamento opera-se no nível do texto; já a cisão ideológica realiza-se no nível do sentido.

148A decisão de uma única questão processual, p. ex., não comporta a divisão em capítulos.

149A improcedência total de um pedido, ainda que quantificável, p. ex., não comporta a divisão em capítulos.

O conceito de capítulo pressupõe a divisibilidade mental do pronunciamento decisório; pressupõe, por conseguinte, pluralidade de capítulos. Daí o alerta de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, no sentido de que:

Não é adequado falar em *sentença com um capítulo só*, como às vezes se vê na doutrina. A sentença que não fosse portadora de duas ou mais decisões seria um todo unitário, sem divisão alguma em “capítulos”. Capítulo é porção, parte, parcela, segmento, ou seja, a unidade decorrente de uma divisão. (DINAMARCO, 2014, p. 39)

Podemos ser ainda mais incisivos: falar-se em pronunciamento decisório de um só capítulo é incorrer numa contradição. Ou o pronunciamento comporta cisão ideológica pelo critério adotado e consequentemente apresenta mais de um capítulo, ou não comporta e consequentemente não apresenta nenhum capítulo. Capítulo único não é possível¹⁵⁰.

O CPC/15, ineditamente – não há referência no CPC/73 aos capítulos de decisão – vale-se do conceito de capítulo para se referir: a capítulos rescindíveis (art. 966, §3º); a capítulos de sentença onde se decida alguma das matérias relacionadas nos incisos do art. 1.015 (art. 1.009, §3º), e ao capítulo da sentença onde se decida a respeito da tutela provisória (art. 1.009, §15).

Há, no entanto, muitas outras formas de se cindir ideologicamente um pronunciamento decisório, de que resultam muitas outras possibilidades de capítulos. Um pronunciamento pode ser cortado em capítulos com base, exemplificativamente:

- (i) na pluralidade de pedidos decididos;
- (ii) na pluralidade de fundamentos do pedido apreciados¹⁵¹;

¹⁵⁰Só se divide por um na matemática, tomando-se “dividir” na acepção de operação aritmética. Em todos os demais sentidos, dividir pressupõe que o resultado da divisão – “quociente”, na linguagem matemática – seja plural e não unitário (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 701).

¹⁵¹Pluralidade de pedidos *decididos* e pluralidade de fundamentos do pedido *apreciados* não se confundem com pluralidade de pedidos *deduzidos* e pluralidade de fundamentos do pedido *alegados*. Um exemplo. A despeito da existência de vários pedidos deduzidos, é possível que apenas um deles seja decidido antecipadamente (CPC/15, art. 356); a despeito da existência de vários fundamentos do pedido alegados, à decisão de procedência basta o acolhimento de um deles, não sendo necessário que o juízo aprecie os demais (CPC/15, art. 1.013, par. 2º). Em ambos os casos teremos decisões incidíveis pelos critérios propostos como decorrência de uma constatação óbvia: não se divide o que não existe. A pluralidade de pedidos *deduzidos* e a pluralidade de causas de pedir *alegadas* encontram-se na demanda e não na decisão, as decisões dos exemplos fornecidos contam apenas com um pedido decidido e com um fundamento apreciado, respectivamente.

- **(iii)** na (im)procedência parcial de uma pretensão quantificável (ex. obrigação de pagar quantia certa);
- **(iv)** em versar o capítulo decisório sobre o *an debeat* ou sobre o *quantum debeat*¹⁵²;
- **(v)** na existência de condenações líquidas e ilíquidas;
- **(vi)** na existência de recurso de parte da decisão;
- **(vii)** na natureza das questões decididas, se **(vii.1)** principais ou incidentais, **(vii.2)** subordinantes (= prévias; = vinculantes) ou subordinadas (= posteriores; = vinculadas), **(vii.2.1)** preliminares ou não-preliminares, **(vii.2.2)** prejudiciais ou prejudicadas.

Desse modo, importante perceber que “capítulo”, na linguagem científica do direito, é muito mais do que aquilo que o legislador chamou de “capítulo” na linguagem do direito positivo. Capítulo é conceito científico imprescindível à adequada compreensão de diversas matérias, dentre elas a de que ora nos ocupamos.

Acontece que não são quaisquer capítulos que aqui nos interessam. Como ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “uma tomada de posição quanto à dimensão do tema dos capítulos de sentença¹⁵³ e mesmo quanto ao conceito destes dependerá sempre da utilidade que esteja a mover o interesse do observador.” (DINAMARCO, 2014, p. 12).

¹⁵²Nota-se, assim, que a procedência total de pedido quantificável, diversamente do que ocorre com a improcedência total, comporta cisão em capítulos.

¹⁵³O frequente uso da expressão “capítulos de sentença” por Cândido Rangel Dinamarco, inclusive sendo esse o título da sua obra sobre a matéria, não deve conduzir o intérprete à conclusão de que apenas a essa espécie de pronunciamento decisório aplique-se a “teoria dos capítulos”. O alerta é feito pelo próprio autor: “[...] como não só a *sentença* comporta as decomposições inerentes à teoria dos capítulos, o estudo do tema expande-se a outros pronunciamentos judiciais, como as decisões interlocutórias e os acórdãos em geral.” (DINAMARCO, p. 11, 2014, grifo no original).

5.3.1 O que denotamos com o termo “capítulo” ao empregá-lo na definição de trânsito em julgado (= a que capítulos refere-se ali a palavra “capítulo”).

Reiteremos a utilidade que nos move: buscamos precisar temporalmente o início da situação jurídica coisa julgada, de maneira que interessa-nos apenas o exame do trânsito em julgado de capítulos de decisão que possam compor suportes fáticos da coisa julgada.

O tema será examinado mais detidamente no Capítulo 6. No entanto, devemos já neste ponto adiantar quais são os capítulos que podem compor suportes fáticos da coisa julgada, posto que são eles os que nos interessam e é a eles que se refere o termo “capítulos” na definição de “trânsito em julgado”:

- **(a)** capítulo decisório do mérito, entendendo-se por mérito quaisquer questões principais, postas ao juízo para que sobre elas haja decisão passível de gerar coisa julgada pelo regime tradicional (CPC/15, art. 503, *caput*)¹⁵⁴ – “coisa julgada sobre questão principal”;
- **(b)** capítulo decisório onde se reconheça a existência de uma questão processual hábil a extinguir o processo, no todo ou em parte, sem resolução do mérito, passível de gerar “coisa julgada sobre questão processual”; encontrando-se tais questões previstas no art. 485 do CPC/15;
- **(c)** capítulo decisório de questão prejudicial incidental, passível de gerar “coisa julgada sobre questão prejudicial incidental”, pelo regime diferenciado, desde que solucionada a questão com o atendimento dos requisitos previstos no art. 503, §§1º e 2º, do CPC/15.

Referidos capítulos não deixam de ser o produto do ato de se decidir algo: uma questão principal no primeiro caso, uma questão processual no segundo e uma questão prejudicial incidental no terceiro. São, na linguagem do direito positivo, “decisão” no primeiro sentido.

¹⁵⁴No sistema do CPC/15, são questões principais, no nosso entender (cf. arts. 85, 322, §1º, 487 e 490): **(a)** o pedido de tutela definitiva, **(b)** o requerimento de homologação da autocomposição, **(c)** a decadência, **(d)** a prescrição, **(e)** os juros legais, **(f)** a correção monetária e **(g)** as verbas de sucumbência. **(a)** e **(b)** são questões principais submetidas ao juízo pelas partes; **(c)**, **(d)**, **(e)**, **(f)** e **(g)** são questões principais submetidas ao juízo pela Lei (i.e. independentemente de requerimento das partes).

À vista dessas 03 (três) espécies de capítulos de decisão, veja-se que haverá: (i) pronunciamentos decisórios incidíveis, (ii) pronunciamentos decisórios cindíveis em capítulos e (iii) os seus capítulos; a despeito de o legislador, em diversos momentos, designar tudo indistintamente de “decisão” no CPC/15.

A diferenciação tem relevância na aferição do trânsito em julgado parcial, assim entendido o trânsito em julgado de parcela do que se decidiu.

5.3.2 Pronunciamentos decisórios incidíveis.

Pronunciamentos decisórios incidíveis não são passíveis de trânsito em julgado parcial. Ou se recorre ou não se recorre deles. A decisão interlocutória de mérito que apenas rejeite a ocorrência da decadência ou que apenas rejeite a ocorrência da prescrição (CPC/15, art. 487, II c/c 203, §§1º e 2º e 354, par. ún.) são exemplos de pronunciamentos decisórios que não admitem trânsito em julgado parcial.

5.3.3 Pronunciamentos decisórios cindíveis em capítulos.

Pronunciamentos decisórios cindíveis em capítulos admitem o trânsito em julgado parcial¹⁵⁵. A base normativa dessa afirmação é encontrada nos arts. 1.002 e 141, primeira parte, do CPC/15, adiante reproduzidos:

CPC/15:

Art. 1.002. A decisão pode ser impugnada no todo ou em parte.

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes [...]

¹⁵⁵ O trânsito em julgado da parcela de um do pronunciamento decisório, que é do que aqui estamos tratando, não se confunde com o trânsito em julgado da íntegra de um pronunciamento decisório que tenha resolvido parcela da demanda, de que é exemplo o pronunciamento a que o art. 356 do CPC/15 se refere, a despeito de ambas as situações serem admitidas pelo CPC/15. Já vimos que a referibilidade do trânsito em julgado é ao pronunciamento decisório ou a seus capítulos e não ao processo (item 5.2.1), razão pela qual “trânsito em julgado parcial” deve-se prestar a designar o trânsito em julgado da parcela do que ali se decidiu e não de parcela do objeto do processo. Decisão interlocutória de mérito que resolva parcela do objeto do processo (CPC/15, art. 356) comporta, assim, trânsito em julgado parcial ou total, a depender de se ter dela recorrido parcialmente ou não.

O pedido de invalidação e/ou reforma do pronunciamento decisório recorrido compõe o mérito do recurso que pretenda invalidá-lo e/ou reformá-lo. Se a decisão pode ser impugnada em parte e o juiz, neste contexto entendido como órgão julgador, deve decidir o mérito nos limites propostos pelas partes, conclui-se que os capítulos autônomos¹⁵⁶ não impugnados terão transitado em julgado.

Nessa categoria de pronunciamentos decisórios é que se enquadra a grande maioria deles. Quaisquer pronunciamentos que apreciem mais de uma questão principal¹⁵⁷, por exemplo, admitem o trânsito em julgado parcial. Pode-se recorrer de todo ou de parte desses pronunciamentos. De um pronunciamento decisório que julgue procedentes os pedidos *A*, *B* e *C*, deduzidos pelo autor, pode o réu recorrer dos três pedidos, de dois deles ou de um só.

Em princípio, o capítulo de que não se tenha recorrido desde logo transitará em julgado. Na hipótese anterior, sendo *A*, *B* e *C* pedidos autônomos, recorrer da procedência de *B* não impedirá o trânsito em julgado dos capítulos pertinentes às procedências de *A* e de *C*.¹⁵⁸

A regra, todavia, admite exceções. Excepcionam-na os casos de capítulos não recorridos que sejam *subordinados* a capítulos recorridos, *subordinantes* em relação àqueles.

5.3.3.1 Capítulos subordinantes e capítulos subordinados.

O exemplo mais conhecido de relação de subordinação entre capítulos é o do capítulo pertinente à fixação das verbas de sucumbência, no que se incluem os honorários advocatícios, que sempre apresenta-se como subordinado de outro(s) capítulo(s).

Recorrendo-se do capítulo subordinante impede-se o imediato trânsito em julgado do capítulo não recorrido pertinente à fixação das verbas de sucumbência, haja vista que a eventual

¹⁵⁶Há capítulos que mantêm entre si uma relação de subordinação (capítulo subordinante e capítulo subordinado). Nesse caso, recorrendo-se do capítulo subordinante impede-se também o trânsito em julgado do capítulo subordinado (v. item 5.3.3.1 adiante).

¹⁵⁷Questões principais são questões impertinentes à validade do procedimento, submetidas ao juízo para que a solução a elas dada torne-se imutável e indiscutível pela coisa julgada. V. Item 6.1.1.1.

¹⁵⁸Ao contrário, a interposição do recurso de parte da matéria recorrível no caso resultará no imediato trânsito em julgado dos demais capítulos, em razão da preclusão consumativa (v. item 5.4.1.3).

procedência do recurso interposto do(s) capítulo(s) subordinante(s) importará na alteração da condição de parte vencida e, por conseguinte, no capítulo subordinado (v. CPC/15, arts. 82, §2º, e 85-94).

Há diversos outros casos, dentre ele, uma hipótese bem interessante de relação de subordinação entre capítulos que surge como decorrência da possibilidade de a solução dada a questões prejudiciais incidentais vir a compor suporte fático da coisa julgada (CPC/15, art. 503, §§1º e 2º).

A forma mais simples de se explicá-la é através de um exemplo.

- *A* move demanda contra *B*, pedindo ao juízo seja *B* condenado a prestar-lhe alimentos, porque *B* é seu pai. Ao fim do processo, o juízo prolatada sentença de total procedência, condenando *B* a prestar alimentos a *A*, em razão de *B* ser pai de *A*.

Os elementos desse novo suporte fático da coisa julgada ainda serão apontados e examinados (v. item 6.4), mas suponhamos que todos eles, à exceção do trânsito em julgado, encontrem-se presentes no exemplo.

Visando-se precisar capítulos que possam compor suportes fáticos da coisa julgada, uma das divisões que essa sentença comporta é a seguinte: **(a)** capítulo pertinente à solução dada à questão prejudicial incidental e **(b)** capítulo pertinente à procedência do pedido.

Apelação onde o réu pleiteie apenas a integral reforma do capítulo **(b)** impedirá o imediato trânsito em julgado do capítulo **(a)**, por 02 (dois) motivos: em primeiro lugar, porque o capítulo **(a)** não deixa de ser uma questão relativa ao capítulo **(b)**, e como tal é devolvido ao tribunal, no termos do art. 1.013, *caput* e §§1º e 2º, do CPC/15, ainda que o réu recorra sob o único fundamento de que não tem condições de pagar alimentos, nada dizendo acerca da paternidade; em segundo lugar, porque eventual procedência da apelação, ao substituir o capítulo **(b)**, fará com que desapareça o requisito previsto no art. 503, §1º, I, do CPC/15¹⁵⁹ e, consequentemente, a possibilidade de coisa julgada relativa ao capítulo **(a)**.

¹⁵⁹Onde se lê: se “dessa resolução depender o julgamento do mérito”; leia-se: se o sentido em que resolvido o mérito depender da solução dada à questão prejudicial incidental (v. item 6.4.4.2).

Apelação, por outro lado, onde o réu pleiteie apenas a reforma do capítulo **(a)** não impedirá o imediato trânsito em julgado do capítulo **(b)**, nem, portanto, a formação da coisa julgada a ele relacionada. O risco de decisões conflitantes é inequivocamente um problema, que o CPC/15 tenta reduzir (ex. arts. 55, §3º; 503, §1º), mas não consegue eliminar¹⁶⁰. Apesar disso, por se tratar a relação alimentante-alimentando de relação jurídica de trato continuado, em sendo a sua apelação julgada procedente, poderá o alimentante ingressar com nova demanda, para se ver desonerado do dever de prestar alimentos, em razão da modificação no estado de direito (CPC/15, art. 505, I)¹⁶¹.

Em síntese, o capítulo da questão prejudicial incidental passível de compor suporte fático da coisa julgada é subordinado ao capítulo da questão principal, de modo que o seu trânsito em julgado fica obstado pelo recurso que se venha a interpor do capítulo subordinante.

5.3.4 Capítulos.

Capítulos, por fim, admitirão ou não o trânsito em julgado parcial, a depender da espécie de capítulo examinada: **(1)** capítulo decisório do mérito; **(2)** capítulo decisório onde se reconheça a existência de uma questão processual que leve à extinção de todo ou de parcela do processo,

¹⁶⁰Se no exemplo fornecido houvesse a revelia do réu e o trânsito em julgado da sentença de procedência dos alimentos, fundada no vínculo de paternidade, haveria coisa julgada sobre a resolução dos alimentos (CPC/15, arts. 487, I c/c 502 e 503, *caput*), mas não sobre a solução dada à questão da paternidade (CPC/15, art. 503, §1º, II). A questão da paternidade poderia, então, voltar a ser discutida em futura ação negatória de paternidade proposta pelo réu e sua eventual procedência não infirmaria automaticamente a resolução dada aos alimentos na primeira demanda, tornada indiscutível e imutável pela coisa julgada material. O alimentante deveria, em vez disso, ingressar com nova demanda, nos termos do art. 505, I, do CPC/15. Veja-se que essa incompatibilidade lógica entre fundamentos de decisões judiciais pode ocorrer mesmo em decisões proferidas em um só processo, exatamente pela possibilidade de “coisa julgada parcial” conjugada à ausência de coisa julgada que torne imutável e indiscutível a solução conferida aos fundamentos (excepcionada a hipótese do art. 503, §§1º e 2º, do CPC/15). Imagine-se uma sentença que condene *B* a indenizar *A* em danos morais e materiais, com base no reconhecimento de que *B*, por ato ilícito, causou danos a *A*; dela *B* recorre apenas para afastar sua condenação em danos morais, e o tribunal dá provimento ao seu recurso, decidindo que *B* não deve danos morais a *A* porque *não* lhe causou dano por ato ilícito, em julgamento que vem a transitar em julgado. A sentença de primeiro grau e o julgamento de segundo grau serão pronunciamentos decisórios que, exarados no mesmo processo, terão transitado em julgado apoiados em fundamentos opostos.

¹⁶¹O art. 505, I, do CPC/15, lei posterior, afasta, no nosso entender, a restrição constante do art. 1.699 do CC/02, inobstante a especificidade do comando deste à ação de alimentos.

sem resolução do mérito; ou **(3)** capítulo decisório da questão prejudicial incidental solucionada com o atendimento dos requisitos previstos no art. 503, §§1º e 2º.

As espécies **(2)** e **(3)** não admitem trânsito em julgado parcial. Não há como se recorrer de apenas parte do capítulo onde reconhecida a existência de uma questão processual que leve à extinção total ou parcial do processo, sem resolução do mérito, nem de parte do capítulo pertinente à solução dada à questão prejudicial incidental.

Já os capítulos da espécie **(1)** comportarão trânsito em julgado parcial sempre que a porção do mérito neles resolvida for divisível.

Foqemos na espécie **(1)**. Sentença que condena *B* a indenizar *A* em R\$ 10.000,00 por danos materiais (= *pedido x*) e que certifica que *B* não deve entregar o quadro pintado a *A* (= *pedido y*) é pronunciamento decisório que admite a divisão em 02 (dois) capítulos autônomos, capítulo da procedência do *pedido x* e capítulo da improcedência do *pedido y*.

Trata-se de pronunciamento decisório cindível e que, portanto, admite trânsito em julgado parcial. Basta, para tanto, que apenas o autor apele improcedência do *pedido y* ou que apenas o réu apele da procedência do *pedido x*, deixando-se o outro capítulo transitar em julgado.

O capítulo da improcedência do pedido de entrega do quadro (= *capítulo y*) não admite recurso de parte dele; em apelação que dele se interponha não se poderá pretender a reforma de parte desse capítulo. Mas o capítulo da condenação a R\$10.000,00 por danos materiais (= *capítulo x*) admite recurso parcial¹⁶², porque a porção do mérito nele resolvida (um pedido quantificável) é divisível; em apelação que dele se interponha pode-se pretender tanto que o tribunal negue serem devidos danos materiais – impugnação total –, quanto que o tribunal reduza-os, por ex., a R\$ 4.000,00 – impugnação parcial.

Nesse último caso, o alvo da impugnação terá sido apenas uma parcela do capítulo da procedência do *pedido x*, equivalente aos R\$ 6.000,00 que o réu entende serem indevidos a

¹⁶²“Recurso parcial” vai aí empregado na sua acepção técnica, como recurso de uma fração do que se poderia recorrer (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 210).

título de danos materiais. A outra parcela do capítulo, equivalente aos R\$ 4.000,00 não impugnados, transitará em julgado.

O fundamento legal dessa possibilidade de impugnação parcial de um capítulo e do seu conseqüente trânsito em julgado parcial é o mesmo que expusemos ao tratar dos pronunciamentos decisórios cindíveis em capítulos: arts. 1.002 e 141, primeira parte, do CPC/15.

Vê-se, desse modo, que, no art. 1.002 do CPC/15, “decisão” assume concomitantemente os significados de pronunciamento decisório e de produto do ato de se decidir uma questão; similarmente ao que ocorre em diversos outros dispositivos legais (CPC/15, arts. 317; 337, §4º; 489, §1º etc).

A autorização que a Lei confere ao recorrente, de poder impugnar a parcela de um capítulo, harmoniza-se perfeitamente com a determinação que o art. 356, *caput* e incisos, do CPC/15 dirige ao juízo sobre como se portar em relação ao mérito da demanda: deverá decidi-lo parcialmente, não apenas quando um ou mais dos pedidos formulados mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento, mas também quando *parcela deles* for incontroversa ou estiver em condições de imediato julgamento.

Note-se que, diante da impugnação parcial de um capítulo, as parcelas recorrida e não recorrida do capítulo constituem dois novos capítulos, visto que são o produto de uma cisão ideológica realizada sobre o pronunciamento decisório.

São, no entanto, capítulos resultantes de um divisão mental diversa, realizada posteriormente à interposição do recurso, baseada na extensão da impugnação e que distingue entre partes impugnadas (= “capítulos recorridos”) e partes não impugnadas (= “capítulos não recorridos”) por determinado recurso, de todo o pronunciamento decisório ou de apenas alguns dos seus capítulos, não importa.

A confusão terminológica pode e deve ser evitada, fazendo-se alusão expressa a capítulos *recorridos* e a capítulos *não recorridos* em contextos nos quais importe desfazer-se essa dubiedade.

5.4 TORNAM-SE NÃO MAIS SUJEITOS A MODIFICAÇÕES NO BOJO DO MESMO PROCESSO.

À exceção: **(a)** do pronunciamento decisório que saneia e organiza o processo, modificável em razão de pedido de esclarecimentos ou solicitação de ajustes (CPC/15, art. 357, §1º); **(b)** das decisões sujeitas ao duplo grau de jurisdição, modificáveis via remessa necessária (CPC/15, art. 496), e **(c)** do pronunciamento decisório que defere a expedição do mandado monitório, modificável via embargos à ação monitória (CPC/15, arts. 701 e 702); todos os demais pronunciamentos decisórios e capítulos que tenham a aptidão de transitarem em julgado transitam em julgado quando não mais sujeitos a recursos.

Queremos crer que a definição de trânsito em julgado de início fornecida auxilia o intérprete a compreender a expressão nos usos que o legislador confere-lhe no CPC/15. Devemos, contudo, admitir que ela em nada contribui na solução de uma árdua questão:

- quando é que um pronunciamento decisório ou um capítulo se tornam-se não mais sujeitos aos recursos?

Afirmarmos que é com o trânsito em julgado seria incorrer numa tautologia¹⁶³.

Responder adequadamente a tal indagação passa pelo exame em separado de 03 (três) situações distintas: **(I)** decisões não recorridas; **(II)** decisões impugnadas por recursos admitidos, e **(III)** decisões impugnadas por recursos inadmitidos¹⁶⁴.

163“Tautologia”: “1 GRAM uso de palavras diferentes para expressar uma mesma ideia; redundância.” (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 1818)

164Trata-se de 03 (três) subclasses de decisões, resultantes do emprego sequencial de 02 (dois) critérios: 1º classificação das decisões, conforme tenham ou não sido recorridas; 2º classificação das decisões recorridas, conforme tenham ou não sido admitidos os recursos contra elas manejados.

Antes de examiná-las, contudo, há algumas considerações importantes ao enfrentamento do tema que precisam ser feitas.

1^a *Recurso*, no direito processual civil brasileiro, pode ser definido como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento, a integração ou a correção de erro material do pronunciamento decisório ou capítulo impugnado (BARBOSA MOREIRA, 2010, p. 233)¹⁶⁵.

Trata-se de conceito jurídico-positivo¹⁶⁶, sendo recurso, nessa perspectiva, aquilo que o legislador denomina recurso e só podendo a definição do seu conceito ser obtida por meio do exame de determinado ordenamento jurídico. Verificam-se quais são os instrumentos que o legislador designa como recursos (= recursos em espécie), examinam-se seus regramentos e, conferindo-se destaque às suas características comuns (“remédio voluntário”, “dentro do mesmo processo” e meio de impugnação de “decisão judicial”), formula-se a definição do gênero recurso, abrangente de todas as espécies.

São recursos, então, segundo o CPC/15, todos os instrumentos elencados nos incisos do seu art. 994: a apelação, o agravo de instrumento, o agravo interno, os embargos de declaração, o recurso ordinário, o recurso especial, o recurso extraordinário, o agravo em recurso especial ou extraordinário e os embargos de divergência (CPC/15, art. 994). E só.

¹⁶⁵Trata-se, substancialmente, da definição de “recurso” fornecida por Barbosa Moreira à luz do regime do CPC/73, à qual acrescentamos a possibilidade de recurso para a correção de erro material, em razão do inciso III do art. 1.022 do CPC/15, sem correspondente no Código anterior.

¹⁶⁶É como afirma Barbosa Moreira, referindo-se então ao CPC/39, em lição que subsiste atual: “Não há nenhum céu de puras essências, onde se logre descobrir um conceito de recurso anterior ao que revela o sistema da lei. [...] *Recurso*, para o jurista brasileiro, há de ser tudo aquilo (e só aquilo) que o direito brasileiro considera recurso e como tal disciplina. [...] O fator decisivo, na matéria, é o regime estabelecido pelo direito positivo.” (BARBOSA MOREIRA, 1976, p. 77-80, grifo no original).

Não são recursos, por exemplo: **(i)** a remessa necessária¹⁶⁷, prevista no art. 496 do CPC/15 (correspondente do CPC/73: art. 475), porquanto não voluntária, e **(ii)** as ações autônomas de impugnação¹⁶⁸, que, apesar de também serem meios voluntários de impugnação das decisões judiciais, dão origem a processo distinto.

2^a A previsão de outros meios de impugnação não infirma a utilidade da definição de trânsito em julgado fornecida. É certo que existem outros meios de se impugnar um pronunciamento decisório e seus capítulos, de que são exemplos¹⁶⁹ **(i)** os embargos de terceiro (CPC/15, arts. 674-681), **(ii)** a reclamação (CPC/15, art. 988-993), **(iii)** o mandado de segurança (Lei 12.016/09, art. 5º, II e III, *a contrario sensu*) e **(iv)** a ação rescisória (CPC/15, arts. 966-975). A eles, todavia, não é indiferente o trânsito em julgado do pronunciamento ou do capítulo a serem impugnados. Os 03 (três) primeiros meios de impugnação referidos pressupõem a sua não ocorrência (CPC/15, arts. 675, *caput* e 988, §5º; Lei 12.016/09, art. 5º, III), enquanto que o último pressupõe a sua ocorrência (CPC/15, art. 966, *caput*).

167Merece registro o posicionamento assumido por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, no sentido de que a remessa necessária, no CPC/15, seria mais uma espécie de recurso (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 401-403). Assentando tratar-se o conceito de recurso de um conceito que depende do exame de um dado ordenamento jurídico (i.e. conceito jurídico-positivo), definem-no os referidos autores, à luz do CPC/15, como “o meio ou instrumento destinado a provocar o reexame da decisão judicial, no mesmo processo em que proferida, com a finalidade de obter-lhe a invalidação, a reforma, o esclarecimento ou a integração.” (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 87). Concordamos que o conceito de recurso é um conceito jurídico-positivo. Entretanto, discordamos, com o devido respeito, da definição que referidos autores a ele atribuem e, por conseguinte, da conclusão de que a remessa necessária seria uma espécie recursal. Conceitos jurídico-positivos prestam-se à compreensão de determinado direito positivo (v. item 3.2.1) e incluir no conceito de recurso a remessa necessária não é a melhor maneira de se atender a essa finalidade, diante do CPC/15. Nele se nota ao menos 02 (dois) indicativos de que o gênero recursos não deve compreender a remessa necessária: **1º** a remessa necessária (art. 496) é prevista e disciplinada fora do Título “Dos recursos” (arts. 994-1.044); **2º** o CPC/15 refere-se à “remessa necessária” ao lado dos “recursos”, em diversos momentos (arts.: 936, *caput*; 947, *caput* e §§1º-2º; 978, par. ún., e 1.040, II). Por essa razão, **entendemos que a remessa necessária não deve ser incluída no conceito jurídico-positivo de recurso que se construa a partir do CPC/15.** Imaginamos que a finalidade prática visada com a inclusão da remessa necessária no gênero recursos seja aplicar-lhe aspectos do regramento textualmente próprio dos recursos, sobretudo da apelação e não discordamos da aplicabilidade desse regramento à remessa necessária, naquilo em que com ela compatível; destacamos, todavia, que a maneira menos traumática para se fazê-lo parece-nos ser mediante o emprego da analogia (LINDB, art. 4º) e não pela transmutação do conceito de recurso.

168No CPC/15, *e.g.*: ação rescisória (art. 966 e ss.), embargos à execução (art. 914 e ss.), embargos de terceiros (art. 674 e ss.). Na legislação extravagante a mais importante entre as explicitamente previstas é o mandado de segurança (CRFB/88, art. 5º, LXIX e Lei 12.016/09).

169Os exemplos fornecidos são os principais meios não-recursais de impugnação às decisões textualmente previstos na legislação. Há outros, como a denominada suspensão de segurança, prevista na Lei 8.437/92, e a *querela nullitatis*, cuja existência no ordenamento jurídico é amplamente admitida pela doutrina e pela jurisprudência, a despeito da ausência de referência à expressão.

3ª Valendo-nos do critério “recorribilidade”, distinguimos no CPC/15: **(i)** pronunciamentos decisórios e capítulos de recorribilidade imediata, **(ii)** pronunciamentos decisórios e capítulos de recorribilidade adiada, e **(iii)** pronunciamentos chamados pelo legislador de “decisão irrecurável”.

(i) Sentenças (CPC/15, art. 1.009), decisões interlocutórias agraváveis (CPC/15, art. 1.015), decisões unipessoais de membro de Colegiado (CPC/15, arts. 1.021 e 1.042) e acórdãos (CPC/15, arts. 1.027, 1.029 e 1.043) são pronunciamentos de recorribilidade imediata. **(ii)** Decisões interlocutórias não-agraváveis (CPC/15, art. 1.015, *a contrario sensu*) são pronunciamentos de recorribilidade adiada. **(iii)** Os pronunciamentos judiciais previstos nos arts. 138, *caput*, 1.007, par. 6º, 1.031, §§2º e 3º, e 1.035 são os que o legislador chamou de “decisão irrecurável”¹⁷⁰.

(i) Ser o pronunciamento decisório ou o capítulo de recorribilidade imediata significa que a sua reforma ou invalidação pode ser buscada por meio de recursos imediatamente interponíveis. **(ii)** Ser o pronunciamento decisórios ou o capítulo de recorribilidade adiada significa que não há recursos imediatamente interponíveis para a sua reforma ou invalidação. **(iii)** Ter o pronunciamento sido chamado pelo legislador de “decisão irrecurável” significa que dele não cabem recursos que objetivem a sua reforma ou invalidação.

A classificação que propomos, utilizando-nos dos termos “reforma” ou “invalidação”, intencionalmente exclui os embargos de declaração, espécie recursal singular, voltada à obtenção do esclarecimento, da integração ou de correção material do julgado (CPC/15, art. 1.022, I, II e III). Sua inclusão frustraria por completo o critério classificatório, haja vista que os embargos de declaração podem ser imediatamente opostos de quaisquer decisões (CPC/15, art. 1.022, *caput*)¹⁷¹.

170Também é feita menção a uma decisão irrecurável na Lei 13.140/15: “Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.” “§1º *É irrecurável a decisão* que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.” (grifo nosso).

171O posicionamento não resulta apenas da literalidade do art. 1.022, *caput*, do CPC/15; decorre sobretudo da função de saneamento dos embargos de declaração e do status constitucional dessa função. Compreendido o ponto, não há como se admitir possa a legislação infraconstitucional, *in casu* o CPC/15, ser interpretada de modo a se concluir pela vedação da imediata impugnação aos vícios de obscuridade, contradição e omissão (CPC/15, arts. 1.022, I e II) em quaisquer pronunciamentos judiciais. Esgotando o tema, em exame realizado ainda sob a vigência do regime anterior, cf.: MAZZEI, 2012, notadamente fls. 285-290 e 298-301. Nos

Convém frisar: praticamente todos os pronunciamentos decisórios e capítulos sujeitam-se à oposição dos embargos de declaração¹⁷².

Ainda no regime do CPC/73, o STJ já esposava o entendimento de que mesmo decisões irrecuráveis submetem-se à oposição dos embargos de declaração, transitando em julgado, conseqüentemente, quando esgotado o prazo para o manejo dessa espécie recursal. Confira-se na ementa de acórdão adiante parcialmente reproduzida:

- [...] 3. Segundo precedentes do STJ, é cabível a impetração de mandado de segurança contra decisão judicial irrecurável, desde que antes de gerada a preclusão ou ocorrido o trânsito em julgado, o que, à primeira vista, soa paradoxal, porquanto, a princípio, a decisão irrecurável torna-se imutável imediatamente à publicação.
4. A decisão que converte o agravo de instrumento em retido é irrecurável. Ainda assim, será sempre admissível, em tese, a interposição de embargos de declaração, a fim de que o Relator possa sanar vício de omissão, contradição ou obscuridade quanto aos motivos que o levaram a decidir pela ausência do risco de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, cuja existência ensejaria o processamento do agravo de instrumento.
5. Na ausência de interposição de embargos de declaração, terá a parte o prazo de 5 dias para a impetração do *writ*, contado da publicação da decisão, sob pena de tornar-se imutável o *decisum*, e, portanto, inadmissível o mandado de segurança, nos termos do art. 5º, III, da Lei 12.016/2009 e da súmula 268/STF. Acaso interpostos os

termos de enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “**475.** (arts. 1.022 e 1.064; art. 48 da Lei 9.099/1995) Cabem embargos de declaração contra decisão interlocutória no âmbito dos juizados especiais. (Grupo: Impacto nos Juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante)”. “**556.** (art. 981) É irrecurável a decisão do órgão colegiado que, em sede de juízo de admissibilidade, rejeita a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, salvo o cabimento dos embargos de declaração. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)”. “**561.** (art. 1.022; art. 12 da Lei n. 9.882/1999) A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é impugnável por embargos de declaração, aplicando-se por analogia o art. 26 da Lei n.º 9868/1999. (Grupo: Impacto nos Juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante)”. Não nos referimos ao erro material (CPC/15, art. 1.022, III) porque a sua correção prescinde da oposição dos embargos, nos termos do art. 494, I, CPC/15, tratando-se, ainda, de entendimento esposado no Enunciado n. 360 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “**360.** (art. 1.022) A não oposição de embargos de declaração em caso de erro material na decisão não impede sua correção a qualquer tempo. (Grupo: Recursos).”

172Vemos 02 (duas) exceções a essa regra. **1ª** A decisão que tenha reconhecido a sequencial oposição de 02 (dois) embargos de declaração manifestamente protelatórios não é embargável em razão da preclusão punitiva prevista no art. 1.026, §4º, do CPC/15. Nesse sentido, v. enunciado n. 361 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 1.026, § 4º) Na hipótese do art. 1.026, § 4º, não cabem embargos de declaração e, caso opostos, não produzirão qualquer efeito. (Grupo: Recursos)”. **2ª** A decisão de saneamento e organização do processo, por sua vez, não é embargável pela falta de interesse em se embargá-la, diante do direito ao requerimento de esclarecimentos e ajustes, previsto no art. 357, §1º, do CPC/15. Nesse sentido, confira-se Enunciado do TJMG: “27 – (art. 357, § 1º) Cabe pedido de esclarecimentos e solicitação de ajustes em relação à decisão saneadora prevista no caput do artigo 357, sendo inadmissíveis os embargos de declaração.” Uma ressalva a essa segunda exceção faz-se, todavia, necessária: em se entendendo que o prazo previsto para exercício desse direito não se duplica, tal como os prazos recursais, haveria um caso onde o interesse na oposição dos embargos se apresentaria, qual seja, na hipótese em que esgotado o prazo para exercício daquele direito, mas ainda em curso o prazo para a oposição dos embargos de declaração.

aclaratórios, esse prazo fica interrompido, considerando que o *mandamus* é utilizado, nessas hipóteses, como sucedâneo recursal. [...] (RMS 43.439/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013, grifo no original)

4^a Há sujeitos processuais que dispõem de prazo recursal diferenciado. Dispõem de prazo em dobro para recorrer: o Ministério Público (CPC/15, art. 180, *caput*), os Entes Políticos e suas respectivas autarquias e fundações de direito público (CPC/15, art. 183, *caput*), a Defensoria Pública, escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito, entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com o mencionado Órgão (CPC/15, art. 186, *caput* e §3º), e litisconsortes que tenham procuradores de escritórios de advocacia distintos, em autos físicos, salvo se a defesa tiver sido oferecida por apenas um deles (CPC/15, art. 229). Isso faz com que a preclusão temporal do direito de recorrer desses sujeitos demore mais a ocorrer.

5^a Adjetivar a parte de vencedora ou vencida, como o CPC/15 faz em diversos momentos¹⁷³, reclama esclarecimento do que se pretende assim designar. Sempre que uma das partes não tem todas as suas pretensões integralmente acolhidas ela é em alguma medida vencida e a parte que a ela se opõe é, em alguma medida, vencedora¹⁷⁴⁻¹⁷⁵. Tendo, por outro lado, todas as suas pretensões sido integralmente acolhidas, a parte será apenas parte vencedora e a parte contrária àquelas pretensões apenas parte vencida. Não é correto, dessarte, adjetivar-se de vencedora apenas a parte que teve suas pretensões total ou parcialmente acolhidas. Vencedora é, em vez disso, a parte que se contrapõe à parte vencida, porque nem sempre a parte vencedora deduziu pretensão.

Vejamos um exemplo da repercussão prática do critério adotado. Poderemos justificar, com coerência, por que o autor deve ser condenado ao pagamento de honorários em favor do advogado do réu nos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito

¹⁷³Referências do CPC/15: às partes vencedora e vencida: arts. 82, §2º; 85, *caput*; 86, *caput*; 966, III; apenas à parte vencedora: arts. 85, §§ 5º e 11; 129, par. ún.; apenas à parte vencida: arts. 87, *caput* e §2º; 91, *caput* e §2º; 94; 98, §3º; 125, II; 129, *caput*; 996, *caput*; 997, §1º.

¹⁷⁴A qualificação de uma parte como vencedora faz-se a partir da qualificação da outra parte como vencida. Via de regra o réu não deduz pretensão – há exceções, presentes, p. ex., na reconvenção, no pedido contraposto, nas ações dúplices em sentido material –, em vez disso, resiste à pretensão em face dele deduzida, razão pela qual, se fixássemos a qualificação da parte como vencedora no acolhimento da pretensão, não haveria como se adjetivar o réu de vencedor. Vencedor, portanto, é o que não foi vencido e apenas naquilo em que não foi vencido.

¹⁷⁵Aquele que seja parte vencida em parcela mínima do pedido não responde por fração alguma das verbas sucumbenciais, nos termos do art. 86, par. ún., CPC/15.

(CPC/15, art. 85, *caput* e §6º), mesmo tendo o réu apenas resistido à pretensão do autor. Veja-se que nessas situações o réu não é vencedor em razão do acolhimento de alguma de suas pretensões – até porque não deduziu pretensão alguma –, ele é vencedor porque se contrapõe à parte vencida (i.e. que teve pretensões desacolhidas).

6ª Nos pronunciamentos decisórios cindíveis em capítulos, ser a parte vencida é qualidade que se afere no confronto entre o que ele pretendia e o que lhe foi deferido, capítulo a capítulo¹⁷⁶.

7ª O direito da parte de recorrer da decisão ou do capítulo em que foi vencedora restringe-se ao direito de oposição dos embargos de declaração. Isso porque, para recorrer é necessário ter interesse e legitimidade (CPC/15, art. 17), afinal o recurso é um ato postulatório. E, a despeito da literalidade do *caput* do art. 996 do CPC/15, também o vencedor tem legitimidade e interesse em esclarecer obscuridade, em eliminar contradição e na correção de erros materiais da decisão ou do capítulo por ele vencidos¹⁷⁷, jamais, no entanto, em reformá-los ou invalidá-los.

Esclarecidas e observadas essas premissas podemos prosseguir.

5.4.1 O trânsito em julgado das decisões não recorridas.

O trânsito em julgado das decisões não recorridas coincide temporalmente com a extinção do último direito a delas se recorrer. Apurar o trânsito em julgado neste caso é o mesmo que investigar o momento em que não mais subsiste nenhum direito de se recorrer de determinado pronunciamento decisório ou capítulo.

¹⁷⁶O confronto entre pedidos e decisão viabiliza-se em razão do princípio da congruência, previsto no art. 492, *caput*, do CPC/15. Devem as decisões judiciais observá-lo.

¹⁷⁷Reiterando o que dissemos notas atrás, compreendida a função de saneamento dos embargos de declaração e o status constitucional dessa função, não há como se admitir que a parte vencedora não tenha interesse em esclarecer o pronunciamento decisório. Até porque a contradição e a obscuridade são vícios passíveis de tornarem duvidosos os exatos termos da vitória obtida e, por conseguinte, se a parte foi vencedora efetivamente na maior medida possível ou se, em alguma medida, foi parte vencida. Tomando-se por referencial o ponto ou questão omissos (i.e. sobre o qual o juízo devia se pronunciar, mas não se pronunciou), não é correta a referência a partes vencedora e vencida. Não há como se ser vencedor ou vencido naquilo que o juízo devia apreciar, mas ainda não apreciou.

Perceba-se que o direito de se recorrer de determinada decisão é uma situação jurídica (= efeito jurídico) ativa processual, titularizada por determinados sujeitos (legitimados ativos), renunciável e passível de preclusão.

5.4.1.1 Legitimidade para recorrer.

Não são todas as pessoas que têm o direito de recorrer de todos os pronunciamentos decisórios e capítulos; para cada um deles há determinados legitimados ativos.

Nos termos do art. 966, *caput*, do CPC/15: “O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica.” São eles os sujeitos que têm *legitimidade para recorrer*, os possíveis titulares da situação jurídica em exame, cada qual podendo exercer seu próprio direito de recorrer independentemente dos demais.

Extinguindo-se esses direitos de recorrer em momentos diversos, o trânsito em julgado do pronunciamento decisório ou do capítulo coincidirá com o momento da extinção do último deles.

Um exemplo. Em demanda onde o Ministério Público atue como fiscal da ordem jurídica (CPC/15, art. 178), movida por *A*, incapaz, contra *B*, o trânsito em julgado da sentença de total improcedência ocorrerá apenas no momento em que tanto o direito de recorrer da parte vencida quanto o direito de recorrer do Ministério Público encontrarem-se extintos.

O trânsito em julgado é referível à decisão, e não ao titular do direito a dela recorrer. Para cada capítulo e para cada pronunciamento decisório incidível em capítulos há um só trânsito em julgado.

Afirmar que o trânsito em julgado de um só capítulo ou de um só pronunciamento decisório incidível em capítulos possa ocorrer em momentos diversos para sujeitos distintos é misturar, segundo nos parece, os conceitos de trânsito em julgado e de preclusão.

A preclusão é referível à situação jurídica titularizada por cada um dos legitimados a recorrer e, como tal, pode operar-se em momentos diversos para cada um deles, o trânsito em julgado não, dado que referível à decisão.

5.4.1.2 Renúncia ao direito de recorrer.

A *renúncia ao direito de recorrer* é uma declaração unilateral de vontade, necessariamente anterior ao exercício do direito de recorrer – *prévia*, portanto, *ao ato de interposição do recurso* –, que produz imediatamente a extinção daquele direito, independentemente de homologação judicial e da concordância da outra parte (CPC/15, arts. 999 e 225 c/c 200, *caput*).

Não se deve confundi-la com a *desistência do recurso* (CPC/15, art. 998), declaração unilateral de vontade necessariamente *posterior ao ato de interposição do recurso*. Trata-se de distinção que não envolve maiores controvérsias, sendo feita, nestes termos, por BABOSA MOREIRA:

Chama-se desistência do recurso ao ato pelo qual o recorrente manifesta ao órgão judicial a vontade de que não seja julgado, e portanto não continue a ser processado, o recurso que interpusera. Vale pela revogação da interposição. [...] Não se confunde a desistência com a *renúncia* ao recurso: aquela pressupõe recurso *já* interposto; nesta, ao contrário, o renunciante abre mão *previamente* do seu direito de impugnar a decisão. (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 198, grifo no original)

5.4.1.3 Preclusão do direito de recorrer.

“Preclusão” é o nome dado a um determinado efeito jurídico, consistente na “perda de uma situação jurídica ativa processual” (DIDIER JR., 2015, p. 417). Preclusão do direito de recorrer é a perda do direito de recorrer.

Dogmaticamente, “preclusão”, como já visto no item 4.4.4.4.1, é o designativo de um gênero que comporta até 04 (quatro) espécies, individualizáveis a partir dos seus respectivos suportes fáticos, enumerados na sequência:

- **(i)** preclusão temporal: perda de uma situação jurídica ativa processual pelo transcurso do tempo conjugado à inércia do seu titular em exercê-la;
- **(ii)** preclusão lógica: perda de uma situação jurídica ativa processual em decorrência da prática de um ato lícito anterior ao seu exercício e com ele incompatível;
- **(iii)** preclusão consumativa: perda de uma situação jurídica ativa processual em razão do seu exercício;
- **(iv)** preclusão punitiva: perda de uma situação jurídica ativa processual em decorrência da prática de um ato ilícito.

Todas essas espécies são encontradas no CPC/15 quando examinamos as possíveis causas da perda do direito de se recorrer de determinado pronunciamento decisório ou capítulo. A perda do direito de recorrer é efeito jurídico que pode, assim, decorrer de distintas classes de fatos jurídicos. Vejamos.

(i) O esgotamento do prazo recursal (CPC/15, arts. 1.003 e 219) conjugado à inércia do titular do direito de recorrer (CPC/15, art. 996) gera a perda desse direito (preclusão temporal).

(ii) A aceitação, expressa ou tácita, do pronunciamento decisório ou do capítulo é ato lícito anterior ao exercício do direito de recorrer, que, em razão de ser com ele incompatível, extingue-o (preclusão lógica; CPC/15, arts. 5º e 1.000).

(iii) Exercido o direito de se recorrer, no todo ou em parte, de um determinado pronunciamento decisório, não se pode voltar a exercê-lo, ainda que contra parcela

originariamente não atacada; a menos que a impugnação dirija-se estritamente à parte que tenha sido objeto de alteração subsequente, em razão do acolhimento de embargos de declaração (preclusão consumativa; CPC/15, art. 1.024, §4º, *a contrario sensu*).

(iv) Abusando-se do direito de recorrer, mediante a oposição sequencial de dois embargos de declaração considerados manifestamente protelatórios contra determinado pronunciamento decisório ou capítulo, extingue-se o direito a se lhe oporem novos embargos de declaração (preclusão punitiva; CPC/15, art. 1.026, §4º).

Ao exemplo. Frente a uma sentença de integral procedência, que tenha acolhido os pedidos *A*, *B* e *C*:

- **(i)** não dispondo o réu de prazo diferenciado, seu direito de apelar extingue-se depois de transcorridos 15 (quinze) dias úteis da data da sua intimação;
- **(ii)** tendo o réu apelado apenas de *A*, deixa de ter direito de apelar de *B* e/ou de *C*, ainda que dentro do prazo legal;
- **(iii)** ao voluntariamente adimplir *A*, perde o réu o direito de dele recorrer, subsistindo-lhe apenas o direito de recorrer de *B* e/ou de *C*;
- **(iv)** abusando quaisquer das partes do direito de recorrer, mediante a oposição sequencial de 02 (dois) embargos de declaração manifestamente protelatórios contra a sentença, extingue-se o direito a se lhe oporem novos embargos de declaração.

Três observações fazem-se, ainda, necessárias.

1ª O CPC/15 prevê as 03 (três) primeiras espécies de preclusão (temporal, lógica e consumativa) como formas da perda do direito de recorrer, enquanto que a preclusão punitiva vem prevista como forma da perda do direito à oposição de novos embargos de declaração. Desse modo, a configuração, por si só, da hipótese a que o art. 1.026, §4º, do CPC/15 refere-se não significa que não se tenha mais direito de recorrer daquele pronunciamento. O que a

preclusão punitiva atinge no caso é apenas o direito à oposição de novos embargos de declaração; diante de uma sentença, por exemplo, será ainda cabível a interposição do recurso de apelação (CPC/15, arts. 724 e 1.009), mesmo depois da oposição sequencial de 02 (dois) embargos de declaração tidos pelo juízo como manifestamente protelatórios.

2^a As preclusões lógica, consumativa e punitiva mantêm uma relação de preliminariedade com a preclusão temporal, só havendo que se cogitar da preclusão temporal nos casos onde a situação jurídica ativa processual não tenha sido previamente perdida em razão da ocorrência de alguma outra das espécies de preclusão. As preclusões lógica, consumativa e punitiva são formas de perda do direito de recorrer que verificam-se necessariamente antes de esgotado o prazo recursal.

3^a Há situações onde o direito de se recorrer de determinado capítulo, extinto pela preclusão temporal, renova-se na forma do direito de se recorrer adesivamente (CPC/15, art. 997, §§1º e 2º). Ocorrendo essa renovação, o trânsito em julgado do capítulo coincidirá com a extinção do direito de se recorrer adesivamente, porque até esse momento ainda havia direito a dele se recorrer.

Ilustremos o que se afirma com 02 (duas) das hipóteses possíveis de trânsito em julgado de uma sentença de parcial procedência, que dê provimento a um dos pedidos (*capítulo x*) e negue provimento ao outro (*capítulo y*), da qual sejam autor e réu intimados no mesmo dia.

(i) Nenhuma das partes recorre. Todo o pronunciamento decisório (*capítulos x e y*) transita em julgado assim que encerrado o prazo recursal de 15 (quinze) dias úteis. Estabelece-se o trânsito em julgado pelo prazo do recurso de apelação porque superior ao prazo para a oposição de embargos de declaração (CPC/15, arts. 1.003, §5º e 1.023, *caput*).

(ii) O autor apela tempestivamente de *capítulo y* e o réu nada faz. O trânsito em julgado do *capítulo x* não se verificará ao final do prazo original para a interposição do recurso autônomo de apelação pelo réu, e sim ao final do prazo de que o réu dispunha para recorrer adesivamente, ou seja, ao final do prazo para o oferecimento das suas contrarrazões.

5.4.2 O trânsito em julgado das decisões impugnadas por recursos admitidos.

Recursos visam à reforma, à invalidação, ao esclarecimento, à integração ou à correção de erros materiais da decisão impugnada.

Embargos de declaração objetivam o esclarecimento, a integração ou a correção de erros materiais (CPC/15, art. 1.022), enquanto que os demais recursos objetivam a invalidação e/ou reforma da decisão impugnada.

Recursos admitidos, quaisquer que sejam eles, impedem o imediato trânsito em julgado dos pronunciamentos decisórios e dos capítulos impugnados. É o que a doutrina chama de efeito impeditivo ou obstativo do trânsito em julgado¹⁷⁸.

No caso dos embargos de declaração admitidos o efeito obstativo é uma decorrência lógica da interrupção dos prazos para a interposição de outros recursos (CPC/15, art. 1.026, *caput*, segunda parte) – efeito interruptivo. Encerrado o julgamento dos embargos de declaração, reinicia-se a contagem do prazo recursal, findo o qual transitarão em julgado, conjuntamente, o pronunciamento decisório ou capítulos embargados e a decisão dos embargos¹⁷⁹.

Perceba-se, assim, que os embargos de declaração admitidos têm o condão de adiar o trânsito em julgado do pronunciamento ou capítulo embargados, ou seja, impedem-no de imediato, e não para sempre.

178V. e.g.: BARBOSA MOREIRA, 2010, p. 257; MARINONI, 2015b, p. 527; DIDIER; CUNHA, 2016, p. 140. “Efeito impeditivo” ou “efeito obstativo” são expressões sinônimas que assumem, no entanto, dois significados diversos na doutrina: 1º como impedimento do imediato trânsito em julgado da decisão recorrida, que ainda poderá vir a ocorrer num momento posterior, a depender de o julgamento do recurso produzir ou não o efeito substitutivo; 2º como absoluto impedimento ao trânsito em julgado da decisão recorrida, que nunca virá a transitar em julgado, haja vista que necessariamente será substituída pelo julgamento do recurso admitido. As expressões vão empregadas no texto no primeiro sentido, único que permite a clara distinção entre os efeitos obstativo/impeditivo e substitutivo dos recursos.

179Por economia, deixa-se de repetir no texto a alusão ao fato de que o trânsito em julgado coincidirá com a preclusão temporal do direito de recorrer sob a condição de não se ter anteriormente a ele renunciado nem ter sido ele extinto por alguma outra das espécies de preclusão.

No caso de outros recursos admitidos, o julgamento proferido pelo tribunal retira os pronunciamentos decisórios ou capítulos recorridos do mundo jurídico, ao invalidá-los ou substituí-los (CPC/15, art. 1.008), mediante a reforma ou a confirmação da decisão atacada.

Diversamente, então, do que ocorre com os embargos de declaração, os demais recursos admitidos não adiam simplesmente o trânsito em julgado do pronunciamento ou capítulo recorridos, impedem-no para sempre. Já era assim sob a égide do CPC/73, oportunizando-se, acerca do tema, transcrever-se a lição de BARBOSA MOREIRA:

Quando o órgão *ad quem* conhece do recurso, a decisão impugnada *jamsais* transita em julgado: ou é anulada, ou substituída pelo julgamento de grau superior, seja de teor igual ou diferente; e em qualquer dessas hipóteses deixa de vigor como ato decisório.” (BARBOSA MOREIRA, 2010, p. 118, grifo no original)

Sendo o recurso julgado *no mérito*, a decisão recorrida *jamsais* chega a transitar em julgado; nem mesmo quando o órgão *ad quem* nega provimento ao recurso, 'confirmando' (como vulgarmente se diz) aquela decisão. O que poderá transitar em julgado é, sempre, o pronunciamento do órgão *ad quem*. (BARBOSA MOREIRA, 2010, p. 269, grifo no original)

Existe, no entanto, uma exceção à regra descrita no parágrafo anterior, consistente na hipótese de desistência do recurso.

O recorrente pode, mesmo depois de admitido o seu recurso, dele desistir (CPC/15, art. 998), caso em que o Tribunal não poderá julgá-lo, devendo, em vez disso, limitar-se a declarar extinto o procedimento recursal. Consequentemente, não haverá pronunciamento do Tribunal que substitua a decisão recorrida. A decisão recorrida, então, transitará em julgado na data da desistência recursal, cujos efeitos operam-se imediatamente (CPC/15, art. 200, par. ún., *a contrario sensu*¹⁸⁰).

5.4.3 O trânsito em julgado das decisões impugnadas por recursos inadmitidos.

¹⁸⁰Nesse sentido, cf. Leonardo José Carneiro da Cunha: “**10. Desistência do recurso: eficácia imediata.** Contrariamente à desistência da ação, a desistência do recurso não depende de homologação judicial. Manifestada desistência do recurso, seus efeitos são produzidos imediatamente. A desistência consistente na revogação do ato praticado anteriormente. Desistir do recurso é revogar a manifestação de vontade estratificada no ato de interposição do recurso. Com a desistência do recurso, o tribunal não pode mais julgá-lo, por deixar de existir.” (CABRAL; CRAMER, 2015, p. 343; grifo no original)

Parte-se, na análise deste ponto, de uma diferença fundamental: **(a)** o direito de se recorrer de determinada decisão não pode ser confundido com **(b)** o procedimento recursal que se inicia pelo recurso dela interposto. Basicamente porque o direito de recorrer é um direito (situação jurídica ativa), espécie de efeito jurídico, enquanto que o procedimento recursal é um ato jurídico complexo¹⁸¹, espécie de fato jurídico.

Necessário esclarecer-se, desde logo, que aqui fazemos uso da expressão “direito de se recorrer de determinada decisão” como designativo de uma situação jurídica ativa, conferida pelo ordenamento jurídico a determinados sujeitos, em razão de um fato jurídico, para ser exercida regularmente. A expressão não designa, por conseguinte: nem o direito abstrato ao manejo de recursos, conferido indistintamente a quaisquer litigantes (CRFB/88, art. 5º, LV), nem o conjunto de situações jurídicas ativas próprias do procedimento recursal, que abrange uma série de direitos (ex. direito à sustentação oral, previsto no art. 937 do CPC/15).

5.4.3.1 Direito de se recorrer de determinada decisão e procedimento recursal.

Observado o paradigma proposto pela “teoria do fato jurídico” para a compreensão do fenômeno jurídico, de divisão do mundo jurídico em 03 (três) planos diversos – plano da existência, plano da validade e plano da eficácia –, temos que:

- **(a)** o direito de se recorrer de determinada decisão, como efeito jurídico, pode ou não existir;

¹⁸¹Sobre a noção de ato complexo e a distinção entre ato complexo e ato composto, cf. MELLO, 2014, p. 215-217: “A doutrina de direito público, mais notadamente direito administrativo, costuma referir-se *(a)* a atos complexos e *(b)* a atos compostos, assim considerados aqueles atos jurídicos de direito público para cuja realização se exige a prática de vários atos e deliberações que lhes são condicionantes. A diferença entre eles residiria na circunstância de que, no primeiro *(a)*, o conjunto de atos e deliberações que o integram seriam praticados por órgãos integrantes de um mesmo Poder do Estado ou entidade administrativa autônoma, enquanto que o segundo *(b)* se comporiam [sic] de atos e deliberações praticados por órgãos de Poderes ou entidades diversos. [...] Como se parece claro, bem analisadas as espécies, constata-se que não se trata de categorias especiais de ato jurídico, mas, sim, de atos jurídicos cujos suportes fácticos [sic] são integrados por vários atos jurídicos. (p. 215) [...] No ato complexo e no ato composto há um *ato final*, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a denominação, e há o *ato* ou os *atos condicionantes* desse ato final, todos relacionados entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um *processo*, definido este como um conjunto de atos destinados a certo fim (exercício de uma competência, de um poder ou prestação de um dever).” (p. 216, grifo no original)

- **(b)** já o procedimento recursal, como ato jurídico existente, pode ou não ser válido e pode ou não produzir efeitos.

O direito de se recorrer de determinada decisão existe para os legitimados do art. 966, *caput*, do CPC/15, enquanto a ele não se renuncie e enquanto não se verifique a sua preclusão. Havendo uma coisa ou outra, extingue-se o mencionado direito.

O procedimento recursal, por sua vez, é ato jurídico complexo de formação sucessiva, composto por uma cadeia de atos iniciada pelo ato de interposição do recurso. Note-se que a interposição do recurso está para o procedimento recursal, assim como a propositura da petição inicial está para o procedimento em primeiro grau.

Aquele que nunca possuiu o direito de recorrer de determinada decisão e aquele não mais o possua *não devem* dela recorrer, mas *podem*, mesmo assim, virem a interpor o recurso. A existência de recurso interpostos por sujeitos ilegítimos e de recursos intempestivos comprovam o que se afirma.

Mesmo aqueles que possuem, e enquanto possuem, o direito de recorrer de determinada decisão, *não devem* exercê-lo de qualquer maneira; *devem* exercê-lo regularmente, isto é, com observância das exigências legais (CPC/15, art. 997, *caput*, parte final), tais como o preparo, em sendo o caso (CPC/15, art. 1.007), e o requisito previsto no art. 966, par. ún., do CPC/15, em se tratando de recurso interposto pelo terceiro prejudicado. *Podem*, no entanto, virem a exercê-lo irregularmente, isto é, sem observância das exigências legais.

Em quaisquer dos casos, o procedimento recursal e o recurso, como atos jurídicos, existem. Não importa às suas existências se o recurso foi interposto por quem se encontrava no regular exercício do direito de recorrer ou se, no transcorrer do procedimento recursal, alguma exigência legal veio a ser desrespeitada. Tais circunstâncias importarão, em vez disso, à validade e à eficácia desses atos jurídicos.

Falar-se em ato inexistente e em recurso inexistente, tal como o fazem os enunciados, adiante reproduzidos, do art. 37, par. ún., do CPC/73 – em boa hora substituído pelo art. 104, §2º, do CPC/15, e da Súmula n. 115 do STJ – sem base alguma diante do novo regime (v. CPC/15, arts. 76, § 2º; 104, § 2º; 932, par. ún., e 1.029, § 3º) – é, com a devida vênia, um contrassenso (grifo nosso):

CPC/73:	CPC/15:
Art. 37. [...] Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por <i>inexistentes</i> , respondendo o advogado por despesas e perdas e danos.	Art. 104. [...] §2º O ato não ratificado será considerado ineficaz relativamente àquele em cujo nome foi praticado, respondendo o advogado pelas despesas e por perdas e danos.

S. STJ n. 115:

Na instância especial *é inexistente recurso interposto* por advogado sem procuração nos autos.

Viola-se o princípio da não-contradição. Admite-se, logicamente, que inexistam ato jurídico ou recurso interposto, mas o ato praticado e o recurso interposto não podem ser inexistentes. A inexistência jamais poderá ser atributo do que existe.

Confira-se, a propósito da Súmula 115 do STJ¹⁸², o que dispõe o enunciado n. 83 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

FPPC:

83. (art. 932, parágrafo único; art. 76, § 2º; art. 104, § 2º; art. 1.029, § 3º) Fica superado o enunciado 115 da súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC (“Na instância especial *é inexistente recurso interposto* por advogado sem procuração nos autos”). (Grupo: Ordem dos Processos no Tribunal, Teoria Geral dos Recursos, Apelação e Agravo)

¹⁸²O STJ, a partir do REsp 1442887/BA (Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 14/05/2014), chegou a consolidar na sua jurisprudência (v. *e.g.*: AgRg no AREsp 369.178/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 05/06/2014; EDcl no AREsp 648.211/PE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 12/05/2015) o entendimento de que recurso com assinatura digitalizada (= imagem da assinatura escaneada ou fotografada) do advogado constituído nos autos também seria recurso inexistente, impassível de convalidação. Diante da disciplina do CPC/15, conforme dito no texto, o STJ deverá vir a alterar o seu posicionamento, superando a Súmula 115, ao menos no que se refere aos recursos interpostos após o início da vigência do novo Código. Em relação aos recursos interpostos antes da sua entrada em vigor, o STJ já teve a oportunidade de se manifestar (AgRg no AREsp 725.263/RO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 27/05/2016) e, lamentavelmente, manteve o entendimento pela inexistência do recurso subscrito por advogado sem procuração nos autos e pela impossibilidade de regularização do feito, com base no Enunciado nº 2 do Plenário do STJ: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”

Prosseguir no desenvolvimento do assunto depende do estabelecimento das seguintes premissas:

- **1^a** a invalidade é uma sanção, consistente na supressão de efeitos do ato jurídico praticado;
- **2^a** defeito e invalidade diferenciam-se: o *defeito* está no ato jurídico e a invalidade é a sanção (de invalidação) que se impõe diante de *certos* defeitos;
- **3^a** os atos processuais são *prima facie* válidos (i.e. válidos enquanto não judicialmente invalidados), independentemente do defeito que os acometa;
- **4^a** o juízo de admissibilidade é um juízo sobre a validade do procedimento.

Já tratamos das duas primeiras premissas quando analisamos os planos do mundo jurídico (v. item 1.4). Importante tecermos, agora, algumas considerações quanto às duas últimas.

5.4.3.2 Da validade *prima facie* dos atos processuais.

A validade *prima facie* dos atos processuais é premissa que, para nós, justifica-se, sobretudo, em razão de o processo ser incerteza quanto ao resultado. Submetidas à apreciação judicial quaisquer questões, dentre elas a questão pertinente à presença ou não de defeitos invalidantes do procedimento recursal, não há como, de antemão, saber-se a que conclusão o juiz chegará.

Todas as considerações que até aqui fizemos sobre o trânsito em julgado, com apoio na teoria do fato jurídico, refletem o que efetivamente ocorre *sobre o pressuposto de que nenhum dos aspectos da incidência sejam judicialmente questionados*.

Alguns exemplos:

- **(i)** o trânsito em julgado da decisão judicial coincide com a renúncia do direito da parte vencida a dela recorrer, desde que a parte vencida concorde que o seu ato importou em renúncia, abstendo-se de interpor o recurso.
- **(ii)** o trânsito em julgado da decisão judicial coincide com a preclusão consumativa, lógica ou temporal do único direito a dela se recorrer, desde que o seu titular concorde com a ocorrência daquelas causas extintivas, não vindo a recorrer;
- **(iii)** o trânsito em julgado da decisão judicial coincide com a extinção do último direito a dela se recorrer sob a condição de que terceiros, inicialmente não considerados, não venham a dela recorrer dizendo-se prejudicados.

Havendo questionamento judicial quanto ao modo como os fatos se verificaram no mundo sensível, quanto às normas que sobre eles incidiram, quanto aos fatos jurídicos daí decorrentes ou quanto aos efeitos que a esses fatos normativamente se vinculam, o juiz deverá decidir e a incidência terá, então, se verificado como o órgão julgador decidir que ela se verificou¹⁸³.

Retomando-se os exemplos anteriores e interpostos os recursos ali mencionados, pode o juiz vir a entender: **(i)** que o ato praticado pelo recorrente anteriormente à interposição do recurso

183O que vai afirmado no texto pode ser compatibilizado com a infalibilidade da incidência da norma jurídica, contanto que façamos uma necessária releitura do que a “teoria do fato jurídico” dispõe a esse respeito. Tratar do assunto com a profundidade que ele merece demandaria uma imensa digressão, onde se dispensasse adequado tratamento à natureza da atividade jurisdicional e ao papel que as decisões judiciais ocupam no ordenamento jurídico. Cumpre, então, advertir: lidaremos com o tema na medida do estritamente necessário. Em termos bastante simplificados, é inadiável o abandono da teoria dualista ou declaratória do ordenamento jurídico – segundo a qual o juiz apenas declara (= aplica) a Lei –, que respalda a compreensão da “teoria do fato jurídico” quanto à incidência infalível; em favor de uma teoria unitária ou constitutiva do ordenamento jurídico, que reconhece o papel normativo (= criativo) do juiz na formação do ordenamento jurídico. No que mais de perto nos interessa, perceba-se que a incidência que se opera no mundo jurídico, assim como todo o *ser do mundo jurídico*, é uma abstração e não algo objetivamente aferível; a começar pelo fato de a norma ser uma construção de sentido. Quando descrevemos a incidência normativa, não estamos descrevendo algo sensível, mas sim algo idealizado, um paradigma. Diante de qualquer dissenso levado ao Poder Judiciário sobre a forma como a incidência se deu, o juiz não *declarará* de que maneira a norma incidiu. Conflitos não são levados ao Poder Judiciário para que se obtenha uma opinião do juiz a respeito deles – opiniões são buscadas junto a advogados, doutrinadores, psicanalistas, amigos etc –, e sim para que o juiz os resolva, disciplinando o caso concreto. O juiz, em verdade, *decide* como a norma incidiu, impondo certeza jurídica quanto ao ponto. Ao julgar, o juiz pronuncia-se em *linguagem prescritiva*, emitindo comandos obrigatórios para os seus destinatários, que se acrescem ao ordenamento jurídico, e não em *linguagem descritiva*, de um ordenamento jurídico pré-constituído e inalterado pela decisão, como a de que fazemos uso. Veja-se que nenhuma crítica que façamos à solução dada pelo Juízo, por mais pertinente ou convincente que o seja, terá o condão de minimamente reduzir a obrigatoriedade de observância do quanto decidido.

não caracterizou renúncia; **(ii)** que a preclusão não se verificou; **(iii)** que o terceiro recorrente qualifica-se como terceiro prejudicado.

Diante dessa constatação, parece-nos que a melhor saída seja mesmo considerar-se que os atos processuais são atos *prima facie* válidos, produzindo efeitos até que sejam invalidados pelo juiz, tal como o fazem ANTONIO DO PASSO CABRAL e ALEXANDRE SALGADO MARDER, inobstante valendo-se de fundamentos diversos:

O sistema dos atos processuais prevê uma preferência normativa pela sua validade. Como todas as regras referentes às nulidades revelam um complexo de normas que visam a impedir a sua invalidação, vê-se que o ordenamento consagra uma prioridade *prima facie* em favor da validade e eficácia dos atos do processo. (CABRAL, 2010, p. 190)

A causa eficiente da invalidade é exatamente a decisão judicial. [...] não há falar em invalidade processual antes do decreto judicial. Antes disso poderá existir uma pretensão de que determinado ato seja invalidado, mas invalidade ainda não haverá. [...] a ação transformadora que efetivamente faz com que a invalidade passe a existir é o pronunciamento do Poder Judiciário. (MARDER, 2010, p. 72-73).

Importante destacar que os atos processuais são *prima facie* válidos independentemente do defeito que os acometa.

No direito civil positivo existem 02 (dois) graus diversos de invalidade, há atos nulos e atos anuláveis (v. CC/02, art. 166-184), ambos atos defeituosos, mas cada uma dessas categorias dotada de regime jurídico próprio. No direito processual civil positivo não; no CPC/15 não se diferenciam graus de invalidade, através dos designativos “nulidade” e “anulabilidade”, “nulidade absoluta” e “nulidade relativa” ou de quaisquer outros¹⁸⁴⁻¹⁸⁵.

5.4.3.3 O juízo de inadmissibilidade como um juízo de natureza desconstitutiva sobre a validade do procedimento.

184Nesse sentido, tratando do assunto ainda ao tempo do CPC/73, cf. BEDAQUE, 2007, p. 450.

185O legislador não foi terminologicamente impreciso quando empregou no art. 281 do CPC/15 os termos “anulado” e “nulidade” foi, isto sim, a eles indiferente. Em que pese o exposto, há uma clara preferência pelo termo “nulidade” no CPC/15 (v. arts. 276-283 e epígrafe que os antecede).

A existência do recurso interposto e do procedimento recursal por ele iniciado são indiferentes à regularidade com que exercido o direito de se recorrer de determinada decisão e à própria existência desse direito (v. item 5.4.3.1).

Demais disso, tratando-se de atos processuais, são *prima facie* válidos. Independentemente do defeito que os acometa, produzem efeitos enquanto não invalidados pelo juiz (v. item 5.4.3.2). Há, inclusive, um efeito deles decorrente cuja produção a experiência torna impossível seja negada: enquanto não inadmitido o procedimento recursal a causa permanece pendente; como consequência, eventual repetição da mesma ação nesse interstício caracterizará o fato jurídico denominado de litispendência pelo art. 337, §3º, do CPC/15 (“Há litispendência quando se repete ação que está em curso.”).

O juízo de admissibilidade afigura-se, nesse cenário, como um juízo sobre a validade do procedimento. Cuida-se de premissa muito bem desenvolvida por FREDIE DIDIER JR. (2005; 2010, p. 322-354).

Juízo de admissibilidade recursal positivo significa a certificação de que o procedimento recursal não apresenta defeitos invalidantes. Já o juízo de admissibilidade recursal negativo (= juízo de inadmissibilidade) significa a certificação de que o procedimento é defeituoso acrescida da aplicação da sanção de invalidade ao procedimento.

O juízo de admissibilidade positivo apresenta, assim, natureza meramente declaratória; enquanto que o juízo de inadmissibilidade tem natureza desconstitutiva. É como afirma DIDIER JR.:

Diante do que foi exposto, adota-se o seguinte posicionamento sobre a natureza jurídica do juízo de admissibilidade: a) se *positivo*, será um juízo declaratório da eficácia, decorrente da constatação da validade do procedimento (aptidão para a prolação da decisão sobre o objeto posto sob apreciação); b) se *negativo*, será um juízo constitutivo negativo, em que se aplica a sanção da inadmissibilidade (invalidade) ao ato-complexo, que se apresenta defeituoso/viciado. (DIDIER JR., 2010, p. 347, grifo e parênteses no original)

Aceitando-se as premissas dos tópicos anteriores, não há como aqui ser diferente. Dado que o procedimento recursal defeituoso existe e, na condição de ato processual, produz efeitos enquanto não invalidado, a natureza do juízo de inadmissibilidade recursal não pode ser

meramente declaratória. Se o fosse, não haveria justificativa alguma para a interrupção ou supressão dos efeitos jurídicos produzidos pelo procedimento recursal, dentre eles o efeito impeditivo do trânsito em julgado.

Diversamente, então, do que ocorre com o juízo de admissibilidade positivo, que, significativo do reconhecimento da presença dos requisitos de validade do procedimento, apresenta natureza meramente declaratória, o juízo de admissibilidade negativo não significa o mero reconhecimento da ausência de algum daqueles requisitos. É mais.

O juízo de inadmissibilidade apresenta natureza desconstitutiva. Nele certifica-se a existência de um defeito insanável ou não sanado (v. CPC/15, art. 932, par. ún.; 1.007, §7º; 1.017, §3º, e 1.029, §3º) do procedimento recursal¹⁸⁶ e aplica-se a sanção de invalidade (= inadmissibilidade) ao procedimento.

Note-se que tratar o juízo de admissibilidade como um juízo sobre a validade do procedimento permite seja adequadamente compreendida a posição por ele ocupada dentro de uma teoria geral sobre o modo de ser do fenômeno jurídico.

5.4.3.4 Por que discordamos do entendimento segundo o qual o juízo de inadmissibilidade teria natureza declaratória.

Ao assumir o posicionamento exposto no tópico anterior, logicamente discordamos daqueles que entendem pela natureza declaratória do juízo de inadmissibilidade, posição capitaneada por BARBOSA MOREIRA, para quem:

Positivo ou negativo, o juízo de admissibilidade é essencialmente *declaratório*. Ao proferi-lo, o que faz o órgão judicial é verificar se estão ou não satisfeitos os requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito do recurso. A existência ou a inexistência de tais requisitos é, todavia, *anterior* ao pronunciamento, que não a *gera*, mas simplesmente a *reconhece*. (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 158)

¹⁸⁶Quanto ao tema, confira-se enunciados n. 278 e n. 372 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “278. (arts. 282, §2º, e 4º) O CPC adota como princípio a sanabilidade dos atos processuais defeituosos. (Grupo: Competência e invalidades processuais).” “372. (art. 4º) O art. 4º tem aplicação em todas as fases e em todos os tipos de procedimento, inclusive em incidentes processuais e na instância recursal, impondo ao órgão jurisdicional viabilizar o saneamento de vícios para examinar o mérito, sempre que seja possível a sua correção. (Grupo: Normas fundamentais)”

Importante indicarmos sucintamente as razões e os limites da nossa discordância, com o oportuno registro de que, por “requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito do recurso”, BARBOSA MOREIRA designa aproximadamente o mesmo que denominamos de “requisitos de validade do procedimento recursal”.

Concordamos, então, que o órgão judicial deve verificar no juízo de admissibilidade recursal se estão ou não satisfeitos os requisitos indispensáveis para a legítima apreciação do mérito, bem como que a existência ou inexistência de tais requisitos é, necessariamente, anterior ao pronunciamento que os reconhece. Discordamos é que se possa daí concluir pela natureza declaratória do juízo de inadmissibilidade.

Juízo de admissibilidade negativo não tem essência predefinida, quer declaratória, quer desconstitutiva. Sua natureza não é definida nem pode ser inferida a partir do exame do direito positivo, como parece fazer crer o grande mestre ao sustentar que a natureza declaratória do juízo de inadmissibilidade respaldar-se-ia na interpretação dos arts. 6º, §3º, da LINDB e 467 do CPC/73¹⁸⁷, por ele assim realizada:

Tais proposições [...] são corolários do conceito de *res iudicata* ministrado pelo art. 6º, §3º, da Lei de Introdução do Código Civil. É preciso atentar neste ponto relevantíssimo: quando se diz que faz coisa julgada a decisão de que já não cabe recurso, o que se diz, com outras palavras, é que a *res iudicata* se produz desde que não haja, contra a decisão, recurso admissível, ou o que acaso o fora tenha deixado de o ser. [...] (BARBOSA MOREIRA, 1976, p. 212)

Quando se diz que faz coisa julgada a decisão “não mais sujeita a recurso” (art. 467), o que se diz, com outras palavras – e ressalvadas as hipóteses em que a própria lei exclui o trânsito em julgado, independentemente de recurso (art. 475, ou disposição análoga de lei extravagante) –, é que a *res iudicata* se produz desde que não haja, contra a decisão, *recurso admissível*, ou aquele que acaso o fora tenha deixado de o ser. *Recurso inadmissível*, ou tornado tal, não tem a virtude de empecer ao trânsito em julgado: nunca a teve, ali, ou cesso de tê-la, aqui. (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 159)

O *discrímen* entre recursos admissíveis e inadmissíveis não é um dado do direito positivo, mas sim algo que surgiu ao final do seu processo interpretativo. Interpretação diversa poderia

187CPC/73: “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” A conclusão do raciocínio não se altera face à redação do art. 502 do CPC/15: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”

igualmente respaldar a tese oposta; interpretação, diga-se de passagem, que ficaria mais próxima da literalidade daqueles enunciados que não fazem a ressalva propugnada pelo autor.

A discussão sobre a natureza do juízo de admissibilidade é um debate a ser travado no nível lógico-jurídico e não no nível jurídico-positivo.

Consigne-se, por fim, que a aceitação da validade *prima facie* dos atos processuais e da natureza desconstitutiva do juízo de inadmissibilidade impõe uma revisão classificatória e recomenda uma alteração terminológica, no que se refere aos “recursos admissíveis” e “recursos inadmissíveis”.

Diante das premissas que assumimos não se pode classificar os recursos dessa forma. Tratando-se de atos processuais válidos enquanto não invalidados, a única classificação que se faz possível é a que distinga entre *recursos admitidos* e *recurso inadmitidos*, elaborada de maneira retrospectiva, depois da decisão sobre a admissibilidade do recurso.

5.4.3.5 O juízo de inadmissibilidade como um juízo com efeitos, via de regra, não retroativos.

Assentado o juízo de inadmissibilidade como um juízo de natureza desconstitutiva sobre a validade do procedimento (v. item 5.4.3.3), resta examinar se os seus efeitos retroagem ou não.

Registre-se, inicialmente, que a problemática da natureza declaratória ou desconstitutiva do juízo de inadmissibilidade não deve ser misturada com a problemática ligada à natureza retroativa (= *ex tunc*) ou não (= *ex nunc*) dos efeitos dessa decisão.

Sustentar que o juízo de inadmissibilidade apresenta natureza desconstitutiva não impõe a aceitação dogmática de que seus efeitos não possam retroagir. O direito positivo prevê hipóteses de decisões inequivocamente desconstitutivas cujos efeitos produzem-se

retroativamente, de que é exemplo a sentença anulatória de negócio jurídico (CC/02, art. 182¹⁸⁸).

Importante perceber-se, então, que a crítica de BARBOSA MOREIRA, no sentido de que não se poderia reconhecer ao recorrente a possibilidade de adiar *sempre* a formação da coisa julgada, “sujeitando ao poder dispositivo um instituto que a ele está imune” (BARBOSA MOREIRA, 1976, p. 212) é crítica que se dirige ao eventual reconhecimento de uma inflexível eficácia *ex nunc* do juízo de inadmissibilidade e não ao reconhecimento da sua natureza desconstitutiva.

Consistindo a inadmissibilidade do procedimento recursal numa sanção a ele aplicada pelo juízo, diante do reconhecimento de um vício insanável ou não sanado, não há como se sustentar que, à falta de previsão legal expressa, a ele se deva conferir, via de regra, efeitos retroativos.

A regra deve prestigiar a segurança jurídica, reconhecida pela jurisprudência pacífica do STF como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito (v. item 4.5.1.1), e não ir contra ela.

Assim sendo, a regra geral é a de que o juízo de inadmissibilidade produzirá efeitos desconstitutivos *ex nunc*. Em termos práticos, o efeito do juízo de inadmissibilidade consistirá em interromper a produção de efeitos do procedimento recursal, preservando-se, todavia, os efeitos até então produzidos, dentre eles o efeito obstativo do trânsito em julgado da decisão recorrida.

Sustentam que a regra geral seja a eficácia *ex nunc* do juízo de inadmissibilidade, entre outros, FLÁVIO CHEIM JORGE (JORGE, 2002, p. 78-80), JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (MEDINA; WAMBIER, 2013, p. 79).

Apesar disso, para tais autores, a natureza do juízo de inadmissibilidade seria declaratória, na linha do que defende BARBOSA MOREIRA.

188(CC/02) “Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.”

Com o devido respeito, não nos parece teoricamente correto afirmar que o juízo de inadmissibilidade tenha natureza declaratória e eficácia *ex nunc* se o que se quiser dizer com isso for que o recurso, enquanto não *declarado inadmissível*, impediu o trânsito em julgado da decisão recorrida.

Ex nunc e *ex tunc* não são propriamente os efeitos da decisão e sim predicados (= qualidades) desses efeitos. O efeito comum às decisões declaratórias é a produção de certeza jurídica¹⁸⁹ (CÂMARA, 2008, p. 420). Não se modificam situações jurídicas por força da declaração, que, em vez disso, limita-se a tornar juridicamente irrelevantes (= sem efeito) as impugnações que se venha a deduzir contra o que fora previamente certificado em decisão transitada em julgado.

Por dever de coerência, “decisão declaratória com efeito *ex nunc*” seria, para nós, então, a denominação de decisões cujo efeito certeza jurídica não retroagisse¹⁹⁰.

O mais provável é que não seja esse o sentido de “decisão declaratória com efeito *ex nunc*” que se toma em consideração quando se sustenta a natureza declaratória com efeitos *ex nunc* do juízo de inadmissibilidade.

Talvez o que se queira efetivamente dizer nesses casos, como já adiantado, seja que o juízo de inadmissibilidade interromperá os efeitos dos recursos inadmissíveis do seu pronunciamento em diante, preservando os efeitos que já tenham sido produzidos, dentre eles o de ter impedido o trânsito em julgado até então. Em sendo isso verdade, o desacordo que manteríamos com esse posicionamento seria, antes de tudo, verbal¹⁹¹.

189Falamos em “efeito comum às decisões declaratórias” como efeito jurídico decorrente de quaisquer decisões meramente declaratórias, sem que isso importe na negativa do reconhecimento de outros efeitos jurídicos que delas podem decorrer em razão de determinadas normas do direito positivo. A título de exemplo, decisões meramente declaratórias onde se reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa têm também eficácia de título executivo judicial, segundo o art. 515, I, do CPC/15.

190Quer se olhe a questão sob o ângulo do *recurso inadmissível*, quer se a examine sob o ângulo do juízo de inadmissibilidade, o obstáculo ao trânsito em julgado da decisão recorrida indubitavelmente não resulta da circunstância de o efeito certeza jurídica, próprio das decisões de natureza declaratória, retroagir ou não. Se nesses casos o efeito impeditivo do trânsito em julgado fosse próprio do recurso inadmissível, o juízo de inadmissibilidade não teria como suprimi-lo, haja vista que meramente declaratório; é impossível, ainda, afirmar-se que esse efeito impeditivo não nasce com o recurso inadmissível, originariamente sem efeito algum, sendo a ele atribuído pelo juízo de inadmissibilidade, porque também desse modo o juízo de inadmissibilidade deixaria de ser meramente declaratório.

191Sobre disputas verbais e acordos verbais v. item 3.3.1.

5.4.3.6 A possibilidade excepcional de os efeitos do juízo de inadmissibilidade retroagirem.

Se por um lado a regra geral deve ser a da produção de efeitos *ex nunc* pelo juízo de inadmissibilidade e, conseqüentemente, do adiamento do trânsito em julgado da decisão recorrida por recursos que venham a ser inadmitidos; por outro, o ordenamento jurídico não compactua com a possibilidade de o recorrente adiar sempre e para sempre o momento de formação da coisa julgada, sobretudo quando consideradas as normas fundamentais previstas nos arts. 4º, 5º, 6º e 8º do CPC/15.

É certo que o CPC/15 prevê o dever de indenizar e multas, passíveis de serem impostas ao recorrente que se valha de recursos manifestamente protelatórios como forma de adiamento permanente do trânsito em julgado (v. arts.: 77, §2º; 79; 80, VII; 81; 777; 918, III e par. ún.; 1.026, §§2º e 3º). Acontece que há situações nas quais tais mecanismos dissuasórios não são suficientes, verificadas sobretudo quando o valor fixado para a causa – base de cálculo das multas – é muito baixo¹⁹² ou quando o recorrente não tem patrimônio a ser executado.

Nessas situações excepcionais, onde o dever de indenizar e a imposição das sanções pecuniárias expressamente previstas no CPC/15 ao litigante de má-fé não se mostrarem suficientes, entendemos, com esteio nos arts. 4º, 5º, 6º e 8º do CPC/15, que o juízo competente para inadmitir o recurso interposto, possa, ao fazê-lo, determinar a

¹⁹²Confira-se trecho do diálogo travado entre os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello (relator), por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, nos embargos de declaração, nos embargos de declaração, no agravo regimental, nos embargos de divergência, nos embargos de declaração, no recurso extraordinário n. 202.097-4: “**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator):** O caráter evidentemente procrastinatório dos presentes embargos de declaração impõe a aplicação da multa em seu valor máximo, para que não se menospreze o postulado ético-jurídico da lealdade processual, de um lado, e para que não se prestigie, por inaceitável, o abuso de direito, de outro. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Chego à multa e, considerado o percentual anterior, segundo o disposto no próprio Código de Processo Civil, à totalidade de 10%, ou seja, nestes embargos, aplico a multa de 9%. **O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator):** O que vai representar um valor ínfimo, porque, quando efetuado o primeiro depósito, em face da multa de 1%, o '*quantum*' resultante do cálculo foi de apenas R\$ 37,69 (trinta e sete reais, sessenta e nove centavos). O que significa que mesmo imposta em seu valor máximo, a multa ainda continuará irrisória.” [RE 202097 ED-EDv-AgR-ED-ED-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2004, DJ 27-08-2004 PP-00052 EMENT VOL-02161-02 PP-00332 RTJ VOL-00194-01 PP-00325; grifos no original]

desconstituição retroativa dos efeitos jurídicos já produzidos pelo procedimento recursal. Significa dizer, quanto ao trânsito em julgado, que o órgão julgador poderá, nestes casos, ao inadmitir o recurso, *decidir* que o trânsito em julgado da decisão recorrida operou-se como se o recurso não tivesse sido interposto.

A inadmissibilidade com efeitos *ex tunc* é uma sanção, mais grave ainda que a mera inadmissibilidade (i.e. com efeitos *ex nunc*), e, como tal, deverá vir motivada na decisão.

O que não nos parece correto é que, ao decidir pela inadmissibilidade do recurso, o juízo competente nada diga a respeito da retroatividade ou não dos efeitos e, posteriormente a isso, em outra sede (ex. em execução definitiva, em cumprimento definitivo ou em ação rescisória), venha-se a decidir que o recurso inadmitido não afetou o trânsito em julgado da decisão recorrida.

Intuito *manifestamente* protelatório do recorrente, *manifesta* intempestividade do recurso¹⁹³ ou quaisquer outras circunstâncias que se entenda aptas a justificarem a supressão retroativa dos efeitos jurídicos decorrentes da interposição do recurso (ato jurídico existente e *prima facie* válido), devem ser consideradas e decididas pelo juízo competente para decidir sobre a sua admissibilidade, em respeito à segurança jurídica.

Há, ainda, um dispositivo legal no CPC/15, diretamente pertinente à temática, que deve ser analisado, o art. 1.026, §§2º, 3º e 4º. Façamos algumas considerações preliminares ao seu exame.

O mecanismo virtualmente ilimitado de impugnação de decisões judiciais são os embargos de declaração. Cabíveis contra qualquer decisão (CPC/15, art. 1.022, *caput*), em tese seriam sempre cabíveis da decisão anterior que os inadmitisse, obstando *ad infinitum* o trânsito em

¹⁹³É comum na jurisprudência e na legislação processual empregar-se o advérbio “manifestamente” (ex. CPC/15, art. 80, VII) e o adjetivo “manifesto(a)” (ex. CPC/15, art. 311, I). Apesar disso, nem na lei nem na jurisprudência encontra-se um critério distintivo entre o que é manifesto e o que não é. No tema de que cuidamos, não se diferencia, *a priori*, intuito protelatório de intuito *manifestamente* protelatório, intempestividade de *manifesta* intempestividade.

julgado e interrompendo sucessivas vezes o prazo para a interposição de outros recursos¹⁹⁴ (CPC/15, art. 1.026, *caput*).

A possibilidade de ilimitada oposição sequencial de embargos de declaração, mesmo diante da ausência de vícios na decisão embargada, por parte do recorrente que quisesse adiar indefinidamente o trânsito em julgado, apresentava-se como um problema no regime do CPC/73 com o qual a jurisprudência não raras vezes tinha de lidar¹⁹⁵.

É diante desse quadro que se deve compreender a disciplina prevista nos parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 1.026 do CPC/15, adiante transcrito, pertinente a sequencial oposição de embargos de declaração:

CPC/15:

Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

[...] § 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

§ 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

§ 4º Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.

Passemos a interpretá-los.

Parágrafo segundo. Caso considere que os embargos de declaração foram opostos de maneira manifestamente protelatória, o órgão julgador, em decisão fundamentada, deverá condenar o

194 Quanto ao efeito interruptivo do embargos de declaração, oportuno aludir-se ao enunciado n. 563 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “563. (art. 1.026; art. 339 do RISTF). Os embargos de declaração no âmbito do Supremo Tribunal Federal interrompem o prazo para a interposição de outros recursos. (Grupo: Impacto nos Juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante)”

195 V. e.g.: STF – RE 208277 EDv-ED-ED-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 19-02-2016 PUBLIC 22-02-2016; STJ – AgRg nos EDcl no AgRg nos EDv no AgRg no ARE no RE no AgRg nos EDcl no AREsp 55.549/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/11/2014, DJe 11/12/2014; EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no ARE no RE nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1370615/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/11/2014, DJe 21/11/2014; EDcl no RCDESP no AgRg no RE no Ag 611.241/PR, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 103; EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl no RE no Ag 387.730/SP, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/02/2004, DJ 01/03/2004, p. 118.

embargante a pagar ao embargado multa de até dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

Parágrafo terceiro. Caso considere que houve reiteração na oposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios (= primeira reiteração; = segundos embargos de declaração), o órgão julgador, em decisão fundamentada, deverá elevar a multa a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa. Além disso, a admissibilidade positiva de qualquer novo recurso fica condicionada ao depósito prévio do valor da multa (à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final).

Parágrafo quarto. Nova oposição de embargos de declaração (= segunda reiteração; = terceiros embargos de declaração) não deverá produzir efeito algum; naquilo que mais de perto nos interessa, não deverá impedir o trânsito em julgado das decisões anteriores; decisão que o inadmita, terá eficácia desconstitutiva operando retroativamente. A propósito do tema, veja-se o enunciado n. 361 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “361. (art. 1.026, § 4º) Na hipótese do art. 1.026, § 4º, não cabem embargos de declaração e, caso opostos, não produzirão qualquer efeito. (Grupo: Recursos)”

“Admitidos” no art. 1.026, §4º, do CPC/15 não assume o mero significado de “conhecidos”, como fica claro a partir do seu cotejo com os parágrafos segundo e terceiro. Há uma gradação de penalidades, onde a mais grave delas apresenta-se ali como sendo um juízo de inadmissibilidade com eficácia *ex tunc*, desconstutivo dos efeitos jurídicos dos terceiros embargos de declaração desde a origem.

Tal regra, segundo pensamos, deve ser considerada pela jurisprudência na identificação de outras situações onde se venha a entender que o trânsito em julgado da decisão recorrida não deva ser afetado pelo recurso inadmitido. Além disso, constitui-se como um impedimento, por exemplo, a que o órgão julgador considere totalmente ineficazes ao adiamento do trânsito em julgado já os primeiros embargos de declaração manifestamente protelatórios¹⁹⁶.

¹⁹⁶Em sentido contrário ao que vai defendido no texto, decidiu recentemente, por maioria, a Primeira Turma do STF: “EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE ERRO, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. ART. 1.022 DO CPC. RECURSO PROTELATÓRIO. 1. Os embargos de declaração não constituem meio hábil para a reforma do julgado, sendo cabíveis somente quando houver no acórdão omissão, contradição ou obscuridade, o que não ocorre no presente caso. 2. O

6 SUPORTES FÁTICOS DA COISA JULGADA (= OS TIPOS DE FATOS JURÍDICOS QUE PRODUZEM O EFEITO JURÍDICO COISA JULGADA).

Investiguem neste Capítulo quais são os suportes fáticos (abstratos) a que o CPC/15 vincula normativamente o efeito jurídico coisa julgada. Dito em outros termos, abordaremos os tipos de fatos jurídicos que, de acordo com o regramento da coisa julgada constante do CPC/15, produzem o efeito jurídico coisa julgada.

O CPC/15 vincula a alguns suportes fáticos diversos o efeito jurídico coisa julgada. Em quaisquer deles a presença de uma decisão judicial transitada em julgado é requisito necessário, apesar de não suficiente.

Significa dizer que não é toda decisão judicial transitada em julgado que produz coisa julgada, mas que toda coisa julgada impescinde de uma decisão judicial transitada em julgado.

O suporte fático que conta com uma decisão judicial transitada em julgado *resolutiva do mérito* é o mais conhecido deles (CPC/15, arts. 487; 502; 503, *caput*; 966, *caput*). Não é, todavia, o único; há outros, e a pretensão é a de examiná-los um a um.

Para tanto, a análise será dividida em suportes fáticos pertinentes ao que designamos e definimos no item 4.4.6 como sendo as espécies do gênero coisa julgada: “coisa julgada sobre questões principais”, “coisa julgada sobre questões processuais” e “coisa julgada sobre questões prejudiciais incidentais”.

Embargante busca discutir a matéria, com fito de obter excepcionais efeitos infringentes. 3. O STF possui entendimento firme no sentido de que a presente situação autoriza a certificação do trânsito em julgado e baixa imediata dos autos, independentemente da publicação do acórdão. Precedentes. 4. Embargos de declaração rejeitados, com a baixa imediata dos autos, independentemente de publicação do acórdão.” [ARE 937431 AgR-ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 03/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 01-06-2016 PUBLIC 02-06-2016]. Concordamos com o Min. Marco Aurélio, vencido, que assim se pronunciou: “Em se tratando dos primeiros declaratórios, peço vênias para divergir quanto ao fato de não se esperar a confecção do acórdão relativo a este julgamento e a publicação.”

Antes, contudo, serão necessários esclarecimentos terminológicos, envolvendo, sobretudo, “questão principal”, “resolução do mérito” e “pedido”.

6.1 “QUESTÃO PRINCIPAL”, “RESOLUÇÃO DO MÉRITO” E “PEDIDO”.

Por operarmos no nível descritivo (de sentidos) do direito positivo, não criticaremos as escolhas terminológicas do legislador, em que pese diversas delas pudessem sê-lo. Nossa única pretensão é a de construirmos conceitos jurídico-positivos que auxiliem na atividade de ordenação teórica do direito positivo.

6.1.1 “Questão”.

A despeito do notório sentido de “questão” como ponto controvertido, “questão” na linguagem do CPC/15 não é ponto controvertido¹⁹⁷. É evidente, *e.g.*: **(i)** que o mediador não auxilia as partes na compreensão dos pontos controvertidos (art. 165, §3º) – até porque ao tempo da audiência de mediação a contestação nem terá ainda sido apresentada (art. 334, *caput* e 335, I) –; **(ii)** que a preclusão não recobre apenas pontos controvertidos decididos (art. 507); **(iii)** que o art. 933 não determina sejam as partes intimadas para se manifestarem sobre ponto que já seja controvertido.

“Questão” é palavra empregada no CPC/15 em acepção amplíssima, com o sentido de assunto. Designa qualquer assunto sobre o qual o juízo deva ou não se pronunciar. Consoante o art. 357, por exemplo, na decisão de saneamento e de organização do processo, deverá o juiz, além de definir a distribuição do ônus da prova e designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento: resolver os assuntos processuais pendentes, se houver; delimitar os assuntos de fato sobre os quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos, e delimitar os assuntos de direito relevantes para a decisão do mérito. Já o art. 141 impede o juízo de conhecer de assuntos não suscitados a respeito dos quais a lei exija

¹⁹⁷“Questão” significa ponto controvertido na acepção restrita sustentada por Francesco Carnelutti (CARNELUTTI *apud* MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 542).

iniciativa das partes, como é o caso da convenção de arbitragem e da incompetência relativa (CPC/15, art. 337, §§5º e 6º).

“Questão” é termo adjetivado pelo CPC/15 de muitas maneiras distintas. Questão preliminar (art. 64), questão não suscitada (art. 141), questão processual, questão de fato, questão de direito (art. 357), questão incidental, questão principal (art. 430), questão prejudicial (art. 503, §§1º e 2º), questão já decidida (art. 507), questão de direito material, questão de direito processual (art. 928, par. ún.), questão constitucional (art. 950, §2º), questão jurídica (art. 966, par. 6º), questão objeto do incidente (art. 982, §4º) etc.; todas compõem o gênero questão, cada uma delas consistindo em uma subclasse, especializada a partir de determinado(s) critério(s) classificatório(s).

“Questão de mérito”, no entanto, expressão que fora utilizada uma única vez no CPC/39 (art. 350, par. ún.)¹⁹⁸ e outra no CPC/73 (art. 330, I)¹⁹⁹, trata-se de categoria agora unicamente doutrinária, ante a sua não utilização no CPC/15.

Diante das diversas classificações de questões a que fizemos referência, cumpre registrar que o critério classificatório nem sempre recai sobre todo o gênero. Existem critérios que incidem sobre todo o gênero de questões e critérios que incidem sobre apenas parte desse gênero.

Classificações simples, formuladas com base na “lei do terceiro excluído”²⁰⁰ (ex.: questões suscitadas e não-suscitadas; decididas e não-decididas), cobrirão sempre com sucesso todo o gênero que se pretenda classificar. Não é esse, contudo, o caso do critério classificatório que nos permite chegar à subclasse das questões principais, espécie que ora nos interessa tratar.

198(CPC/39) “Art. 350. A ação de despejo, uma vez contestada, prosseguirá com o rito ordinário, e, se não o fôr, os autos serão conclusos para sentença. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 890, de 1969)

Parágrafo único. O juiz conhecerá, entretanto, diretamente do pedido, proferindo sentença definitiva, quando a questão de mérito fôr unicamente de direito, ou, sendo de direito e fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 890, de 1969)”

199(CPC/73) “Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;”

200“Em Lógica, a Lei do Terceiro Excluído (em latim, *principium tertii exclusi ou tertium non datur*) é a terceira de três clássicas Leis do Pensamento. Ela afirma que para qualquer proposição, ou esta proposição é verdadeira, ou sua negação é verdadeira.” Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/ Lei_do_terceiro_excluído](https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_do_terceiro_excluído)>. Acesso em: 28/07/16.

6.1.1.1 Questões principais.

Uma das classificações de que se vale o CPC/15 é aquela que resulta em questões principais e questões incidentais. Vejamos o que nele se dispõe acerca delas, em cotejo com o que dispunha o CPC/73 (grifos nossos):

CPC/15:	CPC/73:
Art. 315. [omissis] §1º Se a ação penal não for proposta no prazo de 3 (três) meses, contado da intimação do ato de suspensão, cessará o efeito desse, incumbindo ao juiz cível examinar incidentemente a questão prévia.	Sem correspondente.
Art. 430. [omissis] Parágrafo único. Uma vez arguida, a falsidade será <i>resolvida</i> como questão incidental , salvo se a parte requerer que o juiz a <i>decida</i> como questão principal , nos termos do inciso II do art. 19.	Sem correspondente.
Art. 433. A declaração sobre a falsidade do documento, quando suscitada como questão principal , constará da parte dispositiva da sentença e sobre ela incidirá também a autoridade da coisa julgada.	Art. 395. A sentença, que resolver o incidente, declarará a falsidade ou autenticidade do documento.
Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] II – os fundamentos, em que o juiz <i>analisará</i> as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz <i>resolverá</i> as questões principais que as partes lhe submeterem.	Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: [...] II – os fundamentos, em que o juiz <i>analisará</i> as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz <i>resolverá</i> as questões, que as partes lhe submeterem.
Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente <i>decidida</i> . § 1º O disposto no caput aplica-se à <i>resolução</i> de questão prejudicial, <i>decidida</i> expressa e incidentemente no processo, se: [...] III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para <i>resolvê-la</i> como questão principal.	Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas. Art. 469. Não fazem coisa julgada: [...] III – a apreciação da questão prejudicial, <i>decidida</i> incidentemente no processo.
Art. 961. [omissis] § 6º Na hipótese do § 5º ²⁰¹ , competirá a qualquer juiz <i>examinar</i> a validade da decisão, em caráter principal ou incidental , quando essa questão for suscitada em processo de sua competência.	Sem correspondente.

201“§ 5º A sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.”

FREDIE DIDIER JR., comentando a distinção entre questões principais e questões incidentais, assim se posiciona:

[...] há questões que são postas como fundamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição (*cognitio*); em relação às últimas, haverá também julgamento. Todas compõem o objeto de conhecimento do magistrado, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (*thema decidendum*) ou objeto da declaração.

As primeiras são as questões resolvidas *incidenter tantum*; esta forma de resolução não se presta a, de regra, ficar imune pela coisa julgada [a exceção fica por conta do art. 503, §§1º e 2º do CPC/15]. O magistrado tem de resolvê-las como etapa necessária do seu julgamento, mas não as decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão.

[...]

Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. São as questões postas para uma solução *principaliter*: compõem o objeto do julgamento. Em relação a elas é que se fala, normalmente, em coisa julgada. (DIDIER JR., 2015, p. 432-433) [trecho entre colchetes acrescido].

Concordamos substancialmente com tal entendimento, o que não nos impede de fazer 03 (três) considerações a ele. A primeira delas é a justificativa pela qual não falaremos em questões que devam ser *conhecidas* em oposição a questões que devam ser *conhecidas e decididas*. As outras duas, esclarecimentos que entendemos oportunos.

1ª Falar-se em questões que devam ser *conhecidas* (questões incidentais) em contraposição a questões que devam ser *conhecidas e decididas* (questões principais) tem diminuto potencial explicativo diante da linguagem empregada no CPC/15, que faz uso indistinto dos termos “resolver” e “decidir”, além de empregar “conhecer” também com o sentido de “decidir” (ex. CPC/15, arts. 23, I; 299; 327, II)²⁰².

Deixamos, por isso, de incorporar essa diferenciação de termos ao critério classificatório, razão pela qual falaremos indistintamente em *decisão* de questões principais e *decisão* de questões incidentais. Acerca do assunto, registre-se que essa distinção já era desconsiderada pela linguagem científica de que se valia BARBOSA MOREIRA para descrever o direito positivo vigente ao tempo do CPC/73 (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 99-100).

2ª A divisão das questões entre aquelas postas como fundamento para a solução de outras (questões incidentais) e aquelas postas para uma solução *principaliter* (questões principais)

²⁰²⁰ legislador vale-se também de outras acepções do termo “conhecer”, de que é exemplo “conhecer” = admitir (CPC/15, art. 932, III).

não cobre toda a classe de *questões*. Ou seja, não são quaisquer questões que podem ser assim classificadas. Questões de admissibilidade, entendidas como sendo aquelas concernentes à validade do procedimento, não comportam essa classificação; não são principais nem incidentais.

3^a A divisão das questões entre **(i)** aquelas que, decididas na fundamentação (questões incidentais), não se prestam a, excetuado o disposto no art. 503, §§1º e 2º, ficarem imunizadas pela coisa julgada e **(ii)** as que, decididas no dispositivo (questões principais), produzem coisa julgada, também não cobre toda a classe “questões”. A solução dada ao requerimento incidental de tutela antecipada seguramente poderá constar do dispositivo da decisão sem que ela se torne, em função disso, imutável e indiscutível.

Observadas as mencionadas cautelas, definimos *questões principais* como sendo *questões, impertinentes à validade do procedimento*²⁰³⁻²⁰⁴, *submetidas ao juízo pelas partes ou diretamente pela Lei para que a solução a elas dada torne-se imutável e indiscutível pela coisa julgada*.

Há questões que são submetidas ao juízo como principais pelas partes e questões que são submetidas ao juízo como principais pela Lei, isto é, independentemente de requerimento das partes.

O pedido de tutela definitiva (CPC/15, art. 487, I c/c art. 490) e o requerimento de homologação da autocomposição (CPC/15, art. 487, III) são questões submetidas ao juízo como principais pelas partes.

203Referimo-nos ao procedimento no bojo do qual as questões são examinadas. Cada procedimento tem questões que são pertinentes à sua validade (= questões de admissibilidade) e questões de mérito (neste contexto entendidas como todas aquelas que não são de admissibilidade, gênero composto por questões principais + questões incidentais). A (in)existência de convenção de arbitragem é uma questão de admissibilidade no procedimento de primeiro grau, mas será uma questão de mérito (= questão que não é de admissibilidade) em procedimento recursal que se inicie pela apelação interposta da sentença que tenha acolhido a alegação de existência da convenção de arbitragem (CPC/15, art. 485, VII c/c 1.009, *caput*) ou pelo agravo de instrumento interposto da decisão que a rejeite (CPC/15, art. 1.015, III).

204A ressalva inicial é necessária. Há decisões sobre questões relacionadas à validade do procedimento que se tornam indiscutíveis e imutáveis pela coisa julgada, em razão do disposto no art. 486, §1º, CPC/15. A elas não se deve aplicar, todavia, a denominação de questões principais.

Já a decadência, a prescrição (CPC/15, art. 487, II), os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, nas quais se incluem os honorários advocatícios (CPC/15, art. 322, §1º), são questões principais que a Lei submete ao juízo como principais.

As verbas de sucumbência, nas quais se incluem os honorários advocatícios, deverão ser sempre fixadas pelo juízo (CPC/15, arts. 82-97). Os juros legais e a correção monetária, por sua vez, deverão ser fixados em se tratando de ação relativa à obrigação de pagar quantia (CPC/15, art. 491); sua não fixação, inclusive, comprometerá o atendimento do disposto nos arts. 524, II-V e 534, II-V, do CPC/15.

A solução expressa que se confira a qualquer questão principal poderá tornar-se imutável e indiscutível pela coisa julgada (CPC/15, art. 503, *caput*).

Oportuno o registro de que, nos termos do art. 487, par. ún., do CPC/15: “Ressalvada a hipótese do §1º do art. 332 [improcedência liminar do pedido], a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.” [trecho entre colchetes por nós acrescido]. Quanto aos juros legais, correção monetária e verbas de sucumbência não há essa necessidade. Nesse sentido, confira-se Enunciado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

TJMG:

Enunciado 6 – (arts. 10, 322, §1º e 491) Não depende de prévia manifestação das partes a decisão que fixa juros de mora, correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive honorários advocatícios.

Não se confunda os juros legais e a correção monetária, questões principais submetidas à apreciação do juízo por força de Lei, com a fixação de multa cominatória (= *astreintes*), técnica de coerção indireta voltada a pressionar o devedor a cumprir a prestação a que condenado (v. CPC/15, arts. 139, IV e 537), sem finalidade ressarcitória.

Quanto às *astreintes* não há coisa julgada (CPC/15, art. 537, §1º). Já era assim no regime do CPC/73, em razão do disposto no seu art. 461, §6º, incluído pela Lei 10.444/02²⁰⁵, conforme reconhecido em jurisprudência pacífica do STJ (AgRg no AREsp 485.780/RJ, Rel. Ministro

205(CPC/73) “Art. 461. [...] § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”

HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 13/05/2014; REsp 1333988/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 11/04/2014; AgRg no AREsp 309.958/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 10/12/2013).

No sistema do CPC/15, **são questões principais: (a) o pedido de tutela definitiva, (b) o pedido de homologação da autocomposição, (c) a decadência, (d) a prescrição, (e) os juros legais, (f) a correção monetária e (g) as verbas de sucumbência.**

(a) e **(b)** são questões principais submetidas ao juízo pelas partes; **(c)**, **(d)**, **(e)**, **(f)** e **(g)** são questões principais submetidas ao juízo diretamente pela Lei (i.e. independentemente de requerimento das partes).

Há 03 (três) observações finais a serem feitas.

1^a Requerer que o juiz decida como questão principal a arguição de falsidade, nos termos do art. 430, par. ún. c/c art. 19, II, do CPC/15, é deduzir pedido de tutela definitiva declaratória em hipótese expressamente autorizada pela legislação. E o art. 433 é claro ao dispor que a solução dada a tal pedido deverá constar da parte dispositiva da sentença e que sobre ela haverá coisa julgada.

2^a Atribuir ao juiz competência para examinar a validade da sentença estrangeira de divórcio consensual, em caráter principal ou incidental (CPC/15, art. 961, §§5º e 6º), é autorizá-lo a decidir o assunto como questão principal ou incidental, na dependência de haver ou não pedido de tutela definitiva deduzido pelas partes a esse respeito.

3^a O requerimento de tutela provisória não é uma questão principal²⁰⁶, mas há questões principais que serão ou poderão ser decididas pelo juízo mesmo nos procedimentos de tutelas provisórias requeridas em caráter antecedente (CPC/15, arts. 303-310) que cheguem ao seu término sem que se tenha deduzido o pedido principal. Deverá o juízo, ao final daqueles

²⁰⁶Registre-se que a tutela cautelar requerida em caráter antecedente não é, segundo pensamos, um requerimento de tutela provisória, a despeito de topograficamente assim aparecer no CPC/15. Trata-se, ao revés, de um pedido de tutela definitiva; tutela definitiva não do direito a ser acautelado, mas sim do direito à cautela (v. item 6.2.7).

procedimentos, fixar as verbas de sucumbência (CPC/15, arts. 82, 85 e 295, *a contrario sensu*); poderá, também, decidir sobre a ocorrência de decadência ou de prescrição (CPC/15, art. 310). Em ambos os casos, transitando em julgado a decisão, haverá coisa julgada a recobrir a solução dada a tais questões principais (CPC/15, art. 503, *caput*).

6.1.1.2 Coisa julgada e questões principais expressamente decididas.

Nos termos do art. 503 do CPC/15, só há coisa julgada em relação às questões principais expressamente decididas. Não há como se imutabilizar ou se tornar indiscutível uma solução que não foi dada.

O esclarecimento, que parece uma redundância, fazia-se oportuno em razão da Súmula n. 453 do STJ (“Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria.”), inteiramente superada também por força do art. 85, §18, do CPC/15, que dispõe em sentido contrário a ela:

CPC/15:

Art. 85. *[omissis]*

§18. Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança.

Confira-se, sobre o assunto, enunciado n. 8 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis:

FPPC:

8. (arts. 85, § 18, 1.026, § 3º, III) Fica superado o enunciado 453 da súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC (“Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”). (Grupo: Ordem dos Processos no Tribunal, Teoria Geral dos Recursos, Apelação e Agravo)

Era óbvio que, diante da ausência de decisão sobre os honorários advocatícios e, conseqüentemente, da formação de título executivo judicial a respeito, eles não poderiam ser cobrados em execução, mas o que impediria que fossem cobrados em ação própria?!

O posicionamento do STJ estranhamente equiparava, neste caso, o não pronunciamento judicial sobre essa questão a uma decisão transitada em julgado que reconhecesse não serem devidos os honorários advocatícios.

Quaisquer questões principais, no que se incluem os honorários advocatícios, na eventualidade de não virem a ser decididas, não são afetadas pela imutabilidade e indiscutibilidade próprias da coisa julgada.

O pedido de tutela definitiva não apreciado, os juros legais não fixados, a correção monetária e as verbas de sucumbência não fixadas, mesmo após o trânsito em julgado do pronunciamento decisório que deveria tê-los contemplado, permanecem podendo ser submetidos à apreciação judicial.

Não decidir uma questão principal, por força do art. 503, *caput*, do CPC/15, não equivale a decidi-la, num sentido ou no outro. Ausência de decisão não é decisão pelo deferimento nem decisão pelo indeferimento. É, em vez disso, sinal de que o Estado-juiz ainda não se desincumbiu do seu dever de solucionar integralmente o mérito (na acepção de conjunto de questões principais, v. item 6.1.2), correlato ao direito das partes previsto no art. 4º do CPC/15.

6.1.2 “Resolução do mérito”.

“Resolver”, na linguagem natural, é palavra que assume muitos significados²⁰⁷. Para ficarmos apenas com o que aqui tem maior pertinência, “resolver” é decidir.

Já o sentido que “mérito” apresenta na linguagem natural – o mesmo que “merecimento” – não tem para nós nenhuma importância. “Mérito” é palavra que habita a linguagem do direito positivo e a linguagem da Ciência do Direito com acepções que nada tem a ver com “merecimento”.

207O Novo Dicionário Aurélio aponta 17 (dezessete) acepções do verbo “resolver”. (FERREIRA, 2004, p. 1744).

“Mérito”, na grande maioria das suas 66 (sessenta e seis) ocorrências no CPC/15²⁰⁸, é o nome dado a um conjunto composto de até 04 (quatro) questões principais, quais sejam: o pedido de tutela definitiva, o requerimento de homologação da autocomposição, a decadência e a prescrição.

Decisões resolutivas do mérito (sinteticamente designadas pelo legislador de “decisões de mérito”) e decisões não resolutivas do mérito são decisões onde o juízo pronuncia-se acerca de alguma daquelas 04 (quatro) questões ou não.

Esse significado de “mérito”, no âmbito do CPC/15, surge em decorrência do disposto no seu art. 487, a seguir reproduzido:

CPC/15:

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

- I – acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;
- II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
- III – homologar:
 - a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
 - b) a transação;
 - c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

Compreenda-se adequadamente o art. 490 (“O juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes.”): decisão que acolhe ou rejeita, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes é apenas uma das espécies de decisão resolutiva do mérito; há, ao lado dela, as decisões sobre a ocorrência da decadência ou de prescrição e as decisões homologatórias da autocomposição (CPC/15, art. 487, II e III).

208V. CPC/15, arts.: 4º; 6º; 57; 92; 102, par. ún.; 115; 116; 241; 282, §2º; 286, II; 299, par. ún.; 304, §3º; 309, III; 313, V e §2º, II; 315; 317; 343, §2º; 357, IV; 370; 447, §2º; 485; 486; 487; 488; 490; 493; 502; 503; 508, *caput* e par. ún.; art. 668, II; 917, §4º, I; 938; 939; 942; 966, *caput* e §2º; 968, §5º, I; 1.012, §1º e III; 1.013, §§3º e 4º; 1.015; 1.043, I e III. Já empregando “mérito” como sinônimo de conteúdo, v. CPC/15, art. 36, §2º. Curioso, ainda, confrontar-se as redações do *caput* dos arts. 355 e 356 para se perquirir a razão do uso do vocábulo “pedido”, no primeiro deles, e “mérito” no segundo. Utilizou-se “mérito” no *caput* do art. 356 porque o uso ali do termo “pedido” resultaria num enunciado prescritivo aparentemente absurdo: *O juiz decidirá parcialmente o pedido quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento*. Por que decidir apenas parcialmente um pedido que se mostre incontroverso ou que esteja em condições de imediato julgamento?! O contrassenso, entretanto, seria apenas aparente, decorrência de se ter empregado “pedido” no início da frase em alusão a todos os pedidos (= conjunto dos pedidos) e, depois disso, em referência a cada qual dos pedidos (= elementos do conjunto).

Destaque-se, ainda, que nenhum dos usos de “mérito” no Código abarca pedidos/requerimentos de tutela provisória, como se percebe, notadamente, no Livro V (“Da Tutela Provisória”) da Parte Geral.

Reiteramos, então, que “mérito”, na grande maioria dos seus usos no CPC/15, é a denominação dada ao conjunto composto das seguintes questões principais: pedido de tutela definitiva, requerimento de homologação da autocomposição, decadência e prescrição.

Não é esse, entretanto, o caso do uso conferido ao termo “mérito” nos arts. 502 e 503, *caput*, do CPC/15. “Mérito”, no *caput* do art. 503, designa o conjunto de questões principais submetidas ao juízo e no art. 502 é o mesmo que questão principal, quaisquer que sejam elas. Efetuando as devidas substituições, chegaremos aos seguintes enunciados prescritivos:

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de questão principal não mais sujeita a recurso.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o conjunto de questões principais tem força de lei nos limites das questões principais expressamente decididas.

As repercussões do posicionamento assumido são grandes. A principal delas é a seguinte: toda decisão sobre questão principal transitada em julgado gera coisa julgada material (CPC/15, arts. 502 e 503, *caput*).

Apenas assim, a nosso ver, explica-se dogmaticamente por que é que se torna indiscutível e imutável, p. ex., a condenação do autor ao pagamento das verbas sucumbenciais em favor do réu, nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito – e ela efetivamente torna-se imutável e indiscutível, nos termos do art. 85, §18, *a contrario sensu*, do CPC/15.

Veja-se que a condenação nas verbas de sucumbência não é pedido adstrito ao pedido de tutela, a despeito da literalidade do art. 322, §1º, do CPC/15, afinal o réu poderá não ter deduzido pedido algum. E se o “mérito” não foi resolvido, como poderia haver coisa julgada material? O imbróglio é desfeito quando se compreende que “mérito” no CPC/15 tem mais de uma acepção.

“Mérito”, a nosso ver, também aparece como sinônimo de questão principal no *caput* do art. 966 do CPC/15. A não ser assim, condenações em honorários advocatícios constantes de decisões com conteúdo previsto no art. 485 do CPC/15, transitadas em julgado, não poderiam ser rescindidas, mesmo que, p. ex., resultantes de prevaricação do juiz em favor do advogado da parte (CPC/15, art. 966, I) e fixadas, sem justificativa alguma, acima o teto legal, ou seja, em violação manifesta à norma jurídica (CPC/15, art. 966, V).

6.1.2.1 Resolução do mérito, decisão do mérito, apreciação do mérito, solução do mérito, conhecimento do mérito e exame do mérito.

Resolver, decidir, apreciar, solucionar, conhecer ou examinar o mérito, na linguagem do CPC/15, são a mesma coisa. Decisão de mérito é aquela que resolve, decide, aprecia, soluciona, conhece, examina o mérito. E resolvem, decidem, apreciam, solucionam, conhecem ou examinam o mérito quaisquer pronunciamentos judiciais decisórios (i.e. sentença, decisão interlocutória, decisão unipessoal de membro de Órgão colegiado e acórdão) cujo conteúdo seja um daqueles indicados nos arts. 487 e 490 do CPC/15²⁰⁹.

Não há, dessa forma, decisões que apreciam o mérito, ou que dele conhecem, ou que o examinam, sem que o resolvam.

Tamanha diversidade de termos para se denominar a mesma coisa, verificada na linguagem do direito positivo, não deve ser levada à linguagem da Ciência do Direito, dada a precisão que se lhe exige. Por convenção, empregaremos, daqui em diante, apenas a expressão “decisão de mérito” e suas variantes (“decisões de mérito”, “decidir o mérito”), prevenindo com isso mal-entendidos semânticos.

²⁰⁹Utilizando-se de: “resolução do mérito” e suas variantes: arts. 57; 92; 102, par. ún.; 282, §2º; 286, II; 304, §3º; 309, III; 313, V e §2º, II; 317; 485; 486; art. 487; 488; 490; 508, par. ún.; 688, II; 917, §4º, I; 966, §2º; 1.012, §1º, III; “decisão de mérito” e suas variantes: arts. 6º; 115; 116; 241; 282, §2º; 357, IV; 502; 508; 966; 1.013, §3º; 1.043, I e III; “apreciar o mérito”: art. 299, par. ún.; 968, §5º, I; “solução do mérito”: art. 4º; “conhecimento do mérito”: art. 315; “exame do mérito”: art. 343, §2º.

6.1.2.2 Resolução do mérito e julgamento do mérito.

Na linguagem jurídica “resolver o mérito” e “julgar o mérito” não são expressões que necessariamente se equivalham. Julgar o mérito pode apresentar significado mais restrito que resolver o mérito. Julgariam o mérito, nessa acepção, apenas as decisões que acolhessem ou rejeitassem, no todo ou em parte, o pedido formulado na demanda.

Foi esse sentido restrito da expressão “julgar o mérito” que motivou a alteração terminológica realizada no *caput* dos arts. 267 e 269 do CPC/73, no ano de 2005. Confira-se a redação dos mencionados artigos antes e depois da Lei 11.232/05 (grifos nossos):

CPC/73 (na redação anterior à Lei 11.232/05):	CPC/73 (na redação dada pela Lei 11.232/05):
Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:	Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
Art. 269. Extingue-se o processo com julgamento de mérito: I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; II – quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III – quando as partes transigirem; IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.	Art. 269. Haverá resolução de mérito: I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; II – quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III – quando as partes transigirem; IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

Deixava-se, assim, mais técnica a linguagem do CPC/73, haja vista que, desde a redação original do Código, apenas o inciso I do art. 269 tratava efetivamente de caso de julgamento do mérito; os incisos II-V cuidavam de outras hipóteses de resolução do mérito.

Importante registrar, todavia, que a expressão “julgamento do mérito” permaneceu sendo empregada em outros dispositivos do CPC/73 sem esse cuidado. Seus arts. 253, II, 265, §2º e 808, III, reproduzidos adiante, continuaram utilizando a expressão “julgamento do mérito” com o inequívoco sentido de resolução do mérito.

Nota-se no CPC/15 um esforço legislativo em prestigiar-se a distinção. Em primeiro lugar, porque seus art. 485 e 487, correspondentes aos arts. 267 e 269 do CPC/73 revogado, mantiveram-se fiéis à retificação terminológica nestes últimos realizada pela Lei 11.232/05. Em segundo, porque há pelo menos 04 (quatro) dispositivos do CPC/15 onde se emprega o

vocábulo “resolução” em substituição a “julgamento”, presente nos seus correspondentes do CPC revogado (arts. 286, II; 309, III; 313, §3º, e 668, II). Em terceiro, porque seu art. 1.013, §4º, sem correspondente no CPC/73, faz uso do vocábulo “julgamento” na mencionada acepção técnica (restrita), como se percebe do contexto. Confira-se nos quadros adiante apresentados, com grifos nossos:

CPC/15:	CPC/73 (na sua última redação):
Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:	Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:	Art. 269. Haverá resolução de mérito:

CPC/15:	CPC/73 (na sua última redação):
Art. 286. Serão distribuídas por dependência as causas de qualquer natureza: [...] II – quando, tendo sido extinto o processo sem resolução de mérito , for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda;	Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza: [...] II – quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito , for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda;
Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: [...] III – o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito .	Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar: [...] III – se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito .
Art. 313. Suspende-se o processo: [...] § 3º No caso de morte do procurador de qualquer das partes, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz determinará que a parte constitua novo mandatário, no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual extinguirá o processo sem resolução de mérito , se o autor não nomear novo mandatário, ou ordenará o prosseguimento do processo à revelia do réu, se falecido o procurador deste.	Art. 265. Suspende-se o processo: [...] § 2º No caso de morte do procurador de qualquer das partes, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz marcará, a fim de que a parte constitua novo mandatário, o prazo de 20 (vinte) dias, findo o qual extinguirá o processo sem julgamento do mérito , se o autor não nomear novo mandatário, ou mandará prosseguir no processo, à revelia do réu, tendo falecido o advogado deste.
Art. 668. Cessa a eficácia da tutela provisória prevista nas Seções deste Capítulo: [...] II – se o juiz extinguir o processo de inventário com ou sem resolução de mérito .	Art. 1.039. Cessa a eficácia das medidas cautelares previstas nas várias seções deste Capítulo: [...] II – se o juiz declarar extinto o processo de inventário com ou sem julgamento do mérito .

CPC/15:	CPC/73 (na sua última redação):
Art. 1.013. [...] § 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito ²¹⁰ , examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.	Sem correspondente.

Acontece que, mesmo assim, tal esforço não resultou, ainda, numa codificação que autorize a doutrina a concluir que, enquanto os enunciados prescritivos que se valem da expressão “com resolução do mérito” reportar-se-iam a todas as hipóteses do art. 487 do CPC/15²¹¹, aqueles que se utilizam da expressão “com julgamento do mérito” referir-se-iam apenas ao art. 487, I, do CPC/15. A conclusão não é verdadeira. Vejamos os motivos.

Em primeiro lugar, ainda há no CPC/15 diversos dispositivos que, cuidando de regras aplicáveis a todas as hipóteses de extinção do processo com resolução do mérito, empregam o termo “julgar” e suas variantes, em vez de “resolver”, de que são exemplos seus arts. 321, *caput*, 447, §2º, I e 503, *caput* e §1º, I, a seguir transcritos com seus correspondentes:

CPC/15:	CPC/73:
Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito , determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.	Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito , determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

²¹⁰É provável que o legislador tenha mirado a hipótese de julgamento do mérito propriamente dito ao criar este enunciado prescritivo. O produto legislativo, contudo, leva-nos à construção de uma norma que admite também outra hipótese de decisão resolutive do mérito proferida no Tribunal subsequentemente à reforma da sentença que reconheceu a prescrição ou a decadência, qual seja, decisão resolutive do mérito por homologação da autocomposição. Não só não há vedação a isso, como o art. 932, I, do CPC/15, expressamente, também autoriza o relator a homologar a autocomposição das partes.

²¹¹(CPC/15) “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III – homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.”

CPC/15:	CPC/73:
<p>Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. [...] § 2º São impedidos:</p> <p>I – o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao juízo do mérito;</p>	<p>Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. [...] § 2º São impedidos:</p> <p>I - o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao juízo do mérito;</p>
<p>Art. 503. A decisão que juizar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.</p> <p>§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:</p> <p>I – dessa resolução depender o juízo do mérito;</p>	<p>Art. 468. A sentença, que juizar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.</p> <p>Sem correspondente.</p>

Não é só o acolhimento ou a rejeição do pedido (CPC/15, art. 487, I): que podem ser dificultados pelo não preenchimento dos requisitos dos arts. 319 e 320 ou pela existência de defeitos e irregularidades na petição inicial (CPC/15, art. 321); que podem depender da prova testemunhal (CPC/15, art. 447, §2º, I); que podem relacionar-se a questões prejudiciais incidentais. Também decisões de conteúdo previsto no art. 487, II e III podem: **(i)** ser dificultadas pelo não preenchimento dos requisitos dos arts. 319 e 320 ou pela existência de irregularidades na petição inicial, **(ii)** depender de prova testemunhal e **(iii)** envolver questões prejudiciais incidentais.

Aos exemplos. **(i)** Petição inicial desacompanhada de procuração (CPC/15, art. 320 c/c art. 287) inviabiliza a homologação judicial de eventual transação ou renúncia à pretensão (CPC/15, art. 487, III, “b” e “c”) subscrita pelo advogado do autor, ao não permitir que o juízo verifique a presença ou não de cláusula específica que autorize o procurador a tanto (CPC/15, art. 105, *caput*). **(ii)** O reconhecimento da prescrição (CPC/15, art. 487, II) pode depender de prova testemunhal quanto à verificação ou não de renúncia (expressa ou tácita) a ela (CC/02, art. 191). **(iii)** A capacidade pode-se apresentar como uma questão prejudicial incidental em relação à decadência ou à prescrição (CPC/15, art. 487, II), visto que elas não correm contra absolutamente incapazes (CC/02, arts. 3º; 198, I, e 208).

O problema sobressai no *caput* do art. 503 do CPC/15. Impossível sustentar-se a sua aplicação apenas aos casos de acolhimento ou de rejeição, total ou parcial, do pedido. A simples referência indistinta a “decisão de mérito” nos arts. 502 e 966, *caput*, do CPC/15 já basta para impedir tal interpretação.

Em segundo lugar, “julgamento do mérito” é a expressão utilizada no indubitável sentido de “resolução do mérito” nas epígrafes das seções inauguradas pelos arts. 355 e 356, respectivamente, “Do Julgamento Antecipado do Mérito” e “Do Julgamento Antecipado Parcial do Mérito”, e no art. 493, *caput*, do CPC/15.

Admite-se, sem sombra de dúvidas, a decisão antecipada do mérito: pelo reconhecimento, total ou parcial, da decadência ou da prescrição, e pela autocomposição, total ou parcial, integralmente ou parcialmente homologada²¹². Além disso, o fato superveniente de que trata o art. 493, *caput*, do CPC/15²¹³ não é apenas o que seja capaz de influir no acolhimento ou na rejeição do pedido²¹⁴.

Em terceiro lugar, emprega-se o verbo “resolver” num dos únicos locais do CPC/15 onde se poderia, sem dar margem a dúvidas semânticas, ter-se feito uso do verbo “julgar” – art. 490 –, ignorando-se a distinção:

212 Há que se cogitar tanto do caso em que a autocomposição não abrange todo o mérito (autocomposição parcial), quanto daquele em que o juiz não a homologa por inteiro (homologação parcial), as duas hipóteses são possíveis e ambas implicam a resolução antecipada parcial do mérito.

213 (CPC/15) “Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.”

214 Cabe ao juiz tomar em consideração todo fato superveniente capaz de repercutir na decisão a ser dada, influenciando: **(i)** no teor da resolução do mérito ou mesmo **(ii)** na possibilidade de se resolvê-lo. Quanto à primeira situação, **(i)** deve o juiz, por exemplo, homologar a transação realizada pessoalmente por partes capazes (CC/02, art. 5º), inobstante fossem ao tempo da propositura da demanda absolutamente incapazes (CC/02, art. 3º); o atingimento da maioria é fato superveniente que influi no exame da validade dessa autocomposição. No tocante à segunda hipótese, **(ii)** a jurisprudência do STJ é pródiga, sobretudo ao examinar mandados de segurança, no reconhecimento de casos de falta superveniente do interesse de agir (= interesse processual), a inviabilizar a resolução do mérito (CPC/15, art. 485, VI). V. e.g.: MS 13.270/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2015, DJe 02/06/2015; AgRg no AgRg na Rcl 12.427/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 16/06/2015; MS 19.589/DF, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 15/12/2015; MS 21.766/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2016, DJe 03/03/2016.

CPC/15:

Art. 490. O juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes.

Por tudo o quanto exposto, doravante abandonamos do nosso discurso a expressão “julgamento do mérito”, dada a sua equivocidade, e passamos a empregar unicamente as expressões “resolução do mérito” e “decisão de mérito” para nos referir a quaisquer decisões de conteúdo previsto nos arts. 487 e 490 do CPC/15.

Menções que se façam necessárias a determinada espécie de decisão de mérito serão explícitas a esse respeito (i.e. decisão de mérito que acolhe ou rejeita o pedido, no todo ou em parte; decisão de mérito sobre decadência ou prescrição; decisão de mérito que homologa a autocomposição).

6.1.3 “Pedido”.

Há 02 (duas) acepções de “pedido” no CPC/15 que devem ser consideradas:

- 1^a “pedido” como sinônimo de mero requerimento;
- 2^a “pedido” como um dos elementos de identificação da demanda, “pedido” como palavra de classe designativa ora do conjunto de tudo o que se pede numa demanda (i.e. da classe), ora de cada um dos componentes desse conjunto (i.e. dos elementos da classe).

(1) São pedidos no primeiro sentido, por exemplo, o pedido de reforço da caução (art. 83, §2º), o pedido de gratuidade da justiça (art. 99-101), o pedido do assistente para intervir no processo (art. 120) e o pedido de exibição de documento ou coisa (art. 397, *caput* e 400, *caput*). Não é esse o pedido que nos importa aqui examinar.

(2) Interessa-nos o “pedido” na segunda acepção, tal como empregado no CPC/15 na maioria dos seus dispositivos (e.g., arts.: 12, §2º, I; 45, §§1º e 2º; 55; 56; 86, par. ún.; 113, II; 122; 128, I e par. ún.; 129, par. ún.; 239, *caput*; 286, II; 322-329; 330, §1º; 355; 356; 490; 508, e 968).

Note-se que esse segundo significado de “pedido” poderia ser cindido em outros 02 (dois): (2.1) “pedido” como elemento de identificação da demanda (= conjunto dos pedidos; *pedido-conjunto*) e (2.2) pedido como cada um dos elementos desse conjunto (= *pedido-unidade*). E nisso não há particularidade alguma: denominar todo o conjunto e, individualmente, cada um dos elementos do conjunto é característica de qualquer palavra de classe²¹⁵.

Ocorre que, em relação ao “pedido”, nessa segunda acepção, por vezes a diferença entre o conjunto pedido e os elementos do conjunto pedido importará e o contexto não será suficiente para que fique claro se estamos nos referindo a um ou ao outro²¹⁶. Dessarte, onde a distinção se fizer necessária esclareceremos expressamente se cuidamos do “*pedido-conjunto*” ou do “*pedido-unidade*”.

6.1.3.1 Pedido, demanda e processo.

Os conceitos de pedido, de demanda e de processo articulam-se proximamente entre si.

Pedido é um dos elementos de identificação da demanda. Demanda é uma postulação, identificada nos seus 03 (três) elementos: partes, causa de pedir e pedido (CPC/15, art. 337, §2º). E processo, no seu aspecto existencial, é um ato jurídico complexo de formação sucessiva (= procedimento), iniciado pelo protocolo da petição inicial (CPC/15, art. 312), instrumento onde se veicula uma demanda.

A demanda, na sua conformação mínima, apresenta um só pedido (= *pedido-unidade*); assim como o processo, na sua conformação mínima, conta com uma só demanda.

Pode acontecer, entretanto – e normalmente é o que acontece –, de a demanda apresentar mais de um pedido (CPC/15, art. 322-329); *A* pode pedir *x*, *x'*, *x''* etc contra *B*.

²¹⁵Também “requerimento” presta-se a denominar cada um dos requerimentos formulados e o conjunto que engloba todos os requerimentos.

²¹⁶O problema não se verifica com o termo “requerimento”, sempre empregado na linguagem jurídica em contextos que permitem concluir-se com segurança se a referência é feita a requerimentos específicos ou ao conjunto de quaisquer requerimentos.

O processo, por sua vez, pode contar com mais de uma demanda; a reconvenção (CPC/15, art. 343) e a denunciação da lide (CPC/15, arts. 125-129) são bons exemplos de processo único com pluralidade de demandas.

No bojo de um mesmo processo, podem-se desenvolver mais de uma demanda concomitantemente (caso, p. ex., da reconvenção e da denunciação da lide) ou subsequentemente, caso de demandas recursais iniciadas depois de encerradas as demandas originárias. Necessário perceber-se que, neste último caso, não é a mesma demanda que é levada à fase recursal, e sim outra demanda; o pedido recursal, por exemplo (de reforma, invalidação, esclarecimento, integração ou correção de erro material da decisão recorrida), será sempre diverso do pedido da demanda originária.

Dois simples exemplos contribuirão no esclarecimento do ponto:

- **(i)** *A* propõe ação contra *B*, cobrando-lhe uma dívida de R\$ 10.000,00, com fundamento no inadimplemento de *B*; *B* reconvém, com fundamento na alegação de que já teria pago a dívida, pedindo a condenação de *A* ao pagamento de R\$ 20.000,00 (CC/02, art. 940).

- **(ii)** Em ação onde *C* pede seja *D* condenado a lhe pagar R\$ 50.000,00 a título de danos materiais, resultantes de ato ilícito praticado por *D* (CC/02, art. 927), vem a ser prolatada sentença de integral procedência; dela *D* interpõe recurso de apelação, onde pede sua reforma total, sustentando a ausência do nexo de causalidade entre sua conduta e o dano suportado por *C*.

Cada um dos exemplos dados conta com 02 (duas) demandas: o primeiro com uma demanda inicial (= demanda que dá início a novo processo) e uma demanda reconvenção; o segundo com uma demanda inicial e com uma demanda recursal:

		Pedido ²¹⁷ :
(i)	Demanda inicial	Condenação (de <i>B</i> em favor de <i>A</i>) ao pagamento de R\$ 10.000,00, (em razão do inadimplemento de <i>B</i>).
	Demanda reconvençional	Condenação (de <i>A</i> em favor de <i>B</i>) ao pagamento de R\$ 20.000,00, (em razão da cobrança por <i>A</i> de dívida já paga).
(ii)	Demanda inicial	Condenação (de <i>D</i> em favor de <i>C</i>) ao pagamento de R\$ 50.000,00, (pelos danos materiais causados a <i>C</i> pelo ato ilícito de <i>D</i>).
	Demanda recursal	Declaração de que não há dever de (<i>D</i>) indenizar (<i>C</i>), (pelos danos referidos na inicial, ante a ausência do nexo de causalidade).

Ser o “pedido” um elemento discernível da demanda, é bom que se diga, não importa admitir que ele possa ser compreendido isoladamente. Parece-nos claro que não. Veja-se que, ainda que se pleiteasse apenas R\$ 10.000,00 em reconvenção, não se haveria de compreender esse pedido e o pedido da demanda inicial como iguais. Daí a utilização dos parênteses: pode-se designar de “pedido” o que está fora dos parênteses, mas só se o compreende conjugando-o às referências às partes e à causa de pedir, feitas entre parênteses.

6.1.3.2 Pedido de tutela definitiva e pedido de tutela provisória.

Podemos classificar os pedidos (= *pedido-conjunto*; **2.1**) em: **(2.1.1)** pedidos de tutela definitiva e **(2.1.2)** pedidos de tutela provisória. Ambas as espécies deverão evidentemente possuir a característica do gênero, qual seja, caracterizarem-se como elemento de identificação de uma demanda.

6.1.3.3 Pedido de tutela provisória e requerimento de tutela provisória.

Partindo da constatação anterior prevenimos uma possível confusão. No nível da metalinguagem da Ciência do Direito pedidos de tutela provisória **(2.1.2)** não devem ser confundidos com requerimentos de tutela provisória **(1)**.

²¹⁷Não há importância aqui em se traçar a distinção entre pedido imediato (= providência jurisdicional que se requer) e pedido mediato (= bem da vida; = resultado prático que se espera).

Pedidos de tutela provisória **(2.1.2)** são aqueles formulados em caráter antecedente e enquanto não haja a formulação do pedido de tutela final. Não compõem o mérito, não são questões principais, decisão sobre eles não faz coisa julgada, mas são elementos identificadores de uma demanda, da demanda onde se formula unicamente o pedido de tutela provisória **(2.2)**.

Aos procedimentos da tutela antecipada e da tutela cautelar requeridas em caráter antecedente (CPC/15, arts. 303-310) corresponde uma demanda, identificável a partir das suas partes (quem pede e contra quem se pede: autor e réu), do seu pedido (o que se pede: tutela provisória) e da sua causa de pedir (por que se pede: CPC/15, arts. 300, *caput* e 311).

A ela, arbitrariamente e para fins de simplificação, chamaremos de “demanda provisória”, em oposição às demandas onde se formula ao menos um pedido de tutela definitiva, que chamaremos de “demandas definitivas”.

Também nas demandas provisórias há que se falar, por exemplo, em litispendência, sob pena de se concluir que o sistema autoriza o autor a propor múltiplas petições iniciais idênticas, perante juízos diversos, até que obtenha de qualquer deles o almejado deferimento do pedido de tutela provisória.

(1) Requerimentos de tutela provisória, diversamente, são aqueles formulados em caráter incidental ou que, formulados em caráter antecedente, tenham deixado de ser pedido em razão da formulação superveniente do pedido de tutela final. Não compõem o mérito, não são questões principais, nem são elementos identificadores dessa nova demanda, que passa a ser identificada pelos pedidos de tutela definitiva.

6.2 DA COISA JULGADA SOBRE QUESTÕES PRINCIPAIS.

São decisões de mérito, por expressa previsão legal constante do art. 487 do CPC/15, os pronunciamentos judiciais decisórios onde: **(i)** se acolhe ou se rejeita, no todo ou em parte (CPC/15, art. 490), o pedido formulado na ação ou na reconvenção, **(ii)** se decide sobre a ocorrência de decadência ou prescrição, ou **(iii)** se homologa a autocomposição. E a decisão

de mérito não mais sujeita a modificações no bojo do mesmo processo produz coisa julgada, segundo o teor do art. 502 do CPC/15.

Compõem, portanto, esse primeiro suporte fático os elementos: decisão de mérito e o seu trânsito em julgado. Já vimos o que é o trânsito em julgado e que as decisões previstas no art. 487 do CPC/15 são decisões de mérito.

Ocorre que o tema é mais complexo que isso, haja vista que a literalidade do art. 487 do CPC/15 não esgota o rol de decisões que, à luz de todo o CPC/15, devem ser consideradas como “decisões de mérito”. Esclarece-se, assim, a razão pela qual as epígrafes dos tópicos seguintes não se identificam com as hipóteses textualmente previstas no art. 487 do CPC/15. Vejamos o porquê.

6.2.1 Da decisão que acolhe ou rejeita, no todo ou em parte, um pedido (art. 487 c/c art. 490).

Haverá decisão de mérito quando o órgão julgador²¹⁸ acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção (CPC/15, art. 487, I).

A conjugação do art. 487, I com os arts. 354, par. ún., 356 e 490, do CPC/15, primeiramente, explicita uma obviedade: a de que o acolhimento e a rejeição parciais também são decisões de mérito. Mas traz, ainda, uma consequência que vai muito além disso, cuja construção é facilitada pela ausência de referência aos termos “ação” e “reconvenção” no art. 490.

O exame do assunto depende da definição dos conceitos de “ação” e de “reconvenção”, cumprindo destacar-se que a palavra “ação” envolve ambiguidades que precisam ser desfeitas.

²¹⁸“Juiz” aí e em diversos outros locais do Código (arts. 3º, §3º; 7º; 8º, etc) equivale a órgão julgador. Há ações de competência originária dos Tribunais – de que são exemplos a ação rescisória, o mandado de segurança e a reclamação (CPC/15, 937, VI) – e é evidente que nelas o pedido será acolhido ou rejeitado pelo Órgão de segunda instância.

6.2.1.1 “Ação”.

Sem a pretensão de esgotarmos as suas acepções possíveis, “ação” no art. 485, IX é sinônimo de direito material litigioso²¹⁹; no art. 876, §7º é a parcela em que se divide o capital de uma sociedade anônima; nos arts. 40, 960, 966, VI e 971, *caput* é o mesmo que procedimento, e na imensa maioria de suas ocorrências no CPC/15 significa demanda²²⁰.

Demanda é conceito trabalhado pela doutrina de direito processual, designativo, na sua acepção mais larga, de quaisquer postulações, identificáveis nos seus 03 (três) elementos – partes, pedido e causa de pedir (CPC/15, art. 337, §2º) –, submetidas ao Poder Judiciário para resolução.

Em toda demanda há, portanto, as partes da demanda, o que se pede na demanda (= pedido; = postulação *stricto sensu*), e a razão que fundamenta o que se pede na demanda (= causa de pedir). Não importa como se a qualifique (ex.: demandas principais, demandas incidentais, demandas recursais), as espécies sempre respeitam as características definitórias do gênero.

Tomemos, de agora em diante, a palavra “ação” na acepção de demanda.

Um primeiro alerta a se fazer é o de que “ação” com o sentido de demanda não se presta a denotar tudo o que “demanda” denota na linguagem da Ciência do Direito. Fala-se, por exemplo, em demanda recursal (*e.g.* DINAMARCO, 1984), mas não em ação recursal. Ainda assim, considerados os conjuntos *A* e *B* como coleções, respectivamente, dos sentidos possíveis dos termos “ação” e “demanda”, há muita coisa na interseção deles.

Olhando-se apenas para essa interseção – e, desconsiderando-se, por conseguinte, a parcela em que se divide o capital de uma sociedade anônima e demandas recursais –, há inúmeras maneiras de classificarmos os elementos dali constantes (i.e. elementos que podem ser chamados de “ação” ou de “demanda”, indistintamente).

²¹⁹Essa conotação parece um resquício da “teoria imanentista do direito de ação”, segundo a qual ação era o próprio direito material que reagia quando violado. Inobstante se trate de teoria há muito superada, vez por outra a legislação ainda emprega o termo nesse sentido, vide, por ex., CC/02, arts. 195, 200 e 666.

²²⁰O substantivo “demanda” no CPC/15 não apresenta problemas semânticos em nenhuma das suas 05 (cinco) ocorrências (CPC/15, arts. 51, par. ún.; 52, par. ún.; 138, *caput*; 540 e 641, §2º).

No plano da Ciência do Direito os critérios classificatórios são inesgotáveis e cada qual deles será ou não útil a depender do objeto de estudo²²¹. Fala-se, para nos atermos a algumas expressões bastante comuns, em ações reais, ações pessoais, ações mobiliárias, ações imobiliárias, ações de conhecimento, ações cautelares, ações executivas, ações sincréticas, ações condenatórias, ações constitutivas, ações declaratórias, ações mandamentais, ações executivas *lato sensu* etc (DIDIER JR., 2015, p. 288-302).

Já no plano do direito positivo, fala o CPC/15, por exemplo, em ação de divórcio, de separação, de anulação de casamento, de reconhecimento ou de dissolução de união estável (art. 53, I), ação em que se pedem alimentos (art. 53, II), ação em que for ré pessoa jurídica (art. 53, III, “a”), ação em que for ré sociedade ou associação sem personalidade jurídica (art. 53, III, “c”), ação em que se exige o cumprimento de obrigação (art. 53, III, “d”), ação de reparação de dano por ato praticado em razão do ofício (53, III, “f”), ação de reparação de dano (art. 53, IV, “a”), ação em que for réu administrador ou gestor de negócios alheios (art. 53, IV, “b”) e ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves (art. 53, V). Isso para ficarmos apenas nas espécies a que o art. 53 faz alusão.

Não é complicado perceber quando o legislador emprega “ação” com o sentido de “demanda”. No entanto, em alguns desses usos, notadamente quando o termo não é adjetivado, torna-se bastante difícil precisar o seu exato alcance denotativo. São casos onde, em outras palavras, não fica claro a quais espécies de ações/demandas o direito positivo se refere.

Toda essa digressão fez-se necessária porque o art. 487, I, do CPC/15 é um desses dispositivos onde precisar o exato alcance denotativo do termo “ação” (como demanda) não é tarefa simples.

²²¹É comum afirmar-se que as classificações não são falseáveis (i.e. verdadeiras ou falsas) e sim úteis ou inúteis. A proposição é correta, mas não deve obscurecer o fato de que há classificações erradas, em razão do desrespeito a um critério classificatório por parte de quem a emprega. *Data maxima venia*, o polêmico embate entre teorias ternária, quaternária e quinária da ação decorre principalmente do desacordo quanto ao critério classificatório empregado e da defesa intransigente de posicionamentos sem a revelação do critério considerado.

6.2.1.2 “Ação” no art. 487, I, do CPC/15 e “reconvenção”.

Reconvenção é uma espécie de demanda, na sua estrutura mínima²²² é demanda de *B* contra *A*, proposta em processo já instaurado por *A* contra *B*²²³, conexa com a demanda originária ou com fundamento da defesa contra ela apresentada (CPC/15, art. 343, *caput*), veiculável no bojo da contestação ou em petição autônoma caso *B* não deseje contestar (CPC/15, art. 343, *caput* e §6º).

Reconvenção é, portanto, o nome *legal* de um tipo específico de demanda, mesmo que o seu autor assim não venha a denominá-la. Corretamente, assim dispõe o enunciado n. 45 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

FPPC:

45. (art. 343) Para que se considere proposta a reconvenção, não há necessidade de uso desse *nomen iuris*, ou dedução de um capítulo próprio. Contudo, o réu deve manifestar inequivocamente o pedido de tutela jurisdicional qualitativa ou quantitativamente maior que a simples improcedência da demanda inicial. (Grupo: Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Resposta do Réu)

O emprego concomitante e em aparente oposição dos vocábulos “ação” e “reconvenção” induz o intérprete à construção de algum conceito de ação que não abranja o conceito de reconvenção ou mesmo que a ele se oponha, sob pena de se ter que admitir que o legislador empregou o termo “reconvenção” inutilmente.

Trata-se de premissa interpretativa bastante difundida a de que *não se deve presumir a presença de palavras inúteis na lei*²²⁴. Observando-a, o único conceito, por nós vislumbrado,

²²²Faz-se referência à *estrutura mínima* da reconvenção, haja vista que, observadas as presenças do autor da demanda originária no polo passivo da demanda reconvençional e do réu da demanda originária no polo ativo da demanda reconvençional, admite-se tanto o litisconsórcio ativo quanto passivo (CPC/15, art. 343, §§3º e 4º).

²²³A substituição dos termos “autor” e “réu” pelas letras “A” e “B” tem por objetivo evitar mal-entendidos decorrentes de fato de que “ação” e “reconvenção” são demandas e “autor” e “réu” posições relativas. O emprego de letras deixa claro que *A* é autor na ação e réu na reconvenção, enquanto que *B* é réu na ação e autor na reconvenção.

²²⁴O postulado hermenêutico de que *não se deve presumir a presença de palavras inúteis na lei*, que encampamos como premissa, não se confunde com a afirmação de que *o legislador não emprega palavras inúteis na lei*. Aquele postulado hermenêutico é uma diretriz interpretativa, enquanto que esta afirmação é um juízo descritivo falso. No plano do enunciado do direito positivo existem palavras e até dispositivos legais inteiros inúteis, considerando-se como inúteis as palavras e dispositivos legais cuja supressão não alteraria o conjunto de normas jurídicas. Um exemplo. Respeitado o caráter simbólico que o art. 3º, *caput*, do CPC/15 (“Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.”) possa apresentar, sua supressão em

de ação que atende às condições referidas no parágrafo anterior é o de ação definida como a demanda formulada no instrumento “petição inicial” (CPC/15, art. 319); em oposição à reconvenção, específico caso de demanda ulterior, formulada pelo réu da demanda originária contra o seu autor, no instrumento contestação (ou em peça autônoma). Ambas, ação e reconvenção, como quaisquer demandas, veiculam pedidos (CPC/15, arts. 319, IV e 324, *caput* e §2º).

Vale-se desse conceito de ação, por exemplo, todo o Capítulo “DA COMPETÊNCIA” (arts. 42-66), pertinente ao regramento da competência jurisdicional interna para a apreciação de demandas iniciais.

Esse sentido de “ação”, proposto para o vocábulo no seu emprego pelo art. 487, I, do CPC/15, é suficiente para englobar uma série de demandas previstas no CPC/15, mas não todas. A denunciação da lide formulada pelo autor (art. 126, primeira parte), os embargos de terceiro (art. 677) e a oposição (art. 683) são demandas formuladas em petição inicial, razão pela qual são abrangidos pelo inciso. Por outro lado, a denunciação da lide realizada pelo réu em contestação (art. 126, segunda parte), a arguição de falsidade do documento suscitada como questão principal (art. 433)²²⁵ e a demanda indenizatória formulada pelo réu em contestação no procedimento possessório (CPC/15, art. 556)²²⁶ não são alcançados pelo inciso.

nada alteraria o conjunto de normas jurídicas vigentes, em razão do art. 5º, XXXV, da CRFB/88 (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”). A existência de palavras e de dispositivos legais inúteis é, no entanto, uma conclusão a que se pode chegar ao final da atividade interpretativa e não um fato que autorize o intérprete, antes de esgotadas as possibilidades interpretativas, a presumir a existência de palavras inúteis na lei. A propósito do tema, veja-se a lição de Carlos Maximiliano: “307 – *Verba cum effectu, sunt accipienda*: 'Não se presumem, na lei, palavras inúteis.' Literalmente: 'Deve-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia.' As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis (1). [...] Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto (3); porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma (4). 308 - Entretanto o preceito não é absoluto, se de um trecho se não colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram insertas por inadvertência ou engano, não se apega o julgador à letra morta, inclina-se para o que decorre do emprego de outros recursos aptos a dar o verdadeiro alcance da norma (1). Bem-avisados, os norte-americanos formulam a regra de Hermenêutica nestes termos: 'Deve-se atribuir, *quando for possível*, algum efeito a toda palavra, cláusula, ou sentença'[...]'” (MAXIMILIANO, 2011, p. 204-205)

225A falsidade documental pode ser arguida na contestação, na réplica ou em petição autônoma.

(CPC/15) “Art. 430. A falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos.

Parágrafo único. Uma vez arguida, a falsidade será resolvida como questão incidental, salvo se a parte requerer que o juiz a decida como questão principal, nos termos do inciso II do art. 19.”

226Trata-se de demanda, identificável por suas partes, causa de pedir e pedido (CPC/15, art. 337, §2º). Tendo A sido o proponente de ação possessória contra B, assim se identifica a demanda indenizatória formulada por B na sua contestação (v. CPC/15, art. 556): - partes: autor (B) e réu (A); - causa de pedir (descrição do fato e do

A vingar essa acepção do termo “ação”, que entendemos seja a mais correta diante do vocábulo “reconvenção”, presente no mesmo inciso, que dispositivo nos autorizaria a construir norma que preveja serem de mérito todas as decisões que resolvem pedidos de tutela definitiva, onde quer que formulados?

Decisões que julguem quaisquer pedidos de tutela definitiva, inclusive pedidos de tutela definitiva formulados em demandas recursais, são decisões de mérito, por força da conjugação do inciso I do art. 487 com o art. 490 do CPC/15, que nos autoriza à construção de norma preceptiva de que toda decisão que acolhe ou rejeita, no todo ou em parte, um pedido de tutela definitiva²²⁷, é decisão de mérito.

Daí decorre uma importante consequência relativa a esse suporte fático da coisa julgada: todo julgamento de pedidos de tutela final transitado em julgado produz coisa julgada sobre questão principal (= “coisa julgada material”, na linguagem do CPC/15); não importa tenham os pedidos sido deduzidos no bojo do procedimento comum ou em procedimentos especiais, de jurisdição voluntária (v. CPC/15, arts. 720, 723 e 725) ou não-voluntária²²⁸.

6.2.2 Da decisão que versa sobre a ocorrência de decadência ou prescrição (CPC/15, art. 487, II).

Pronunciamento decisório ou capítulo que acolhe ou que rejeita a prescrição ou a decadência relativa a algum dos pedidos é decisão de mérito (CPC/15, art. 487, II).

efeito jurídicos): alegação de B de que teve prejuízos resultantes de turbação ou de esbulho na sua posse praticados por A e de que, em razão disso, A deve indenizá-lo; - pedido: indenização.

227Suprime-se a referência ao “formulado pela parte” por entendermos que o pedido sempre é formulado por uma das partes da demanda.

228A despeito das merecidas críticas que se possa dirigir às expressões “jurisdição voluntária” e “jurisdição contenciosa”, o CPC/15 ainda as emprega, respectivamente, na epígrafe que antecede o seu art. 719 e no *caput* do seu art. 36, razão pela qual não se faz possível à doutrina abandoná-las. Essa constatação não nos impede, no entanto, de preferir falar em jurisdição voluntária e em jurisdição não-voluntária para que fique claro, ao menos, que não há uma terceira possibilidade.

No regime do CPC/73 era decisão de mérito apenas aquela que acolhesse (= pronunciasse)²²⁹ a prescrição ou a decadência. Decisão que as rejeitasse deveriam ser respeitadas nos mesmos autos em que proferidas (CPC/73, art. 473)²³⁰, mas não necessariamente em outros processos; seu conteúdo não se tornava, quanto a essa matéria, imutável e indiscutível pela coisa julgada.

Oportuniza-se a comparação do art. 487, II, do CPC/15 com o seu correspondente do CPC/73:

CPC/15:	CPC/73:
Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: [...] II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;	Art. 269. Haverá resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) [...] IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;

A propósito do tema, confira-se enunciado n. 161 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 487, II) É de mérito a decisão que rejeita a alegação de prescrição ou de decadência. (Grupo: Coisa Julgada, Ação Rescisória e Sentença).”

“Decadência” e “prescrição” designam perdas de situações jurídicas ativas decorrentes da inércia do titular de um direito em exercê-lo num determinado período. Essa é a nota comum do gênero a que pertencem decadência e prescrição.

A principal diferença entre elas consiste em a decadência extinguir um direito potestativo, enquanto que a prescrição extingue a pretensão (= exigibilidade) de um direito prestacional.²³¹

²²⁹Pronunciar não é sinônimo de pronunciar-se. Pronunciar a decadência ou a prescrição significa declará-las. Já pronunciar-se sobre a decadência ou sobre a prescrição significa decidir a respeito da ocorrência ou não delas. O CPC/73 referia-se a “pronunciar”, razão pela qual só considerava como de mérito a decisão que acolhesse a prescrição ou a decadência, mas não a que as rejeitasse.

²³⁰Sempre nos pareceu ser essa a interpretação mais correta, a de que rejeitada a prescrição ou decadência em decisão transitada em julgado, não poderiam as partes voltar a discutir nem o juízo voltar a decidir a mesma matéria nos mesmos autos, em razão do disposto no art. 473 do CPC/73. Registre-se que o entendimento não contrariava o art. 193 do CC/02, que dispõe poder a prescrição ser alegada em qualquer grau de jurisdição. Uma coisa é o direito de se alegá-la ou, ainda, de o juízo decidi-la de ofício em qualquer grau de jurisdição, respaldado na legislação, outra bem diferente é sustentar-se que as questões já decididas possam ser *redecididas*, o que já não encontrava amparo no direito positivo sob o regime do CPC/73.

²³¹Contrapõem-se a direitos potestativos estados de sujeição e a direitos prestacionais contrapõem-se deveres jurídicos.

Já a principal semelhança é, como já pontuado, que decisão sobre quaisquer delas é decisão de mérito por expressa previsão legal. Não importa no bojo de qual procedimento seja prolatada a decisão. Veja-se que mesmo em demandas puramente de tutela provisória o reconhecimento da decadência ou da prescrição torna-se imutável e indiscutível pela coisa julgada, impedindo que a parte venha a formular, em outra demanda, o pedido principal (CPC/15, art. 310).

Há, além dessas, várias diferenças e semelhanças entre os institutos, à luz do direito positivo brasileiro vigente. Convém elencarmos algumas delas.

6.2.2.1 Diferenças entre a prescrição e a decadência.

1ª A decadência extingue o próprio direito potestativo. Já que a prescrição extingue a pretensão correlata ao direito prestacional (CC/02, art. 189), ou seja, enquanto o direito potestativo deixa de existir em razão da decadência, o direito à prestação não deixa de existir pela prescrição, apesar de se tornar inexigível, deixando de poder ser invocado, inclusive, em defesa (CC/02, art. 190).

2ª Os prazos prescricionais são sempre estabelecidos por lei (CC/02, art. 192), enquanto que os prazos decadenciais podem ser estabelecidos por lei (decadência legal) ou por negócio jurídico (decadência convencional).

3ª Pretensões prescrevem no prazo de 10 (dez) anos quando a lei não houver fixado prazo menor (CC/02, arts. 205 e 206); já direitos potestativos não se extinguem pela decadência quando nem a lei nem negócio processual houverem estabelecido prazo para o seu exercício.

4ª É nula a renúncia à decadência legal (CC/02, art. 209), enquanto que se admite a renúncia à prescrição consumada (CC/02, art. 191), caso em que se restabelece a exigibilidade do direito prestacional.

5ª Admite-se o reconhecimento *ex officio* da prescrição (CPC/15, art. 487, II), mas não da decadência convencional (CC/02, art. 211). Nesse sentido, confira-se enunciado n. 521 do

Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “(art. 487, parágrafo único; arts. 210 e 211 do Código Civil) Apenas a decadência fixada em lei pode ser conhecida de ofício pelo juiz. (Grupo: Sentença, coisa julgada e ação rescisória)”.

6.2.2.2 Semelhanças entre a prescrição e a decadência.

1ª Prescrição e decadência não correm contra os menores de 16 (dezesesseis) anos (CC/02, arts. 208 e 198, I c/c art. 3º).

2ª Prescrição e decadência podem ser alegadas em qualquer grau de jurisdição (CC/02, art. 193 e 211).

3ª Prescrição e decadência legal podem ser conhecidas de ofício (CPC/15, art. 487, II).

4ª Ressalvada a hipótese de improcedência liminar do pedido, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestarem-se (CPC/15, art. 487, par. ún.).

6.2.3 Da decisão que homologa ou que rejeita a homologação da autocomposição (CPC/15, art. 487, III).

“Compor”, na acepção que mais nos importa, quer dizer solucionar, resolver. Compor conflitos significa resolver conflitos.

6.2.3.1 Autocomposição e heterocomposição.

Conflitos podem ser juridicamente resolvidos pelas próprias partes (autocomposição) ou por um terceiro imparcial (heterocomposição).

O principal mecanismo de resolução de conflitos por um terceiro imparcial (= heterocomposição) existente no Brasil é a jurisdição estatal, ocupando o posto de terceiro imparcial a figura do juiz (CPC/15, arts. 7º e 139, I).

A despeito dessa constatação, é fato que o CPC/15 conferiu grande importância à autocomposição judicial²³². Para se verificá-lo, basta a leitura do disposto nos seus arts.: 139, V; 154, VI e par. ún.; 165-175; 221, par. ún.; 303, §1º, III; 308, §4º; 334, §4º, I e II, e §11; 335, I; 381, II; 515, II e §2º, e 932, I.

Destaca-se na Codificação, ainda, o prestígio dado aos conciliadores e aos mediadores, auxiliares da justiça (CPC/15, art. 149), com atribuições distinguidas no art. 165, §§2º e 3º, do CPC/15, de que o juízo deverá, preferencialmente, socorrer-se nos atos onde se oportunize a autocomposição (CPC/15, art. 139, V).

6.2.3.2 Espécies de autocomposição.

Os incisos I e II do art. 487 referem-se a hipóteses de heterocomposição, enquanto que o inciso III trata, nas suas alíneas, das espécies de autocomposição, classificadas conforme o modo como se verifique a abdicação dos interesses contrapostos das partes envolvidas no conflito.

No “reconhecimento da procedência do pedido formulado”²³³ apenas a parte contra quem se pede algo abdica do seu interesse (“a”). Na “renúncia à pretensão formulada” é só a parte que pede algo que abdica do seu interesse (“c”). E na “transação” ambas as partes fazem concessões recíprocas, abdicando parcialmente dos seus interesses em conflito (“b”).

²³²Mesmo na jurisdição arbitral (mecanismo de heterocomposição por jurisdição não-Estatal) há um estímulo à autocomposição (v. Lei 9.307/96, arts. 7º, §2º e 21, §4º).

²³³Acerca da supressão que fazemos às referências à “ação” e à “reconvenção”, v. item 6.2.1. Como ali foi dito, há pedidos que não são formulados nem em ação nem em reconvenção e também será de mérito a decisão homologatória de renúncia a eles.

6.2.3.3 Decisão homologatória da autocomposição.

Uma primeira observação a ser feita é a de que a decisão homologatória da autocomposição, como toda decisão homologatória, tem natureza constitutiva. A decisão homologatória da autocomposição, dessarte, não declara apenas que a autocomposição é válida, confere-lhe, além disso, outros efeitos, como por exemplo, força executiva (CPC/15, art. 515, II e III).

As referências que as alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 487 do CPC/15 fazem ao pedido e à pretensão formulados²³⁴ reclamam dupla cautela do intérprete.

Primeiro, porque pedido reconvenicional não é o único passível de ser deduzido no instrumento contestação. Também nele admitem-se a denunciação da lide realizada pelo réu (art. 126, segunda parte) e o pedido de indenização formulado pelo réu no procedimento possessório (CPC/15, art. 556). Nesses dois casos inequivocamente haverá pedidos formulados pelo réu da demanda inicial, que admitirão, tal como os pedidos deduzidos pelo autor, solução por heterocomposição (CPC/15, art. 487, I e II) ou por autocomposição (CPC/15, art. 487, III).

Segundo, porque não é apenas a autocomposição de pedidos formulados em juízo aquela que o sistema permite seja homologada. Os incisos II e III do art. 515 do CPC/15, ao disporem que são títulos executivos judiciais as decisões homologatórias de autocomposição judicial ou extrajudicial de qualquer natureza, evidenciam que se admite sejam homologadas tanto **(i)** a autocomposição realizada fora da Justiça (= autocomposição extrajudicial) quanto a **(ii)** autocomposição realizada em juízo (= autocomposição judicial), sobre **(ii.1)** pedidos deduzidos ou **(ii.2)** não (CPC/15, art. 515, §2º).

Acerca da autocomposição extrajudicial **(i)**, o art. 725, VIII, do CPC/15 esclarece, ainda, que o pedido de sua homologação processa-se na forma estabelecida na seção das disposições gerais dos procedimentos de jurisdição voluntária (CPC/15, arts. 719-725).

²³⁴Entendemos que o vocábulo “pretensão”, utilizado na alínea “c”, tem o mesmo sentido de “pedido”, empregado na alínea “a”, razão pela qual ao longo do texto faremos uso apenas de “pedido”, vocábulo que já foi objeto da nossa análise.

Todas essas espécies de decisões homologatórias de autocomposição são decisões de mérito e, transitadas em julgado, compõem o suporte fático em exame da coisa julgada (CPC/15, art. 502 e 503, *caput*), mas por fundamentos legais diversos.

(ii.1) A decisão homologatória de autocomposição judicial sobre pedido deduzido é decisão de mérito com base no art. 487, III, do CPC/15, interpretado sistematicamente, como compreensivo da autocomposição judicial realizada acerca de quaisquer pedidos formulados em juízo.

(ii.2) A decisão homologatória de autocomposição judicial sobre matéria estranha ao processo é decisão de mérito por força do disposto no art. 515, II e §2º, do CPC/15, que autoriza as partes a realizarem autocomposição judicial sobre o que não foi deduzido em juízo e confere à decisão judicial que a homologue a eficácia de título executivo judicial.

(i) A decisão homologatória de autocomposição extrajudicial, por fim, é decisão de mérito com base no art. 487, I, primeira parte c/c art. 490, do CPC/15. Trata-se de decisão que acolhe o pedido formulado na ação (= demanda) tramitada na forma dos arts. 719-725 (CPC/15, art. 725, VIII), procedimento comum de jurisdição voluntária²³⁵.

6.2.3.4 Decisão que rejeita a homologação da autocomposição.

Decisão que rejeita o pedido de homologação de autocomposição extrajudicial **(i)** é decisão de mérito. Cuida-se de decisão que rejeita o pedido formulado na demanda tramitada na forma dos arts. 719-725 (CPC/15, art. 725, VIII).

Esse ponto não proporciona dúvidas: ao pronunciar-se favorável ou contrariamente à homologação da autocomposição extrajudicial o juiz julga um pedido, o pedido que lhe é

²³⁵Não se misture o procedimento comum de jurisdição voluntária a que fazemos referência no texto, disciplinado nos arts. 719-725 do CPC/15, com o procedimento comum regulamentado a partir do art. 318 do CPC/15. Comum e especial são noções relativas. É comum aquilo que não é especial (= próprio, peculiar, específico, particular). Adjetivamos, assim, de *comum* o procedimento de jurisdição voluntária a que texto se reporta com vistas a estermá-lo dos procedimentos *especiais* de jurisdição voluntária, a que fazem menção as Seções II-XII, compostas pelos arts. 726-770 do CPC/15.

formulado no bojo de um procedimento de jurisdição voluntária (CPC/15, art. 725, VIII), tratando-se de decisão de mérito, nos termos do art. 487, I c/c 490 do CPC/15.

Mas e a decisão onde o juízo se nega a homologar a autocomposição judicial **(ii)**? O art. 487 do CPC/15 reporta-se expressamente apenas à decisão que homologa a autocomposição judicial (inciso III).

Em que pese a ausência de menção explícita, em ordenação teórica do direito positivo (i.e. no nível do sentido e não do texto), entendemos que também a decisão onde o juízo se nega a homologar a autocomposição judicial, reputando-a inválida, deva receber o tratamento de decisão de mérito, apta, por conseguinte, a compor suporte fático da coisa julgada. Vejamos os motivos.

Ao pronunciar-se favorável ou contrariamente à homologação da autocomposição judicial o juiz não julga um pedido. Pelo contrário, a autocomposição judicial, versando sobre pedidos, apresenta-se como um obstáculo a que o juiz os acolha ou os rejeite, em heterocomposição.

Pronunciamento do juiz sobre a autocomposição judicial é, em vez disso, pronunciamento onde se aprecia um requerimento, o requerimento de homologação da autocomposição celebrada em juízo.

Isso, todavia, não significa que o juízo nada decida neste caso. Ao pronunciar-se favoravelmente ou contrariamente ao requerimento de homologação da autocomposição judicial, o juiz decide sobre a validade desse negócio jurídico, com base no disposto nos arts. 166-184 do CC/02 e 276-283 do CPC/15. Homologando-o (i.e. reconhecendo-lhe a validade) haverá resolução do mérito, conforme previsto literalmente no art. 487, III, do CPC/15; recusando-se a homologá-lo (i.e. negando-lhe a validade), não haveria? Evidente que também neste caso haverá resolução do mérito, conclusão a que se chega por meio de interpretação sistemática.

Conclusão contrária, no sentido de que a decisão que rejeita o requerimento de homologação da autocomposição judicial não seja de mérito resulta, ao menos, em duas sérias incoerências.

A primeira dessas incoerências revela-se na aceitação de que o pronunciamento decisório onde o juízo se negue a homologar a autocomposição não compõe suporte fático da coisa julgada, a despeito de os pronunciamentos decisórios onde o juiz homologue a autocomposição judicial ou homologue a autocomposição extrajudicial ou negue-se a homologar a autocomposição extrajudicial comporem.

A segunda, por sua vez, consiste em inviabilizar-se a imediata insurgência das partes contra esse pronunciamento decisório, impugnável via agravo de instrumento sob a condição de se entendê-lo como decisão de mérito (CPC/15, art. 1.015, II). Retira-se, com isso, das partes que discordem daquela decisão qualquer instrumento recursal para prontamente se impugná-la, obrigando-as a continuarem litigando ou, pior, compelindo o autor a desistir da ação²³⁶, em ato de eficácia condicionada à homologação judicial (CPC/15, art. 200, par. ún.) e que, em princípio, resultará na sua condenação em verbas sucumbenciais (CPC/15, art. 90, *caput*)²³⁷. Tudo isso para que se viabilize, posteriormente, que autor e réu celebrem autocomposição extrajudicial do mesmo teor da que não fora homologada, podendo submetê-la à homologação judicial na forma de pedido deduzido em procedimento de jurisdição voluntária (CPC/15, art. 725, VIII), de cuja eventual improcedência poderão imediatamente recorrer. Transparece no cenário descrito grave ofensa à duração razoável do processo e à eficiência (CPC/15, art. 6º e 8º, última figura).

Sinteticamente, então, são decisões de mérito tanto os pronunciamentos decisórios e capítulos onde se rejeite o pedido de homologação da autocomposição extrajudicial (CPC/15, arts. 487, I, segunda parte c/c 490 e 725, VIII) quanto aqueles onde se rejeite o requerimento de homologação da autocomposição judicial (CPC/15, art. 487, III em interpretação sistemática, notadamente com arts. 6º e 8º).

6.2.4 Da decisão que versa sobre outras questões principais (i.e. juros legais, correção monetária ou verbas de sucumbência).

²³⁶Com ou sem anuência do réu, a depender da fase processual (CPC/15, 485, §§4º e 5º).

²³⁷Negócio processual atípico celebrado com esteio no art. 190 do CPC/15 (cláusula geral de negociação processual), eficaz independentemente de homologação judicial (CPC/15, art. 200, *caput*), poderá redistribuir as verbas sucumbenciais de maneira diversa.

A despeito de não previstas no art. 487 do CPC/15, juros legais, correção monetária e verbas de sucumbência, no que incluem os honorários advocatícios, são também questões principais, submetidas ao juízo nessa condição por força direta da Lei (CPC/15, art. 82, §2º e 322, §1º).

Não são questões processuais pertinentes à validade do procedimento, nem são questões incidentais, que devam ser resolvidas na fundamentação do *decisum*.

Decisão sobre quaisquer delas é decisão sobre questão principal e, transitada em julgado, compõe suporte fático do efeito jurídico coisa julgada, com base nos arts. 502 e 503, *caput*, do CPC/15, onde o termo “mérito” deve ser compreendido como o designativo de quaisquer questões principais.

Admitir a coisa julgada relativa à decisão sobre os juros legais e sobre a correção monetária não apresenta maiores dificuldades porque ambas são questões principais decididas no pronunciamento decisório de acolhimento do pedido formulado em ação relativa à obrigação de pagar quantia (CPC/15, art. 491, *caput*), pronunciamento decisório de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC/15.

Mais problemática é a compreensão das verbas de sucumbência como questão principal, haja vista que elas deverão ser fixadas mesmo em pronunciamentos decisórios que, na linguagem do CPC/15, não são resolutivos do mérito (v. CPC/15, art. 485). Necessário, contudo, admitir-se que, mesmo nesses casos, estamos diante da decisão de uma questão principal (decisão de mérito, para os fins dos arts. 502 e 503, *caput*, do CPC/15), inserida em um pronunciamento decisório que não é resolutivo do mérito, na acepção de que se vale o art. 487 do CPC/15.

6.2.5 Coisa julgada e jurisdição voluntária.

O tema coisa julgada e jurisdição voluntária dá azo a infindáveis e infrutíferos debates como decorrência das inúmeras controvérsias que envolvem os significados dos conceitos de coisa

julgada, de jurisdição e de jurisdição voluntária. O assunto enseja disputas, portanto, antes de tudo verbais²³⁸.

Para JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM: “A distinção entre a jurisdição contenciosa e a voluntária tem grande importância prática, porque apenas aquela produz coisa julgada, e não esta, podendo o ato voluntário ser revisto, a qualquer tempo, respeitados apenas os direitos adquiridos.” (CARREIRA ALVIM, 2015, p. 104).

Assim não pensamos. Não vemos hoje relevância alguma nas distinções doutrinárias entre jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa (*r.* não-voluntária), no que concordamos com LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO quando afirmam que:

A distinção nos termos em que posta na doutrina clássica não tem qualquer razão de ser atualmente. Na jurisdição voluntária há interpretação e aplicação do direito e há oferta de decisões revestidas de autoridade institucional, isto é, dotadas de definitividade e irrevisibilidade, tanto quanto na jurisdição contenciosa. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 156).

Também na jurisdição voluntária há coisa julgada.

Já enunciada a nossa definição do conceito de coisa julgada, a compreensão do sentido da afirmação anterior encontra-se na dependência apenas de esclarecermos o que chamamos de “jurisdição voluntária”.

Utilizamos-nos da expressão “jurisdição voluntária” como designativo dos procedimentos especiais assim chamados pelo legislador, previstos no Capítulo XV do Título III do Livro I da Parte Especial do CPC/15 (arts. 719-770).

A “provocação do interessado, do Ministério Público ou da Defensoria Pública”, onde se formula pedido e que dá início ao procedimento de jurisdição voluntária, nos termos do art. 720 do CPC/15, é ação (= demanda), e o que nela se deduz é um pedido de tutela definitiva (v. CPC/15, arts. 720; 723, *caput*; 725, *caput*; 745, §4º; 752, *caput*), normalmente identificado

²³⁸As divergências em torno dos conceitos de jurisdição e de jurisdição voluntária, que muitos afirmam não seja nem jurisdição nem voluntária, são imensas. Confira-se, a esse respeito: DIDIER JR., 2015, p. 185-195; CARREIRA ALVIM, 2015, p. 89-108; CHIOVENDA, 1922, p. 358-374; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 188-191; NEVES, 2015, p. 82-87; THEODORO JÚNIOR, 2015b, p. 152-155.

com um específico tipo de pretensão: a pretensão de integração da vontade, para torná-la apta à produção de determinados efeitos jurídicos (DIDIER JR., 2015, p. 186).

Decisão que acolhe ou que rejeita tal pedido é decisão resolutiva do mérito do procedimento de jurisdição voluntária, amoldando-se ao disposto no art. 487, I, do CPC/15 e produzindo “coisa julgada material” se transitada em julgado (CPC/15, art. 502).

A solução dada ao pedido formulado no bojo de um procedimento de jurisdição voluntária, com o trânsito em julgado da decisão, torna-se tão imutável e indiscutível em outros processos quanto a solução dada ao pedido formulado em procedimento de jurisdição não-voluntária. Não há diferença nem nunca deveria ter havido.

O art. 1.111 do CPC/73²³⁹, inserido do título que tratava dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária do Código revogado, ao dispor que “A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes”, não particularizava a coisa julgada na jurisdição voluntária.

O papel daquele dispositivo, era, em vez disso, chamar a atenção para o fato de que circunstâncias supervenientes podem caracterizar nova causa de pedir, não abrangida pela eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC/15, art. 508; correspondente do CPC/73, art. 474²⁴⁰), sendo isso o que acontece, inclusive, nas relações jurídicas de trato continuado, para as quais havia e ainda há disposição expressa, quer se trate de jurisdição voluntária ou não (CPC/15, art. 505, I; correspondente do CPC/73, art. 471, I²⁴¹).

239Agiu bem o legislador em não tê-lo reproduzido no CPC/15. O art. 1.111 do CPC/73 era invocado tanto em favor (v. DIDIER JR., 2014, p. 134-135) quanto contrariamente (v. CÂMARA, 2011, p. 514) à tese de que jurisdição voluntária faz coisa julgada.

240(CPC/73) “Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.”

241(CPC/73) “Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;”

6.2.6 Coisa julgada e ação monitória.

“Ação monitória” é a denominação de um tipo de demanda, da qual pode se valer o credor que disponha de prova escrita sem eficácia de título executivo (judicial)²⁴², para exigir de devedor capaz: o pagamento de quantia em dinheiro, a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel, o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer (CPC/15, art. 700).

Existem particularidades nesse tipo de demanda, envolvendo tanto o pronunciamento judicial a que se refere o art. 701, *caput*, do CPC/15 quanto o pronunciamento que decide os embargos à ação monitória (CPC/15, art. 701, §§3º, 8º e 9º), que exigem o seu tratamento em separado num estudo sobre a coisa julgada.

Afirmam-se dois direitos na petição inicial da ação monitória: **(a)** o direito à prestação e **(b)** o direito à tutela monitória, sendo que o direito à tutela monitória é um *plus* em relação ao direito à prestação. Tem direito à tutela monitória aquele que titularize direito prestacional, (+) atestado por prova escrita sem eficácia de título executivo judicial, contra devedor capaz.

Olvidadas as controvérsias que existem quanto à natureza da pretensão deduzida na petição inicial da ação monitória, ficamos com o que, no nosso entender, é o mais importante e não deve comportar dúvidas: formula-se ali um pedido de tutela definitiva e não de tutela provisória. O que o autor da ação monitória busca é a satisfação definitiva – e não provisória – da prestação que lhe é devida.

O enfrentamento dos principais problemas concernentes à produção de coisa julgada na ação monitória exigem o prévio estabelecimento de mais algumas premissas, enunciadas nos tópicos a seguir.

²⁴²Em que pese a literalidade do art. 700, *caput*, do CPC/15 refira-se apenas a “título executivo”, a conclusão a que se chega, a partir da sua interpretação conjunta com o art. 785 do CPC/15 (“A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial.”), é a de que o credor que disponha de título executivo extrajudicial também pode se valer da ação monitória.

6.2.6.1 Da natureza decisória do pronunciamento judicial que defere a expedição do mandado monitório (CPC/15, art. 701, *caput*).

O pronunciamento judicial que defere a expedição do mandado monitório (CPC/15, art. 701, *caput*) tem natureza decisória²⁴³⁻²⁴⁴, sempre.

O conteúdo decisório desse ato do juiz fica claro nos arts. 700 e 701, *caput* e §3º, do CPC/15:

CPC/15:

Art. 700. A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz:

I – o pagamento de quantia em dinheiro;

II – a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel;

III – o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.

²⁴³Sob a égide do CPC/73 instaurou-se uma enorme controvérsia relacionada à natureza jurídica do pronunciamento judicial que determinava a expedição do mandado monitório. Alexandre Freitas Câmara, no seu Manual, enumerava 07 (sete) entendimentos distintos sobre o assunto; havia quem entendesse tratar-se esse pronunciamento judicial: (1) de despacho; (2) de decisão interlocutória; (3) de decisão com força de sentença; (4) de mandado; (5) de sentença condenatória; (6) de sentença condenatória condicional, e de (7) sentença liminar (CÂMARA, 2011, p. 491-496). Existiam várias discordâncias, quanto às premissas encampadas por cada posicionamento e quanto aos critérios classificatórios que deveriam ser empregados para se chegar a essa natureza jurídica. A segunda corrente, p. ex., pressupunha que esse pronunciamento deveria necessariamente ser enquadrado em uma das categorias de pronunciamentos decisórios de primeiro grau então já existentes (decisão interlocutória ou sentença); já a terceira via nele um novo tipo de pronunciamento decisório, antes desconhecido. A quarta corrente, p. ex., definia a natureza desse pronunciamento a partir dos seus efeitos, enquanto que a sexta corrente o fazia a partir do seu conteúdo. Havia, no entanto, apenas uma divergência fundamental que aqui nos importa, mantida entre a primeira corrente de um lado e outras seis do outro: enquanto o primeiro posicionamento sustentava a ausência de conteúdo decisório desse pronunciamento, os demais, em conjunto amplamente majoritários, sustentavam que ali havia conteúdo decisório.

²⁴⁴Importante registrar que o que aqui se discute é a natureza do pronunciamento judicial que defere a expedição do mandado monitório e não de pronunciamento judicial que, no regime do CPC/73, por praxe, convertesse o mandado inicial em mandado executivo. Esse segundo pronunciamento nunca foi exigência do direito positivo, ante o que dispunha o art. 1.102-C, *caput*, segunda parte, do CPC/73: “Se os embargos não forem opostos, *constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial*, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei.” (grifo nosso). Sendo de todo dispensável, esse segundo pronunciamento judicial não tinha conteúdo decisório, tratando-se de despacho, como bem percebido pela Terceira Turma do STJ em julgado cuja ementa segue parcialmente reproduzida: “[...] 3. O despacho proferido em procedimento monitório que converte o mandado inicial em mandado executivo não detém natureza jurídica de sentença, tampouco é dotado de conteúdo decisório, não sendo passível de oposição de embargos de declaração. [...]” (REsp 1432982/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 26/11/2015). A despeito disso, havia séria controvérsia quanto ao tema, inclusive no âmbito daquela mesma Turma do STJ, que, anos antes, resolvera a mesma questão em sentido oposto (REsp n. 1.120.051/PA, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, Dje 14/9/2010). Visando pacificar o assunto, o legislador do CPC/15 foi ainda mais explícito quanto à desnecessidade daquele segundo pronunciamento judicial, ao acrescer à expressão “constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial”, a expressão “independentemente de qualquer formalidade”, no seu art. 701, §2º. Mesmo assim, ainda há importantes doutrinadores que permanecem, no regime do CPC/15, fazendo alusão a uma decisão de conversão daquele mandado inicial em mandado executivo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015c, p. 245), posicionamento do qual respeitosa e discordamos.

§1º A prova escrita pode consistir em prova oral documentada, produzida antecipadamente nos termos do art. 381.

§2º Na petição inicial, incumbe ao autor explicitar, conforme o caso:

I – a importância devida, instruindo-a com memória de cálculo;

II – o valor atual da coisa reclamada;

III – o conteúdo patrimonial em discussão ou o proveito econômico perseguido.

§3º O valor da causa deverá corresponder à importância prevista no §2º, incisos I a III.

§4º Além das hipóteses do art. 330, a petição inicial será indeferida quando não atendido o disposto no §2º deste artigo.

§5º *Havendo dúvida* quanto à idoneidade de prova documental apresentada pelo autor, o juiz intima-lo-á para, querendo, emendar a petição inicial, adaptando-a ao procedimento comum.

Art. 701. *Sendo evidente o direito do autor*, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa. [...] §3º É cabível ação rescisória *da decisão* prevista no caput quando ocorrer a hipótese do §2º.
(grifo nosso)

O pronunciamento judicial que defere a expedição do mandado monitorio é ato que *significa* ter o juiz considerado preenchidos os requisitos necessários ao atendimento do pedido de expedição do mandado monitorio: entendeu por regular a petição inicial (v. CPC/15, art. 700, §4º)²⁴⁵ e não teve dúvidas quanto à idoneidade da prova documentada apresentada pelo autor (v. CPC/15, art. 700, §5º)²⁴⁶⁻²⁴⁷.

Mesmo que o juiz nada diga sobre o preenchimento dos requisitos necessários à expedição do mandado monitorio, limitando-se a determinar a sua expedição ou a enunciar o seu deferimento (ex.: “Expeça-se o mandado monitorio.”; “Defiro.”), cuidar-se-á de pronunciamento decisório.

O conteúdo do pronunciamento é uma construção de sentido, que parte do seu enunciado (= texto), mas a ele não se limita; imprescindível conjugar-se o que se enunciou com o direito positivo e com demais atos do processo. O sentido do mero “Expeça-se o mandado

245V. enunciado n. 292 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(arts. 330 e 321; art. 4º) Antes de indeferir a petição inicial, o juiz deve aplicar o disposto no art. 321. (Grupo Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória)”

246Interpretação sistemática impõe que “prova documental” no art. 700, §5º, do CPC/15 seja compreendida como prova documentada, gênero a que pertence a espécie prova documental, em razão do art. 700, *caput* e §1º, do CPC/15, que deixam claro que a ação monitoria poderá ser instruída por prova documentada.

247V. enunciado n. 188 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 700, § 5º) Com a emenda da inicial, o juiz pode entender idônea a prova e admitir o seguimento da ação monitoria. (Grupo: Procedimentos Especiais)”

monitório.” só se constrói à luz dos arts. 700 e 701 do CPC/15 e o do mero “Defiro.”, à luz do ato processual que lhe seja anterior.

Negligenciar essa observação traz 02 (dois) problemas.

Em primeiro lugar, dificulta a atividade de distinguir-se pronunciamentos decisórios não fundamentados de despachos, caso do “Expeça-se o mandado monitório.” Não é simples responder se se trata de uma decisão omissa quanto à fundamentação e, portanto, impugnável via embargos de declaração (CPC/15, art. 1.022, II), ou de um despacho irrecurável (CPC/15, art. 1.001), sem que se considere o disposto nos arts. 700 e 701 do CPC/15. Pior do que isso, não há como se precisar a extensão da ausência de fundamentação do pronunciamento decisório sem que se observe o que o juízo se encontrava obrigado a examinar.

Em segundo, pode inviabilizar a identificação da espécie do pronunciamento decisório. Imagine-se um “Defiro.” que se refira a requerimento conjunto das partes de homologação da transação. Sua natureza de decisão de mérito só é constatável diante do ato processual que lhe é anterior e do direito positivo (CPC/15, art. 487, III, “b”).

O pronunciamento judicial que defere a expedição do mandado monitório tem, assim, seu conteúdo revelado não só pelo seu enunciado, e sim a partir do exame do seu enunciado, à luz do direito positivo e do ato postulatório que lhe é anterior.

Sua natureza decisória não decorre do que o juiz faz (= enuncia), mas sim do confronto entre o que ele faz e o que deveria fazer. Determinar-se a expedição do mandado monitório pressupõe tenha o juiz considerado atendidos os requisitos legais necessários pelo autor porque os arts. 700 e 701 do CPC/15 impõem-lhe esse exame prévio.

Diante desse deferimento, todavia, nem o autor nem o réu tem interesse em pleitear-lhe a reforma ou invalidação via recurso. O autor não o tem porque é parte vencedora e o réu não o tem porque dispõe dos embargos à ação monitória.

Mas não está só nisso a natureza decisória desse pronunciamento judicial. Compete ao juiz no mesmo pronunciamento fixar honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa pelo autor (CPC/15, art. 701, *caput*).

Tem-se, desse modo, um pronunciamento decisório cindível em 02 (dois) capítulos: um deles referente ao deferimento da expedição do mandado monitório e o outro pertinente à fixação dos honorários advocatícios.

Ambos são decisão de mérito. O capítulo dos honorários é decisão de mérito porque dispõe sobre uma questão principal submetida ao juiz diretamente pela Lei e o capítulo que defere a expedição do mandado monitório é de mérito nos termos do art. 487, I, do CPC/15, posto que acolhe o pedido formulado na ação monitória.

É adequada, portanto, a linguagem do direito positivo ao empregar o termo “decisão” no art. 701, §3º, do CPC/15.

6.2.6.2 O pronunciamento judicial que defere a expedição do mandado monitório é decisão fundada em cognição sumária.

Necessário começarmos pelo que entendemos ser “cognição sumária”.

Cognição” significa conhecimento e suas adjetivações em plena, parcial, sumária e exauriente têm a ver com as possíveis formas pelas quais o juízo conhece daquilo que lhe é submetido à apreciação.

Acompanharemos nesta temática os ensinamentos de KAZUO WATANABE (2005, p. 127-143), seguidos por boa parte da doutrina brasileira.

6.2.6.2.1 *Cognição plena ou parcial e exauriente ou sumária.*

Classifica-se a cognição exercida pelo juiz a partir de 02 (dois) critérios independentes, um deles operando no plano horizontal (= extensão da cognição) e o outro no plano vertical (= profundidade da cognição).

No plano horizontal, a cognição é *plena* ou *parcial*, conforme *possa se estabelecer* sobre todas as questões ou não.

A despeito do que KAZUO WATANABE literalmente enuncia às fls. 128-129 da sua obra (“[...] segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente *ilimitada* [...]”), fica claro às fls. 129-135 que o critério pelo qual ele diferencia cognição plena de cognição parcial é a *possibilidade* ou não de ela se estabelecer sobre todas as questões, e não a circunstância de a cognição ter-se ou não se estabelecido de fato sobre todas as questões.

O procedimento comum (CPC/15, art. 318 e ss.) estrutura-se sobre cognição plena. É tudo o que se pode nele alegar porque o juiz pode conhecer de tudo.

Já sobre *cognição parcial*, estruturam-se, por exemplo, os procedimentos relativos:

- **(i)** às ações possessórias, nas quais a extensão da cognição é limitada pelo art. 557, par. ún., do CPC/15;
- **(ii)** aos embargos de terceiro opostos pelo credor com garantia real, onde a extensão da cognição é limitada pelo art. 680 do CPC/15, e
- **(iii)** aos embargos à execução, nos quais a extensão da cognição é limitada pelo art. 917 do CPC/15.

Não é tudo o que se pode alegar nestes procedimentos porque não é de tudo que juiz pode neles conhecer.

No plano vertical, a cognição é *sumária* ou *exauriente*, conforme a perquirição (= investigação) do juiz sofra ou não limitação quanto ao objeto cognoscível (WATANABE, 2005, p. 129).

O critério distintivo, também aqui, não tem relação com a cognição que o juiz de fato exerce no caso concreto e sim com a cognição que lhe é possível exercer.

O procedimento comum (CPC/15, art. 318 e ss.) estrutura-se sobre cognição exauriente. Em procedimento de cognição exauriente os pedidos formulados são decididos com base num juízo de certeza, por órgão julgador cuja cognição não sofreu limitação vertical alguma.

Diversamente do procedimento comum, estrutura-se sobre cognição sumária, por exemplo, o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (CPC/15, arts. 303 e 304).

Nele, o pedido formulado é decidido com base num juízo de probabilidade, sofrendo a perquirição do juiz limitação quanto ao objeto cognoscível. Convencido o juiz da probabilidade ou improbabilidade do direito alegado não lhe é permitido ir mais fundo, deve decidir.

Cognição plena ou parcial e exauriente ou sumária são pares discerníveis a partir de critérios diversos, de modo que todas as combinações são possíveis: **(a)** cognição plena e exauriente; **(b)** cognição plena e sumária; **(c)** cognição parcial e exauriente; **(d)** cognição parcial e sumária.

(a) Processo de cognição plena e exauriente é aquele onde o juiz não sofre limitação na sua cognição, caso do procedimento comum. Todas as outras combinações **(b, c e d)** resultam em processos com limitações à cognição: apenas quanto à *profundidade* **(b)**, apenas quanto à *extensão* **(c)** ou, cumulativamente, quanto à *profundidade* e quanto à *extensão* **(d)**.

6.2.6.2.2 *Processos com limitações à cognição e decisões de cognição limitada.*

Há um ponto que reclama particular atenção ao se trabalhar com os designativos “cognição plena”, “cognição parcial”, “cognição exauriente” e “cognição sumária”, principalmente no sistema do CPC/15, onde generaliza-se a possibilidade das tutelas provisórias incidentais (CPC/15, arts. 294, par. ún. e 311) e a flexibilidade procedimental (CPC/15, arts. 139, VI²⁴⁸, 190 e 327, §2º): eles podem referir-se ao processo ou à determinada decisão nele proferida.

Qualificar-se um procedimento como processo de cognição sumária ou exauriente e plena ou parcial é atividade que se realiza tendo por base *o modo como o pedido nele formulado pode ser acolhido ou negado*. Qualificar-se, por outro lado, uma decisão como decisão fundada em cognição sumária ou exauriente e plena ou parcial é atividade que se realiza tendo por base *o modo como as questões foram nela decididas*.

O procedimento comum é de cognição exauriente porque os pedidos nele formulados são acolhidos ou negados com base em cognição exauriente, o que não impede sejam nele prolatadas decisões fundadas em cognição sumária, acerca, por exemplo, de requerimentos incidentais de tutela provisória (CPC/15, arts. 294, par. ún. e 311).

Já o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente é de cognição sumária porque o pedido nele formulado é acolhido ou negado com base em cognição sumária, o que não impede seja nele prolatada decisão onde o juiz reconheça a existência da decadência ou da prescrição (CPC/15, art. 310, aplicável por analogia), fundada em cognição exauriente, mesmo sem que se tenha ali formulado o pedido de tutela definitiva.

Também na ação monitória há decisões fundadas em cognição sumária, de que é exemplo o deferimento da expedição do mandado monitório (CPC/15, art. 701, *caput*), e há decisões fundadas em cognição exauriente, caso de sentença que acolhe ou rejeita os embargos à ação monitória opostos nos mesmos autos (CPC/15, art. 702, *caput* e §9º) e de decisões resolutivas do mérito de eventuais reconvenções (CPC/15, art. 702, §6º).

248Cf., sobre o tema, Enunciado da ENFAM: “35) Além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo art. 139, VI, do CPC/2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo.”

O procedimento comum é de cognição plena porque os pedidos nele formulados são acolhidos ou negados com base em cognição plena; enquanto que os procedimentos relativos às ações possessórias, aos embargos de terceiro opostos pelo credor com garantia real, e aos embargos à execução são de cognição parcial porque os pedidos nele formulados são acolhidos ou negados com base em cognição parcial.

Os arts. 190 e 327 do CPC/15 viabilizam a formação de procedimentos híbridos, inclusive com pedidos formulados sem conexão entre si (CPC/15, art. 327, *caput, in fine*), podendo ocorrer de alguns serem submetidos ao juízo alguns deles para serem decididos com base em cognição plena e outros com base em cognição parcial²⁴⁹.

Diante do exposto, podemos afirmar que o pronunciamento judicial que defere a expedição do mandado monitório (CPC/15, art. 701, *caput*) é decisão fundada em cognição sumária, até porque o juiz não está constitucionalmente autorizado a chegar a um juízo de certeza contrário à parte que ainda não foi ouvida a respeito da matéria a ser decidida. Isso indubitavelmente violaria os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CRFB/88, art. 5º, LIV e LV).

Em vez disso, o legislador, expressa e excepcionalmente, posterga o momento de exercício do direito ao contraditório, autorizando o juiz a prolatar uma decisão, fundada em cognição sumária, contrária à parte que ainda não foi ouvida (CPC/15, art. 9º, III), nos mesmos moldes da autorização que lhe é conferida nas situações de tutela provisória (CPC/15, art. 9º, I e II).

A “dúvida” a que se refere o art. 700, §5º, do CPC/15 é dúvida que impeça o juiz de atingir um juízo de probabilidade da procedência do pedido do autor da ação monitória e não dúvida que impeça o juiz de ter certeza sobre esse direito. Certeza sobre a procedência do pedido de uma das partes, repita-se, o ordenamento jurídico não autoriza o juiz a manifestar antes de ouvida a outra parte, que tem direito de efetivamente participar da construção da decisão.

249Ex.: A fórmula contra B pedido de tutela possessória (*pedido x*), alegando turbação de B, cumulado com pedido de indenização pelos danos que B teria causado ao agredi-lo fisicamente (*pedido y*). Os *pedidos x* e *y* podem ser cumulados ainda que não sejam conexos entre si (CPC/15, art. 327, *caput*) e apenas a cognição do juízo relativa ao *pedido x* será parcial (CPC/15, art. 557, par. ún.), em relação ao *pedido y* a cognição a ser exercida será plena.

Apenas agora podemos passar a lidar com os principais problemas ligados à produção de coisa julgada na ação monitória, o que faremos mediante a análise de 03 (três) situações diversas, nas quais a decisão que defere a expedição do mandado monitório: **(a)** não é embargada; **(b)** é atacada por embargos que vêm a ser rejeitados; ou **(c)** é atacada por embargos que vêm a ser acolhidos.

6.2.6.3 Coisa julgada e o deferimento da expedição do mandado monitório não embargado.

Ao deferir a expedição do mandado monitório, o juiz reconhece o direito do autor à tutela monitória, acolhendo o pedido, por ele formulado, de tutela definitiva (= satisfação da prestação que lhe é devida), tal como se faz numa sentença de procedência no procedimento comum. As peculiaridades da decisão prevista no art. 701, *caput*, do CPC/15 consistem nela se fundar em cognição sumária e em ela poder ser retirada do mundo jurídico pela decisão de acolhimento dos embargos à ação monitória – é decisão provisória apenas neste sentido e não porque confira uma tutela provisória.

Caso o réu não venha a opor embargos à ação monitória, aquele pronunciamento decisório inicial transitará em julgado. Permanecerá sendo um pronunciamento decisório fundado em cognição sumária, mas, com o trânsito em julgado, seu conteúdo tornar-se-á imutável e indiscutível em outros processos.

Dito em outros termos, a decisão pelo deferimento da expedição do mandado monitório conjugada à inércia do réu e, portanto, transitada em julgado, compõe suporte fático da coisa julgada. Trata-se de decisão que acolhe uma questão principal, consistente no pedido de tutela definitiva formulado na ação monitória; decisão de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC/15, que faz coisa julgada, conforme art. 502 do CPC/15²⁵⁰.

²⁵⁰Onde consta “não mais sujeita a recurso”, leia-se: “transitada em julgado” (v. Capítulo 5).

Nem o direito do autor à tutela monitória nem o direito do autor à prestação, que é um *minus* em relação ao primeiro, como já visto, poderão ser negados em outros processos, sendo isso o que conclui a partir do disposto no art. 701, §§2º e 3º, do CPC/15:

CPC/15:

Art. 701. [...]

§2º Constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, independentemente de qualquer formalidade, se não realizado o pagamento e não apresentados os embargos previstos no art. 702, observando-se, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial.

§3º É cabível ação rescisória da decisão prevista no caput quando ocorrer a hipótese do §2º.

O legislador vincula à decisão de deferimento do mandado monitório, acompanhada do seu não cumprimento voluntário e da sua não impugnação via embargos à ação monitória, a eficácia de título executivo judicial (CPC/15, art. 701, §2º), bem como a torna rescindível (CPC/15, art. 701, §2º). É o mesmo que se dizer que aquela decisão produz “coisa julgada material”, que a solução dada pelo reconhecimento do direito do credor não mais admite modificação ou discussão em outros processos.

Ter eficácia de título executivo judicial significa que as únicas matérias que subsistirão passíveis de alegação pelo executado depois do trânsito em julgado daquela decisão são as previstas nos incisos do parágrafo primeiro do artigo 525 do CPC/15, de maneira idêntica ao que ocorre com decisões de mérito transitadas em julgado proferidas no procedimento comum.

Tornar a decisão que defere a expedição do mandado monitório rescindível, por outro lado, significa reconhecer ao réu da ação monitória interesse em rescindi-la. E se pode ter interesse em rescindi-la, é porque o ordenamento jurídico não lhe confere qualquer instrumento menos gravoso para questionamento do quanto ali restou decidido, não se devendo esquecer, ainda, que a rescindibilidade da decisão dependerá da presença de algum dos graves vícios previstos nos incisos do art. 966 do CPC/15. Caso a decisão não apresente nenhum daqueles vícios, nem rescindível será, não restando ao réu que se quedou inerte na ação monitória alternativa ao adimplemento da prestação.

6.2.6.4 Coisa julgada e o deferimento da expedição do mandado monitorio objeto de embargos rejeitados.

Deferida a expedição do mandado monitorio, pode ocorrer de o réu vir a opor embargos à ação monitoria (CPC/15, art. 702, *caput*), fundados em quaisquer matérias passíveis de alegação como defesa (CPC/15, art. 702, §1º), e de esses embargos virem a ser rejeitados.

Também neste caso haverá a formação, de pleno direito, do título executivo judicial, no que se distingue da situação anterior unicamente em relação ao momento de constituição desse título.

Na hipótese ora tratada, a decisão inicial, cuja eficácia estivera suspensa desde a oposição dos embargos, torna-se novamente eficaz com a rejeição dos embargos à ação monitoria (CPC/15, art. 702, §4º) e o título executivo judicial forma-se com o trânsito em julgado da sentença que os tenha rejeitado.

Importante destacar que o título executivo judicial refere-se ao direito reconhecido na decisão inicial, que deferira a expedição do mandado monitorio, e não ao conteúdo da decisão que rejeitou os embargos, até porque esta pode, inclusive, nada ter dito sobre o direito à tutela monitoria.

Em algumas situações isso fica bastante evidente. Dois exemplos. **(i)** Sentença que, entendendo que o autor da ação monitoria tem interesse processual, rejeita os embargos à ação monitoria onde fora arguida apenas a ausência do seu interesse (CPC/15, art. 702, §1º c/c art. 337, XI), em razão de ele dispor de título executivo extrajudicial. **(ii)** Sentença que liminarmente rejeita os embargos, ante a configuração da hipótese prevista no art. 702, §3º, do CPC/15²⁵¹.

Também neste caso, portanto, haverá uma decisão fundada em cognição sumária compondo o suporte fático da coisa julgada. A rejeição dos embargos à ação monitoria não altera a decisão

251(CPC/15) “Art. 702. [...] §3º Não apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, os embargos serão liminarmente rejeitados, se esse for o seu único fundamento, e, se houver outro fundamento, os embargos serão processados, mas o juiz deixará de examinar a alegação de excesso.”

que deferira a expedição do mandado monitorio, nem conseqüentemente, transmuda a cognição sumária que fora ali exercida em cognição exauriente.

A rigor, então, estamos diante de um suporte fático da coisa julgada composto por duas decisões transitadas em julgado. O que produz o efeito jurídico coisa julgada nesta hipótese é um fato jurídico composto, integrado pela decisão que deferira a expedição do mandado monitorio mais a decisão que rejeitou os embargos opostos, ambas transitadas em julgado.

Diante da circunstância de a sentença que rejeita os embargos não substituir o pronunciamento que deferira a expedição do mandado monitorio, entendemos que o art. 701, §3º, do CPC/15 aplica-se igualmente a esta situação, por analogia²⁵².

6.2.6.5 Coisa julgada e o deferimento da expedição do mandado monitorio objeto de embargos acolhidos.

Deferida a expedição do mandado monitorio, pode ocorrer, ainda, de o réu vir a opor embargos à ação monitoria (CPC/15, art. 702, *caput*), fundados em quaisquer matérias passíveis de alegação como defesa (CPC/15, art. 702, §1º), e de esses embargos virem a ser acolhidos.

252Sustentamos, sem sucesso, em 02 (dois) encontros do Fórum Permanente de Processualistas Civis, proposta de enunciado no sentido do cabimento de ação rescisória da decisão que defere a expedição do mandado monitorio também neste caso, a despeito da ausência de previsão legal expressa. Reproduzimos, a seguir, a redação do enunciado rejeitado, acompanhada das justificativas que o embasavam: “**Proposta:** (art. 701, §3º; art. 702, §8º) 'Cabe também ação rescisória da decisão prevista no art. 701, *caput*, do CPC/15 no caso de os embargos virem a ser rejeitados.' **Justificativa:** Não faz sentido caber ação rescisória do pronunciamento judicial a que se refere o art. 701, *caput* quando não forem opostos embargos (art. 701, §3º), mas não quando forem eles rejeitados. É mais provável que tenha o legislador considerado desnecessário dispositivo específico prevendo o cabimento de ação rescisória neste último caso, em razão de a oposição dos embargos tornar inequívoca a cognição exauriente e, por conseguinte, a possibilidade de coisa julgada. Perceba-se que, neste caso, o vício rescisório poderá estar: **(i)** concomitantemente na decisão do *caput* do art. 701 e na decisão dos embargos (ex.: art. 966, I e II); **(ii)** apenas na decisão dos embargos (ex.: art. 966, VI → decisão pela procedência dos embargos fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal); **(iii)** apenas na decisão do *caput* do art. 701 (ex.: art. 966, V → juiz defere a expedição do mandado de pagamento apesar de não haver prova escrita e o réu embarga alegando apenas excesso, vindo os embargos a serem liminarmente rejeitados por força do art. 702, §3º, ou no mérito por entender o juízo não haver excesso). **Obs.:** **(iii)** é apenas um dentre muitos exemplos possíveis. Os embargos são a defesa no procedimento monitorio (art. 702, §1º) e só afastam do mundo jurídico a decisão do *caput* do art. 701 quando são providos. No caso de improvemento dos embargos aquela decisão subsiste e o vício rescisório poderá estar só nela. Dizer que, neste caso, rescindível é apenas a decisão dos embargos significa admitir que a mera oposição dos embargos – que poderão até mesmo não serem admitidos – convalida eventuais vícios rescisórios daquela decisão inicial.”

Neste caso, não haverá a formação do título executivo judicial, porque a sentença de acolhimento dos embargos retira do mundo jurídico a decisão que deferira a expedição do mandado monitório, no que se distingue das duas situações anteriores. Decisão apta à produção de coisa julgada nesta hipótese é a sentença de acolhimento dos embargos à ação monitória.

A compreensão da coisa julgada formada a partir do trânsito em julgado da decisão que acolhe os embargos à ação monitória demanda, no entanto, a compreensão do seu conteúdo variável.

Os embargos à ação monitória podem se fundar em quaisquer matérias de defesa (CPC/15, art. 702, §1º), de modo que, ao acolhê-los, o juiz: ou **(a)** rejeita o direito do autor da ação monitória à prestação; ou **(b)** rejeita o seu direito à tutela monitória; ou **(c)** reconhece a existência de causa que o impeça de acolhê-los ou rejeitá-los.

O conteúdo dos embargos à ação monitória não são pedidos, mas sim matérias de defesa (CPC/15, art. 702, §1º)²⁵³, de modo que o acolhimento dos embargos à ação monitória não representa o acolhimento de pedido algum formulado pelo réu, e sim o acolhimento de defesa.

Acolhimento de defesa, por sua vez, pode implicar tanto em decisão de mérito contrária ao autor quanto em decisão que extinga o processo sem resolução do mérito, ante o reconhecimento pelo juízo de uma causa que o impeça de resolver o pedido do autor.

O exame da coisa julgada formada a partir do trânsito em julgado da sentença de acolhimento dos embargos à ação monitória reclama atenção a esse fato. Nessa sentença poderá ser reconhecido: **(a)** que o autor da ação monitória não tem direito à prestação; **(b)** que o autor da ação monitória não tem direito à tutela monitória; **(c)** ou a existência de causa que impeça o juiz de resolver aquelas questões.

No primeiro caso, a coisa julgada formada impedirá o autor de ingressar com qualquer nova demanda onde pretenda ver reconhecido/ satisfeito o seu direito ao crédito,

²⁵³Para a formulação de pedido pelo réu admite-se no procedimento monitório a reconvenção (CPC/15, art. 702, §6º).

independentemente do procedimento escolhido. Ex.: havendo o reconhecimento na sentença de acolhimento dos embargos que o autor da ação monitória não tem direito à entrega do aparelho eletrônico previsto no contrato (um *ipad*), porque a condição suspensiva não se realizou²⁵⁴ (CC/02, art. 121²⁵⁵), não poderá o autor da ação monitória ingressar com ação (declaratória ou condenatória) pelo procedimento comum ordinário buscando ver reconhecido ou reconhecido e satisfeito o mesmo direito já negado.

No segundo caso, a coisa julgada formada impedirá o autor apenas de ingressar com nova ação monitória. Ex.: reconhecendo-se na sentença de acolhimento dos embargos que o devedor é incapaz, o autor da ação monitória não poderá ingressar com nova ação monitória antes de atingida a maioria pelo devedor²⁵⁶, mas poderá, imediatamente, propor nova ação pelo procedimento comum.

No terceiro caso, por fim, a coisa julgada formada condicionará a propositura de nova demanda pelo autor a não reprodução do vício eventualmente apontado na sentença de acolhimento dos embargos, observando o regime do art. 486, §1º, do CPC/15, *mutatis mutandis* aplicável ao caso. Ex.: havendo na sentença de acolhimento dos embargos à ação monitória o reconhecimento da falta de interesse processual do autor da ação monitória dotado de título executivo extrajudicial, como um cheque, ele não poderá ingressar com nova ação monitória enquanto o cheque possuir eficácia de título executivo extrajudicial (v. Lei 7357/85, arts. 47 e 59).²⁵⁷

254O exemplo refere-se a uma prática que tem-se tornado bastante comum em contratos de ensino e de crédito universitário. V.: <<https://www.creditouniversitario.com.br/ipad/regulamento>>.

255(CC/02) “Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”

256O atingimento da maioria integraria nova causa de pedir e, conseqüentemente, nova ação monitória proposta posteriormente a isso não ofenderia a coisa julgada anterior (v. CPC/15, art. 337, §§1º, 2º e 4º, e art. 508).

257(Lei 7.357/85) “Art. 47. Pode o portador promover a execução do cheque:” “Art. 59. Prescrevem em 6 (seis) meses, contados da expiração do prazo de apresentação, a ação que o art. 47 desta Lei assegura ao portador.” “Parágrafo único – A ação de regresso de um obrigado ao pagamento do cheque contra outro prescreve em 6 (seis) meses, contados do dia em que o obrigado pagou o cheque ou do dia em que foi demandado.”

6.2.6.6 Da relação entre coisa julgada e cognição exauriente.

O exame da coisa julgada na ação monitória mostra-nos um suporte fático da coisa julgada composto de uma decisão fundada em cognição sumária – a decisão que defere a expedição do mandado monitório, prevista no art. 701, *caput*, do CPC/15 – acrescida da inércia do réu²⁵⁸.

O comum é que os suportes fáticos a que se vincula o efeito jurídico coisa julgada sejam integrados por decisões fundadas em cognição exauriente, de modo que a doutrina amplamente majoritária identifica na cognição exauriente um requisito necessário à formação da coisa julgada. Nesse sentido posicionam-se, entre muitos outros, LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 48), FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 516), CASSIO SCARPINELLA BUENO (BUENO, 2015, p. 371), DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES (NEVES, 2015, p. 1746) e TEORI ALBINO ZAVASCKI (ZAVASCKI, 2009, p. 48).

Existe, no entanto, a mencionada exceção, que não pode ser desconsiderada. Aceitas as premissas **(i)** de que o pronunciamento a que se refere o art. 701, *caput*, do CPC/15 é decisão fundada em cognição sumária e **(ii)** de que, diante da inércia do réu, seu conteúdo torna-se imutável e indiscutível, em verdade tão imutável e tão indiscutível quanto o conteúdo de uma decisão resolutiva do mérito no procedimento comum²⁵⁹, a conclusão não poderá ser outra que

²⁵⁸Em sentido próximo ao que sustentamos, também Alexandre Freitas Câmara entende existir no caso decisão fundada em cognição sumária hábil à produção de coisa julgada, fornecendo a seguinte explicação para isso: “[...] tem predominado o entendimento segundo o qual a sentença liminar do procedimento monitório, no caso de não serem opostos embargos ao mandado, alcança a autoridade de coisa julgada material. Este nos parece o melhor entendimento. Não vai, aqui, qualquer incoerência. É certo que a sentença liminar é fundada em cognição sumária, e não menos certo que a coisa julgada material só se pode formar onde houver um juízo de certeza. [...] a certeza jurídica surgirá aqui da combinação da probabilidade de existência do direito, aferida pelo magistrado, com o silêncio do demandado [...] É, pois, o silêncio do demandado, combinado com a atividade probatória do demandante, que constitui a base lógica e jurídica da declaração de certeza obtida através do procedimento monitório.” (CÂMARA, 2011, p. 502-503). Câmara identifica como elemento componente do suporte fático da coisa julgada a certeza jurídica, que, nesta situação, seria o resultado da soma “probabilidade de existência do direito” + “silêncio do demandado”. Parece-nos seja ainda mais simples a explicação da hipótese: trata-se de caso excepcional no qual o legislador vinculou o efeito coisa julgada a suporte fático composto por: decisão fundada em cognição sumária acerca do pedido veiculado na ação monitória + trânsito em julgado decorrente da inércia do réu.

²⁵⁹Também a decisão resolutiva do mérito no procedimento comum autoriza impugnação restrita em sede de cumprimento de sentença (CPC/15, art. 525, §1º) e é rediscutível e modificável apenas via ação rescisória (CPC/15, art. 966, *caput*). Não há diferença.

não essa: a situação jurídica coisa julgada, nesta hipótese, caracteriza-se pela imutabilidade e indiscutibilidade de uma decisão fundada em cognição sumária.

Diante dessa constatação, a pergunta que se faz pertinente é a seguinte: é constitucional a vinculação do efeito jurídico coisa julgada, neste caso específico, ao trânsito em julgado de um pronunciamento decisório fundado em cognição sumária?

Entendemos que sim. EDUARDO TALAMINI e PAULO MENDES DE OLIVEIRA expressamente sustentam que a cognição exauriente seria um pressuposto constitucional à existência de coisa julgada²⁶⁰. A clareza na enunciação dos seus posicionamentos torna conveniente transcrevê-los *ipsis litteris*:

O instituto – que tem por essência a imutabilidade – **é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente.** Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo legal. [...] O que confere idoneidade para o ato ficar imune à revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas sobretudo a profundidade da cognição que se pôde desenvolver. A emissão de decisões amparadas em cognição sumária (superficial) não é, em si mesma, incompatível com as garantias do processo. Renuncia-se a uma investigação mais completa e aprofundada das questões relevantes para a solução do conflito em troca de uma decisão célere. Em certos casos, isso é justificado pela necessidade de proteção jurisdicional rápida e eficiente, sem a qual não se estaria dando pleno cumprimento à garantia insculpida no art. 5º, XXXV, da Constituição. Mas se paga um preço pelo emprego de cognição superficial. A contrapartida razoável consiste na impossibilidade de que a decisão adquira o mesmo grau de estabilidade atribuível ao resultado da cognição exauriente. Adota-se solução de compromisso: sacrifica-se a profundidade e se produz um pronunciamento urgente e apto a gerar os resultados concretos desejados, mas que não constitui decisão definitiva. (TALAMINI, 2005, p. 54, grifo nosso)

Em uma palavra, é requisito constitucional para a formação da coisa julgada a cognição exauriente (vertical), pois o signo da incontestabilidade depende, à luz dos nossos contornos constitucionais, da ampla possibilidade de participação dos interessados na formação da norma jurídica concreta, bem como da profunda análise pelo Poder Judiciário dos argumentos e fundamentos relevantes apresentados pelas partes. (OLIVEIRA, 2015, p. 46, grifo nosso)

²⁶⁰Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, com extensa fundamentação, posiciona-se contrariamente à existência dessa relação de necessariedade entre coisa julgada e cognição exauriente (MOURÃO, p. 287-292). Apesar disso, a discussão por ele levada a efeito é diversa daquela que travaremos neste tópico. Nossos conceitos de coisa julgada e de cognição exauriente não se identificam com aqueles empregados por Mourão, de modo que qualquer acordo ou desacordo a que chegássemos nesta discussão seria aparente.

Com a devida vênia, discordamos. Vemos, na exceção destacada, coisa julgada produzida a partir de um suporte fático composto por uma decisão fundada em cognição sumária mais inércia do réu e não vemos nisso qualquer inconstitucionalidade.

Reitere-se a definição que fornecemos do conceito constitucional de coisa julgada: *garantia de estabilidade da decisão final, transitada em julgado, a ser regulamentada pelo legislador de modo que promova a segurança jurídica, sem violação dos princípios da inafastabilidade da Jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa* (v. item 4.5).

A despeito de o pronunciamento a que se refere o art. 701, *caput*, do CPC/15, concessivo da tutela definitiva pleiteada pelo autor da ação monitória, ser proferido logo no início do procedimento monitório – decisão nesse sentido inicial –, face à inércia do réu ele se torna uma decisão final, transitada em julgado, cuja imutabilidade e indiscutibilidade, no nosso entender, não viola os princípios constitucionais da inafastabilidade da Jurisdição (CRFB/88, art. 5º, XXXV), do devido processo legal (CRFB/88, art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (CRFB/88, art. 5º, LV).

Consignam FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA que “Uma decisão fundada em cognição sumária não tem aptidão de tornar-se definitiva” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 399). Via de regra, realmente não têm, mas não porque sejam fundadas em cognição sumária e sim porque, no mais das vezes, são decisões que concedem tutelas provisórias.

Registre-se, finalmente, que a cognição sumária em que se funda o pronunciamento que defere a expedição do mandado monitório (CPC/15, art. 701, *caput*, do CPC/15) tem uma extensão mais ampla que aquela que se estabelece na tutela de evidência pertinente a um direito prestacional. A cognição sumária exercida na decisão que defere a expedição do mandado monitório não se limita à probabilidade do direito à prestação, envolvendo todos os requisitos necessários ao reconhecimento do direito à tutela monitória, no que se incluem a prova escrita sem eficácia de título executivo judicial e a capacidade do devedor (CPC/15, art. 700, *caput*).

6.2.7 Coisa julgada e o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

Tutela, na acepção que importa a este contexto, significa a resposta jurisdicional que satisfaz (= efetiva) ou acautela (= assegura) um direito.

Tutela cautelar é a resposta jurisdicional que acautela um direito, enquanto que *tutela satisfativa* é a resposta jurisdicional que efetiva um direito.

Tanto o acautelamento de um direito quanto a sua efetivação podem se verificar de maneira provisória ou definitiva, de modo que, cientificamente, podemos falar em:

- **(a)** tutela cautelar provisória;
- **(b)** tutela cautelar definitiva;
- **(c)** tutela satisfativa provisória, e
- **(d)** tutela satisfativa definitiva.

Dois fatos merecem registro para que algumas confusões sejam evitadas. O primeiro deles consiste em o CPC/15 chamar a tutela satisfativa provisória de “tutela antecipada” (v. arts. 303 e 304). O segundo, é o fato de o CPC/15 tratar da tutela cautelar provisória e da tutela cautelar definitiva dentro do Livro V da sua Parte Geral, denominado “Da Tutela Provisória”.

Não há obstáculo algum a que se fale em tutela cautelar definitiva. Também o acautelamento de um direito pode ser provisório ou definitivo, o que ele não poderá ser é perpétuo, haja vista que o acautelamento de um direito nunca poderá, logicamente, ultrapassar a completa satisfação do direito acautelado nem, juridicamente (v. CPC/15, art. 309, III, primeira parte), a rejeição definitiva do direito acautelado.

Note-se, assim, que as características intrínsecas da tutela cautelar são a *referibilidade* ao direito acautelado e a *temporalidade* (= não-perpetuidade), mas não a provisoriedade. Temporalidade e provisoriedade não são a mesma coisa e precisam ser discernidas: temporário é o que não é perpétuo; provisório é o que não é definitivo (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 562-563).

“*Caráter antecedente*” é designativo que indica tratar-se de tutela cautelar requerida antes de formulado o *pedido principal*²⁶¹; no que se opõe à tutela cautelar requerida em caráter incidental, isto é, depois de formulado o pedido principal ou conjuntamente a ele (v. CPC/15, art. 299, *caput*).

O deferimento da *tutela cautelar requerida em caráter antecedente* é, portanto, uma resposta jurisdicional que acautela um direito, em atendimento a um pleito formulado antes de deduzido o pedido principal.

O procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente encontra-se disciplinado nos arts. 305 a 310 do CPC/15, dentro do livro pertinente à tutela provisória, a despeito da possibilidade de ali vir a ser deferida uma tutela definitiva, a tutela definitiva do direito à cautela.

6.2.7.1 O direito à cautela e o direito acautelado. Coisa julgada relativa ao direito à cautela.

Nos termos do art. 305, *caput*, do CPC/15: “A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

Existem, portanto, dois direitos envolvidos na petição inicial do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente: **(i)** um direito que se deduz, via pedido de tutela

²⁶¹Pedido principal é a nomenclatura de que se utilizam os arts. 308 a 310 do CPC/15 para se referirem ao pedido de tutela definitiva do direito acautelado.

cautelar, qual seja, o *direito à cautela*, e (ii) um outro direito sumariamente exposto, o *direito acautelado* (“direito que se objetiva assegurar”), a que o primeiro se refere.

Nesse sentido, posicionam-se FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA: “Há o direito à cautela e o direito que se acautela. O direito à cautela é o direito à tutela cautelar; o direito que se acautela, ou direito acautelado, é o direito sobre que recai a tutela cautelar.” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 562-563)

A cognição que se exerce sobre cada um deles não pode ser confundida. O deferimento do *direito à cautela* depende da caracterização do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo conjugado à probabilidade do *direito acautelado* (CPC/15, art. 300, *caput*).

A perquirição do juiz no procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente necessariamente sofre limitação em relação ao direito acautelado, ou seja, a cognição que nele se exerce em relação ao *direito acautelado* é sempre sumária. Convencido o juiz da probabilidade ou improbabilidade do direito acautelado não lhe é permitido ir mais fundo, haja vista que um dos requisitos necessários ao deferimento do pedido de tutela cautelar satisfaz-se com a mera probabilidade do direito a ser acautelado.

Juízo que se formula acerca da probabilidade do direito acautelado é juízo que se formula com base em cognição sumária sobre a questão consistente na existência ou inexistência do direito acautelado.

Quanto ao *direito à cautela*, entretanto, a perquirição do juiz no procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente não sofre limitação alguma, ou seja, o pedido de tutela cautelar no procedimento em exame é decidido com base em cognição exauriente. A afirmação não impede que, no bojo desse mesmo procedimento, venham a ser proferidas decisões fundadas em cognição sumária sobre o direito à cautela, caso, por exemplo, da decisão que defira a tutela cautelar liminarmente (CPC/15, art. 300, §2º, primeira figura), reputando ser provável o direito do autor à cautela.

Decisão final no procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, proferida depois de oportunizadas a contestação do pedido e a produção de provas (CPC/15, arts. 306-307), é pronunciamento decisório fundado em *cognição sumária quanto ao direito acautelado*, mas fundado em *cognição exauriente quanto ao direito à cautela*.

Referido pronunciamento compõe-se, logicamente, de fundamentação e de dispositivo. Na sua fundamentação, examina-se a comprovação ou não dos fatos constitutivos do pedido do autor, enquanto que no seu dispositivo examina-se ser ou não caso de deferi-lo.

O pedido formulado pelo autor, a ser deferido ou indeferido no dispositivo da decisão, com base em cognição exauriente, refere-se, no caso, ao *direito à cautela*. Já os fatos constitutivos desse direito caracterizam-se pela presença de dois requisitos cumulativos: 1º perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo; 2º probabilidade do direito acautelado.

Quanto ao segundo desses requisitos, convém repetir que a conclusão pela probabilidade ou improbabilidade do direito acautelado obtém-se mediante um juízo de cognição sumária que se estabelece acerca da questão pertinente à existência ou não do direito acautelado.

Não há coisa julgada em relação ao direito acautelado, examinado em cognição sumária na fundamentação da decisão, mas quanto à solução dada ao direito à cautela há. O reconhecimento e a efetivação do direito à cautela consubstanciam o pedido de tutela definitiva (do direito à cautela) que se deduz no procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. Trata-se de elemento de identificação daquela demanda enquanto nela não se formule o pedido principal (de tutela definitiva do direito acautelado).

Dessarte, a solução dada ao direito à cautela, depois de oportunizado o contraditório, com o seu trânsito em julgado, torna-se imutável e indiscutível em outros processos. Cuida-se de suporte fático do efeito jurídico coisa julgada composto por uma decisão fundada em cognição exauriente acerca do direito à cautela. A diferença deste suporte fático em relação à regra geral não reside, portanto, na cognição sobre a qual se funda a decisão, mas sim no que é decidido: a tutela definitiva do direito à cautela e não do direito acautelado.

Diante do exposto, adequada interpretação do art. 310 do CPC/15 (“O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.”) embasa 03 (três) conclusões:

- **1^a** o indeferimento definitivo do direito à cautela não impede a parte de formular o pedido de tutela definitiva do direito acautelado;
- **2^a** o indeferimento definitivo do direito à cautela, por outro lado, impede a parte de formular novo pedido de tutela cautelar;
- **3^a** o indeferimento definitivo do direito à cautela impede a parte de formular o pedido de tutela definitiva do direito acautelado se o motivo do indeferimento do direito à cautela tiver sido o reconhecimento da decadência ou da prescrição do direito acautelado.

6.3 DA COISA JULGADA SOBRE QUESTÕES PROCESSUAIS.

Processo, no seu aspecto existencial, é procedimento, iniciado pelo protocolo da petição inicial (CPC/15, art. 312).

No seu aspecto eficaz, *processo* é um feixe de relações jurídicas, resultantes dos atos do procedimento (= componentes do ato complexo), chamado, por metonímia, de relação jurídica processual (DIDIER JR., 2015, p. 32).

Seu encerramento desejável dá-se com a solução integral do mérito, justa e efetiva, incluída a atividade satisfativa (CPC/15, art. 4º e 6º). Muitas normas no CPC/15 orientam-se a tal finalidade:

- existem os deveres de boa-fé objetiva e de cooperação por parte de todos aqueles que participem do processo (arts. 5º e 6º);

- há normas de vedação do comportamento contraditório (art. 276), de preclusão das alegações de nulidades cuja decretação dependa de provocação das partes (art. 278) e de que não há nulidade sem prejuízo (arts. 277; 279, §2º; 282, §1º, e 283);
- há, ainda, diversas normas que determinam que o órgão julgador oportunize às partes a correção dos vícios sanáveis (arts. 76; 317; 321; 352), inclusive em sede recursal (arts. 932, par. ún.; 938, §1º²⁶²; 1.007, §7º, e 1.029, §3º²⁶³), merecendo destaque a regra geral²⁶⁴ do art. 317 do CPC/15: “Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.”;
- existem, por fim, regras de primazia da decisão do mérito, insculpidas nos seus arts. 282, §2º (“Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”) e 488

262V. Enunciado n. 332 e n. 333 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “**332.** (arts. 938, §1º, e 15). Considera-se vício sanável, tipificado no art. 938, §1º, a apresentação da procuração e da guia de custas ou depósito recursal em cópia, cumprindo ao relator assinalar prazo para a parte renovar o ato processual com a juntada dos originais. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).” “**333.** (arts. 938, §1º e 15). Em se tratando de guia de custas e depósito recursal inseridos no sistema eletrônico, estando o arquivo corrompido, impedido de ser executado ou de ser lido, deverá o relator assegurar a possibilidade de sanar o vício, nos termos do art. 938, §1º. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).”

263V. enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “**197.** (art. 932, parágrafo único; 1.029, §3º). Aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 932 aos vícios sanáveis de todos os recursos, inclusive dos recursos excepcionais. (Grupo: Ordem dos Processos nos Tribunais e Recursos Ordinários; redação revista no VI FPPC-Curitiba)”. “**219.** (art. 1.029, § 3º) O relator ou o órgão colegiado poderá desconsiderar o vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave. (Grupo: Recursos Extraordinários).” “**220.** (art. 1.029, § 3º) O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça inadmitirá o recurso extraordinário ou o recurso especial quando o recorrente não sanar o vício formal de cuja falta foi intimado para corrigir. (Grupo: Recursos Extraordinários)”. “**228.** (art. 1.042, § 4º) Fica superado o enunciado 639 da súmula do STF após a entrada em vigor do CPC (*‘Aplica-se a súmula 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário não admitido pela decisão agravada’*). (Grupo: Recursos Extraordinários)”. “**229.** (art. 1.042, § 4º) Fica superado o enunciado 288 da súmula do STF após a entrada em vigor do CPC (*‘Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia’*). (Grupo: Recursos Extraordinários)”. “**593.** (arts. 932, parágrafo único; 1.030) Antes de inadmitir o recurso especial ou recurso extraordinário, cabe ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido conceder o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível, nos termos do parágrafo único do art. 932. (Grupo: Recursos (menos os repetitivos) e reclamação)”. O único dos referidos enunciados de que discordamos é o de n. **219**; não nos parece que o ordenamento jurídico autorize o órgão julgador a inadmitir de imediato recurso tempestivo pelo reconhecimento de vício formal no seu entender grave.

264Inobstante o termo “regra”, na linguagem natural, já aponte para uma generalização, falarmos aqui em “regra geral” não é uma redundância. A adjetivação de “geral” da regra que cria para o órgão julgador o dever de oportunizar às partes a correção dos vícios sanáveis presta-se a adequadamente posicioná-la em relação às outras regras, mais específicas (= menos gerais), referidas no texto imediatamente antes dela.

(“Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485”²⁶⁵).

Tudo vocacionado a que o processo não seja encerrado sem a resolução completa do mérito.

Apesar disso, pode acontecer de o órgão julgador ver-se impedido de resolver-lhe o mérito, no todo ou em parte, por diversas razões, *e.g.*: porque as partes abandonaram a causa (CPC/15, art. 485, II e III, §§1º e 2º), porque o autor não sanou, no prazo legal, vícios corrigíveis da petição inicial que haviam-lhe sido apontados (CPC/15, art. 485, I c/c art. 321, par. ún.), porque o juiz deparou-se com vícios incorrigíveis (CPC/15, art. 485, IX).

Infere-se dos incisos do art. 485 do CPC/15 um elenco dessas razões obstativas da resolução de todo ou de parcela do mérito do processo, conforme indicado no quadro adiante:

(CPC/15) Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (= Hipóteses de “decisão sem resolução do mérito”)	Razões impeditivas da resolução do mérito:
I – indeferir a petição inicial;	– defeitos da petição inicial; ²⁶⁶
II – o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;	– negligência das partes;
III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;	– abandono da causa pelo autor;
IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;	– ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
V – reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;	– perempção; – litispendência; – coisa julgada;
VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;	– ausência de legitimidade; – ausência de interesse processual;

²⁶⁵A ressalva inicial (“desde que possível”) justifica-se. Há obstáculos que são insuperáveis, como os apontados no Enunciado 61 aprovado por magistrados do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, a seguir transcrito: “O art. 488 do CPC somente tem aplicação quando não comprometa as garantias inerentes ao devido processo legal, não sendo possível a resolução de mérito nos casos de incompetência absoluta, impedimento, suspeição em favor do réu, ilegitimidade *ad processum*, perempção, litispendência, coisa julgada ou convenção de arbitragem.” Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/71563/aviso-conj-tj-cesdes-22-2015.pdf>>. Acesso em: 28/07/16.

²⁶⁶O inciso I do art. 485 reporta-se aos defeitos que autorizam o indeferimento da petição inicial, previstos no art. 330. Consigne-se que dois dos defeitos ali apontados (ilegitimidade da parte e falta de interesse, incisos II e III do art. 330) tem previsão reiterada no inciso VI do art. 485.

(CPC/15) Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (= Hipóteses de “decisão sem resolução do mérito”)	Razões impeditivas da resolução do mérito:
VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;	– existência de convenção de arbitragem alegada; – reconhecimento da competência pelo juízo arbitral;
VIII – homologar a desistência da ação;	– desistência válida da ação;
IX – em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e	– ilegitimidade superveniente;
X – nos demais casos prescritos neste Código.	– eventuais outras razões previstas no CPC/15. ²⁶⁷

Trata-se de hipóteses onde, face à existência de situações não superadas impeditivas da resolução de todo ou de parcela do mérito do processo, o juízo ver-se-á obrigado a extinguir o processo, no todo ou em parte (CPC/15, art. 354), sem resolução do mérito.

Pronunciamentos decisórios e capítulos cujo conteúdo subsuma-se a algum desses incisos do art. 485 do CPC/15 compõem a categoria denominada pelo legislador no art. 317 de “decisão sem resolução do mérito”.

6.3.1 Classificação dos pronunciamentos decisórios e capítulos que compõem a categoria *decisão sem resolução do mérito*.

Para o estudo da coisa julgada (efeito jurídico) e para a compreensão do art. 486 do CPC/15, respeitando-se tanto quanto possível a terminologia do direito positivo, interessa classificar os elementos da categoria *decisão sem resolução do mérito*, de 02 (duas) maneiras distintas, sucessivamente, ambas com base na natureza da causa que impediu o juízo de resolver o mérito:

– **1^a** divisão da categoria “decisão sem resolução do mérito”, conforme tenha sido a causa reconhecida pelo juízo:

²⁶⁷O inciso X é remissivo aos demais casos previstos no CPC/15. A previsão é indiciária de que o rol de hipóteses do art. 485 do CPC/15 não esgotaria as situações de “decisão sem resolução do mérito”. Acontece que não conseguimos visualizar nenhuma decisão sem resolução do mérito cujo conteúdo não se subsuma em quaisquer dos incisos do art. 485, sobretudo em razão do seu inciso IV, que, referindo-se genericamente aos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, acaba por abarcar todos os casos possíveis de decisões sem resolução do mérito. Em termos práticos, trata-se o inciso X, atualmente, de uma remissão para lugar nenhum.

(A) um vício;

(B) ou não.

– 2ª divisão de (A), conforme o vício reconhecido pelo juízo seja:

(A.1) corrigível;

(A.2) ou incorrigível.

Passemos a agrupar as hipóteses do art. 485 do CPC/15 nessas subclasses.

(B) Os incisos II, III e VIII cuidam de situações nas quais, observadas as exigências legais (CPC/15, art. 485, §§1º-2º, 4º-6º), o juiz prola decisão sem resolução do mérito, em razão, respectivamente, da negligência das partes, do abandono da causa pelo autor e da homologação da desistência.

Negligência das partes, abandono da causa pelo autor e desistência homologada (CPC/15, art. 200, par. ún.) são fatos jurídicos que impedem a resolução do mérito, mas que nada tem a ver com vícios (= defeitos) do procedimento.

(A) Os demais incisos do art. 485 tratam de hipóteses onde a decisão sem resolução do mérito funda-se no reconhecimento de algum vício.

(A.1) Defeitos da petição inicial, ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, litispendência, ausência de legitimidade ou de interesse processual, existência de convenção de arbitragem alegada ou reconhecimento da competência pelo juízo arbitral (CPC/15, art. 485, I, IV, V, segunda figura, VI e VII), todos esses seriam vícios corrigíveis.

(A.2) Por fim, são vícios incorrigíveis: a existência de preempção (CPC/15, art. 485, V c/c §3º) ou de coisa julgada (CPC/15, art. 485, V) e a ilegitimidade superveniente decorrente de morte da parte titular de direito intransmissível por disposição legal (CPC/15, art. 485, IX).

3.3.1.1 Extinção do processo sem resolução do mérito, *no todo ou em parte*.

Quaisquer daquelas 03 (três) espécies do gênero *decisão sem resolução do mérito* podem referir-se a todo o mérito do processo ou à parcela dele.

Em relação às decisões onde o juiz reconhece a presença de algum vício (A) fica claro que o vício pode inviabilizar tanto a resolução de todo o mérito do processo quanto a resolução de apenas parte dele. O indeferimento da petição inicial pode ser total ou parcial, assim como a litispendência e a coisa julgada; pode ocorrer de apenas um dos pedidos formulados ser relativo a direito intransmissível por disposição legal etc.

Mas mesmo as decisões sem resolução do mérito onde não se reconhece a existência de vício algum (B) podem resultar na extinção total ou parcial do processo.

Em se tratando da desistência, constata-se facilmente que ela pode resultar na extinção parcial do processo, haja vista ser possível tanto nos depararmos com uma desistência parcial (v. CPC/15, art. 90, §1º) quanto nos depararmos com uma desistência parcialmente homologada (CPC/15, art. 200, par. ún.).

Extinção parcial do processo em decorrência de negligência das partes ou de abandono da causa pelo autor não é de tão simples percepção, por não ser comum²⁶⁸, mas também é possível. Basta que se recorde a possibilidade de serem veiculadas num mesmo processo, concomitantemente, várias demandas e que se perceba que os termos “processo” e “causa” vêm empregados no art. 485, II e III, do CPC/15, respectivamente, no sentido de demanda.

²⁶⁸A mera configuração em si das hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito por negligência das partes ou por abandono da causa pelo autor (CPC/15, art. 485, II e III) já é de difícil ocorrência, em razão do disposto no art. 485, §§1º e 6º.

Não há como as partes de uma demanda serem meio negligentes nem como o autor abandonar meia demanda. Entretanto, num processo com pluralidade de demandas, pode ocorrer de a negligência ou o abandono verificarem-se em relação a apenas uma das demandas nele veiculadas.

Um exemplo. Imagine-se um processo composto por demanda inicial de *A* contra *B* + demanda reconvenção de *B* e *x* contra *A* e *y* (v. CPC/15, art. 343, §§3º e 4º). Ficando a demanda inicial parada durante mais de 01 (um) ano por negligência de *A* e *B*, mesmo depois de pessoalmente intimados para suprirem a falta (CPC/15, art. 485, §1º), deverá o juiz extingui-la, sem resolução do mérito, o que não impedirá a resolução do mérito da demanda reconvenção. Situação similar ocorreria diante do abandono da causa apenas por parte de *A*.

6.3.2 Decisões sem resolução do mérito e o art. 486 do CPC/15.

Encontra-se no art. 486 do CPC/15, na sequência reproduzido, o regramento concernente à possibilidade de propositura de nova ação subsequentemente à prolação de decisões sem resolução do mérito:

CPC/15:

Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.

§1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.

§2º A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

§3º Se o autor der causa, por 3 (três) vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.

Uma observação já de início necessária é a de que “sentença”, no art. 486, §1º, do CPC/15, assume o significado genérico de pronunciamento decisório, como evidenciam o *caput* do art. 486, ao referir-se ao “pronunciamento judicial que não resolve o mérito”, e o parágrafo único do art. 354, que explicitamente prevê a possibilidade de decisão interlocutória sem resolução do mérito – diga-se de passagem, agravável (CPC/15, art. 1.015, XIII c/c 354, par. ún., *in fine*).

A categoria “decisão sem resolução de mérito” compreende pronunciamentos decisórios e capítulos onde o juiz reconhece a presença de uma causa impeditiva do exame do mérito:

- (1) que não se caracteriza como um vício do procedimento (i.e. fato jurídico que não é um defeito do procedimento);
- (2) que caracteriza-se como um vício corrigível, mas não corrigido, do procedimento;
- (3) ou que se caracteriza como um vício do procedimento incorrigível.

Todas as hipóteses a que se referem os incisos do art. 485 do CPC/15 podem ser agrupadas nessas três espécies, como já dito e conforme ilustrado na tabela a seguir:

Espécies de causas impeditivas do exame do mérito:	Hipóteses:	Dispositivo legal, art. 485:
(1) fato jurídico que não é um defeito:	- processo parado por negligência das partes;	II;
	- abandono da causa pelo autor;	III;
	- desistência válida;	VIII;
(2) vício corrigível:	- defeitos da petição inicial;	I;
	- ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;	IV;
	- litispendência;	V, segunda figura;
	- ausência de legitimidade ou de interesse processual;	VI;
	- existência de convenção de arbitragem alegada ou reconhecimento da competência pelo juízo arbitral;	VII;
(3) vício incorrigível:	- existência de preempção ou de coisa julgada;	V, primeira figura c/c §3º, e V, terceira figura;
	- ilegitimidade superveniente decorrente de morte da parte titular de direito intransmissível por disposição legal.	IX.

Dessa premissa é que parte o art. 486 do CPC/15 para, depois de prescrever que “O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.” (*caput*), dispor que: “No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.” (§1º).

O art. 486, §1º, do CPC/15 reporta-se apenas a **(2)**, porque a correção do vício pressupõe esteja-se diante de um vício corrigível. Em **(1)** não há vício e em **(3)** o vício seria incorrigível.

A melhor maneira de compreender-se o verbo “corrigir” e suas variações, neste contexto, é tomá-lo no sentido de eliminar²⁶⁹. “Correção do vício” no art. 486, §1º, do CPC/15 deve ser compreendido como “eliminação do vício”, com ou sem a intervenção de conduta da parte. Problemas na petição inicial (CPC/15, art. 485, I), por exemplo, são corrigíveis por conduta do autor; a existência de litispendência não (CPC/15, art. 485, I), sua correção (= eliminação) dá-se por força de decisão que extinga a ação pendente (CPC/15, art. 337, §3º).

Dessarte, em não havendo vício reconhecido na decisão sem resolução do mérito **(1)**, aplica-se a regra do *caput* do art. 486; havendo vício incorrigível **(3)** não.

6.3.2.1 A impossibilidade da propositura de nova ação diante das espécies de decisões sem resolução do mérito.

O fato de a literalidade do art. 486 do CPC/15 ter-se omitido na referência específica às hipóteses **(1)** e **(3)** não deve conduzir o intérprete a erroneamente deduzir que nos casos de decisões onde se tenha reconhecido a existência de vícios incorrigíveis a parte poderia livremente propor de novo a ação e o juiz do novo processo poderia ignorar o vício apontado na primeira decisão.

Não podem. E a justificativa para que não possam é o sentido que se deve construir mediante interpretação sistemática do art. 486, §1º, notadamente compreendido em conjunto com o art. 966, §2º, I, do CPC/15.

Decisões sem resolução do mérito onde se tenha reconhecido a existência de um vício incorrigível não devem ser ignoradas, mas sim rescindidas, nos termos do art. 966, §2º, I, do CPC/15. Caso nelas não se verifique a presença de nenhuma das causas de rescindibilidade relacionada nos incisos do art. 966 do CPC/15, dever-se-á simplesmente respeitá-las.

269“Corrigir”: “[...] **3.** Eliminar, suprimir (erro, defeito, deficiência, etc.)” (FERREIRA, 2004, p. 559).

Vícios incorrigíveis, por definição, não podem ser corrigidos. Entretanto, a decisão que os tenha reconhecido poderá, com esteio no art. 966, §2º, I, do CPC/15, vir a ser rescindida, suprimindo-se, com isso, o obstáculo à propositura da nova ação.

A conclusão a que se chega é, então, a de que decisões sem resolução do mérito onde o juiz:

- **(1)** não tenha reconhecido vício algum → não vedam a propositura de nova ação;
- **(2)** tenha reconhecido um vício corrigível → condicionam a propositura de nova ação à correção do vício;
- **(3)** tenha reconhecido um vício incorrigível → vedam a propositura de nova ação.

Como se nota, o assunto tratado no art. 486 do CPC/15 guarda relação imediata com o conceito de **(a)** *coisa julgada-fato jurídico*; a relação que o dispositivo mantém com o conceito de **(b)** *coisa julgada-efeito jurídico* é, apenas, mediata.

Para examinar tais relações, convém retomarmos as definições que enunciamos para cada um daqueles conceitos de coisa julgada:

(a) *Coisa julgada-fato jurídico*: propositura de uma nova ação idêntica a outra já decidida por decisão transitada em julgado.

(b) *Coisa julgada-efeito jurídico*: situação jurídica formada a partir do trânsito em julgado, caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial em outros processos.

6.3.3 Decisão sem resolução do mérito e a coisa julgada-fato jurídico.

À vista das mencionadas 03 (três) espécies de decisões sem resolução do mérito, podemos afirmar que elas distinguem-se quanto à caracterização ou não da coisa julgada-fato jurídico.

(1) Decisões sem resolução do mérito que não tenham reconhecido vício algum não se prestam a caracterizar a coisa julgada-fato jurídico.

Um exemplo. Extinto o processo anterior por negligência das partes (CPC/15, art. 485, II), o autor poderá repetir a ação anteriormente ajuizada, sem que se caracterize a coisa julgada a que se referem os arts. 337, §§1º e 4º e 485, V, do CPC/15. O réu, então, não poderá alegar (procedentemente)²⁷⁰ a existência de coisa julgada nem o juiz extinguir o segundo processo, sem resolução do mérito, com fundamento na existência de coisa julgada.

(3) Decisões sem resolução do mérito que tenham reconhecido a existência de vício incorrigível, por outro lado, sempre caracterizarão a coisa julgada-fato jurídico.

Um exemplo. Extinto o processo anterior pelo reconhecimento da morte do autor titular de direito intransmissível por disposição legal (CPC/15, art. 485, II), o autor – em verdade vivo! – não poderá repetir a ação anteriormente ajuizada. Se o fizer, estará caracterizada a coisa julgada a que se referem os arts. 337, §§1º e 4º e 485, V, do CPC/15. O réu, então, poderá alegar (procedentemente) a existência de coisa julgada e o juiz desse segundo processo deverá extingui-lo, sem resolução do mérito, com fundamento na existência de coisa julgada. É claro que nesse exemplo o juízo do primeiro processo equivocou-se, mas erros em decisões judiciais transitadas em julgado não são motivos suficientes para se ignorá-las, ainda que evidentes. A única saída possível ao autor vivo que pretenda propor a nova ação será, previamente a isso, rescindir a decisão anterior que o reconheceu como morto (CPC/15, art. 966, §2º, I).

(2) Decisões sem resolução do mérito que tenham reconhecido a existência de vícios sanáveis, por fim, consubstanciam a hipótese mais complexa, precisamente porque responder se caracterizam ou não a coisa julgada-fato jurídico depende do sentido que se atribua às expressões “propositura de nova ação” e “quando se repete ação”, constantes, respectivamente, dos arts. 486, §1º e 337, §4º, do CPC/15.

Nos termos do art. 337, §2º, do CPC/15: “Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.”

²⁷⁰Alegar sempre é possível.

Partindo dessa consideração, podemos distinguir as decisões sem resolução do mérito nas quais tenha-se reconhecido a existência de vícios corrigíveis, conforme a correção do vício:

- **(2.1)** importe na alteração de algum daqueles 03 (três) elementos identificadores da ação (ex. alteração da parte ré, reconhecida no primeiro processo como ilegítima);
- **(2.2)** ou não (ex. regularização da representação defeituosa da parte autora, irregularmente representada no primeiro processo – v. CPC/15, art. 76, §1º, I).

Nas duas situações veda-se ao autor a propositura de nova ação sem a correção do vício corrigível (CPC/15, art. 486, §1º). Se o autor, apesar disso, ignorando tal vedação, propuser nova ação sem corrigir o vício, em ambos os casos estará caracterizada a coisa julgada a que se referem os arts. 337, §§1º e 4º e 485, V, do CPC/15. O réu, então, poderá alegar (procedentemente) a existência de coisa julgada e o juiz desse segundo processo deverá extingui-lo, sem resolução do mérito, com fundamento na existência de coisa julgada.

A diferença entre as duas hipóteses apresenta-se no caso em que o vício é corrigido. Em **(2.1)** a correção do vício terá importado em alteração de algum dos elementos identificadores da ação, de modo que a segunda ação não será idêntica à primeira e sem dúvidas não haverá a caracterização da coisa julgada-fato jurídico (CPC/15, art. 337, §4º). Em **(2.2)**, entretanto, o art. 486, §1º, do CPC/15 autoriza o autor a propor nova ação mediante a correção de vício impassível de alterar os elementos da ação; corrigido o vício, o autor poderá, então, propor ação idêntica, nos seus elementos (partes, pedido e causa de pedir), àquela anterior (CPC/15, art. 337, §2º).

A conclusão parece conflitar com o disposto no art. 337, §4º, do CPC/15. Choca-se, todavia, apenas com a sua literalidade e não com o sentido que se deve construir ao se interpretá-lo conjuntamente com o art. 486, §1º, do CPC/15, por nós assim enunciado:

- *há coisa julgada-fato jurídico quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado sem que se tenha corrigido o vício nela eventualmente apontado.*

Corrigido o vício, o réu não poderá alegar (procedentemente) a existência de coisa julgada nem o juiz desse segundo processo deverá extingui-lo, sem resolução do mérito, com fundamento na existência de coisa julgada.

6.3.4 Decisão sem resolução do mérito e a coisa julgada-efeito jurídico.

Cuidamos no tópico anterior da relação entre decisões sem resolução do mérito e a propositura de nova ação (coisa julgada-fato jurídico). Discutiremos neste tópico a relação entre decisões sem resolução do mérito e a geração ou não, a partir do trânsito em julgado delas, do efeito jurídico coisa julgada.

Os assuntos relacionam-se. A imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial em outros processos (característica da situação jurídica coisa julgada) é o que justifica encontrarem-se as partes impedidas de tentarem contrariar aquele conteúdo em novas demandas.

Todavia, os assuntos não se confundem, não são uma só coisa, a menos que se compreenda a coisa julgada no sentido coerentemente defendido por MOURÃO, como uma “[...] *situação jurídica que se caracteriza pela proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros.*” (MOURÃO, 2008, p. 29, grifo no original).

(a) Decisões sem resolução do mérito onde o juiz tenha reconhecido a existência de algum vício são aquelas onde mais facilmente verifica-se que a imutabilidade e indiscutibilidade passa a recobrir seu conteúdo com o trânsito em julgado. Tanto torna-se imutável e indiscutível o que se decidiu, que a nova ação só poderá ser proposta corrigindo-se o vício apontado na primeira decisão ou depois de se rescindi-la.

Ocorre que também **(b)** a existência dos fatos jurídicos negligência das partes, abandono da causa pelo autor e desistência homologada, reconhecidos na decisão sem resolução do mérito, não poderá ser rediscutida pelas partes ou ignorada pelos juízes em processos subsequentes.

A diferença entre ambas as hipóteses – entre **(a)** e **(b)** – é que, nos casos onde não houve o reconhecimento de vício algum, não há evidentemente como se condicionar a propositura de nova ação à correção do vício. Daí o motivo pelo qual o art. 486, §1º, do CPC/15 não se reporta às hipóteses de abandono, negligência e de desistência homologada.

É difícil pensar em situações onde o autor possa ter interesse jurídico em rediscutir esses fatos certificados, mas não é impossível.

Nos termos do art. 486, *caput*, do CPC/15: “O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.”. “A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado”, devidos pelo autor no primeiro processo²⁷¹ (CPC/15, art. 486, §2º)²⁷².

Imagine-se que na petição inicial do segundo processo, o autor, em vez de questionar o montante das verbas sucumbenciais a que foi condenado no primeiro processo²⁷³ (v. CPC/15, arts. 90, *caput* e §1º, e 485, §2º), questione apenas o condicionamento previsto no §2º do art. 486, sob o fundamento de que ele não seria aplicável, posto que o juiz do primeiro caso indevidamente reconheceu o abandono, a negligência ou homologou desistência defeituosa²⁷⁴ e que, conseqüentemente, não era o caso de ali se ter prolatado “decisão sem resolução do mérito”.

271A “prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado” a que o dispositivo refere-se são as verbas de sucumbência devidas no primeiro processo pelo autor. A despeito da ausência de menção expressa, não se pode condicionar o exercício do direito de ação do autor a uma conduta que seja do réu. Até porque, se assim fosse, este nunca teria interesse em praticá-la.

272O art. 92 do CPC/15 tem previsão similar: “Art. 92. Quando, a requerimento do réu, o juiz proferir sentença sem resolver o mérito, o autor não poderá propor novamente a ação sem pagar ou depositar em cartório as despesas e os honorários a que foi condenado.”

273O capítulo pertinente à condenação em verbas sucumbenciais, na condição de capítulo de mérito, compõe o suporte fático da coisa julgada material, não podendo, em razão disso, ser desrespeitado.

274A desistência aqui mencionada não abrange a hipótese específica do art. 1.040, §2º, do CPC/15 porque nela haverá isenção do pagamento de verbas sucumbenciais.

Essa discussão não se faz possível às partes no segundo processo e o juiz não poderá afastar a exigência do art. 486, §2º, do CPC/15, com base na ausência de abandono, negligência ou desistência válida homologada no primeiro processo, porque é devido respeito ao conteúdo do que se decidiu no primeiro processo. Há, no caso, a coisa julgada efeito jurídico, a despeito de inexistir a coisa julgada-fato jurídico.

6.3.5 Síntese conclusiva.

O que se conclui é que todos os pronunciamentos decisórios e capítulos cujo conteúdo se amolde a algum dos incisos do art. 485 do CPC/15 compõem suportes fáticos da coisa julgada sobre questões processuais. Trata-se de decisões que cujo conteúdo torna-se, a partir do seu trânsito em julgado, imutável e indiscutível em outros processos, a despeito de não serem resolutivas do mérito.

6.4 DA COISA JULGADA SOBRE QUESTÕES PREJUDICIAIS INCIDENTAIS.

Os parágrafos primeiro e segundo do artigo 503 do CPC/15, a seguir transcritos e sem correspondentes no CPC/73, inovam o ordenamento jurídico ao estabelecerem a imutabilidade e indiscutibilidade da solução dada à questão prejudicial incidental, desde que observados os requisitos ali previstos.

CPC/15:

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

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

I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;

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

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

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

Trata-se de requisitos cumulativos, como bem apontado no enunciado n. 313 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 503, §§1º e 2º) São cumulativos os pressupostos previstos nos §1º e seus incisos, observado o §2º do art. 503. (Grupo Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória)”.

Presentes conjuntamente os 06 (seis) requisitos legais enunciados na sequência haverá coisa julgada relativa à decisão de uma questão prejudicial incidental:

- 1º decisão expressa sobre a questão prejudicial incidental;
- 2º questão prejudicial incidental de cuja resolução tenha dependido o sentido em que resolvido o mérito;
- 3º inexistência de revelia;
- 4º questão prejudicial incidental a cujo respeito tenha havido contraditório previamente oportunizado e efetivamente exercido;
- 5º decisão da questão prejudicial incidental proferida por juízo que tenha competência absoluta para resolvê-la como questão principal;
- 6º questão prejudicial incidental decidida em processo onde não haja restrições probatórias nem limitações à cognição que tenham impedido o aprofundamento de sua análise.

Dentre tais requisitos, é bom que se diga, não se incluem nem a necessidade de requerimento da parte nem a necessidade de que a questão prejudicial incidental venha resolvida no dispositivo do pronunciamento decisório. Quer dizer: a coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental forma-se independentemente de requerimento nesse sentido e do fato de sua solução encontrar-se ou não topograficamente no dispositivo da decisão.

Encampam esses posicionamentos os enunciados n. 165 e n. 438 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis e o enunciado n. 66 do Centro de Estudos e Debates do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro:

FPPC:

165. (art. 503, §§1º e 2º) A análise de questão prejudicial incidental, desde que preencha os pressupostos dos parágrafos do art. 503, está sujeita à coisa julgada, independentemente de provocação específica para o seu reconhecimento. (Grupo: Coisa Julgada, Ação rescisória e Sentença; redação revista no VI FPPC-Curitiba)

438. (art. 503, §1º) É desnecessário que a resolução expressa da questão prejudicial incidental esteja no dispositivo da decisão para ter aptidão de fazer coisa julgada. (Grupo: Sentença, coisa julgada e ação rescisória)

CEDES:

66. *A extensão da coisa julgada às questões prejudiciais independe de pedido ou provocação da parte*, tampouco de manifestação específica no dispositivo da decisão. (grifo nosso)

Examinaremos aqueles seis requisitos, ainda, um a um. Entender a novidade, no entanto, depende da prévia compreensão do conceito de questão prejudicial incidental e de algumas particularidades deste suporte fático.

6.4.1 Questão prejudicial incidental.

Questão prejudicial é aquela “de cuja solução dependa o *teor* ou *conteúdo*²⁷⁵ da solução de outras” (BARBOSA MOREIRA, 1967, p. 175), denominando-se estas de questões prejudicadas. Ex.: a questão da paternidade é prejudicial em relação à questão de serem devidos alimentos (questão prejudicada), porque o teor da solução da segunda depende da solução que se der à primeira.

Só se é questão prejudicial ou questão prejudicada em relação à outra questão. São atributos, portanto, relativos. Em demandas, por exemplo, com pedidos únicos ou autônomos entre si não há como se adjetivar quaisquer deles de questão prejudicial ou de questão prejudicada. Numa ação investigatória de paternidade, onde não se formule pedido de alimentos, a questão da paternidade não é prejudicial.

²⁷⁵“Teor” e “conteúdo” são termos neste contexto empregados no mesmo sentido, razão pela qual no texto faremos uso unicamente de um deles, no caso de “teor”, sempre visando evitar possíveis confusões semânticas.

Classificam-se as questões em principais e incidentais, segundo a maneira em que devam ser apreciadas pelo Juízo. Questões principais são aquelas que devem ser resolvidas no dispositivo da decisão, enquanto que *questões incidentais* são aquelas que devem ser analisadas na sua fundamentação. Sobre o assunto, é oportuna a reprodução dos arts. 430, par. ún. e 489, II e III, do CPC/15, que se reportam a questões incidentais e a questões principais:

CPC/15:	CPC/73:
Art. 430. [omissis] Parágrafo único. Uma vez arguida, a falsidade será resolvida como questão incidental, salvo se a parte requerer que o juiz a decida como questão principal, nos termos do inciso II do art. 19.	Sem correspondente.
Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.	Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: [...] II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Perceba-se, assim, que ser a questão principal ou incidental nada tem a ver com ser ela prejudicial ou prejudicada, os critérios classificatórios são diversos. Questões prejudiciais podem tanto ser submetidas ao Juízo para que sejam resolvidas no dispositivo da decisão quanto serem objeto do seu conhecimento na fundamentação.

Retomemos o exemplo fornecido. Tratando-se de demanda em que sejam deduzidos os pedidos de reconhecimento de paternidade e de condenação ao pagamento de alimentos, ambas as questões serão principais. Já em se tratando de demanda na qual deduzido apenas o pedido de condenação a alimentos, com base em alegado vínculo de paternidade, questão principal será unicamente o dever de prestar alimentos, a questão da paternidade, ao revés, será incidental, devendo ser decidida pelo juiz na fundamentação.

6.4.2 Regime jurídico comum e regime jurídico diferenciado de formação da coisa julgada.

A novidade circunscreve-se à coisa julgada relativa às questões prejudiciais incidentais, cujo surgimento dependerá não apenas do trânsito em julgado do pronunciamento decisório ou capítulo que a tenha expressamente decidido, mas ainda da observância dos requisitos previstos nos incisos do §1º e no §2º do art. 503 do CPC/15.

Cuida-se, desse modo, de um regime bem mais rigoroso de formação de coisa julgada, dependente da configuração de um número maior de requisitos quando comparado ao regime de formação de coisa julgada a partir da decisão de questões principais.

Existem, então, 02 (dois) regimes jurídicos distintos de formação da coisa julgada (v. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 535): **(a)** existe um *regime comum* (= tradicional; = ordinário), da coisa julgada relativa às questões principais, e **(b)** há um *regime diferenciado* (= novo; = extraordinário), da coisa julgada relativa às questões prejudiciais incidentais, dependente da configuração de um número maior de requisitos quando comparado ao primeiro regime.

Explica-se a exigência de um número maior de requisitos necessários à formação da coisa julgada do regime diferenciado enquanto compensação ao fato de que se trata de coisa julgada que se produz sobre a solução dada pelo juízo àquilo que nem as partes nem a lei submeteram-lhe como questão principal e independentemente de requerimento.

O regime de formação da coisa julgada relativa às questões principais, nas quais se incluem, eventualmente, questões principais prejudiciais, não sofreu nenhuma alteração: havendo o trânsito em julgado da decisão de mérito, haverá coisa julgada (CPC/15, art. 502).

6.4.3 Impossibilidade da formação de coisa julgada a partir da solução dada a questões prejudiciais incidentais consistentes na existência, na inexistência ou no modo de ser de fatos, excetuada a autenticidade ou falsidade de documento.

Nos termos do enunciado n. 437 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(arts. 503, § 1º, 19) A coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental se limita à existência, inexistência ou modo de ser de situação jurídica, e à autenticidade ou falsidade de documento. (Grupo: Sentença, coisa julgada e ação rescisória)”.

O entendimento é correto, desde que esposado com uma ressalva: envolve os casos em que a imutabilidade e indiscutibilidade da solução dada à questão prejudicial incidental traz apenas *certeza jurídica*, aqui entendida como efeito jurídico vinculado ao fato jurídico decisão de conteúdo meramente declaratório (v. CPC/15, art. 19; CÂMARA, 2008, p. 420-421).

Em abono ao posicionamento esposado naquele Enunciado, veja-se que o art. 503, §1º, III, do CPC/15 pressupõe possa a questão incidental ser resolvida como principal para que haja coisa julgada²⁷⁶ e que o art. 19 do CPC/15 estabelece os tipos de questões que o ordenamento jurídico admite sejam veiculadas como questões principais:

CPC/15:

Art. 503. [omissis] § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:
[...] III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:
I – da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica;
II – da autenticidade ou da falsidade de documento.

Assim, da mesma maneira que não se admite demanda onde o autor pretenda ver declarada, *principaliter tantum* (CPC/15, art. 19, *a contrario sensu*), a ocorrência de um fato, que não a autenticidade ou falsidade de documento, o reconhecimento judicial desse fato, na condição de questão prejudicial incidental, não fará coisa julgada (CPC/15, art. 19, *a contrario sensu* c/c art. 503, §1º, III).

Um exemplo. *A* pede seja *B* condenado a lhe pagar R\$ 10.000,00, a título de danos materiais, que *B*, na direção de veículo automotor, teria lhe causado ao colidir com o carro de *A*; a ação vem, então, a ser julgada procedente, em sentença que transita em julgado, donde consta o reconhecimento incidental de que, de fato, era *B* quem dirigia o veículo automotor que colidiu

^{276A} competência de determinado juízo em razão da matéria e da pessoa para resolver certa questão como principal pressupõe que o ordenamento jurídico autorize a resolução daquele tipo de questão como principal.

com o carro de *A*. Tempos depois, *A* propõe nova ação, dessa vez pedindo seja *B* condenado a lhe pagar R\$ 200.000,00, a título de danos morais decorrentes do mesmo acidente. A coisa julgada formada a partir do trânsito em julgado da primeira sentença não é obstáculo a que o juiz do segundo caso entenda que não era *B* quem dirigia o veículo ou mesmo que o acidente não ocorreu, haja vista que as certificações de fatos realizadas pelo juiz do primeiro processo não se tornaram imutáveis e indiscutíveis pela situação jurídica coisa julgada.

No entanto – e por isso a nossa ressalva inicial ao entendimento consubstanciado no enunciado n. 437 do Fórum Permanente de Processualistas Civis –, há hipóteses nas quais a imutabilidade e indiscutibilidade da solução dada à questão prejudicial incidental importará em constituição ou desconstituição de situações jurídicas.

É esse, inclusive, o caso do exemplo referente às questões “relação de paternidade” e “dever de prestar alimentos”: tratando-se de demanda na qual deduzido apenas o pedido de condenação a pagar alimentos, com base em alegado vínculo de paternidade, a negativa de paternidade tem conteúdo declaratório, gerando apenas certeza jurídica, mas sua resolução em sentido positivo terá conteúdo constitutivo, criando situação jurídica nova.

Enfim, presentes os requisitos cumulativamente previstos no art. 503, §§1º e 2º, do CPC/15 a imutabilidade e indiscutibilidade características da coisa julgada recobrirá o conteúdo da decisão dada à questão prejudicial incidental. Tratando-se de conteúdo constitutivo ou desconstitutivo, qualquer que seja ele; cuidando-se, no entanto, de conteúdo meramente declaratório, não haverá coisa julgada se a questão prejudicial incidental consistir na existência, inexistência ou modo de ser de um fato, que não a autenticidade ou falsidade de documento (ou, dito ao contrário, haverá coisa julgada apenas se a questão prejudicial incidental versar sobre a existência, inexistência ou modo de ser de situação jurídica, autenticidade ou falsidade de documento).

6.4.4 Requisitos do regime jurídico diferenciado de formação da coisa julgada previstos no art. 503, §§1º e 2º, do CPC/15.

Examinaremos, doravante, os requisitos para a formação da coisa julgada sobre a solução dada às questões prejudiciais incidentais, previstos no art. 503, §§1º e 2º, do CPC/15.

São elementos que, cumulativamente presentes, ao lado do trânsito em julgado da decisão, integram o suporte fático da coisa julgada em exame.

6.4.4.1 Decisão expressa sobre a questão prejudicial incidental.

Similarmente ao que o *caput* do art. 503 do CPC/15 dispõe em relação à questão principal, também seu parágrafo primeiro, ao dispor sobre a coisa julgada pertinente à solução dada às questões prejudiciais incidentais, exige tenham elas sido expressamente decididas.

“Decisão expressa” talvez seja uma redundância. Se o for, é, contudo, uma redundância necessária. Deixa-se claro, assim, que ausência de pronúncia do juízo a respeito de determinada questão prejudicial incidental não equivale ao seu acolhimento nem à sua rejeição, independentemente do sentido em que resolvida a questão prejudicada.

Decisão que, sem se pronunciar sobre a questão prejudicial incidental relativa à paternidade, julga procedente o pedido de alimentos, não reconheceu a paternidade. E decisão que, sem se pronunciar sobre a questão prejudicial incidental relativa à paternidade, julga improcedente o pedido de alimentos, não negou a paternidade.

Ambas simplesmente omitiram-se quanto ao exame da questão prejudicial incidental e o ordenamento jurídico não autoriza o intérprete a extrair daí quaisquer conclusões. O fato de tratar-se de decisões não fundamentadas (CPC/15, art. 489, §1º)²⁷⁷ e, por isso mesmo, embargáveis (CPC/15, art. 1.022, par. ún., II), não afasta a possibilidade de elas virem, nesse estado de omissão, a transitarem em julgado.

²⁷⁷Decisões não fundamentadas são decisões defeituosas e decisões defeituosas inequivocamente existem. Falar-se em defeito do ato pressupõe sua existência.

6.4.4.2 Questão prejudicial incidental de cuja solução tenha dependido o sentido em que resolvido o mérito.

O requisito em comento decorre do sentido que se constrói a partir do que vem previsto no art. 503, §1º, I, do CPC/15:

CPC/15:

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

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

I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;

Cuida-se de texto legal que reclama cautelosa interpretação, sob pena de se concluir que ele não enuncia um requisito e sim uma tautologia à luz do parágrafo primeiro do art. 503.

Já vimos que questão prejudicial é aquela “de cuja solução dependa o teor ou conteúdo da solução de outras” (BARBOSA MOREIRA, 1967, p. 175) e fornecemos como exemplo de relação de prejudicialidade a relação mantida entre a questão da paternidade (prejudicial) e a questão dos alimentos (prejudicada). Desenvolveremos o presente tópico a partir do mencionado exemplo.

O teor da solução a ser dada à questão dos alimentos sempre dependerá, num certo sentido, da solução que se dê à questão da paternidade. Se assim não fosse, não haveria relação de prejudicialidade entre ambas. Sempre poderá ocorrer de o juiz vir a negar a paternidade e, em razão disso, negar os alimentos, tendo em vista que a paternidade é um dos elementos que compõem o suporte fático a que se vincula o efeito jurídico dever do pai prestar alimentos ao filho – titular, no caso, do direito à prestação dos alimentos (CC/02, art. 1.696). Por isso não deve o juiz decidir a questão prejudicada antes de decidir a questão prejudicial.

O teor da solução que se deu à questão dos alimentos, entretanto, poderá ou não ter dependido da solução anteriormente dada à questão da paternidade. Mesmo reconhecida a paternidade, poderão os alimentos vir a ser negados por ausência de necessidade do filho e/ou recursos do pai (CC/02, arts. 1.694-1.696), haja vista que a paternidade não é o único elemento do suporte

fático a que se imputa aquele efeito jurídico (dever do pai de prestar alimentos contraposto ao direito do filho à prestação dos alimentos).

Esse fato não infirma a relação de prejudicialidade *a priori* existente entre ambas as questões. Importa, todavia, no reconhecimento de que a resolução do mérito poderá ou não ter dependido da solução que se deu à questão prejudicial incidental.

É assim que se deve compreender o requisito previsto no art. 503, §1º, I, do CPC/15, como um requisito aferível *a posteriori*; relação de prejudicialidade não entre as questões e sim entre as soluções a elas dadas no caso concreto.

A despeito, portanto, de a questão da paternidade ser prejudicial à questão dos alimentos, a solução que se tenha dado à segunda dessas questões pode ou não ter dependido da solução anteriormente dada à primeira. E o art. 503, §1º, I, do CPC/15 condiciona a possibilidade da coisa julgada em exame à existência desse vínculo concreto de dependência.

Para se concluir por sua presença ou ausência no exame de casos práticos, basta que mentalmente suprima-se a solução dada à questão prejudicial incidental e veja-se se a solução dada ao mérito sustenta-se. Em caso positivo, haverá vínculo concreto de dependência, encontrando-se atendido o requisito do art. 503, §1º, I, do CPC/15; em caso negativo, não.

O expediente proposto resolve o problema, inclusive, nos casos onde a solução dada ao mérito sustenta-se sobre mais de um fundamento autônomo. Nesses casos não haverá vínculo concreto de dependência entre a solução dada à questão prejudicial e a solução dada à questão prejudicada, posto que esta inteiramente se sustenta, sobre o outro fundamento, mesmo com a supressão daquela.

Desse modo, a solução de questão prejudicial incidental desfavorável à parte vencedora da questão prejudicada principal nunca comporá suporte fático da coisa julgada e, por conseguinte, aquela parte vencedora não terá interesse recursal para impugná-la.

Em síntese, exige-se no regime diferenciado de formação da coisa julgada que a solução dada à questão prejudicial incidental apresente-se como fundamento necessário à solução dada à questão prejudicada principal.

6.4.4.2.1 A questão deve apresentar-se como prejudicial em relação ao mérito.

Para que a existência de coisa julgada faça-se aqui possível é necessário que a questão incidental apresente-se como prejudicial em relação ao mérito (questão prejudicada).

A despeito de, à vista do conceito de questão prejudicial, a relação de prejudicialidade poder-se estabelecer entre questões de quaisquer naturezas, questões que sejam prejudiciais de questões processuais não atendem a esse requisito legal.

Vejam os alguns exemplos de relação de prejudicialidade onde a questão prejudicada não faz parte do mérito do processo, extraíveis do CPC/15:

- **1º** litispendência (questão prejudicada) e a existência ou não, em tratados internacionais e acordos bilaterais vigentes no Brasil, de disposição que imponha o seu reconhecimento diante de ações repetidas propostas uma em juízo nacional e outra em juízo estrangeiro (questão prejudicial; CPC/15, arts. 24, *caput*; 337, VI e §§1º-3º, e 485, V);
- **2º** legitimidade ativa para promover a interdição (questão prejudicada) e a existência ou não de vínculo matrimonial ou união estável com o interditando (questão prejudicial; CPC/15, arts. 485, VI; 747, I);
- **3º** validade da desistência da ação, subscrita pelo advogado da parte autora e submetida à homologação judicial antes de oferecida a contestação (questão prejudicada), e validade ou não do mandato onde o autor conferiu ao seu advogado poder especial para desistir (questão prejudicial; CPC/15, arts. 105; 200, par. ún.; 485, VIII e §4º).

6.4.4.2.2 *A questão pode apresentar-se como prejudicial de quaisquer questões cuja solução caracterize resolução do mérito.*

Em vários dispositivos, como já mencionado (item 6.1.2.2), a linguagem do direito positivo ignora a distinção dogmaticamente possível entre *julgamento do mérito* e *resolução do mérito*, empregando a primeira expressão em alusão a quaisquer das hipóteses previstas no art. 487 do CPC/15, e não apenas para se referir ao seu inciso I.

O art. 503, §1º, I, do CPC/15 é um desses dispositivos. Para que se atenda a esse requisito não é necessário que a relação de prejudicialidade estabeleça-se entre a questão incidental (prejudicial) e o pedido (prejudicado). Pode-se estabelecer, por exemplo, entre a questão incidental (prejudicial) e a prescrição (prejudicada), questão cujo acolhimento ou rejeição importa em decisão resolutive do mérito (CPC/15, art. 487, II).

É o que ocorre, por exemplo, entre as seguintes questões: prescrição da pretensão titularizada pelo autor contra o réu (questão prejudicada) e nulidade ou não da renúncia expressa à prescrição realizada pelo réu (questão prejudicial; CC/02, art. 191 c/c 166-170).

6.4.4.3 Inexistência de revelia.

A revelia é um fato, consistente no não oferecimento de contestação pelo réu no prazo legal (CPC/15, art. 344).

O fato revelia participa da composição de diversos suportes fáticos, aos quais se vinculam variados efeitos jurídicos, tais como: (sendo revel o denunciado) desobrigar o denunciante de prosseguir com sua defesa, eventualmente oferecida (CPC/15, art. 128, II); a presunção de veracidade das alegações de fato formuladas pelo autor (CPC/15, art. 344, in fine); a mudança na regra de contagem dos prazos contra o réu revel (CPC/15, art. 346, *caput*), e viabilizar o julgamento antecipado do pedido (CPC/15, art. 355, II).

(i) Há efeitos que se produzem apenas quando à revelia une-se algum outro fato (revelia como elemento componente de suportes fáticos complexos). A presunção de veracidade produz-se quando à revelia une-se a não ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas nos incisos do art. 345 do CPC/15; o julgamento antecipado do pedido torna-se possível diante da revelia conjugada à inexistência de requerimento de prova (CPC/15, art. 355, II).

(ii) Há efeitos, por outro lado, que decorrem da só configuração da revelia (revelia como fato jurídico, prevista num suporte fático simples).

Dentre os últimos, (ii.1) há efeitos que se produzem apenas até que outro determinado fato ocorra. A mudança na regra de contagem dos prazos contra o réu revel subsiste até que ele constitua patrono nos autos (CPC/15, art. 346). E (ii.2) há efeitos que não são afastáveis por quaisquer outros fatos. A revelia do denunciado desobriga o denunciante de prosseguir com sua defesa eventualmente oferecida (CPC/15, art. 128, II), independentemente da sua conjugação a outros fatos e de fatos supervenientes.

O impedimento à formação da coisa julgada pelo regime diferenciado é um efeito dessa última espécie (ii.2): produz-se pela só configuração do fato consistente no não oferecimento de contestação pelo réu no prazo legal e não é afastável por quaisquer outros fatos.

A inexistência do fato jurídico revelia é, assim, um requisito necessário e inafastável a que a solução conferida à questão prejudicial incidental torne-se imutável e indiscutível. Ou seja, segundo entendemos, a coisa julgada em exame não se produz na hipótese de o réu não ter oferecido contestação, quaisquer que sejam as eventuais particularidades do caso.

6.4.4.4 Questão prejudicial incidental a cujo respeito tenha havido contraditório previamente oportunizado e efetivamente exercido.

A exigência de contraditório previamente oportunizado e efetivamente exercido decorre do previsto no art. 503, §1º, II, do CPC/15, ao lado da inexistência de revelia. Sua referibilidade

é à questão prejudicial incidental; exige-se o contraditório prévio e efetivo em relação à questão prejudicial incidental. Confira-se:

CPC/15:

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

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

[...] II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

6.4.4.4.1 Contraditório prévio (= contraditório previamente oportunizado).

O contraditório é, antes de tudo, um direito constitucional (CRFB/88, arts. 5º, LV; 184, §3º, e 247, par. ún.), responsável, no Estado Democrático de Direito, por assegurar àqueles que possam vir a ser prejudicados por uma decisão judicial²⁷⁸: **(i)** o direito de serem ouvidos a respeito da matéria a ser decidida e **(ii)** o direito de influírem na construção da decisão. Esses dois direitos, em verdade aspectos do direito constitucional ao contraditório, devem ser compreendidos como direitos à participação no processo em igualdade de condições, com paridade de armas (v. CRFB/88, art. 5º, *caput* e CPC/15, arts. 7º e 139, I)²⁷⁹.

Não é correto dizer que o contraditório imponha ao juiz o dever de, em todas as situações e previamente à prolação de qualquer decisão, ouvir todas as partes que possam por ela virem a ser afetadas.

(a) Há hipóteses nas quais o direito positivo autoriza o juiz a proferir decisão contra uma das partes sem previamente ouvi-la a respeito e **(b)** há hipóteses onde o juiz encontra-se autorizado a proferir decisão sem ouvir parte que será por ela afetada. Ambas são situações excepcionais que não violam o contraditório, convindo examiná-las.

(a) O parágrafo único do art. 9º do CPC/15 autoriza o juiz a, liminarmente (= sem a oitiva da parte contrária) e contra a parte ainda não ouvida, conceder a tutela provisória ou deferir, na ação monitória, a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para

²⁷⁸Também os processos administrativos devem respeito ao contraditório (CRFB/88, art. 5º, LV). Deixamos, entretanto, de a eles fazer alusão no texto por não serem pertinentes ao objeto do estudo.

²⁷⁹Confira-se, acerca do assunto “contraditório”: MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 445-449.

execução de obrigação de fazer ou de não fazer. O contraditório no caso não é violado e sim postecipado em favor da efetividade, privilegiada nesta situação. Posteriormente à prolação dessas decisões a parte prejudicada terá garantido o seu direito de manifestar-se a respeito da matéria e de ter as suas razões apreciadas pelo juiz, que poderá manter a decisão anterior ou reformá-la, em quaisquer dos casos, entretanto, não lhe será permitido ignorar as razões apresentadas pela parte.

(b) Os arts. 330 e 332 do CPC/15, respectivamente, autorizam o juiz a indeferir a petição inicial e a julgar liminarmente improcedente o pedido do autor sem a oitiva prévia ou postecipada do réu a respeito. Também neste caso o contraditório não é violado. Ninguém é violado nos seus direitos por decisão que lhe afete favoravelmente.

Trata-se, apesar disso e como já destacado, de hipóteses excepcionais. Na generalidade dos casos o contraditório impõe ao juiz o dever de dar a todas as partes a oportunidade de se manifestarem a respeito da matéria a ser decidida, previamente à prolação da decisão (CPC/15, art. 9º, *caput* e 10²⁸⁰).

Tendo-se desrespeitado esse dever em relação a qualquer questão expressamente decidida, a decisão será defeituosa, invalidável via de regra por recurso²⁸¹ (CPC/15, arts. 1.010, III; 1.016, III, e 1.029, III).

Desrespeitado esse dever, contudo, especificamente em relação à questão prejudicial incidental expressamente decidida, a decisão, além de igualmente defeituosa e invalidável por recurso, será impassível de compor suporte fático da coisa julgada em exame.

Exige-se à produção da coisa julgada pelo regime diferenciado que, a respeito da questão prejudicial incidental, tenha havido contraditório previamente oportunizado (CPC/15, art. 503, §1º, II). Contraditório oportunizado posteriormente à prolação da decisão onde resolvida a questão prejudicial incidental, p. ex., em sede recursal, não atende a essa exigência legal.

²⁸⁰O art. 10 do CPC/15 é a consagração textual do que a doutrina denomina de “proibição de decisão surpresa”.
²⁸¹As exceções ficam por conta dos arts. 279, §1º e 304 do CPC/15.

6.4.4.4.2 Contraditório efetivo (= contraditório efetivamente exercido).

Olvidado o direito positivo – inclusive a Constituição –, pode-se admitir que “contraditório efetivo” comporte dupla interpretação: 1ª contraditório efetivamente oportunizado ou 2ª contraditório efetivamente exercido.

Considerado, todavia, o todo do direito positivo, a segunda interpretação torna-se a única admissível. Contraditório efetivamente oportunizado é uma redundância. Não há contraditório que não seja efetivamente oportunizado; direito ao contraditório já é direito ao contraditório efetivamente oportunizado. Se alguma das partes não teve, no caso concreto, a real oportunidade de se manifestar sobre a questão prejudicial incidental, o princípio do contraditório foi desrespeitado e não inefetivamente oportunizado.

A exiguidade do prazo que o juiz conceda a uma das partes para examinar um imenso volume de documentos juntados pela outra, combinada à decisão que indefira requerimento fundamentado de dilação daquele prazo, contrariando o disposto nos arts. 7º, 139, I e VI c/c 437, §2º, todos do CPC/15, por exemplo, é uma das formas de violar-se no caso concreto a real oportunidade de uma das partes manifestar-se sobre determinada questão. Haverá aí desrespeito do direito ao contraditório.

Ter-se oportunizado o contraditório a respeito da questão principal incidental previamente à prolação da decisão, como visto, não basta. Exige a Lei que o contraditório tenha sido efetivamente exercido quanto à questão. É necessário, então, que a parte tenha sobre ela se manifestado.

6.4.4.4.3 Contraditório efetivamente exercido sobre a questão não se confunde com controvérsia instaurada sobre a questão.

Importante notar que “contraditório” na linguagem jurídica – tanto do direito positivo quanto da Ciência do Direito – não tem o mesmo significado de “contraditório” na linguagem natural.

Contraditório na linguagem natural remete à ideia de oposição. Já na linguagem jurídica é o direito de se ser ouvido sobre o que vai ser decidido e de, mediante alegações, influir na construção dessa decisão.

A distinção é relevante. Na acepção da linguagem natural, há contraditório (= oposição) efetivo quando às alegações de uma das partes opõem-se (= são contrárias) as alegações da outra. Na acepção da linguagem jurídica, por outro lado, o contraditório-direito exerce-se efetivamente quando a parte manifesta-se expressamente sobre a questão a ser decidida e suas alegações influem na construção da decisão.

Há, portanto, contraditório (= direito) efetivamente exercido sobre a questão prejudicial incidental tanto quando uma das partes manifesta-se contrariamente às alegações da outra (i.e. controverte), como quando uma das partes admite a veracidade ou a procedência das alegações da outra. Não é apenas mediante negativa da versão da outra parte que se exerce o direito ao contraditório.

Não vemos razões para se interpretar o inciso como uma exigência de que as partes efetivamente controvertam a questão prejudicial incidental, notadamente diante de um sistema que consagra o dever de boa-fé como regra de conduta (CPC/15, art. 5º).

Qual o sentido em se sustentar que a solução dada pelo juiz a uma questão prejudicial incidental, afirmada por uma das partes e confessada pela parte contrária, não se torne imutável e indiscutível, pelo só fato de as partes não manterem discordância alguma em relação a ela? Qual o sentido em se resguardar, nesse caso, o direito de se poder rediscutir e alterar essa solução?

Em resumo, então: *revelia*, *contraditório oportunizado sobre a questão*, *contraditório efetivamente exercido sobre a questão* (= contraditório efetivo) e *questão controvertida* são coisas distintas. Revelia é a ausência de contestação; contraditório oportunizado sobre a questão é o direito da parte de manifestar-se sobre ela e de influir na construção da sua decisão; contraditório efetivamente exercido sobre a questão é o exercício desse direito em

relação à determinada questão, e questão controvertida é aquela a respeito da qual as partes discordam.

Uma visível repercussão prática do entendimento aqui sustentado é que a confissão relativa à questão prejudicial incidental não impede que a solução a ela dada torne-se imutável e indiscutível pela coisa julgada.

6.4.4.5 Decisão da questão prejudicial incidental proferida por juízo que tenha competência absoluta para resolvê-la como questão principal.

O art. 503, §1º, III, do CPC/15 estabelece como requisito necessário a que a decisão da questão prejudicial incidental componha suporte fático da coisa julgada que ela tenha sido proferida por juízo com competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

A temática “competência” no direito positivo vigente compreende, basicamente, 02 (dois) regimes jurídicos distintos: um deles composto por regras de competência absoluta e o outro composto por regras de competência relativa. Vejamos algumas diferenças entre eles:

Competência absoluta:	Competência relativa:
– atende preponderantemente ao interesse público;	– atende preponderantemente ao interesse particular;
– é matéria alegável a qualquer tempo e por quaisquer das partes (CPC/15, art. 64, §1º);	– prorroga-se se o réu não a alegar em preliminar de contestação (CPC/15, art. 63, §4º e 65, <i>caput</i>);
– é matéria cognoscível de ofício pelo juízo (CPC/15, art. 64, §1º);	– não é matéria cognoscível de ofício pelo juízo (CPC/15, art. 337, §5º) ²⁸² ;
– não é modificável: por conexão ou pela continência (CPC/15, art. 54); nem por vontade das partes (CPC/15, art. 63);	– é modificável: por conexão e pela continência; ou por convenção das partes, identificada na cláusula de eleição de foro e na abstenção do réu em tempestivamente arguir a incompetência relativa;
– violação a suas regras caracteriza vício rescisório (CPC/15, art. 966, II).	– violação a suas regras não caracteriza vício rescisório.

²⁸²O art. 63, §3º, do CPC/15 excepciona essa afirmativa num específico caso: admite-se que o juízo conheça de ofício da abusividade da cláusula de eleição de foro antes da citação do réu, podendo reputá-la ineficaz e determinar a remessa dos autos ao juízo do foro do domicílio do réu.

A primeira distinção antes pontuada entre a competência absoluta (atende preponderantemente ao interesse público) e a competência relativa (atende preponderantemente ao interesse particular) é a única que não se encontra no texto do direito positivo, em que pese aceita com total tranquilidade na doutrina²⁸³, tratando-se de diferenciação a que se chega por inferência das demais distinções existentes entre os regimes jurídicos da competência absoluta e da competência relativa.

A competência relativa prorroga-se se o réu não a alegar em preliminar de contestação, não é matéria cognoscível de ofício pelo juízo, é modificável e violação a suas regras não caracteriza vício rescisório precisamente em razão de ela atender preponderantemente ao interesse particular. A competência absoluta, por sua vez, é matéria alegável a qualquer tempo e por quaisquer das partes, é matéria cognoscível de ofício, não é modificável e violação a suas regras caracteriza vício rescisório exatamente porque com ela atende-se preponderantemente ao interesse público.

O art. 503, §1º, III, do CPC/15 reporta-se à competência em razão da matéria e à competência em razão da pessoa, espécies do gênero competência absoluta, em observância a uma lógica de impedir-se que se torne imutável e indiscutível a solução dada a uma questão prejudicial incidental por parte de juízo que não poderia resolvê-la como questão principal sem violação a regras de competência absoluta. A competência relativa, como já dito, é prorrogável e modificável até por vontade das partes, de modo que o afastamento de suas regras não gera maiores problemas.

Ocorre que, tanto no art. 503, §1º, III quanto nos arts. 62 e 63, do CPC/15, o legislador partiu da falsa premissa de que a competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é sempre absoluta, enquanto que a competência determinada em razão do valor ou do território seria sempre relativa.

A correspondência é comum, mas não é exata. Há regras de competência determinadas em razão do valor ou do território que são absolutas, de que são exemplos as seguintes,

283V. *e.g.*: DIDIER JR., 2015, p. 203; CÂMARA, 2008, p. 97; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 277.

construídas a partir dos arts.: 3º, §3º, da Lei 10.259/01; 3º, I, da Lei 9.099/95, e 47, §§1º e 2º, do CPC/15, adiante reproduzidos:

- **(i)** é absoluta a competência do Juizado Especial Federal Cível determinada em razão do valor;
- **(ii)** o Juizado Especial Cível é absolutamente incompetente para o processo e julgamento²⁸⁴ de causas cujo valor supere o teto de 40 (quarenta) vezes o salário mínimo;
- **(iii)** é absoluta a competência determinada em razão do território nos litígios sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e de nunciação de obra nova, e para as ações possessórias imobiliárias.

Lei 10.259/01:

Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

[...] §3º No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.

Lei 9.099/95:

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I – as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;

CPC/15:

Art. 47. Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa.

§1º O autor pode optar pelo foro de domicílio do réu ou pelo foro de eleição se o litígio não recair sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e de nunciação de obra nova.

§2º A ação possessória imobiliária será proposta no foro de situação da coisa, cujo juízo tem competência absoluta.

Com esse destaque pretendemos demonstrar que a referência explícita feita pelo legislador no art. 503, §1º, III, do CPC/15 à competência em razão da matéria e da pessoa não significa deva-se distinguir entre essas espécies de competência absoluta e outras porventura existentes. Diante da omissão do legislador em regular expressamente os demais casos de competência absoluta, motivada pela falsa premissa de que partiu, parece-nos que o mais adequado a se fazer, em ordenação teórica e coerente do direito positivo, seja aplicar-se ao caso a analogia.

²⁸⁴Para fins de conciliação admite-se que o valor supere o teto de 40 (quarenta) vezes o salário mínimo (Lei 9.099/95, art. 3º, §3º).

Sustentamos deva-se aplicar a analogia (LINDB, art. 4º), para o fim de se entender o requisito como condicionante da existência dessa coisa julgada a ter a decisão da questão prejudicial incidental sido proferida por juízo com competência absoluta para resolvê-la como questão principal.

6.4.4.6 Questão prejudicial incidental decidida em processo onde não haja restrições probatórias a ela pertinentes nem limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da sua análise.

Trata-se de requisito negativo constante do art. 503, §2º, do CPC/15:

CPC/15:

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

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

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

Em processos com restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial incidental, a solução que a ela se dê não se tornará imutável e indiscutível.

Alerte-se, desde logo, que “processo” é aí utilizado na acepção de procedimento.

Processo com limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial é procedimento estruturado sobre cognição sumária (i.e. verticalmente limitada) onde a questão prejudicial incidental tenha sido resolvida por decisão fundada em cognição sumária (cf. itens 6.2.6.2.1 e 6.2.6.2.2).

Não há a possibilidade de a decisão de questões prejudiciais incidentais fundada em cognição sumária dar origem à formação de coisa julgada.

Esse requisito inequivocamente exige a ausência no processo de limitações à cognição que impeçam o aprofundamento *da análise da questão prejudicial*. Exige-se, portanto, que a solução dada à questão prejudicial incidental funde-se em cognição exauriente (= cognição sem limitação quanto à profundidade), isto é, que ela seja dada com base num juízo de certeza e não de mera probabilidade acerca da questão.

Questões prejudiciais incidentais relativas ao pedido de tutela provisória formulado em caráter antecedente não atendem a esse requisito.

Um exemplo. Pronunciamento judicial que, com esteio no reconhecimento da invalidade de cláusula presente em contrato de plano de saúde, defira o pedido de tutela antecipada formulado em caráter antecedente para internação emergencial do autor, não impede futura discussão da validade ou não daquela cláusula, visto que se trata de decisão fundada em cognição sumária.

O ponto, convém destacar, não guarda relação alguma com o fato de a cognição ser ou não limitada quanto à extensão. Procedimentos de cognição parcial não impedem a formação dessa coisa julgada. Se a questão prejudicial incidental foi decidida, trate-se de procedimento de cognição plena ou de procedimento de cognição parcial, é porque a cognição do juiz sobre ela se estendeu.

Compreender o art. 503, §2º, do CPC/15 envolve, por fim, o esclarecimento do que são procedimentos com restrições probatórias e posicionamento quanto à referibilidade ou não da oração subordinada adjetiva “que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial” também às “restrições probatórias”.

6.4.4.6.1 Processos com restrições probatórias.

Dos arts. 369 a 484 do CPC/15 (Capítulo XII – Das Provas) extrai-se a conformação atual do direito à prova no processo civil, própria do procedimento comum, aplicável diretamente a

todas as causas, salvo disposição em contrário, e subsidiariamente aos procedimentos especiais e ao processo de execução (CPC/15, art. 318).

Procedimentos especiais não são apenas aqueles que o CPC/15 chama de “procedimentos especiais”, mas também os previstos na legislação extravagante. “Procedimento especial” assume aí essa acepção mais abrangente, encontrando-se a expressão empregada no mesmo sentido em que utilizada no art. 327, §2º, do CPC/15, acerca do qual há o seguinte enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “506. (art. 327, §2º) A expressão 'procedimentos especiais' a que alude o §2º do art. 327 engloba aqueles previstos na legislação especial. (Grupo: Impacto nos Juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante)”.

Consoante dispõe o art. 369 do CPC/15: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

Procedimentos onde a lei delinear esse direito à prova de maneira mais limitada que aquela prevista para o procedimento comum são, num sentido amplo, processos com restrições probatórias. Restrições probatórias, neste contexto, consistem em restrições do direito ordinário à prova, justificadas pela natureza de determinados procedimentos.

O procedimento do mandado de segurança e o procedimento dos juizados especiais cíveis estaduais são processos com restrições probatórias, haja vista que no primeiro só se admite prova pré-constituída (CRFB/88, art. 5º, LXIX; Lei 12.016/09, art. 12) e no segundo não se admite a realização de perícia complexa (CRFB/88, art. 98, I; Lei 9.099/95, arts. 2º e 35 *a contrario sensu*). Em ambos não se permite que as partes empreguem “[...] todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Também há processo com restrições probatórias diante de negócios jurídicos processuais atípicos que, celebrados com base no art. 190 do CPC/15, limitem o direito à prova, nos moldes em que previsto para o procedimento comum (vedando a realização de prova oral ou de perícia; admitindo apenas prova documentada etc).

A controvérsia que admitimos possa haver no caso gira em torno de a vinculação do juiz²⁸⁵ a essa espécie de negócio processual depender ou não da sua participação, e não da possibilidade ou não desse tipo de negócio. Se, diante de direitos que admitem a autocomposição, partes plenamente capazes podem tanto reconhecer a procedência do pedido formulado quanto renunciar à pretensão, o que as impediria de renunciarem a meios de prova? Certamente não o direito positivo, que, ao revés, agora conta com uma cláusula geral de negociação processual atípica (CPC/15, art. 190). A propósito do tema, confira-se os enunciados n. 21 e n. 569 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

FPPC:

21. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, **convenção sobre prova**, redução de prazos processuais. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio) (grifo nosso)

569. (art.1.047; art. 190). O art. 1.047 não impede **convenções processuais em matéria probatória**, ainda que relativas a provas requeridas ou determinadas sob vigência do CPC-1973. (Grupo: Direito Intertemporal) (grifo nosso)

Indeferimento de diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC/15, art. 370, par. ún.), aplicação da regra do ônus da prova (CPC/15, art. 373), dispensa de prova dos fatos notórios, confessados, incontroversos ou em cujo favor milite presunção legal de existência ou de veracidade (CPC/15, art. 374), determinação pelo juízo da realização de prova técnica simplificada em substituição à perícia (CPC/15, art. 464, §2º) etc, não transformam um procedimento em processo com restrições probatórias.

Essas e outras providências previstas no CPC/15 para o procedimento comum são atividades do juiz que não limitam o direito à prova previsto no art. 369 do CPC/15, delimitam-no. O

²⁸⁵Por vinculação judicial nessa hipótese entenda-se a possibilidade ou não de o juiz determinar de ofício a produção de provas vedadas no negócio jurídico processual celebrado pelas partes sem a sua participação. Quanto à existência do dever do juiz de zelar pela observância do negócio processual probatório, indeferindo requerimentos de prova formulados pelas partes em contrariedade ao ali pactuado, não há dúvidas.

indeferimento de diligências inúteis ou meramente protelatórias não limita o direito à prova da parte porque a parte não tem direito à produção de prova inútil ou meramente protelatória.

Nessa linha, confira-se o teor do Enunciado N° 85 do CEDES (Centro de Estudos e Debates do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro):

CEDES:

85. As restrições probatórias ou limitações à cognição tratadas no art. 503, § 2º do CPC são aquelas decorrentes da própria natureza do processo, não guardando qualquer relação com eventual prova indeferida pelo juiz nos termos do art. 370, parágrafo único do CPC.²⁸⁶

6.4.4.6.2 Processos com quaisquer restrições probatórias ou apenas com restrições probatórias que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial?

Devemos, finalmente, enfrentar a seguinte indagação: a oração subordinada adjetiva “que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”, constante do art. 503, §2º, do CPC/15, refere-se às “restrições probatórias” e às “limitações à cognição” ou apenas às “limitações à cognição”?

Ou a oração subordinada adjetiva (“que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”) refere-se apenas às “limitações à cognição” ou refere-se às “limitações à cognição” e às “restrições probatórias”. Não há terceira alternativa.

A controvérsia que pode existir reside em saber se as restrições probatórias que impedem a formação da coisa julgada no caso:

- **(i)** são quaisquer restrições probatórias do processo, ou
- **(ii)** apenas aquelas que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial incidental.

²⁸⁶Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/71563/aviso-conj-tj-cesdes-22-2015.pdf>>. Acesso em: 28/07/16.

A falta de consenso nessa matéria levou à rejeição de enunciados levados à Plenária do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, em dois encontros diversos, que encampavam o segundo posicionamento, com as seguintes redações:

FPPC (enunciados rejeitados na Plenária):

- (Art. 503, §2º) A coisa julgada será produzida sobre questão prejudicial incidental, mesmo em procedimento com limitações probatórias, se não houver necessidade de dilação probatória dos fatos relacionados à questão prejudicial incidental. (Grupo: Sentença, coisa julgada e ação rescisória)
- (art. 503, §2º) As restrições probatórias do mandado de segurança não impedem, por si sós, a formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental. (Grupo: Sentença, coisa julgada e ação rescisória)

Também nós entendemos pela segunda solução. Não há porque se afastar a existência de coisa julgada nos casos onde as restrições probatórias do processo não tenham impedido o aprofundamento da análise da questão prejudicial incidental.

Veja-se o caso de questões prejudiciais incidentais consistentes na discussão da invalidade ou não de um ato do poder público ou de uma cláusula contratual, travadas em sede de mandado de segurança ou em procedimento tramitado no juizado especial cível.

Muito provavelmente as restrições probatórias daqueles procedimentos não impedirão o aprofundamento da análise dessas questões, na medida em que os meios de prova vedados naqueles procedimentos sejam impertinentes à sua comprovação.

Questões prejudiciais incidentais idênticas submetidas à cognição judicial em procedimentos sem restrições probatórias também não poderiam ser comprovadas nem por testemunhas a serem ouvidas pelo juízo nem pela realização de perícia complexa, porque em procedimento algum as partes têm direito à produção de provas impertinentes (CPC/15, art. 77, III) e em quaisquer procedimentos o juiz tem o dever de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC/15, art. 370).

Suponhamos que *A* ingressa com ação contra o plano de saúde *B* no juizado especial cível estadual. Nela, *A* pede indenização por danos morais, em razão de *B* tê-lo removido ilicitamente para um hospital público em meio a uma internação hospitalar. Em contestação,

B alega que realizou a remoção de *A* em conformidade com cláusula contratual lícita limitativa do tempo de internação hospitalar do segurado. Na sentença, o juiz vem a julgar procedente o pedido indenizatório, reconhecendo na sua fundamentação que tal cláusula contratual é nula de pleno direito, com base no art. 51 da Lei 8.078/90 e na jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça²⁸⁷⁻²⁸⁸.

A cognição da questão prejudicial incidental no exemplo dado não é em nada afetada pela impossibilidade da realização de perícia complexa naquele procedimento.

Presentes, então, os demais elementos do suporte fático da coisa julgada sobre questão prejudicial incidental, admitir-se-á que as mesmas partes voltem a discuti-la em juízo? Toda vez em que *A* e *B* litigarem em juízo sobre novos pedidos de indenização, decorrentes de novas interrupções de internações, a discussão sobre a validade dessa cláusula poderá ser retomada? E, pior, comportará em cada caso solução distinta, a menos que *A* formule pedido de declaração da sua nulidade?

No regime do CPC/73, de coisa julgada apenas sobre questões principais, víamo-nos obrigados a responder que sim; no regime do CPC/15, por outro lado, não há razão alguma para se sustentar que solução dada a essa questão prejudicial incidental não se torna imutável e indiscutível em outros processos. A restrição probatória, repita-se, não terá afetado a sua cognição em nenhuma medida.

287 Súmula N° 302 do STJ: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”

288 O mesmo raciocínio vale para inúmeras outras cláusulas abusivas cuja validade não seja submetida pelas partes ao juízo como questão principal.

7 CONCLUSÕES.

A título de “conclusões”, selecionamos e sintetizamos as conclusões alcançadas ao longo do estudo que reputamos sejam as mais importantes e pertinentes à compreensão da disciplina da coisa julgada constante do CPC/15, desejosos de que elas, de alguma maneira, auxiliem os operadores do Direito nessa empreitada.

Capítulo 1.

1 Partindo-se da constatação de que a coisa julgada é um fenômeno jurídico, convém não se misture a atividade de descrever-se a configuração da coisa julgada no direito positivo (perspectiva normativa) com análises voltadas à sua efetividade (perspectiva sociológica) ou a como ela deveria ser disciplinada (perspectiva valorativa).

2 Um estudo normativo da coisa julgada no CPC/15 pressupõe o conhecimento da estrutura do fenômeno jurídico, entendida como aquilo que ele apresenta em comum nas suas diversas manifestações, sendo certo que a teoria do fato jurídico dispõe de um repertório de conceitos jurídicos fundamentais bastante úteis nessa empreitada.

3 Da teoria do fato jurídico colhemos subsídios importantes à definição de conceitos jurídicos fundamentais, tendo sido os mais relevantes ao desenvolvimento do nosso estudo os seguintes: **(a)** suporte fático, compreendido como a parte da norma jurídica onde se descreve um fato ou um conjunto de fatos (= fato jurídico) de possível ocorrência no mundo, e **(b)** efeito jurídico, por nós entendido numa dupla acepção, como a modificação que ocorre no mundo jurídico e como a conduta que se torna devida no mundo fático toda vez que determinada espécie de fato jurídico – descrito no suporte fático – verifica-se.

A importância desses conceitos decorre, notadamente, da circunstância de definirmos a coisa julgada como um efeito jurídico e do fato de o Capítulo 6 cuidar dos suportes fáticos a que o CPC/15 vincula normativamente o efeito jurídico coisa julgada.

4 Conforme modelo proposto pela teoria do fato jurídico, o mundo jurídico deve ser visualizado em três planos: no plano da existência, sua porta de entrada; no plano da validade, onde as normas jurídicas invalidantes têm atuação, e no plano da eficácia, no qual os fatos jurídicos produzem seus efeitos.

Capítulo 2.

1 Direito positivo e Ciência do Direito expressam-se por meio da linguagem, mas não devem ser confundidos. Nas acepções de que fazemos uso, direito positivo é o objeto de estudo e Ciência do Direito é o estudo do objeto.

2 Há a linguagem do objeto de estudo (linguagem do direito positivo) e há a linguagem de que fazemos uso ao estudá-lo (linguagem da Ciência do Direito), convindo distingui-las segundo três critérios: hierarquia, tipo e função.

3 Observados os mencionados critérios, a linguagem do direito positivo é uma linguagem objeto, técnica, prescritiva; enquanto que a linguagem da Ciência do Direito é uma metalinguagem, científica, descritiva.

Capítulo 3.

1 Palavras, conceitos e definições não são a mesma coisa. As palavras são signos arbitrários que se tornam signos convencionais quando adotadas pelos usuários da língua, de acordo com a concepção convencionalista acerca da relação entre linguagem e realidade, à qual aderimos. Os conceitos são as ideias suscitadas pelas palavras. E as definições são as enunciações dos conceitos, atividade pela qual, através de palavras, determina-se o que o conceito abarca (= compreende).

2 Entre palavras e conceitos não há correspondência biunívoca. A uma só palavra podem corresponder vários conceitos e a um só conceito podem corresponder várias palavras.

3 Conceitos jurídicos podem ser classificados em conceitos lógico-jurídicos (= conceitos jurídicos fundamentais) e em conceitos jurídico-positivos. Conceitos lógico-jurídicos são construídos visando-se à compreensão do fenômeno jurídico onde quer que ocorra, tendo a pretensão de validade universal e uma dupla função: servem de base à elaboração dos conceitos jurídico-positivos e auxiliam o operador do Direito na tarefa de compreender, interpretar e aplicar determinado ordenamento jurídico. Conceitos jurídico-positivos são construídos a partir de um determinado direito positivo, visando-se à compreensão de uma específica manifestação do fenômeno jurídico.

4 A expressão “coisa julgada” reporta-se a diversos conceitos, de modo que classificar o conceito de coisa julgada como lógico-jurídico ou como jurídico-positivo depende da indicação do conceito que se tenha em consideração.

5 Negligenciar a definição dos conceitos, numa linguagem que se vale de tantos termos imprecisos e ambíguos como é o caso da linguagem da Ciência do Direito, traz 02 (dois) graves problemas: o risco de nos envolvermos em falsas disputas (= disputas meramente verbais) e o risco de chegarmos a falsos acordos (= acordos meramente verbais), com a consequente ocultação de verdadeiros desacordos e acordos de convicções.

6 Definições científicas e definições legais, presentes, respectivamente, na linguagem da Ciência do Direito e na linguagem do direito positivo, carregam consigo as características do corpo de linguagem que habitam. Por conseguinte: definições científicas devem ser dotadas de uma maior precisão e são falseáveis, visto que dirigidas à descrição do direito positivo, sua linguagem objeto; definições legais, por outro lado, não são falseáveis e possuem uma menor precisão, impondo-se, apesar disso, que elas sejam consideradas na construção de conceitos jurídico-positivos, em razão da sua função prescritiva.

Capítulo 4.

1 Existe a palavra “coisa julgada”, os conceitos de coisa julgada e as definições dos conceitos de coisa julgada. A palavra “coisa julgada” reporta-se a diversos conceitos de coisa julgada e cada definição de coisa julgada enuncia a compreensão de algum desses conceitos.

2 Ao longo dos tempos, adotou-se na doutrina perspectivas variadas para o tratamento do assunto coisa julgada. Tais perspectivas resultaram em diferentes conceitos de coisa julgada, sempre relacionados de algum modo à ideia de estabilidade do que foi decidido, mas por vezes muito distintos entre si, em que pese designados por uma única expressão (“coisa julgada”).

3 Considerando que a perspectiva que nos orientou foi a da busca de conceitos de coisa julgada que viabilizassem a ordenação teórica do direito positivo vigente, fez-se desnecessário passar em revista concepções sobre a coisa julgada que a analisaram sob outras perspectivas.

4 Entre as concepções de HELLWIG, LIEBMAN e de BARBOSA MOREIRA, sobre a natureza da coisa julgada, o melhor é aderir ao entendimento de BARBOSA MOREIRA, para se definir a coisa julgada como uma situação jurídica (= efeito jurídico), surgida a partir do trânsito em julgado e caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial.

Por dois motivos. Primeiramente, porque em termos de compreensão do fenômeno jurídico, denominar a coisa julgada de “efeito” ou “qualidade” pouco significa; chamá-la, no entanto, de situação jurídica é esclarecer que ela é uma consequência de determinados fatos jurídicos. Em segundo lugar, porque, à luz do direito positivo, não é correto limitar a estabilidade característica da situação jurídica coisa julgada ao conteúdo declaratório da decisão nem estendê-la aos seus efeitos jurídicos.

5 Definir a coisa julgada como uma situação jurídica caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial é enunciar um dos seus dois aspectos, discerníveis mas indissociáveis.

Quanto à discernibilidade: sob o aspecto focado na definição, a coisa julgada é o tipo de estabilidade da decisão que se opera no mundo jurídico; sob o outro, a coisa julgada é a conduta de respeito a essa estabilidade. Quanto à indissociabilidade: por um lado, existe o dever de não se rediscutir ou se alterar a decisão porque ela tornou-se indiscutível e

imutabilizada pela coisa julgada; por outro, a decisão só é indiscutível e imutável na exata extensão do dever de não se rediscuti-la ou se alterá-la.

6 A concepção da coisa julgada como uma situação jurídica caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial insere-se no grupo das ditas “teorias processuais da coisa julgada”; entendendo-se essa expressão como o designativo de um grupo de teorias cuja característica em comum é a compreensão da coisa julgada como um impedimento de revisão do quanto decidido, indiferente ao conteúdo da decisão.

7 A classificação da teoria adotada acerca da coisa julgada como uma teoria processual não significa admitir que o instituto da coisa julgada seja disciplinado exclusivamente por normas de direito processual. Não é. Seu estatuto envolve também aspectos de direito material, destacando-se a tutela que a Constituição confere à coisa julgada em face do direito superveniente (CRFB/88, art. 5º, XXXVI), enquanto situação jurídica ativa incorporada ao patrimônio de determinados sujeitos, como espécie de direito adquirido.

8 A expressão “coisa julgada” não é sempre utilizada no CPC/15 em alusão a um efeito jurídico. Seus artigos 337 e 485 denominam de “coisa julgada” um fato jurídico, consistente, de acordo com a literalidade da lei, na propositura de uma nova ação idêntica à outra já decidida por decisão transitada em julgado e ao qual se vincula como efeito jurídico o dever de o juiz, de ofício ou por provocação, abster-se de lhe resolver o mérito.

9 “Coisa julgada formal” e “coisa julgada material”, assim como “coisa julgada”, são expressões, cada qual delas designativas de variados conceitos, concebidos e desenvolvidos na dependência do que entenda por coisa julgada.

10 As expressões “autoridade de coisa julgada” e “preclusão máxima” devem ser abandonadas do discurso científico, eis que despidas de utilidade frente ao direito positivo vigente.

11 Na linha do que MOURÃO já antevira à luz do CPC/73, deve-se abandonar o sentido tradicionalmente conferido pela doutrina à expressão “coisa julgada formal”, alusivo a uma

imutabilidade e indiscutibilidade da decisão judicial circunscrita aos autos em que proferida. A inutilidade desse conceito tradicional de coisa julgada formal, demonstrada pelo referido autor ao tempo da vigência do CPC/73, fica ainda mais evidente no regime do CPC/15.

12 Também com base nas lições de MOURÃO, frisamos a necessidade de se aceitar a existência de decisões de conteúdo processual que têm a aptidão de se tornarem imutáveis e indiscutíveis em outros processos. Isso não é uma peculiaridade das decisões de mérito. Ante o art. 486, §1º, do CPC/15, não vemos mais como o ponto possa comportar controvérsias. Dele divergimos, tão somente, no que se refere à escolha terminológica. No nosso entender, melhor seria abandonar-se também a expressão “coisa julgada formal”, chamando-se a coisa julgada caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo de decisões processuais de “coisa julgada sobre questões processuais”.

13 No regime do CPC/15, pode-se tornar indiscutível e imutável em outros processos também a solução dada à questão prejudicial incidental, convido à Ciência do Direito que haja um designativo para essa coisa julgada, cujo surgimento encontra-se condicionado ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 503, §§1º e 2º, do CPC/15 no que se distingue, quanto ao regime jurídico de formação, da coisa julgada tradicionalmente conhecida.

14 Considerando que o CPC/15: **(i)** denomina de “coisa julgada” nos seus artigos 337 e 485 um fato jurídico; **(ii)** emprega as expressões “coisa julgada” e “coisa julgada material”, não definindo a primeira, mas incorporando à definição da segunda a referência à “decisão de mérito” (CPC/15, art. 502); **(iii)** prevê a imutabilidade e indiscutibilidade em outros processos de certas decisões de conteúdo processual (CPC/15, art. 486, §1º), não abarcadas, portanto, pela definição legal de coisa julgada material, **(iv)** e estabelece a imutabilidade e indiscutibilidade em outros processos da solução dada à questão prejudicial incidental com observância dos requisitos previstos no art. 503, §§1º e 2º; tornam-se úteis à compreensão do assunto “coisa julgada”, da maneira em que nele disciplinado, os conceitos jurídico-positivos de coisa julgada por nós assim designados e definidos:

- **(a)** “*coisa julgada-fato jurídico*”: fato jurídico consistente na propositura de uma nova ação idêntica à outra já decidida por decisão transitada em julgado;

- **(b)** “coisa julgada-efeito jurídico” ou apenas “*coisa julgada*” (gênero): situação jurídica caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade da decisão em outros processos, formada a partir do trânsito em julgado da decisão;
- **(b1)** “*coisa julgada sobre questões principais*”: coisa julgada pertinente à solução dada a questões principais;
- **(b2)** “*coisa julgada sobre questões processuais*”: coisa julgada pertinente à solução dada a questões processuais, e
- **(b3)** “*coisa julgada sobre questões prejudiciais incidentais*”: coisa julgada pertinente à solução dada a questões prejudiciais incidentais.

15 As espécies **(b1)**, **(b2)** e **(b3)** possuem a característica comum do gênero **(b)** – imutabilidade e indiscutibilidade da decisão em outros processos –, distinguindo-se entre si segundo a natureza da questão decidida (principal, processual ou prejudicial incidental).

16 Em nível constitucional, definimos a coisa julgada como uma garantia de estabilidade da decisão final, transitada em julgado, a ser regulamentada pelo legislador de modo que promova a segurança jurídica, sem violação dos princípios da inafastabilidade da Jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

17 Não há impedimento constitucional a que a coisa julgada favoreça terceiros, realidade positivada no art. 506 do CPC/15, interpretado *a contrario sensu*.

18 Não há vedação constitucional a que o legislador vincule a coisa julgada, excepcionalmente, a uma decisão fundada em cognição sumária. É isso o que ocorre, no nosso entender, quando o réu permanece inerte diante da decisão que defere a expedição do mandado monitório (CPC/15, art. 701, *caput*), e nisso não vemos inconstitucionalidade alguma.

19 Coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito, apesar de serem conceitos dotados de certa autonomia científica, no contexto em que empregados na Constituição (CRFB/88, art. 5º, XXXVI) são concretizações do princípio da segurança jurídica, voltando-se os três à proteção do direito adquirido, compreendido como uma situação jurídica ativa, incorporada ao patrimônio de determinada pessoa e protegida em face do direito superveniente.

Capítulo 5.

1 O instante de surgimento da coisa julgada coincide com o trânsito em julgado.

2 *Trânsito em julgado* é o momento processual a partir do qual o conteúdo de um pronunciamento decisório ou de ao menos um dos seus capítulos torna-se não mais sujeito a modificações no bojo do mesmo processo.

3 À exceção: **(a)** do pronunciamento decisório que saneia e organiza o processo, modificável em razão de pedido de esclarecimentos ou solicitação de ajustes (CPC/15, art. 357, §1º); **(b)** das decisões sujeitas ao duplo grau de jurisdição, modificáveis via remessa necessária (CPC/15, art. 496), e **(c)** do pronunciamento decisório que defere a expedição do mandado monitório, modificável via embargos à ação monitória (CPC/15, arts. 701 e 702); os demais pronunciamentos decisórios e capítulos que tenham a aptidão de transitarem em julgado transitam em julgado quando não mais sujeitos a recursos.

4 O trânsito em julgado das decisões não recorridas coincide temporalmente com a extinção do último direito a delas se recorrer, pela renúncia ou pela preclusão. Importa esclarecer que “decisão” é termo aqui empregado como designativo do produto da atividade de se decidir algo e não na acepção de pronunciamento decisório. Em observância a esse sentido, é correto afirmar-se que frequentemente haverá diversas decisões em um só pronunciamento decisório.

5 No que toca ao trânsito em julgado das decisões impugnadas por recursos admitidos, convém distinguir: **(a)** em se tratando de embargos de declaração, o trânsito em julgado da

decisão embargada coincidirá com o trânsito em julgado da decisão dos embargos; **(b)** em se tratando de quaisquer outros recursos, a decisão recorrida jamais chegará a transitar em julgado, em vez disso, virá a ser substituída pela decisão do recurso admitido (CPC/15, art. 1.008). Vemos, contudo, uma exceção a essa última regra, caracterizada pela hipótese de desistência do recurso formulada posteriormente à sua admissão, caso em que o Tribunal limitar-se-á a declarar extinto o procedimento recursal e a decisão recorrida terá transitado em julgado na data da desistência.

6 Decisões impugnadas por recursos inadmitidos transitam em julgado juntamente com a decisão que tenha inadmitido o recurso, ressalvada a possibilidade excepcional de os efeitos do juízo de inadmissibilidade retroagirem, diante de sancionamento expreso por parte do órgão julgador ou de configuração da hipótese prevista no art. 1.026, §4º, do CPC/15.

Capítulo 6.

1 “Questão” é palavra empregada no CPC/15 em acepção amplíssima, com o sentido de assunto. Denomina qualquer assunto sobre o qual o juízo deva ou não se pronunciar.

2 *Questões principais* são questões, impertinentes à validade do procedimento, submetidas ao juízo pelas partes ou diretamente pela Lei para que a solução a elas dada torne-se imutável e indiscutível pela coisa julgada.

3 No sistema do CPC/15, são questões principais: **(a)** o pedido de tutela definitiva, **(b)** o pedido de homologação da autocomposição, **(c)** a decadência, **(d)** a prescrição, **(e)** os juros legais, **(f)** a correção monetária e **(g)** as verbas de sucumbência. **(a)** e **(b)** são questões principais submetidas ao juízo pelas partes; **(c)**, **(d)**, **(e)**, **(f)** e **(g)** são questões principais submetidas ao juízo diretamente pela Lei (i.e. independentemente de requerimento das partes).

4 Não decidir uma questão principal, por força do art. 503, *caput*, do CPC/15, não equivale a decidi-la num sentido ou no outro. A possibilidade de submeter questões principais

à apreciação judicial não é obstada pela coisa julgada que se forme a partir do trânsito em julgado da solução dada a outras questões principais.

5 Compõem suportes fáticos da *coisa julgada sobre questões principais* as seguintes decisões judiciais transitadas em julgado: **(a)** a decisão que acolhe ou rejeita, no todo ou em parte, um pedido (art. 487 c/c art. 490); **(b)** a decisão que acolhe ou rejeita a decadência ou a prescrição (CPC/15, art. 487, II); **(c)** a decisão que homologa ou rejeita a homologação da autocomposição (CPC/15, art. 487, III), e **(d)** a decisão que resolve outras questões principais (i.e. juros legais, correção monetária ou verbas de sucumbência).

6 Há coisa julgada na jurisdição voluntária. Não se encontra no CPC/15 justificativa alguma para se afirmar que a decisão final de um procedimento catalogado pelo legislador como de jurisdição voluntária não se torne imutável e indiscutível em outros processos, na mesma medida em que a decisão final prolatada em procedimentos de jurisdição não-voluntária se tornam. Jurisdição voluntária e não-voluntária não se diferenciam no que se refere à potencialidade de produzirem coisa julgada.

7 Há coisa julgada na ação monitória. Vislumbramos três suportes fáticos distintos a que se vincula o efeito jurídico coisa julgada no procedimento monitório: **(a)** decisão de deferimento da expedição do mandado monitório (CPC/15, art. 701, *caput*), fundada em cognição sumária, mais inércia do réu; **(b)** decisão de deferimento da expedição do mandado monitório, fundada em cognição sumária, mais sentença de rejeição dos embargos à ação monitória, fundada em cognição exauriente; **(c)** sentença de acolhimento dos embargos à ação monitória – todas, evidentemente, transitadas em julgado.

8 Na sentença de acolhimento dos embargos à ação monitória poderá ter-se reconhecido: **(c1)** que o autor da ação monitória não tem direito à prestação; **(c2)** que o autor da ação monitória não tem direito à tutela monitória; **(c3)** ou a existência de causa que impeça o juiz de resolver essas questões.

Consequentemente, a coisa julgada formada a partir do seu trânsito em julgado poderá, em relação ao autor da ação monitória: **(c1)** impedi-lo de ingressar com qualquer nova demanda

onde pretenda ver reconhecido/ satisfeito o seu direito ao crédito, independentemente do procedimento escolhido; **(c2)** impedi-lo apenas de ingressar com nova ação monitória; **(c3)** ou obrigá-lo a não reproduzir, em nova demanda, o vício eventualmente apontado na sentença de acolhimento dos embargos, em observância ao disposto no art. 486, §1º, do CPC/15.

9 Há coisa julgada relativa ao direito à cautela no procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente (CPC/15, arts. 305-310).

10 Compõem suportes fáticos da *coisa julgada sobre questões processuais* as decisões judiciais transitadas em julgado cujo conteúdo encontre-se previsto num dos incisos do art. 485 do CPC/15. Trata-se de decisões que extinguem o processo, no todo em parte, sem resolução do mérito, componentes da categoria denominada pelo legislador no art. 317 do CPC/15 de “decisão sem resolução do mérito”.

11 A categoria “decisão sem resolução de mérito” compreende pronunciamentos decisórios e capítulos onde o juiz reconhece a presença de uma causa impeditiva do exame do mérito: **(a)** que não se caracteriza como um vício do procedimento; **(b)** que se caracteriza como um vício corrigível, mas não corrigido, do procedimento; **(c)** ou que se caracteriza como um vício do procedimento incorrigível. Toma-se o verbo “corrigir” e suas variações, neste contexto, no sentido de eliminar.

12 Decisões sem resolução do mérito onde o juiz: **(a)** não tenha reconhecido vício algum → não vedam a propositura de nova ação (= não se prestam à caracterização da coisa julgada-fato jurídico); **(c)** tenha reconhecido um vício incorrigível → vedam a propositura de nova ação (= sempre se prestarão à caracterização da coisa julgada-fato jurídico); **(b)** tenha reconhecido um vício corrigível → condicionam a propositura de nova ação à correção do vício (= prestam-se ou não à caracterização da coisa julgada-fato jurídico, a depender do sentido que se atribua às expressões “propositura de nova ação” e “quando se repete ação”, constantes, respectivamente, dos arts. 486, §1º e 337, §4º, do CPC/15).

13 Compõe suporte fático da *coisa julgada sobre questão prejudicial incidental* a decisão da questão prejudicial incidental proferida com atendimento aos requisitos cumulativamente

previstos no art. 503, §§1º e 2º, do CPC/15. Tais requisitos integram aquilo que se tem convencionado chamar de regime jurídico diferenciado de formação da coisa julgada.

14 Excetuada a autenticidade ou falsidade de documento, a solução dada a questões prejudiciais incidentais consistentes na existência, na inexistência ou no modo de ser de fatos, não tem a aptidão de tornar-se imutável e indiscutível em outros processos. Dito em outros termos, a solução dada a questões incidentais que o direito positivo veda sejam submetidas à apreciação do juiz na condição de questões principais (v. CPC/15, art. 19, *a contrario sensu*) nunca resulta em coisa julgada.

15 Dentre os requisitos previstos no art. 503, §§1º e 2º, do CPC/15, não se incluem o requerimento da parte nem a necessidade de que a solução dada à questão prejudicial incidental venha a constar do dispositivo do pronunciamento decisório.

16 Interpretamos os requisitos necessários à formação da coisa julgada sobre questões prejudiciais, previstos no art. 503, §§1º e 2º, do CPC/15, como sendo os seguintes: **(i)** decisão expressa sobre a questão prejudicial incidental; **(ii)** questão prejudicial incidental de cuja resolução tenha dependido o sentido em que resolvido o mérito; **(iii)** inexistência de revelia; **(iv)** questão prejudicial incidental a cujo respeito tenha havido contraditório previamente oportunizado e efetivamente exercido; **(v)** decisão da questão prejudicial incidental proferida por juízo que tenha competência absoluta para resolvê-la como questão principal; **(vi)** questão prejudicial incidental decidida em processo onde não haja restrições probatórias a ela pertinentes nem limitações à cognição que tenham impedido o aprofundamento de sua análise.

17 (i) Quanto à necessidade de decisão expressa relativa à questão prejudicial incidental, este regime jurídico de formação da coisa julgada não se diferencia do regime comum; também questões principais devem ser decididas expressamente (CPC/15, art. 503, *caput*).

18 (ii) Questão prejudicial incidental de cuja resolução tenha dependido o sentido em que resolvido o mérito. Trata-se de um requisito aferível *a posteriori*; é relação de prejudicialidade que se estabelece não entre as questões e sim entre as soluções a elas dadas no caso concreto.

A relação de prejudicialidade deve ser mantida entre a solução dada à questão incidental e a solução do mérito.

19 (iii) Inexistência de revelia. A coisa julgada sobre questão prejudicial incidental não se produz na hipótese de o réu não ter oferecido contestação, quaisquer que sejam as eventuais particularidades do caso.

20 (iv) Questão prejudicial incidental a cujo respeito tenha havido contraditório previamente oportunizado e efetivamente exercido. Contraditório oportunizado posteriormente à prolação da decisão onde resolvida a questão prejudicial incidental, p. ex., em sede recursal, não atende a essa exigência legal. Há contraditório efetivamente exercido sobre a questão prejudicial incidental tanto quando uma das partes manifesta-se contrariamente às alegações da outra (i.e. controverte), como quando uma das partes admite a veracidade ou procedência das alegações da outra. Controvérsia sobre a questão prejudicial incidental não é requisito à formação da coisa julgada, de modo que a confissão relativa à questão prejudicial incidental não impede que a solução a ela dada torne-se imutável e indiscutível em outros processos.

21 (v) Decisão da questão prejudicial incidental proferida por juízo que tenha competência absoluta para resolvê-la como questão principal. A referência explícita feita pelo legislador no art. 503, §1º, III, do CPC/15 à competência em razão da matéria e da pessoa não significa deva-se distinguir entre essas espécies de competência absoluta e outras porventura existentes. Deve-se aplicar a analogia (LINDB, art. 4º).

22 (vi) Por fim, questão prejudicial incidental decidida em processo onde não haja restrições probatórias a ela pertinentes nem limitações à cognição que tenham impedido o aprofundamento de sua análise. Sustentamos neste requisito a necessidade de a limitação vertical da cognição e de as restrições probatórias do procedimento terem pertinência com a análise da questão prejudicial incidental. Não há razão para se interpretar o requisito como óbice intransponível a que haja coisa julgada sobre questão prejudicial incidental em procedimentos como o do mandado de segurança.

8 REFERÊNCIAS.

ALCHOURRÓN, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. *Definiciones y normas*. In: *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Sutilezas do novo CPC: Coisa julgada e sentença terminativa**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/04/01/sutilezas-do-novo-cpc-coisa-julgada-e-sentenca-terminativa/>>. Acesso em: 28/07/16.

ALLORIO, Enrico. *Natura della cosa giudicata*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Volume XII – Parte I. Padova: CEDAM, 1935, p. 215-252.

ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: RT, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e Técnica Processual**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: **Temas de Direito Processual** (primeira série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 97-109.

_____. Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Revista dos Tribunais** • RT 416/9 • jun./1970.

_____. Coisa julgada e declaração. In: **Temas de Direito Processual** (primeira série). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 81-89.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil: volume V** (arts. 476 a 565). 1ª ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: **Revista de Processo** | vol. 34 | p. 273 | Abr / 1984.

_____. **O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis**. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1233166/DLFE-55106.pdf/REVISTA1976.pdf>> Acesso em: 28/07/16.

_____. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BECHARA, Evanildo. **Moderna Gramática Portuguesa**. 37ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. ún. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSNELLI, Francesco Donato. *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Anno XV. Milano: Dott. A Giuffrè, 1961, p. 1317-1350.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2ª ed. Bahia, JusPodivm: 2014.

_____. **Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. In: **Revista de Processo** | vol. 241/2015 | p. 489 - 516 | Mar / 2015 | DTR\2015\2136.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, v. I.

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, v. III.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Tributário: linguagem e método**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CHIOVENDA, José. **Principios de Derecho Procesal Civil: tomo I**. 3ª ed. (Trad.) José Casáis y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1922.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

COPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. (Trad.) Álvaro Cabral. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da Incidência da Norma Jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos do direito processual civil**. (Trad.) Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada. In: **Revista de Processo** | vol. 163/2008 | p. 359 - 375 | Set / 2008 | DTR\2008\778.

DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Novo CPC aumenta segurança jurídica ao mudar regras da coisa julgada formal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-12/cpc-aumenta-seguranca-juridica-mudar-regras-coisa-julgada>>. Acesso em: 28/07/16.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16ª ed. Bahia, JusPodivm: 2014, v. 1.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª ed. Bahia, JusPodivm: 2015, v. 1.

_____. Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito. In: **Revista de Processo** | vol. 110/2003 | p. 225 - 251 | Abr - Jun / 2003.

_____. O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume VI. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira www.redp.com.br ISSN 1982-7636, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/redp/article/view/21577>>. Acesso em: 28/07/16.

_____. **Sobre a teoria geral do processo**: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 10ª ed. Bahia, JusPodivm: 2015, v. 2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13ª ed. Bahia, JusPodivm: 2016, v. 3.

DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**: estudos em homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª ed. Bahia: Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. III.

_____. O conceito de mérito em processo civil. In: **Revista de Processo** | vol. 34/1984 | p. 20 - 46 | Abr - Jun / 1984 | DTR\1984\60.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Tradução Pérola de Carvalho. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

ENGLISH, Karl. (i.e. Engisch). **Introdução ao pensamento jurídico**. 6ª ed. (Trad.) João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004.

GIANNICO, Maricé. Carência de ação e ação rescisória. Jurisprudência. In: **Revista de Processo** | vol. 123/2005 | p. 11 - 35 | Mai / 2005 | DTR\2005\335.

HESPANHA, Benedito. O direito processual e a Constituição. A relevância Hermenêutica dos princípios constitucionais do processo. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional** | vol. 48/2004 | p. 7 - 90 | Jul - Set / 2004 | DTR\2004\401.

HOSPERS, John. **Introducción al análisis filosófico**. Alianza: Madrid, 1984.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

JORGE, Flávio Cheim. **Apelação cível: teoria geral e admissibilidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Título Original: Reine Rechtslehre. (Trad.) João Baptista Machado. 6ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Editora RT, 1991.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. (Trad.) Alfredo Buzaid e Benvenuto Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Da representação especial nos juizados criminais e a aplicação da lei no tempo (a jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo). In: **Revista dos Tribunais** | vol. 726 | p. 535 | Abr / 1996 | DTR\1996\193.

MARDER, Alexandre Salgado. **Das invalidades no direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: volume 1 – teoria do processo civil. São Paulo: Editora RT, 2015a.

_____. **Novo Curso de Processo Civil**: volume 2 – tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Editora RT, 2015b.

_____. **Novo Curso de Processo Civil**: volume 3 – tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Editora RT, 2015c.

_____. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora RT, 2015d.

MARTINS, Sandro Gilbert; DOTTI, Rogéria Fagundes (coord.). **Código de Processo Civil anotado**. Curitiba: OABPR, 2013. Disponível em: <http://intranet.oabpr.org.br/download/CPC_06_02.pdf>. Acesso em: 28/07/16.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Algumas notas sobre o ("dispensável") art. 232 do Código Civil. In: Fredie Didier Jr.; Rodrigo Reis Mazzei. (Org.). **Prova, exame médico e presunção: o art. 232 do Código Civil**. Salvador: Juspodivm, 2006, v. , p. 259-269.

_____. **Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional**. 2012. 545 f. Tese (Doutorado em Função Social do Direito) – Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), São Paulo, 2012.

_____. Enfoque processual do art. 928 do Código civil: responsabilidade civil do incapaz (republicação). In: **Revista Brasileira de Direito Processual** (Impresso), v. 61, p. 45-70, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Carência de ação e produção de efeitos similares ao da coisa julgada no projeto do novo CPC**. Disponível em: <<https://professormedina.com/2011/04/05/carencia-de-acao-e-producao-de-efeitos-similares-ao-da-coisa-julgada-no-projeto-do-novo-cpc/>>. Acesso em 28/07/16.

_____. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia 1ª parte**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano: vol. I**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Revogação em matéria tributária**. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. Sobre as definições. In: Paulo de Barros Carvalho; Lucas Galvão de Britto (Org.). **Lógica e Direito**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 249-270.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 37ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NERY JR., Nelson. Ação renovatória de aluguel e direito intertemporal - diferença entre normas de direito material e processual acerca de sua aplicação no tempo. **Soluções Práticas de Direito** | vol. 8/2014 | p. 171 - 191 | Set / 2014 | DTR\2014\17433.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. ún. 7ª ed. São Paulo: Método, 2015.

NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. (Trad.) Antonio do Passo Cabral. São Paulo: RT, 2016.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 8ª ed. Barcelona: Ariel, 1997.

NUNES, Dierle; ALMEIDA, Helen; REZENDE Marcos. A contribuição da doutrina na (con)formação do direito jurisprudencial: uma provocação essencial. In: **Revista de Processo**. Vol. 232/2014, p. 327-361, jun/2014, DTR\2014\2186.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e precedente**: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: RT, 2015.

POHLE, Rudolf. **Reflexões sobre a natureza da coisa julgada**. Tradução e notas de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

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

_____. **Tratado de Direito Privado**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, t. 1.

_____. **Tratado de Direito Privado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 3-5.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS JUNIOR, Adalmo Oliveira dos. O regime jurídico das impenhorabilidades: Um estudo sobre sua natureza jurídica material e processual. In: **Revista de Processo** | vol. 239/2015 | p. 121 - 136 | Jan / 2015 | DTR\2014\21342.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. 2ª ed. Carlos Alberto Carmona (coord.). São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e Coisa Julgada**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina?pagina=3>. Acesso em: 28/07/16.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005.

TERÁN, Juan Manuel. **Filosofia del derecho**. 21ª ed. Mexico: Editorial Porrúa, 2012.

TESHEINER, José Maria. **Preclusão pro judicato não significa preclusão para o juiz**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/93-artigos-jan-2006/5116-preclusao-pro-judicato-nao-significa-preclusao-para-o-juiz>>. Acesso em: 28/07/16.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional** | vol. 10/2015 | p. 1817 - 1843 | Ago / 2015 | DTR\2015\1153

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: vol. I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015b.

_____. O Novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. 2004. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo52.htm>>. Acesso em: 28/07/16.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Sobre o conceito do direito**. Recife: Imprensa Oficial, 1947.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. In: **Revista de Processo** | vol. 39/1985 | p. 7 - 15 | Jul - Set / 1985.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: DPJ, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.